

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA
(Expte. VS/0476/99 AGENCIAS DE VIAJES)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 30 de julio de 2015.

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0476/99 AGENCIAS DE VIAJES, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 25 de octubre de 2000 (Expediente 476/99 AGENCIAS DE VIAJE).

ANTECEDENTES

1. El 25 de octubre de 2000, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) dictó Resolución en el expediente 476/99 AGENCIAS DE VIAJE y resolvió lo siguiente (énfasis añadido):

“PRIMERO: *Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial AIE, consistentes en **acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por las cuatro primeras al Concurso público n° 19/95 - correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la***

*ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996", programa gestionado por el INSERSO, así como **realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación**; es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres o a las cuatro, **la interposición de Mundosocial AIE y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultarían o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación con la fórmula elegida para concurrir a la licitación, que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la Agrupación de Interés Económico y habían pactado la ejecución conjunta del programa.***

SEGUNDO: Declarar que también ha quedado acreditada la realización de otra práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por parte de Mundosocial AIE, Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonlits Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A. y Viajes Valdés consistente en la **suscripción de contratos entre Mundosocial AIE y cada una de las Agencias mencionadas**, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.

TERCERO: Requerir a los citados autores de las conductas declaradas prohibidas anteriormente, para que cesen de inmediato en las mismas y en lo sucesivo se abstengan de adoptarlas y pactarlas de nuevo.

CUARTO: Imponer las siguientes multas:

- a) A Viajes Iberia, S.A. una multa de 204 millones de pesetas, equivalentes a 1.226.064'693 euros.
- b) A Viajes Halcón, S.A. una multa de 138 millones de pesetas, equivalentes a 829.396'704 euros.
- e) A Viajes Barceló, S.L. una multa de 138 millones de pesetas, equivalentes a 829.396'704 euros.
- d) A Viajes Marsans, S.A. una multa de 120 millones de pesetas equivalentes a 721.214'525 euros.
- e) A Mundosocial AIE una multa de 150 millones de pesetas, equivalentes a 901.518'156 euros.

QUINTO: Ordenar la publicación -en el plazo de dos meses a contar desde su notificación- de la parte dispositiva de esta Resolución a costa de las multadas (y en la misma proporción que las multas) en el Boletín Oficial del Estado y en las secciones de economía o de nacional de dos diarios de información general que se distribuyan en todo el territorio español.

SEXTO: La justificación de lo ordenado en esta Resolución deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

SÉPTIMO: *Ordenar que se traslade copia de esta Resolución y de los particulares que sean precisos al Fiscal General del Estado por si se encontraran indicios de conductas ilegales de otra naturaleza que no corresponde al Tribunal de Defensa de la competencia enjuiciar ni resolver.”*

2. Contra dicha Resolución, la agrupación de interés económico Mundosocial y las empresas Viajes Halcón, Viajes Marsans, Viajes Barceló y Viajes Iberia interpusieron recursos contencioso-administrativos, solicitando la suspensión de la ejecución de la misma. Entre los años 2003 y 2006 todos los recursos presentados fueron desestimados por la Audiencia Nacional.

Igualmente fueron desestimados por el Tribunal Supremo los sucesivos recursos de casación interpuestos por las mismas empresas y agrupación de interés económico contra las citadas sentencias desestimatorias de la Audiencia Nacional. Las sentencias desestimatorias fueron dictadas por el Tribunal Supremo en 2006 excepto la de la empresa Viajes Marsans que se desestimó en 2007.

3. Con fechas 12 de septiembre de 2006, 8 de marzo de 2007 y 5 de marzo de 2009, tanto el TDC como el Consejo de la extinta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNC), dictaron Resoluciones de Ejecución de Sentencia sobre el referido expediente, resolviendo ordenar el pago de las multas impuestas por el TDC en la Resolución de 25 de marzo de 2000 a Viajes Halcón, Viajes Barceló, Viajes Iberia y Viajes Marsans.

Mundosocial, Viajes Halcón, Viajes Marsans, Viajes Barceló y Viajes Iberia procedieron al pago de la multa, los días 4 de enero de 2007, 20 de octubre de 2006, 20 de abril de 2009, 6 de noviembre de 2006 y 30 de marzo de 2007 respectivamente.

4. En el marco del presente procedimiento de vigilancia, tanto la antigua Dirección de Investigación (DI) como la actual Dirección de Competencia (DC) han realizado distintas actuaciones entre las que cabe destacar los siguientes requerimientos de información:

- Durante 2010, requerimientos de información a Viajes Halcón, Viajes Marsans (fue devuelto por quiebra de la empresa), Viajes Iberia, Viajes Barceló
- Durante 2011, sucesivos requerimientos al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), Cavaltour Viajes S.A., El Corte Inglés, S.A. (ECI), Federación E. Asociaciones Agencias Viaje (FEAAV), Viajes 2000 S.A., Viajes Ecuador, S.A., Wagons Lits Viajes, S.A., Iberotours, S.A., Viajes Eroski, S.A. (actualmente Eroski Bidaiak, S.A.), Viajes Internacional Expreso, S.A.
- Durante 2013, requerimientos de información a la UTE Mundosenior y a las empresas Viajes Halcón, Viajes Barceló, IMSERSO, ECI, Eroski Bidaiak, Viajes Zoetrope.
- Durante 2014, nuevos requerimientos de información a Viajes Zoetrope, IMSERSO, y a la Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las

Tecnologías Turísticas (SEGITTUR).

5. Con fecha 25 de junio de 2010, Viajes Marsans entró en concurso de acreedores. El 4 de abril de 2013 Viajes Iberia entró igualmente en concurso de acreedores, quedando en la actualidad como empresas que constituyen la UTE Mundosenior, Viajes Barceló y Viajes Halcón.
6. Con fecha 11 de diciembre de 2013 la DC celebró una reunión de las empresas participantes en la UTE Mundosenior en la que el órgano de vigilancia solicitó diversas aclaraciones sobre algunos puntos de la actividad de UTE Mundosenior. La DC solicitó además a UTE Mundosenior, la presentación de justificación para la presentación en UTE a los concursos convocados por el IMSERSO.

Para atender esta solicitud la UTE Mundosenior encargó un Informe pericial a la empresa DELOITTE FORENSIC, con el objetivo de acreditar los diferentes aspectos técnicos y económicos que justificasen la presentación de los Socios de UTE Mundosenior de forma conjunta al concurso público, así como la licitación conjunta de los cuatro lotes que componen el Concurso. Dicho informe fue remitido a la DC con fecha 28 de diciembre de 2014.

7. Con fecha 5 de febrero de 2015, se publicó en Boletín Oficial del Estado, la Resolución de la Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales mediante la que se anunciaba la convocatoria del Procedimiento Abierto número 2/2015 para la contratación de los Servicios de organización, gestión y ejecución de un Programa de Turismo Social para personas mayores y mantenimiento del empleo en zonas turísticas.
8. Con fecha 11 de febrero de 2015, la Dirección de Competencia elaboró Propuesta de Informe Final de Vigilancia (folios 5483.2.1-5483.2.80) que fue notificado con fecha 13 de febrero de 2015 a Viajes Barceló, IMSERSO y Mundosenior, y con fecha 16 de febrero de 2015 a VIAJES HALCÓN.
9. Los escritos de alegaciones de IMSERSO (folios 5792 a 5798), Viajes Barceló (folios 5799 a 5857) y Viajes Halcón (folios 5858 a 5874) a la Propuesta de Informe Final de la DC, tuvieron entrada en la CNMC los días 4, 13 y 16 de marzo de 2015 respectivamente.
10. El 18 de mayo de 2015, la DC emitió Informe Final de Vigilancia en el que propone al Consejo de CNMC que adopte Resolución declarando:

“1.- El incumplimiento efectivo de lo dispuesto en la Resolución de 25 de octubre de 2000 y por tanto la persistencia de los efectos anticompetitivos que entonces se detectaron y sancionaron, dando así a entender la absoluta ineficacia de la Resolución de 25 de octubre de 2000.

2.- La responsabilidad que se atribuye a las dos empresas que actualmente siguen teniendo actividad de las entonces sancionadas, HALCON VIAJES y VIAJES BARCELO, con respecto al citado incumplimiento práctico de lo dispuesto en la Resolución de 25 de octubre de 2000”.

11. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 30 de julio de 2015.

10. Son interesados:

- IMSERSO
- Viajes Barceló S.L.
- Viajes Halcón S.A.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Competencia para resolver

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, 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 [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 41 de la LDC establece que *“La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007 precisa en su apartado 3 que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Investigación”*.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la Resolución

La Sala de Competencia debe pronunciarse en este expediente de vigilancia sobre si como propone la DC, se ha producido un incumplimiento por parte de Viajes Halcón y Viajes Barceló de la Resolución del antiguo TDC de 25 de octubre de 2000, en el expediente 476/99 AGENCIAS DE VIAJES, en las que se sancionó a dichas empresas, junto con la AIE Mundosocial y las desaparecidas Viajes Marsans, S.A. y Viajes Iberia, S.A., por la comisión de dos infracciones del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa

de la Competencia, y se requirió a todas ellas al cese inmediato en las conductas declaradas prohibidas y a abstenerse en lo sucesivo de adoptarlas y pactarlas de nuevo.

El Informe Final de Vigilancia elevado por la DC el 18 de mayo de 2015 considera, por el contrario, que los efectos anticompetitivos que fueron ya sancionados en la Resolución inicial de 25 de octubre de 2000, a día de hoy seguirían persistiendo, produciéndose por lo tanto una absoluta ineficacia de dicha Resolución, considerando responsables de dicha situación a las empresas Viajes Halcón y Viajes Barceló.

TERCERO.- Antecedentes y Fundamentación jurídica de la Resolución Objeto de Vigilancia

La Resolución de 25 de octubre de 2000, sobre cuya vigilancia la DC eleva su Informe Final de 18 de mayo de 2015, se fundamentaba en los siguientes antecedentes, hechos probados y razonamientos jurídicos:

3.1. Antecedentes

Mediante carta de fecha 13 de abril de 1998, el Presidente del Tribunal de Cuentas puso en conocimiento del entonces Ministro de Economía y Hacienda el contenido íntegro de la parte del informe aprobado por el Pleno del citado Tribunal referido al "*Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/96*", gestionado por el entonces Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO, actual Instituto de Mayores y Servicios Sociales –IMSERSO-), del cual se desprendía la existencia de posibles prácticas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Con fecha 12 de mayo de 1998, y tras recibir dicha información, el entonces Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) incoó de oficio el expediente sancionador 476/99 AGENCIAS DE VIAJE.

Como ya se ha señalado, el 25 de octubre de 2000, el extinto TDC dictó Resolución en el citado expediente 476/99 AGENCIAS DE VIAJE en la que declaró acreditada la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial AIE.

Es importante señalar que, con fecha 29 de julio de 1997 (antes de la incoación del citado expediente sancionador 476/99 y antes también del Informe del Tribunal de Cuentas que fue causa del inicio del referido expediente), el Director General del INSERSO se dirigió al TDC en consulta específica sobre diversos extremos de los concursos anuales que convocaba para el servicio de Vacaciones para Mayores.

El Informe emitido por el TDC ante la citada petición del INSERSO, realizado el 20 de enero de 1998 (antes de la incoación del procedimiento), incorporaba ya una valoración detallada de las conductas que con posterioridad se pusieron de manifiesto en la Resolución de la que es objeto la presente vigilancia. Así el TDC manifestaba lo siguiente:

"El Tribunal considera, en principio, que, en el ámbito de la contratación administrativa, la libre concurrencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla (...)"

3.2. Hechos probados en el expediente principal

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, el Informe Final de Vigilancia de la DC en su apartado II considera acreditados los siguientes hechos recogidos en la Resolución de 25 de octubre de 2000, que han sido además ratificados por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en las distintas sentencias dictadas en el proceso de revisión jurisdiccional de la citada Resolución:

*"1.- Mundosocial AIE, se constituyó en **septiembre de 1991**, siendo sus miembros Viajes Halcón, Viajes Iberia y Viajes Barceló. En **agosto de 1992**, Viajes Marsans pasó a formar parte de la AIE.*

*2.- Con fecha **16 de marzo de 1992**, la Agrupación de empresas Mundosocial AIE solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda que la calificara como empresa consultora y de servicios. En dicha solicitud, expresamente requerían la clasificación en el Grupo III, Subgrupo 8, que le otorgaría la capacidad jurídica de licitar en diversos concursos administrativos.*

*La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, mediante **Acuerdo de la Comisión de Clasificación de empresas consultoras y de servicios de 26 de mayo de 1992**, denegó la solicitud de clasificación en el Grupo III, subgrupo 8, de la Agrupación de Interés Económico Mundosocial AIE, integrada por Viajes Iberia, S.A., Viajes Halcón, S.A. y Viajes Barceló, S.L.*

La Junta argumentó que "ya que dicha Agrupación por imperativo legal no puede tener el mismo objeto social que el de sus componentes (organización de viajes para personas de la tercera edad) y el objeto de la Agrupación consiste específicamente en la licitación en concursos, o bien se identifica con las empresas agrupadas o, caso contrario, no constituye actividad que tenga relación directa con el objeto del contrato, por lo que en ambos supuestos resultaría imposible acceder a la clasificación solicitada".

De esto modo, MUNDOSOCIAL AIE quedó finalmente con el objeto social de realizar actividades económicas auxiliares a las llevadas a cabo por sus socios, y en particular aquellas actividades derivadas de las adjudicaciones de los concursos convocados por el IMSERSO o cualquier otra entidad pública en relación a programas de vacaciones para personas de la tercera edad.

*MUNDOSOCIAL AIE era, pues, una **agrupación de carácter instrumental**, destinada a gestionar los programas de vacaciones de mayores que, en su caso, hubieran resultado adjudicados a sus socios.*

*3.- Con anterioridad a la convocatoria del **Concurso 19/95** analizado, correspondiente a la **temporada 1995/96**, Mundosocial AIE suscribió contratos para la prestación de servicios con los distintos suministradores de los mismos (Agencias*

de Viajes, Hoteles y Autobuses). En dichos contratos, Mundosocial AIE y cada una de las agencias comercializadoras suscribieron cláusulas suspensivas según las cuales los efectos del contrato se subordinaban a la condición de que Mundosocial AIE resultase adjudicataria, directa o indirectamente (a través de sus socios), del concurso en cuestión.

Cabe distinguir, al menos, tres tipos de contratos suscritos por Mundosocial AIE con las agencias de comercialización y de reserva de plazas hoteleras:

- Contratos en los que se pacta una cláusula por la que la agencia de viajes se obliga a no competir con Mundosocial AIE, directa o indirectamente, comprometiéndose a no presentarse al concurso, ni a colaborar con ninguna otra candidatura de cualquier otra empresa.¹
- Contratos suscritos por Mundosocial AIE con las otras agencias de viajes, aproximadamente unas 342 agencias, en los que simplemente se establecen las condiciones de comercialización para la distribución y venta del paquete turístico.
- Contratos suscritos por Mundosocial AIE con los Hoteles para la prestación de servicios. Estos contratos de reserva de plazas hoteleras no incluyen ninguna cláusula de exclusividad. Asimismo sus efectos se someten a la condición suspensiva de que la empresa resulte directa o indirectamente adjudicataria del programa de vacaciones de mayores.

4.- A su vez, con fecha **22 de mayo de 1995** las cuatro empresas que formaban Mundosocial AIE, esto es Viajes Halcón, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Marsans, suscribieron con Mundosocial AIE dos contratos:

- un contrato de **cesión de los contratos de comercialización** (firmados por Mundosocial AIE con las agencias de viaje) del Programa del INSERSO. La cesión está sujeta a la condición de que la empresa que suscribe el contrato resulte adjudicataria de cualquier lote del concurso. Asimismo la partes facultan a Mundosocial AIE para ceder los contratos a otras entidades, licitadoras en el citado concurso, siempre que los cesionarios sean socios actuales de la AIE es decir, Viajes Halcón, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Marsans.
- un contrato de **cesión de los contratos de reserva de plazas hoteleras** (firmados con los establecimientos hoteleros). Como en el caso anterior, esta cesión está sujeta a la condición de que la empresa que suscribe el contrato resulte adjudicataria de cualquier lote; asimismo, las partes facultan a Mundosocial AIE para ceder los contratos a otras entidades licitadoras, siempre que sean socios actuales de la AIE

5.- En las ofertas relativas al Concurso n°19/95 correspondiente a la temporada 1995/96 (y siguientes, hasta la temporada 97/98), presentadas por las cuatro empresas licitadoras, Viajes Halcón, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Marsans, **las cuatro manifestaron expresamente** en sus respectivas ofertas que, en todo caso, de resultar alguna de ellas adjudicataria, participarían conjuntamente en la ejecución del Programa en el lote o lotes adjudicados según la cláusula:

¹ Las agencias que suscribieron dicha cláusula fueron: Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonlit Travel, Viajes 2000, S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours, S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A., Viajes Valdés, Viajes Llamar y Viajar, y Viajes Travelcar.

"Por todo ello esta Empresa, en caso de ser adjudicataria de todos o parte de los lotes, y consciente de la importancia que una unión de fuerzas empresariales tendría para el Programa Vacaciones Tercera Edad se compromete a ejecutar el programa conjuntamente y en exclusiva con las Empresas..... "(las otras tres licitadoras).

Además, las empresas pusieron de manifiesto la intencionalidad de dicho acuerdo, señalando que **"no sólo se aúnan esfuerzos en la ejecución del Programa en beneficio del usuario, sino que, además, se consigue por primera vez y con esta sola finalidad, la unificación de empresas líderes en el mercado turístico español."**(subrayado nuestro.)

6.- Las cuatro empresas, Viajes Marsans, Viajes Barceló, Viajes Iberia y Viajes Halcón, presentaron ofertas absolutamente idénticas en el concurso analizado expresamente, correspondiente a la temporada 1995/1996, resultando adjudicatarias²: Viajes Halcón (Lote 1), Viajes Iberia (Lote 2) y Viajes Barceló (Lote 3).

7.- En cumplimiento de lo establecido por el artículo 115.2.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cada una de las tres empresas adjudicatarias solicitó autorización al órgano de contratación, en este caso al Director General del INSERSO, para la cesión a Mundosocial AIE de los contratos de comercialización del Programa.

El **20 de septiembre de 1995** el Director General del INSERSO resolvió autorizar la subcontratación de la ejecución del Programa de Vacaciones de la Tercera edad 1995/96 con la entidad Mundosocial AIE, poniendo de manifiesto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se mantiene la total responsabilidad de la ejecución de los servicios contratados por parte de cada una de las empresas adjudicatarias.

8.- Las adjudicaciones del concurso relativo al "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad" convocado por el INSERSO (hoy IMSERSO) durante los últimos años, así como las empresas que se presentaron como licitadoras fueron las siguientes:

- Para la temporada 1991/92, en la convocatoria pública del **concurso nº 56/1991** las empresas licitadoras fueron: Viajes Halcón, S.A., Viajes Barceló, S.L., Viajes Iberia, S.A. y Viajes Cerno, S.A.

Se presentaron ofertas similares, salvo el precio, que fue idéntico en las cuatro licitadoras imputadas.

- En el **concurso nº 63/1992**, correspondiente a la temporada 1992/1993 las empresas licitadoras son las cuatro de la temporada anterior, a las que se añadieron Viajes Marsans, S.A., y una Unión Temporal de Empresas (UTE) formada por Viajes Olimpia, S.A. y Viajes Tep, S.A.

Presentaron ofertas idénticas: Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A. y Viajes Barceló, S.L.

² Lote 1: Andalucía y Murcia; Lote 2: Cataluña y C. Valenciana; Lote 3: Baleares y Canarias y Lote 4: Circuitos culturales, Turismo naturaleza y Viajes internacionales.

- *En la siguiente temporada 1993/1994, correspondiente al **concurso n° 62/1993**, se presentaron Viajes Halcón, Viajes Barceló, Viajes Iberia y Viajes Marsans con ofertas absolutamente idénticas. Viajes Cerno también licitó en dicha temporada.*
- *Al **concurso n° 53/1994** correspondiente a la temporada 1994/1995, las únicas licitadoras fueron las cuatro empresas: Viajes Halcón, Viajes Marsans, Viajes Iberia y Viajes Barceló, con ofertas idénticas hasta en los más mínimos detalles.*
- *En las temporadas 1995/1996, 1996/1997 y 1997/1998 se presentaron las cuatro agencias mencionadas con ofertas idénticas. Ninguna otra empresa, ni agrupación de empresas intentó concursar a dichos Programas en dichos años.*
- *Finalmente, en la temporada 1998/99, la UTE formada por Viajes Marsans, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Halcón han concurrido **al concurso público n° 29/1998**, siendo la única licitadora y resultándole evidentemente adjudicado el mismo.*

En todos los casos, desde el ejercicio 1991/1992 hasta el ejercicio 1997/98 han sido adjudicados a Viajes Halcón (Lote 1), Viajes Iberia (Lote 2) y Viajes Barceló (Lote 3).

En la temporada 1998/99, al no existir lotes³, se presentó una única oferta por parte de la UTE formada por Viajes Marsans, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Halcón, a quien le fue adjudicado”.

3.3. Fundamentación Jurídica de la Resolución Objeto de Vigilancia

Tal y como se recoge en el Informe de Vigilancia, el TDC expuso los siguientes argumentos en los Fundamentos de Derecho de la Resolución de 25 de octubre de 2000:

- Respecto de la primera de las conductas declaradas prohibidas, consistente en **acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por las cuatro primeras al Concurso público n° 19/95, así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación (...)** los Fundamentos de Derecho cuarto y quinto de la Resolución de 25 de octubre de 2000, ponen de manifiesto entre otros aspectos lo siguiente:

“(...) Entiende el Tribunal que las cuatro empresas imputadas, que concertaron sus ofertas a través de su Agrupación de Interés Económico, pudieron y debieron competir entre sí para conseguir autónomamente el concurso en su conjunto o alguno de los lotes. En este último caso, las negociaciones posteriores para la coordinación de los aspectos técnicos y de comercialización necesarios se podrían realizar con transparencia respetando las responsabilidades y los derechos de propiedad adquiridos en buena lid competencial.

(...)

³ División en lotes que en concursos posteriores se volvió a llevar a cabo.

En definitiva, si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, si las cuatro únicas empresas que se presentan (pertenecientes a cuatro grupos de los más importantes del sector) no compiten de hecho entre sí sino que pactan con anterioridad el reparto del total del concurso, si en éste se concede una preferencia sustancial al adjudicatario anterior y si, en el periodo entre concursos, las empresas ya implantadas tienen posibilidades, que materializan con frecuencia, de extender los servicios concedidos sin necesidad de concursar, resulta evidente que los pactos colusorios constituyen una barrera de entrada adicional. Al quedar los tres lotes del concurso de manera continuada en manos, de hecho, de la misma agrupación de empresas, aumenta la posibilidad de su monopolio, con el deterioro de la competencia antes mencionado. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso.

(...)

Efectivamente, desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la AIE y habían pactado la ejecución conjunta del programa, el proceso de contratación quedó desvirtuado y la licitación quedó convertida en mera ficción. (subrayado añadido)

Se atentó así gravemente a la competencia restringiéndola y falseándola y, por ello, el Tribunal considera que está perfectamente probado este primer cargo imputable a Viajes Iberia, Viajes Barceló, Viajes Halcón y Viajes Marsans.”.

- Respecto de la segunda de las conductas declaradas prohibidas, consistente en **“la suscripción de contratos entre Mundosocial AIE y cada una de las Agencias mencionadas, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa”** el Fundamento de Derecho séptimo pone de manifiesto:

“(...) La creación de una única agrupación de empresas que ha creado antes de concursar una amplia red de contratos (los más importantes) con cláusulas de no competencia y que presta todo el servicio del Programa, afecta al proceso concursal futuro de forma determinante, con una probabilidad muy elevada de empeorar las condiciones de competencia del mismo. En particular, aumentan las posibilidades de constreñir el mercado por el lado de la oferta impidiendo, en definitiva, el funcionamiento de los mecanismos del mercado en competencia.

3.4. Revisión Judicial

Tal y como se recoge en el Antecedente de Hecho 2 de la presente Resolución, los recursos contencioso-administrativos y de casación interpuestos por las empresas y la AIE sancionadas, fueron desestimados sucesivamente por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo entre febrero de 2003 y abril del 2009, tal y como se refleja en el siguiente cuadro:

	SUSPENSION	SAN	STS	PAGO MULTA
Mundosocial	1-03-2001	19-11-2003	24-10-2006	4-01-2007
Viajes Halcón	18-04-2001	12-02-2003	14-02-2006	20-10-2006
Viajes Marsans	18-04-2001	19-01-2005	18-12-2007	20-04-2009
Viajes Barceló	4-05-2001	12-02-2003	14-02-2006	6-11-2006
Viajes Iberia	18-04-2001	25-02-2004	20-12-2006	30-05-2007

Dichas sentencias de la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo corroboran y confirman los hechos y la fundamentación jurídica recogida en la Resolución de 25 de octubre de 2000.

Así lo ha destacado la Audiencia Nacional en su sentencia de 12 de febrero de 2003 (recurso nº1001/200, interpuesto por Viajes Barceló) en el Fundamento Tercero:

“El T.D.C. en su Resolución dice al respecto:

En el caso que nos ocupa no se observa que exista en la constitución de Mundosocial A.I.E. los efectos beneficiosos citados y sí en cambio son patentes los efectos anticompetitivos restrictivos en tanto en cuanto los cuatro partícipes son no sólo competidores potenciales sino competidores reales en los mismos mercados y además de una entidad en volumen de ventas y presencia en el sector en absoluto pequeñas. Más bien cabe presumir en este caso efectos anticompetitivos repartiéndose el mercado, coordinando sus políticas comerciales y en especial, como se ha dicho, en materia de precios ofertando al Concurso por el tipo máximo. Hay datos abrumadores en el expediente, relatados muchos de ellos en los hechos probados, que confirman la intención de coludir a través de Mundosocial A.I.E., como sociedad instrumental, causando el resultado proscrito de restringir la competencia. En Mundosocial A.I.E. se fraguaron acuerdos, decisiones, recomendaciones, actos, exhortaciones o como se les quiera llamar entre competidores reales importantes que están taxativamente prohibidos por el Art. 1 de la LDC.”

Esta aseveración debe compartirse, y lo cierto es que lo razonable hubiera sido que las cuatro empresas que concertaron sus ofertas a través de su Agrupación de Interés Económico, pudieron y debieron competir entre sí para conseguir autónomamente el concurso en su conjunto o alguno de los lotes. En este último caso, las negociaciones posteriores para la coordinación de los aspectos técnicos y de comercialización necesarios se podrían realizar con transparencia respetando las responsabilidades y los derechos de propiedad adquiridos, con respecto a la competencia

(...)

Desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la A.I.E. y pactaron la ejecución conjunta del programa, el proceso de contratación quedó desvirtuado y la licitación quedó convertida en mera ficción (...).

Y el TS en el Fundamento Jurídico Segundo de su sentencia de 14 de febrero de 2006 (recurso de casación nº4628/2003) confirma:

“(…)en modo alguno ha quedado acreditado que dicha dificultad de comercialización no pudiese ser resuelta en forma que no resultase contraria al derecho de la competencia y, en particular, al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989, 1591) . En efecto, hay que tener en cuenta que el programa se dividía en tres lotes, lo que sin duda era un primer factor que impide hablar de la imposibilidad de su ejecución de manera global como hace en todo momento la actora, sin examinar la posible capacidad para ejecutar al menos alguno de los lotes. Y si bien es cierto que incluso para asumir cualquiera de los lotes se requería una amplia capacidad de comercialización, también lo es que existían formas alternativas de afrontar dicha dificultad con acuerdos posteriores con otras empresas para proceder a dicha comercialización que no hubieran planteado ningún problema desde el punto de vista de la competencia. Lo que ha sido sancionado por contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es una colaboración entre empresas competidoras consistente en un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante.”

La segunda de las cuestiones mencionadas es la relativa a la necesidad de contemplar el conjunto de acuerdos a que llegaron las empresas sancionadas. Estas concurren a título individual –no de forma conjunta– y acordaron que, fuera cual fuera el resultado del concurso, se ejecutaría en la manera concertada entre ellas a través de Mundosocial, A.I.E., asociación de interés empresarial creada años antes por las agencias de viaje que concurrían a tal objeto. De esta forma, resultaba indiferente el resultado del concurso en cuanto a la parte a ejecutar por cada una de las empresas; esto es, el concurso devenía una formalidad ficticia sustituida por el acuerdo entre las empresas concurrentes en el marco de una agrupación de empresas constituida por ellas: la competencia en el concurso público quedaba sustituida por el acuerdo privado en el seno de una agrupación empresarial privada. Pero no sólo esto, sino que a lo anterior es preciso añadir que la misma agrupación empresarial Mundosocial celebraba simultáneamente acuerdos con otras empresas de la competencia en los que por un lado se les cedía la ejecución de aspectos parciales del programa y, por otro, dichas empresas se comprometían a no concurrir al concurso. Y es preciso recordar que entre estas empresas se encontraban algunas de tanto peso como las sancionadas, así como que las mismas desconocían el contenido de los pactos internos entre las empresas integrantes de Mundosocial. Por consiguiente, a la hora de valorar la causa de justificación alegada de la supuesta imposibilidad de ejecución aislada del programa, es preciso considerar asimismo que junto con los acuerdos de colaboración para su ejecución conjunta con independencia del resultado del concurso, se concluían acuerdos destinados a evitar la posible concurrencia al mismo por parte de otras competidoras (...).”

CUARTO.- Hechos acreditados en el Expediente de vigilancia VS/0476/99 AGENCIAS DE VIAJES.

Como se recoge en el Antecedente de Hecho 4, en el marco del presente procedimiento de vigilancia la DC ha llevado a cabo diversas actuaciones, entre las que cabe señalar diversos requerimientos de información.

Así, en lo relativo al cumplimiento del dispositivo 3º, la DC con el fin de vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 25 de octubre de 2000, requirió en diversas ocasiones información a diferentes empresas e interesados:

- A las empresas sancionadas, VIAJES HALCÓN, VIAJES IBERIA, VIAJES BARCELÓ y VIAJES MARSANS, en relación a los concursos licitados por las citadas entidades desde el año 1999 para el programa vacaciones de la tercera edad gestionado por el IMSERSO, incluyendo proposiciones económicas y resto de condiciones presentadas para esas licitaciones.⁴
- Con el fin de contrastar la información aportada, se solicitó información al IMSERSO sobre los licitadores a los distintos concursos que habían sido convocados desde 1999⁵, sus correspondientes pliegos de cláusulas económicas y de prescripciones técnicas, así como sobre los adjudicatarios finales de los mismos.
- Asimismo, se solicitó información a distintas agencias de viaje presentes tanto en el expediente como en el mercado, en concreto a VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A., VIAJES 2000, S.A., CARLSON WAGONLIT TRAVEL, CAVALTOUR VIAJES, S.A., VIAJES INTERNATIONAL EXPRESS, S.A. y VIAJES EROSKI, S.A.
- Y por último a la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGENCIAS DE VIAJE (FEAAV).

Como resultado de las primeras averiguaciones, la DC consideró necesario ampliar la información y así se solicitó de nuevo a diversas empresas y entidades nueva información:

- A la UTE Mundosenior, adjudicataria de todos los concursos convocados por el IMSERSO, en relación con la constitución de la propia UTE, se le requirieron los posibles cambios que hubiera podido haber en sus estatutos desde su constitución a la actualidad y las características de las licitaciones a los concursos del IMSERSO y la documentación presentada a los mismos por Mundosenior.
- Se consideró también pertinente ampliar la información remitida por Viajes El Corte Ingles S.A y por Viajes Eroski S.A.
- Asimismo, se solicitó información a la empresa VIAJES ZOETROPE, relevante a los efectos de que la misma fue, como se verá, la única que se presentó a alguno de los concursos del IMSERSO, en competencia con la UTE Mundosenior.
- Se solicitó también información a VIAJES BARCELÓ y VIAJES HALCÓN S.A. con objeto de que aclarasen las participaciones de cada una de ellas en la UTE Mundosenior tras la desaparición el 4 de abril de 2013 del tercer socio VIAJES IBERIA, así como aclaración de los motivos económicos o de otra índole que les ha llevado a presentarse a los concursos del IMSERSO en forma de UTE y no individualmente.

⁴ VIAJES MARSANS quebró el 25 de junio de 2010 y nunca llegó a contestar a la citada solicitud de información.

⁵ Dado que los concursos anteriores a dicha fecha habían ya sido examinados en el seno del expediente principal 476/99.

- Se requirió de nuevo al IMSERSO mayor detalle en las respuestas inicialmente aportadas.
- Por último, se solicitó información a la Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas (SEGITTUR), convocante de un concurso de características similares al que es objeto del presente expediente, y que en su día fuera también adjudicado a la UTE Mundosenior, en competencia con la mencionada Viajes ZOETROPE.

Tras las anteriores actuaciones, el Informe Final de Vigilancia elevado por la DC, considera acreditados los siguientes hechos:

4.1. Respecto a la obligación recogida en el dispositivo 5º de la Resolución de 25 de octubre de 2000 de publicar la parte dispositiva de dicha Resolución en dos diarios de información general y distribución nacional y en el BOE a costa de las sancionadas, en proporción al importe de dichas sanciones, fue llevada a cabo por todas ellas en plazo y forma. Así, procedieron a la publicación conjunta:

- en el diario La Razón, de **7 de diciembre de 2000**,
- en Diario 16, el **8 de diciembre de 2000**, y
- en el BOE num 304, de **20 de diciembre de 2000**.

4.2. Respecto a lo recogido en el dispositivo 3º en cuanto a la cesación de las conductas sancionadas y prohibidas la DC considera acreditados los siguientes hechos:

4.2.1 Constitución de la UTE Mundosenior

*“Con motivo de la celebración del **concurso público n° 29/1998**⁶, convocado por el IMSERSO para las vacaciones de la tercera edad de la **temporada 1998/99**, se constituyó por primera vez la UTE denominada VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ S.A., VIAJES HALCÓN S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS Ley 18/1982⁷, formada por Viajes Marsans, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Halcón⁸. Con los mismos socios y para concursos posteriores, esta UTE pasó a denominarse UTE Mundosenior.*

Las empresas que constituyeron la UTE participaban cada una de ellas en un 25% del fondo operativo creado para el funcionamiento de la misma y en la misma proporción en el financiamiento de las actividades comunes de la Unión.

Como se ha mencionado, dicha UTE se constituyó con el objeto social de presentarse, licitar y, en su caso, desarrollar y ejecutar los contratos de servicio para la gestión de los programas “Vacaciones para Mayores” que el IMSERSO convoca cada temporada. En consecuencia, la duración de la UTE está en función de cada uno de los contratos objeto de dichas adjudicaciones, aunque

⁶ Según quedó ya recogido en la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, objeto de la presente vigilancia.

⁷ Ley 18/82 de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional

⁸ Esta información ya constaba en el expediente sancionador 476/99 y así se recogió en los Hechos Probados de la Resolución de 25 de octubre de 2000, objeto de la presente vigilancia.

se establece un tope máximo de duración de 25 años (extendiéndose por tanto hasta el año 2023).⁹

Y, efectivamente, y como se desarrollará más adelante, no solo les fue adjudicado el concurso n° 29/1998 (y su prórroga), sino también todos los concursos posteriores hasta la actualidad [2015]. A estos efectos, y conforme estipula la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, se ha venido constituyendo una UTE distinta por cada concurso convocado, al ser obligado que las UTEs tengan como único objeto la ejecución de un contrato administrativo concreto.

El 25 de junio de 2010 VIAJES MARSANS entró en concurso de acreedores, lo que supuso una redistribución del porcentaje de las tres empresas restantes en la UTE.

El 4 de abril de 2013 Viajes Iberia entró igualmente en concurso de acreedores, quedando en la actualidad como empresas que constituyen la UTE Mundosenior, **VIAJES BARCELÓ** y **VIAJES HALCÓN**.

Durante la instrucción del presente expediente de vigilancia, ambas empresas pusieron de manifiesto la existencia de negociaciones con los administradores concursales de ORIZONIA (matriz de VIAJES IBERIA) para la compra de su participación en la UTE Mundosenior, por lo que ambas empresas pasarían a tener un 50% de participación en el fondo operativo de la citada entidad. Dichas negociaciones continúan a fecha actual.

La UTE Mundosenior está estrechamente ligada con Mundosocial AIE. De hecho, la página web de esta última redirige a la primera. A estos efectos, y preguntada sobre la citada Mundosocial AIE, la UTE Mundosenior ha confirmado la permanencia en funcionamiento de la misma, estando en la actualidad compuesta únicamente por Viajes Halcón y Viajes Barceló, al 50%.

El objeto social actual de Mundosocial AIE es el siguiente:

"La agrupación tiene por objeto las actividades económicas auxiliares de la que, como Agencias de viajes, desarrollan sus socios y, específicamente, la licitación en los concursos, subastas u otro modo de pública licitación u oferta convocados por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) o cualquier otra entidad pública del Estado Español y/o Comunidad Europea que en el futuro le sustituya, para la celebración de contratos de asistencia destinados a la financiación de turnos de vacaciones para personas mayores, así como el desarrollo, organización, ejecución total o parcial de los programas correspondientes a los citados contratos administrativos. La agrupación tiene también como objetó contribuir a la mejora de servicios de dicho mercado de clientes de personas mayores en beneficio de sus socios, entre otras formas, por medio de su página Web o Portal, y a través de un club de personas mayores, todo ello con la finalidad

⁹ De este modo, cada uno de los concursos convocados por el IMSERSO conlleva la constitución de una UTE específica, cuya existencia se limita al periodo de ejecución del contrato en su caso adjudicado. En la actualidad se encuentra en funcionamiento la **UTE Mundosenior IV**.

de potenciar la actividad económica de sus socios en ese nicho de mercado."

En la práctica, y según manifiestan las empresas integrantes de la UTE Mundosenior, la actividad de Mundosocial AIE se centra en la prestación de apoyo logístico y de infraestructura tecnológica a UTE Mundosenior en la ejecución del Programa de Vacaciones para Mayores del IMSERSO. Es pues una sociedad instrumental de la UTE Mundosenior.

Sin embargo, y a pesar de que las UTEs constituidas para cada convocatoria del concurso han de ser distintas, los recursos necesarios de apoyo a la ejecución de cada contrato son coincidentes. Y es aquí, en el apoyo a la ejecución del Programa, donde Mundosocial AIE presta asistencia a UTE Mundosenior.

Así, si bien la titularidad y responsabilidad de la ejecución del concurso adjudicado corresponde a la UTE constituida al efecto, dicha ejecución cuenta con el apoyo de la estructura proporcionada por Mundosocial AIE.

En este sentido, siguen manifestando las empresas de la UTE Mundosenior, Mundosocial AIE es titular y propietaria de una serie de elementos (sistemas informáticos, oficinas en régimen de arrendamiento, contratos con proveedores de telefonía, suministro eléctrico, limpieza y otros, y personal laboral) que cede a la UTE correspondiente por medio de un contrato de management celebrado entre ambas, cuya duración es igualmente coincidente con la de la ejecución del concurso adjudicado.

Por tanto, la aportación de Mundosocial AIE a la ejecución del concurso se limita a este apoyo mediante la cesión de la estructura requerida para la misma, siendo las UTEs las encargadas de la ejecución efectiva del mismo, entendiendo por tal la facturación de los viajes a los usuarios y al IMSERSO y el pago a los proveedores de los elementos que componen los paquetes vacacionales (por ejemplo, transportistas, hoteleros, agencias minoristas y guías de traslados y aeropuertos).

Las empresas conformantes de la UTE Mundosenior manifiestan que la actividad de apoyo prestada por Mundosocial AIE tiene por objeto aprovechar el know how derivado de años de experiencia, en aras a garantizar una mayor calidad del Programa.

Igualmente, mediante el empleo de esta estructura, se trata de evitar riesgos y cargas innecesarias o excesivas sobre los socios, pues la inexistencia de Mundosocial AIE obligaría a traspasar los bienes y derechos de la UTE a sus socios al finalizar cada concurso y en sentido inverso con la adjudicación de cada nuevo concurso, con la complejidad laboral, fiscal, administrativa y de titularidad contractual que de ello se derivaría.

Mundosocial AIE, por tanto, no presenta directamente ofertas a ninguna licitación o concurso público. Lo hacen sus socios constituidos en UTE.

*En definitiva, la **UTE Mundosenior** cuenta, directamente o a través de acuerdos, con todos los medios exigidos para la presentación de una oferta, tales como red de distribución, para todo el territorio Nacional a través de Agencias de Viajes, medios de transporte, hoteles y demás servicios necesarios que configuran el denominado paquete turístico, así como el diseño que se precisa, tanto en los*

aspectos sanitarios, asistenciales, como informáticos, que se estiman necesarios en la convocatoria del Concurso Público.

*Además, la **UTE Mundosenior** entiende que, en conjunto, las Agencias de Viajes son el canal natural para la comercialización del Programa del IMSERSO y por ello ha creado y desarrollado un sistema de reservas propio, a través de su web www.mundored.es, el cual permite la conexión a través de Internet de todas las Agencias de Viajes que lo deseen, a los efectos de una gestión más eficaz y actualizada al segundo.*

Según señala la DC, basándose en datos actualizados de revistas del sector, **UTE Mundosenior** tiene asociadas las siguientes **marcas**: Mundosocial, Balearsenior, Mundosenior, Euroseniors, Novo Tours (U.T.E.), Mundored y Mundosenior Club.

Asimismo Mundosenior realiza su actividad empresarial junto a diversas empresas colaboradoras como distintas agencias de viaje (a través de su convenio con la FEA AV¹⁰, que engloba a la práctica totalidad de las agencias de viajes de España), empresas de transporte (Globalia, RENFE, Acciona Trasmediterránea, Alsa) y aerolíneas (AirEuropa, Iberia, Spanair, Orbest, Swiftair, Binter, Air-Berlin, Vueling, British Airways, Swiss International Airlines, Norwegian.no, Lufthansa, Monarch, Luxair, Air Nostrum).

Los destinos turísticos ofertados son los propios objeto del concurso del IMSERSO, esto es: Canarias (Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura), Catalunya (Lloret de Mar, Salou, Sant Carles, Santa Susana, La Pineda, Pineda de Mar, Calella), Baleares (Mallorca, Menorca, Ibiza), Comunidad Valenciana (Altea, Benidorm, Calpe, Cala Finestrat, Gandía, Jávea, Peñíscola, Santa Pola, Vinarós), Murcia (La Manga, Mazarrón), Andalucía (Aguadulce, Almuñécar, Benalmádena, Costa Ballena, Fuengirola, Isla Canela, Isla Cristina, Marbella, Matalascañas, Mazagón, Mojácar, Nerja, Roquetas de Mar, Torre del Mar, Torremolinos), Andorra, Portugal, así como viajes culturales y turismo de naturaleza en Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla y León, Catalunya, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, La Rioja, Madrid, Navarra y País Vasco.

4.2.2. Desarrollo y Adjudicaciones de los Concursos del IMSERSO (1999-2011)

“Según información proporcionada por el IMSERSO, en relación con los concursos convocados para el desarrollo del “Programa de Vacaciones para Mayores y para Mantenimiento del Empleo en Zonas Turísticas o del Programa Experimental de Ocio y Cultura”, los procedimientos de adjudicación convocados desde el año 1998 y sus adjudicatarios son los siguientes:

TEMPORADA	NUMERO	CONCURSO	LICITADORES
1998/1999	29/1998	<i>P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del</i>	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA,

¹⁰ Federación Española de Agencias de Viajes.

		empleo en zonas turísticas	S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
1999/2000	25/1999	P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2000/2001	23/2000	P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2001/2002	22/2001	P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2002/2003	8/2002	P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2003/2004 y 2004/2005 Prorrogado a 2005/2006 y 2006/2007	31/2003	P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas	1.- VIAJES ZOETROPE, S.A. 2.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2005/2006 Prorrogado a 2006/2007	14/2005	Programa Experimental de Ocio y Cultura	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2007/2008 y 2008/2009 prorrogado a 2009/2010 y 2010/2011	21/2007	P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas	1.-UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.) 2.-M.A.S. ALTERNATIVAS SOCIALES
2011/2012, 2012/2013 prorrogado 2013/2014	7/2011	P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas	1- UTE Mundosenior¹¹ (VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES

¹¹ Tal como se ha indicado anteriormente, la empresa VIAJES MARSANS, entró en concurso de acreedores el 25 de junio de 2010, lo que supuso su salida de la UTE Mundosenior y el mantenimiento de la misma por los otros tres socios a partes iguales.

		turísticas	HALCÓN, S.A.) 2.-VIAJES ZOETROPE
--	--	------------	--

Hasta la actualidad, todos los concursos desde que se constituyó la UTE Mundosenior¹² (temporada 1998) han sido adjudicados a ésta.

Por otro lado, tal como se puede apreciar en el cuadro, a dichos concursos únicamente se presentó la UTE Mundosenior, salvo en tres ocasiones en que se presentaron VIAJES ZOETROPE en el año 2003 y 2011 y MAS ALTERNATIVAS SOCIALES en 2007, ambas sin conseguir ganar el concurso.

4.2.3. Situación de otras empresas del sector en relación a los concursos del IMSERSO

Según la DC “[l]as razones que aducen otras empresas del sector consultadas para no presentarse a los concursos del IMSERSO de referencia son variadas:

-VIAJES 2000, S.A. aduce que su dimensión empresarial, estructura organizativa y tecnológica, hacen totalmente inviable el cumplimiento de los requisitos que el IMSERSO ha venido solicitando a los eventuales licitantes.

- VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A¹³. ha indicado que no acudió a estos concursos porque su nivel de actividad, sin este tipo de viajes, era suficiente para el cumplimiento de los objetivos empresariales de la empresa y entrar a trabajar este ámbito podría sobrecargar la gestión de sus puntos de venta, especialmente las oficinas ubicadas en sus Centros Comerciales organizándose colas de clientes que podrían perjudicar su nivel de servicio e incluso el del Centro Comercial.

Viajes El Corte Inglés, desde el año 2007, organiza y comercializa, sin restricción alguna, sus propios productos destinados a personas de edad avanzada, pudiendo ofrecerlos de manera alternativa a clientes que solicitaban plaza en el Programa del IMSERSO, si bien los productos que se ofertan dentro del programa del IMSERSO están subvencionados por la Administración y los que ofrece esta empresa son fruto de negociaciones concretas con los distintos proveedores, reduciendo al máximo los costes y el margen comercial para poder resultar competitivos con los productos ofertados en el programa IMSERSO.

Las ventas de estos productos han venido evolucionando favorablemente hasta constituirse como un producto diferenciado con contratación específica a partir del año 2010 y hasta la actualidad, que se comercializa bajo distintos epígrafes: "Mayores de 55 años" (no requiere que el usuario necesariamente sea pensionista, por lo que es utilizado frecuentemente por trabajadores en activo o simplemente con disponibilidad de viajar), "Turismo Social", "Programa Adineko" para la Diputación de Vizcaya, "Adineko Bidaiak" para el País Vasco, "Rutas Culturales" de la Comunidad de Madrid, así como programas específicos de grupos para asociaciones.

¹² Recuérdese que antes de 1998 las mismas empresas se presentaron de forma individual a los lotes que entonces se formaban en cada uno de los concursos, resultando adjudicatarias de los mismos. Así los concursos convocados desde la temporada 1991/92 hasta la temporada 1997/98, se adjudicaron siempre a Viajes Halcón (lote 1), Viajes Iberia (lote 2) y Viajes Barceló (lote 3).

¹³ DATOS ECONOMICOS CONFIDENCIALES PARA RESTO INTERESADOS

Para El Corte Inglés presentarse al concurso del IMSERSO supone contar previamente con un desarrollo informático específico que requiere una inversión de muy elevada cuantía, con el riesgo y la incertidumbre que conlleva la no adjudicación del concurso, más aun teniendo en cuenta que ese programa sólo se puede utilizar para la gestión del IMSERSO, existiendo otros concursos promovidos por otras Administraciones cuyas prescripciones técnicas son más asumibles y menos rígidas que el programa IMSERSO, y que no requieren de grandes desembolsos previos para poder optar a licitar (Adineko, de la Diputación Foral de Vizcaya en el que se licita por tipo de destino adjudicándose los diferentes lotes a distintitos postores; o las "Rutas Culturales de la Comunidad de Madrid", carente de subvención pública, basado en la homologación de productos y abierto a todas las agencias que cumplen con las especificaciones del programa).

El peso económico de la venta de los productos propios de Viajes el Corte Inglés relativos a viajes de mayores, sobre la venta anual de productos vacacionales es el siguiente:

- Año 2011: [0-5] %
- Año 2012 : [0-5] %
- Año 2013: [0-5] %

No obstante, la UTE Mundosenior y Viajes El Corte Inglés, S.A tienen firmado en la actualidad un acuerdo de fecha 3 de mayo de 2011 por el que se regulan las condiciones de colaboración para la comercialización del programa de viajes para el IMSERSO, en el año 2011 (prorrogado hasta el año 2014). Este acuerdo es reproducción de los que para temporadas anteriores se firmaron con idéntico fin, cuyas condiciones implica que:

- *Viajes el Corte Inglés comercializa, a su criterio y sin limitación de plazas, el producto de Mundosenior en sus delegaciones de los Centros Comerciales y delegaciones Mixtas, sitas a pie de calle, que totalizan unos 460 puntos de venta.*
- *Viajes El Corte Ingles realiza campañas de promoción del programa, con medios propios, tales como emisión de cuñas de megafonía en los Centros Comerciales, encartes, emisión de correos electrónicos, colocación de cartelería en escaparates, reparto de dípticos etc.*
- *Mundosenior retribuye a Viajes El Corte Inglés por su actividad comercial y promocional por plaza vendida:*
 - 18 euros (IVA incluido) por las primeras 25.000 plazas
 - De 25.001 a 50.000 plazas, a 16 euros (IVA incluido)
 - De 50.001 a 75.000 plazas, a 14 euros (IVA incluido).
- *Viajes El Corte Inglés, realiza una campaña de publicidad con medios externos (prensa, radio, etc.) a su propio criterio en la que Mundosenior contribuye con la cantidad de 50.000 euros.*

En cuanto al cobro de las plazas gestionadas, existe un acuerdo verbal de diferir el pago mediante la emisión de facturas mensuales equivalentes a un 10%

aproximado de la previsión de remuneración y una última factura al final de la campaña por el resto, una vez determinado el número exacto de plazas vendidas y cuantificada la remuneración correspondiente.

En ejecución de dicho acuerdo, Viajes El Corte inglés ha percibido de Mundosenior, por las ventas correspondientes al año 2011, la cantidad de [500.000-1.000.000] euros (IVA incluido) de los que 59.000 euros corresponden a la contribución de Mundosenior a la campaña de publicidad externa (50.000 euros más el IVA al 18%), y [500.000-1.000.000] a su retribución por su actividad comercial y promocional.

Asimismo, por las ventas generadas en el año 2012, Viajes El Corte inglés ha percibido de Mundosenior, la cantidad de [500.000-1.000.000] euros (IVA incluido) de los que 60.500 euros (50.000 más el IVA al 21%) corresponden a la contribución de Mundosenior a la campaña de publicidad externa, y [500.000-1.000.000].- euros a su retribución por su actividad comercial y promocional.

Las ventas correspondientes al año 2013, aún no han sido cerradas definitivamente; no obstante se estiman unos ingresos en torno a [1.000.000-1.500.000] euros.

El peso económico aproximado de la venta del programa IMSERSO sobre la venta total anual de productos turísticos va del [0-3] % (año 2010) al [0-3] % (año 2013).

*- **CARSON WAGON LITS**, manifiesta no haber participado nunca en el programa de vacaciones para mayores, debido a su especialización como Agencia de Viajes en la prestación servicios fundamentalmente a empresas, y a los empleados de las mismas en sus viajes de negocios.*

*- **VIAJES EROSKI**¹⁴ entiende que le faltan medios y experiencia para poder competir con una UTE como Mundosenior, que lleva tantos años presentándose a estos concursos. No obstante, VIAJES EROSKI se presentó a los 4 lotes convocados del “programa de vacaciones” del IMSERSO en las temporadas 2007/2008 y 2008/2009 a través de UTE Mas Alternativas sociales, con la empresa Mayorista Real Spain, S.L.*

La valoración, comunicada por el IMSERSO fue la siguiente:

CUADRO RESUMEN VALORACION OFERTAS

	UTE Mundosenior	UTE M.A.S
LOTE 1	87,27	56,74
LOTE 2	88,85	59,03
LOTE 3	85,36	55,55
LOTE 4	87,07	29,93

Las conclusiones que se extrajeron por parte de VIAJES EROSKI, S.A. de este intento no fueron positivas. Por una parte se concluyó que en ese momento se

¹⁴ DATOS ECONOMICOS CONFIDENCIALES PARA RESTO INTERESADOS

carecía de la preparación y dimensión suficiente para afrontar un proyecto como el de IMSERSO y, por otra parte, que no se trabajó debidamente la documentación previa requerida por IMSERSO y tampoco se supieron determinar adecuadamente las necesidades de este organismo, a fin de adecuar la propuesta a realizar, por ejemplo, en la parte relativa a animación el resultado fue muy débil, todo ello a la vista de las mejoras aportadas por la UTE Mundosenior:

- Convocatoria de concurso de redacción, fotografía y filmación
- Abono del viaje a través de entidades financieras con coste de transacciones a cargo de la UTE Mundosenior
- Reducción del depósito de reserva establecido en el Pliego desde el máximo del 20% al 6,20%
- Incremento del Programa de excursiones previsto en los Pliegos.
- Fiesta de clausura del Programa a cargo de la UTE
- Ampliación de la Póliza de seguros afecta al Programa.

Ante la escasez de recursos se ha preferido concentrar los mismos en participar en concursos que, a priori, son más modestos, más accesibles o con menor competencia, lo que no quita para que en un futuro se planteen la participación en el concurso del IMSERSO.

No obstante, la UTE Mundosenior y Viajes Eroski, S.A tienen firmado en la actualidad un acuerdo de fecha 6 de mayo de 2011 por el que se regulan las condiciones de colaboración para la comercialización del programa de viajes para el IMSERSO, en el año 2011. Este acuerdo es reproducción de los que para temporadas anteriores se firmaron con idéntico fin. Dichas condiciones implican que, como en el caso de Viajes El Corte Inglés, la comercialización de las plazas del producto de Mundosenior no tiene carácter de exclusividad.

El peso económico de la venta del programa IMSERSO sobre la venta anual de productos turísticos es del [0-2] % aproximado y mantenido desde el 2010 hasta la actualidad¹⁵.

Actualmente VIAJES EROSKI, S.A. comercializa sus propios productos (el Club de los 60), destinados a mayores, y especialmente confeccionados y adaptados para este público concreto, con el fin de cubrir una oferta que quiere abarcar el máximo público potencial, desde los niños a los más mayores.

- VIAJES ZOETROPE

Según sus manifestaciones:

- Se presentaron en la temporada 2003-2005 a un único lote (circuitos culturales), del que no resultaron adjudicatarios.
- En la temporada 2011-2013 (procedimiento 7/2011) se presentaron a 3 lotes (todos menos el de circuitos culturales).

¹⁵ CONFIDENCIAL

En cuanto al lote 3, se estimó por la Mesa de Contratación baja temeraria por lo que recurrieron ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, que fue desestimado.

Los otros 2 lotes (1 y 2) fueron menos valorados que los de la UTE Mundosenior, lo que motivo el correspondiente recurso que fue asimismo desestimado.

Zoetrope ha presentado ante la Audiencia Nacional recurso Contenciosos Administrativo contra las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales. En el marco de dicho recurso, Viajes Zoetrope solicitó la realización de Informe Pericial, por perito designado por la Sala, que emitió su dictamen definitivo en Febrero de 2013.

La valoración pericial queda resumida en la siguiente tabla:

PUNTUACION PROPOSICIONES (CALIDAD Y PRECIO)

	<i>UTE Mundosenior</i>	<i>III. ZOETROPE</i>
<i>Lote 1</i>	<i>79,87</i>	<i>81,75</i>
<i>Lote 2</i>	<i>77,30</i>	<i>77,72</i>

El perito concluye que muchas de las discrepancias encontradas son interpretativas sobre lo recogido en los Pliegos, debido, por una parte, a la existencia de bastante arbitrariedad en los criterios de valoración y en su forma de cuantificar, seguramente por falta de claridad y exhaustividad en la exposición de dichos criterios y, por otra parte, a defectos u omisiones de presentación de las proposiciones, por lo que una vez realizado el proceso interpretativo, se deberá otorgar la puntuación que objetiva y en Derecho hubiera correspondido a cada licitador.

Si realizado el proceso interpretativo se acordara la procedencia de valorar las ofertas de las partes, el perito manifiesta que las valoraciones de las proposiciones expuestas están hechas sobre la base de que la Sala falle que todos los apartados sean susceptibles de valoración por cumplir los licitadores con las obligaciones de los Pliegos del Procedimiento.

En cuanto a la viabilidad del lote 3, concluye el perito que “la oferta que presentó Viajes Zoetrope en la licitación del lote 3, hubiera sido viable con un beneficio empresarial de más de cuatro millones doscientos mil euros entre los dos años, que suponen un 1,40 % del total de ingresos, si bien quiero reseñar que esa viabilidad solo se mantendría si no hubiera ningún tipo de desviación presupuestaria, sobre todo, en las partidas de hoteles y de transporte aéreo, ya que una desviación al alza de 0,50 euros por estancia, o del 5% en el transporte aéreo, absorbería todo el beneficio previsto.”

A pesar de lo anterior la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2014, actualmente en trámite de casación, desestimó el recurso declarando en su fundamentación jurídica que:

- Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares han de recurrirse en tiempo hábil para ello, pues si no devienen firmes y vinculantes, “siendo así

*que en el caso la nulidad del pliego se denuncia por primera vez en el recurso contra la adjudicación del contrato, sin que con anterioridad la interesada ejercitara acción alguna de nulidad contra los pliegos, que así fueron consentidos, deviniendo firmes y vinculantes, por lo que el motivo que analizamos está fuera de tiempo, resultando extemporáneo”,
La utilización de posibles “juicios de valor” a la hora de aplicar los criterios de valoración lo sería, en cualquier caso, por parte de la Mesa de Contratación, no derivando en modo alguno del Pliego, cuyos criterios son objetivos, cuantificables y de valoración automática.*

Además, las dificultades de interpretación de los criterios de valoración no suponen juicios de valor. No existe pues vicio de nulidad en los Pliegos.

- *No existe tampoco vicio de nulidad en los acuerdos de la Mesa de Contratación, ni por falta de quorum ni por la emisión de informes técnicos que extralimiten sus competencias, pues, como se ha visto, la valoración de los criterios de adjudicación no depende de juicios de valor, independientemente de que se soliciten y utilicen Informe técnicos para evaluar y valorar las ofertas presentadas. De hecho, la utilización de informes técnicos relacionados con el objeto del contrato a concurso está prevista en la resolución de 19 de enero de 2011, que crea y regula la mesa de contratación del IMSERSO*
- *En cuanto a las alegadas irregularidades en la estimación y valoración por parte de la Mesa de Contratación de los criterios de adjudicación, se insiste en que los criterios objetivos relacionados con el primero de los factores a tener en cuenta, la calidad de la oferta, se han respetado, pues han atendido al Informe Técnico solicitado por la Mesa de Contratación, que valora mejor la oferta presentada por UTE Mundosenior.*

Por otra parte, en cuanto al segundo de los factores, el precio, el Pliego establece claramente que “la puntuación a otorgar a los licitadores se calculará de acuerdo con la fórmula que se detalla en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares. La baja en el precio se utilizará para financiar un mayor número de plazas sin transporte, en los tres primeros lotes, que debe proponer el licitador, respetando la proporción de origen y destino establecida en el Pliego de Prescripciones, Técnicas, de acuerdo con el detalle de la proposición económica del Anexo 1. El incremento de las plazas que se oferten serán todas en temporada alta. La baja en el precio que no respete la proporcionalidad en el incremento de plazas será excluida de la valoración de este apartado por incumplimiento”, lo que sin duda cumple la oferta ganadora ya que es de entender que “la observancia de la proporción en origen y destino según las cifras totales y sin tener en cuenta el factor de las estancias es una solución razonable en la que no se advierte atisbo alguno de arbitrariedad, por lo que esta Sala debe respetar la solución adoptada por la Administración, dentro del margen lícito de apreciación que le corresponde.

“Es asimismo de notar que existe en el expediente administrativo un informe del IMSERSO datado en 19-8-2011, que hace la observación de que “el importe total reflejado en la proposición económica de la recurrente no coincide con el desglose de su oferta, cuestionando además el meritado

informe que la citada recurrente respetara la proporción, tanto en destino como en origen, en el incremento de plazas como consecuencia de la baja en el precio”.

- *El pliego de cláusulas administrativas particulares establecía unos criterios objetivos para valorar las ofertas desproporcionadas o temerarias, siendo así que para el supuesto de dos licitadores, como fue el caso litigioso, el mentado pliego dispuso que se consideraría, en principio, desproporcionada o temeraria la oferta que fuera inferior en más de 6 unidades porcentuales a la otra oferta. Siendo claro que la oferta en cuestión estaba incurso objetivamente en la presunción de temeridad prevista en el pliego, y concedido el oportuno trámite de audiencia, la interesada no aprovechó dicho trámite para desvirtuar la presunción de baja temeraria.*

Viajes Zoetrope también se ha presentado al concurso, de similares características¹⁶, convocado por la Sociedad Estatal para la Gestión e Innovación y las Tecnologías Turísticas (Segittur), ganándolo en la primera de sus convocatorias (temporada 2009, prorrogada a 2011). Las otras dos convocatorias (2011 hasta 2014), a las que Viajes Zoetrope se presentó en UTE con Tui España, han sido adjudicadas a la UTE EUROSENIOR¹⁷. Por ello, con fecha 20 de septiembre de 2011, Tui España Turismo, S.A. y Viajes Zoetrope, S.A. interpusieron ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recurso especial en materia de contratación (números 206/2011) contra el Acuerdo del Presidente de Segittur de 18 de julio de 2011, de adjudicación del contrato de referencia, que ha sido inadmitido por Resolución de 13 de octubre de 2011”.

4.2.4. Acuerdos previos de UTE Mundosenior con otras empresas del sector.

“Como se ha mencionado anteriormente, para poder licitar a los concursos del IMSERSO con todas las garantías técnicas que requerían los Pliegos de Condiciones elaborados por dicho organismo, la UTE Mundosenior firmó acuerdos previos con las distintas entidades, a los efectos de gestionar los servicios requeridos por el concurso. De hecho, todos los acuerdos y colaboraciones debían presentarse de forma previa al IMSERSO, junto con el resto de documentación del concurso. Así, la UTE Mundosenior firmo acuerdos entre otros con:

- *SAVIA AMADEUS para poder emitir billetes desde cualquier agencia de viajes conectada al sistema AMADEUS (en total más de 6000), con las compañías aéreas y de transporte de viajeros más importantes para poder trasladar a los adjudicatarios de los viajes a sus lugares de destino,*
- *con diversos bancos para realizar el cobro de los viajes,*

¹⁶ Según Viajes Zoetrope en Segittur el precio vale 10 puntos (frente a 35 del Imseroso), se da mayor importancia a la comercialización (24 frente a 10 en el IMSERSO), se da mayor valor a la animación, no se valora disponer de horas de médico y ATS en el hotel (en el IMSERSO se le dan 10 puntos) y tampoco se valora el pago de reembolsos por gastos médicos por parte de los usuarios (en el IMSERSO se valora con 5 puntos).

¹⁷ Formada por Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Halcón.

- con compañías de telecomunicaciones para garantizar el acceso al IMSERSO a los distintos servicios, ya que, como se ha visto, se requiere un programa informático (Mundored) de gran complejidad y para poder implantar un sistema de reservas de gestión propia adaptado a este tipo de productos que lanzó en la temporada 2005.
- Con empresas de transporte
- con agencias de viajes, asociaciones y federaciones de las mismas.

Efectivamente, las agencias de viaje consultadas¹⁸, salvo CARSON WAGON LITS TRAVEL¹⁹, han indicado que mantienen relaciones comerciales con Mundosenior a través de la firma de un contrato o protocolo de colaboración no exclusivo denominado, “contrato para la comercialización del programa de vacaciones para mayores”, que tiene por objeto:

“Mundosenior como adjudicataria, reconoce y acepta a LA AGENCIA, junto con las demás agencias con las que se ha suscrito contrato, y sin régimen de exclusividad, como comercializadora del mismo.

Mundosenior actúa como organizadora de los viajes del IMSERSO y LA AGENCIA como comercializadora del "Programa de Vacaciones para Mayores", realizando la promoción, información y venta del mismo.”

La entrada en vigor del contrato se hace depender de que la UTE Mundosenior obtuviera la adjudicación del “Programa de Vacaciones para Mayores”, por lo que en caso de que no resultara adjudicataria, el contrato quedaba sin efecto alguno.

Como se ha mencionado anteriormente, en el citado contrato no hay ninguna cláusula de exclusividad ni de compromiso por parte de la agencia de no presentarse a los concursos convocados por el IMSERSO relativos al “Programa de Vacaciones para Mayores” como ocurría en el momento en el que se tramitó el expediente principal.

Todas las agencias han coincidido que las ventas de estos productos suponen menos del [0-2] % de sus ventas”.

Por otra parte, la UTE Mundosenior y la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJE (FEAAV, organización Empresarial que aglutina en su seno a 17 Asociaciones, con un total de 1.100 Casas Centrales y 1.915 Puntos de venta, distribuidas por todo el territorio español), con carácter previo a su presentación a los concursos, firmaron con fechas **10 de julio de 2003 y 24 de agosto de 2005**, los denominados:

- “Protocolo de colaboración temporadas 2003/2004 y 2004/2005 y sus prórrogas si las hubiere” y
- "Protocolo de colaboración temporada 2005/2006 y la prórroga que en su caso se acuerde por el mismo periodo (2006/2007)”.

¹⁸ Viajes El Corte Inglés, Viajes Eroski, Viajes 2000.

¹⁹ Forman parte de este grupo de empresas Viajes Ecuador S.A. e IBEROTOURS, S.A.

Según informa la DC en virtud de dichos protocolos, “FEAAV pone a disposición de la UTE toda la red de oficinas²⁰ integradas en su federación, para que, en caso de resultar adjudicataria, puedan formar parte de la red de comercialización, si éste fuera el deseo de cada una de ellas, bajo las siguientes condiciones de participación:

“(....)

La UTE abonará a las Agencias de Viajes el 6,20% del precio total pagado por el usuario.

FEAAV se compromete a realizar cuantas actividades y gestiones sean precisas para potenciar la venta del producto “Vacaciones para Mayores” durante la campaña y en general en el momento en que la UTE lo considere necesario, (...)

A fin de realizar un trabajo conjunto para la definición de criterios de actuación y análisis de la elaboración del Programa las partes se constituyen en Comisión Mixta de Seguimiento (...)

En caso de que la candidatura que presente la UTE consiga la adjudicación del Programa Vacaciones para Mayores, la Comisión Mixta de Seguimiento de la Oferta se transformará en Comisión Mixta de Seguimiento Ejecución del Programa, cuyo objetivo básico de actuación sería el análisis de valoración de la ejecución del programa y cumplimiento de este acuerdo, así como el establecimiento de las conclusiones que procedan.”

Finalmente, el 20 de junio de 2007 UTE Mundosenior y FEAAV han vuelto a firmar un contrato similar para las temporadas 2007/2008 y 2008/2009 y sus prórrogas si las hubiera, pero en este contrato no se han incluido las comisiones que la UTE pagaba a las agencias de viajes en los anteriores.

*En virtud de esos convenios, en resumidas cuentas, la FEAAV se compromete a realizar cuantas actividades y gestiones sean precisas para potenciar la venta del producto “**Vacaciones para Mayores**” durante la campaña y en general en el momento en que la **UTE Mundosenior** lo considere necesario. Asimismo **FEAAV** se compromete a promover entre las asociaciones que la integran la observancia de las normas de conducta y ética comercial comúnmente aceptadas.*

*Por último, y a fin de realizar un trabajo conjunto para definición de criterios de actuación y análisis de la elaboración del Programa, las partes se constituyen en **Comisión Mixta de Seguimiento de la oferta**, con el fin de participar de forma activa en los planes de actuación previa que se consideren oportunos.*

*En caso de que la candidatura que presente la **UTE Mundosenior**, consiga la adjudicación del **Programa de Vacaciones para Mayores**, la Comisión Mixta de Seguimiento de la Oferta se transformará en **Comisión Mixta de Seguimiento Ejecución del Programa**, cuyo objetivo básico de actuación sería el análisis de valoración de la ejecución del Programa y el establecimiento de las conclusiones que procedan (...).”*

²⁰ 1152 agencias de viaje en ese momento que representaban más de 3000 puntos de venta en España.

4.2.5. Situación del mercado afectado y cuotas de las empresas participantes.

En el Informe Final de Vigilancia elevado a esta Sala de Competencia la DC realiza la siguiente descripción del mercado afectado en el presente expediente:

“El mercado geográfico y de producto relevante es el mercado de prestación de servicios para la ejecución de Programas subvencionados de Turismo en temporada baja en el territorio nacional, con procedencia mayoritaria de cualquier punto del territorio nacional (y de forma muy residual de países europeos).

En la presente Resolución y de acuerdo con datos aportados por revistas especializadas del sector, se analiza la posición de la mayorista Mundosenior en el mercado de los turoperadores mayoristas de viajes, en general, sin considerar el mercado específico de los viajes vacacionales de invierno para mayores, en el cual, la mencionada empresa ostenta el 100% de cuota desde hace 28 años.

*En cuanto a las cifras del sector, y de acuerdo con ranking elaborado por **Nexotur**²¹, los nueve primeros turoperadores nacionales acaban 2013 con una cifra de negocio de 1.731,4 millones de euros, lo que representa un incremento interanual del 8,5%:*

Ranking NEXOTUR de Grandes Mayoristas de Viajes			
EMPRESAS	VENTAS 2013	VENTAS 2012	2013/12
1 Travelplan	588,0	545,0	7,9%
2 Mundosenior	271,4	321,2	-15,5%
— Grupo Barceló	NFD	NFD	NFD
3 Grupo Julià	216,3	181,2	19,4%
4 Soltour	202,2	161,8	25,0%
5 Special Tours	106,0	87,0	21,8%
6 Panavisión	103,0	84,2	22,3%
7 Mapa Tours	94,5	72,9	29,6%
8 Catai Tours	80,0	75,0	6,7%
9 Politours	70,0	68,1	2,8%
TOTAL	1.731,4	1.596,4	8,5%

Fuente: Nexodata y empresas. Las ventas figuran en millones de euros. SD: sin datos. NFD: no facilitados. © NEXOTUR

Después de un 2012 marcado por el proceso de cierre de Orizonia, que trajo consigo la desaparición de la mayor división de turoperación del país, el negocio de las mayoristas de viajes muestra una tendencia favorable en 2013. Según los datos recabados por NEXOTUR, la facturación de las nueve primeras marcas asciende a 1.731,4 millones de euros, frente a los 1.596,4 millones de 2012, lo que supone un crecimiento del 8,5%. De las nueve empresas con más peso en el mercado español (exceptuando a la división de turoperadores del Grupo Barceló, cuyas cifras no han sido facilitadas), tan solo Mundosenior registra un retroceso interanual, mientras que cinco de los turoperadores que han sido objeto de análisis experimentan un repunte de dos dígitos.

Una vez consumado el cierre de Orizonia, que hasta 2012 lideró la tabla, y que solicitó el concurso de acreedores a principios de 2013, la división mayorista de Globalia

²¹ Diario electrónico del sector de Agencias de Viajes.

escala hasta la primera posición del Ranking NEXOTUR de Mayoristas de Viajes. Travelplan, el turoperador de Globalia, es ya el indiscutible número uno, al representar casi una cuarta parte de los paquetes vendidos en el mercado emisor doméstico. Travelplan se convierte en la primera mayorista del país con un volumen de negocio cercano a los 600 millones de euros, un 7,9% más que en 2012, cuando alcanzó los 545 millones de euros.

Por detrás de Travelplan aparece Mundosenior, cuya facturación cae hasta los niveles más bajos desde que la crisis económica comenzó a incidir en el consumo de viajes. Esta Unión Temporal de Empresas (UTE), participada al 50% por Viajes Barceló y Halcón (a raíz de la desaparición de Orizonia/Viajes Iberia/Vibo Viajes), ha concluido 2013 con una cifra de negocio de 271,4 millones de euros, lo que supone un retroceso del 15,5% respecto al ejercicio anterior. Cabe recordar que el presupuesto de los viajes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imserso), que se mantiene como su actividad principal, se ha reducido de forma drástica en los últimos años.

La misma fuente, **Nexotur**, da cifras actualizadas referidas a las redes de **Agencias de Viajes** que, como en el caso de los turoperadores, vuelven a la senda del crecimiento. Tras experimentar una fuerte caída del 7% en 2012, el efecto Orizonia (desaparición de Vibo, antes Viajes Iberia) y la reactivación del consumo en la última fase de 2013, impulsan el negocio de las diez principales redes del país. Según los datos recabados por NEXOTUR, en 2013 han facturado 5.531,4 millones, un 6,5% más que en 2012.

Ranking NEXOTUR de Agencias de viajes			
EMPRESAS	VENTAS 2013	VENTAS 2012	2013/12
1 Viajes El Corte Inglés	2.283,0	2.238,5	2,0%
2 Halcón Viajes Ecuador	1.041,0	1.134,0	-8,2%
3 Barceló Viajes	629,0	329,0	91,2%
4 Carlson Wagonlit Travel	504,0	491,0	2,6%
5 Viajes Jumbo Tours España	270,8	260,5	4,0%
6 Viajes Olympia	181,7	156,2	16,3%
7 Viajes Eroski Bidaiak	179,9	184,5	-2,5%
8 Nautalia	170,0	141,7	20,0%
9 Zafiro Tours	148,0	152,0	-2,6%
10 IA Viajes Grupo 7	125,0	109,0	14,7%
TOTAL	5.531,4	5.195,9	6,5%

Fuente: Nexodata y empresas. Las ventas figuran en millones de euros. SD: sin datos. *: estimación. © NEXOTUR

De las empresas que forman parte del "Ranking NEXOTUR de Agencias de Viajes Minoristas", tan solo tres están por debajo de los niveles de facturación alcanzados el año anterior. Además de la reactivación de la demanda, iniciada en el último tramo del año, el reparto del mercado, como consecuencia del cierre de Orizonia (Vibo era la tercera agencia con más peso en España), también ha influido de forma positiva en el resto de actores.

Viajes El Corte Inglés sigue siendo, con amplia distancia respecto a sus más inmediatos perseguidores, la principal red de agencias en términos de facturación.

En segundo lugar aparece Halcón-Ecuador, que concluye el año con una facturación de 1.041 millones de euros, un 8,2% menos. En un contexto de atonía de la demanda de viajes, la red minorista de Globalia ha seguido con su proceso de adaptación al mercado, reduciendo en un 15% su número de oficinas (pasan de 1.314 a 1.113), lo que explica el descenso de su volumen de negocio. Pese a ello, el presidente del grupo turístico, Juan José Hidalgo, asegura que esta división “encara el futuro con garantía de éxito” gracias a su reestructuración.

Barceló Viajes protagoniza el mayor crecimiento (+92,3%) y alcanza una cifra de negocio de 629 millones de euros, frente a los 329 millones del año anterior. Detrás de este espectacular aumento, que le permite escalar dos posiciones en el ranking, está la adquisición de 157 locales de la extinta Vibo, así como la incorporación de nuevas agencias bajo el régimen franquicia. Gracias a ello, Barceló Viajes ha logrado hacerse con una cuota de mercado importante por medio de más de 700 puntos de venta”.

SEXTO.- Valoración de la Dirección de Competencia.

En su Informe Final de Vigilancia de 18 de mayo, la DC recuerda que la Resolución de 25 de octubre de 2000 (expediente 476/99 AGENCIAS DE VIAJE) del extinto TDC que declaró la existencia de las siguientes conductas prohibidas:

- **Un acuerdo respecto a la absoluta identidad de las ofertas presentadas por las cuatro primeras al Concurso público nº 19/95** -correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996" gestionado por el INSERSO, por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial AIE.
- **Un acuerdo respecto a la ejecución conjunta del programa** citado por parte de la cuatro empresas licitadoras, cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación, a través de la interposición de una sociedad instrumental (Mundosocial AIE), desvirtuando el proceso de contratación y convirtiéndolo en mera ficción.
- **La suscripción de contratos entre Mundosocial AIE y Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonlits Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A. y Viajes Valdés**, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.

Tras el análisis de los antecedentes, los hechos puestos de manifiesto a través del ejercicio de sus funciones de vigilancia y la situación del mercado, la DC considera que se ha dado un cumplimiento sólo parcial de la Resolución de 25 de octubre de 2000. Así, la DC considera:

1. Se ha dado cumplimiento al dispositivo cuarto (multas) de la Resolución de 25 de octubre de 2000.
2. Se ha dado cumplimiento al dispositivo quinto (publicaciones) de la mencionada Resolución.
3. Se ha dado cumplimiento al dispositivo tercero de la repetida Resolución (cese en la realización de las tres conductas declaradas prohibidas en la misma). Según afirma la DC:

- *“Ya no existe acuerdo previo entre Viajes Halcón S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A. y Viajes Barceló, S.L. para presentar la misma oferta y precio a los distintos lotes en los que el IMSERSO organizaba los concursos para la contratación de los programas de vacaciones de la tercera edad.*

Es más, tal y como menciona la propia Resolución de 25 de octubre de 2000 que se vigila, desde el concurso correspondiente a la temporada 1998/1999 dichas empresas han concurrido a los concursos en oferta conjunta y única, que les ha sido adjudicada, mediante la constitución de una unión temporal de empresas. En la actualidad, y hasta la temporada 2014/2015, son también los adjudicatarios del último de los concursos convocados, aunque la oferta conjunta ya no procede de las mismas empresas, dado que dos de ellas han desaparecido del mercado. La UTE actual está formada exclusivamente por Viajes Halcón S.A y Viajes Barceló, S.L.

- *La segunda de las conductas estaba tan relacionada con la primera que fue objeto de un mismo dispositivo en la Resolución objeto de esta vigilancia.*

Como dice el TDC en su Resolución este segundo cargo forma una unidad consustancial y complementaria con el primero, potenciándolo y agravándolo, de tal forma que difícilmente se hubiesen presentado ofertas idénticas al concurso si anteriormente no estuviese pactado y acordado, a través de Mundosocial AIE, que, cualquiera que hubiese sido la adjudicación concreta de la licitación, con todas las combinaciones posibles de los tres lotes y las cuatro empresas licitadoras, la interposición de la AIE y los pactos entre ellas garantizaban que iban a ejecutar el contrato y repartirse el mercado según dichos acuerdos y no según el resultado del concurso y la decisión de la Mesa de Contratación. En consecuencia, desaparecida la primera, desaparece también la consecuente.

Desde la temporada 1998/1999, y hasta la actualidad, carece de sentido y objeto dicho pacto previo, dado la oferta conjunta de las cuatro empresas (ahora dos), declarada expresamente en la propia licitación al concurso, a través de una UTE constituida al solo y exclusivo efecto de prestar los servicios objeto del concurso.

*El actual **contrato de gestión de 3 de octubre de 2011**, firmado con posterioridad a la adjudicación del concurso, encarga a MUNDOSOCIAL*

AIE la gestión de los servicios de organización y control de ventas, transporte, servicios en ruta, alojamiento y asistencia sanitaria, así como la administración del programa adjudicado a UTE Mundosenior, y tiene una duración igual a la del programa gestionado.

- *Tampoco existe en la actualidad, ni tendría sentido su existencia por las actuales circunstancias, el acuerdo previo entre MUNDOSOCIAL AIE y las agencias de viaje que contenía cláusulas de no competencia, que fue asumido posteriormente por las empresas que, de forma independiente, resultaron adjudicatarias de cada uno de los lotes del concurso celebrado a la sazón, acuerdo que fuera declarado prohibido en la repetida Resolución objeto de esta vigilancia.*

Se ha verificado y es de expreso reconocimiento por las partes implicadas que la UTE Mundosenior, actual adjudicataria de dicho programa, sigue desarrollando los servicios objeto de los concursos que le han sido adjudicados a través de pactos con agencias de viajes, federaciones de las mismas, y empresas de transporte..., pero en ningún caso dichos pactos contienen cláusulas de no competencia”.

4. En relación con el dispositivo séptimo (traslado de la Resolución al Fiscal General del Estado por si se encontraran indicios de otras conductas ilegales), no le consta a la DC el ordenado traslado a la fiscalía.
5. La DC añade finalmente que la Administración licitadora, el IMSERSO, fue parte activa en el expediente en cuyo seno recayó la Resolución de 25 de octubre de 2000, recordando que, con carácter previo a la misma, el propio organismo formuló consulta expresa sobre determinados extremos del concurso a las autoridades de competencia. Además, la repetida Resolución hizo un llamamiento expreso al citado organismo para que procurase en los sucesivos concursos el mantenimiento de las suficientes condiciones de competencia, de forma que no se desvirtúe su resultado.

En ese sentido el IMSERSO ha manifestado que si bien desconocen las razones por las cuales los licitadores participan en unión temporal, los pliegos además de no exigirlo incluyen la indicación expresa de que *“en el trámite de licitación pueden ser excluidas las ofertas que contengan cláusulas o condiciones que restrinjan la libre competencia de conformidad con la normativa vigente”*, así como que si durante la ejecución del contrato se detectaran prácticas contrarias al mercado se adoptarán las medidas correctoras oportunas, sin perjuicio del traslado de las denuncias que procedan a los órganos competentes en la materia.

Según la DC, lo anterior, presupone un interés e implicación directa de la Administración contratante en el favorecimiento de las suficientes condiciones de competencia en los concursos convocados, mediante el respeto en los mecanismos, bases y procesos de contratación de los principios básicos que garanticen la misma.

Por el contrario, la DC también considera que se ha producido un incumpliendo efectivo de la Resolución de 25 de octubre de 2000, objeto de la presente vigilancia. Así, según el órgano de instrucción y vigilancia *“es necesario poner de relieve que la actuación de*

las mencionadas empresas con posterioridad a la repetida Resolución ha dado como resultado una continuidad absoluta en los efectos sobre el mercado afectado, en el que la ausencia de competencia por el mercado es un hecho no solo cierto sino también aceptado de forma pacífica por todos los actores del mismo y que en opinión de esta Dirección ha de ser calificado como de incumplimiento práctico de la referida Resolución”.

Para determinar este incumplimiento, la DC realiza un análisis, desde el punto de vista de la afectación a la competencia, de la figura jurídica de UTE adoptada por las empresas imputadas tras la adopción de la Resolución de 25 de octubre de 2000.

1. En primer lugar, para desarrollar este análisis la DC parte de la **doctrina expresa de las autoridades de competencia**²² en relación a la figura jurídica de la Unión Temporal de Empresas:

“Según esta doctrina, el acuerdo para la constitución de una UTE por empresarios competidores con el objeto de poder participar y ser adjudicatarios de un servicio público convocado por concurso público no se puede reputar como una estrategia empresarial en sí misma contraria al Derecho de Defensa de la Competencia, aunque tenga como efecto directo y lógico la expulsión del mercado delimitado por el concurso público del resto de los competidores.

Precisamente porque la exclusión de competidores durante el plazo de adjudicación es inherente al sistema concursal, la única competencia posible en los mercados que funcionan en tal sistema se establece en la fase del concurso, durante la cual cualquier pacto entre competidores puede tener un efecto restrictivo de larga duración. Este efecto será tanto mayor cuanto más reducido sea el número de posibles oferentes y cuanto mayor poder de mercado tengan los partícipes en el acuerdo

Las autoridades de competencia rechazan que la mera constitución de una UTE para participar en el concurso de adjudicación de un servicio público pueda entenderse contraria a la libre competencia si, por separado, las empresas que la constituyen no disponen de recursos suficientes para tomar parte en el concurso, siendo incluso posible afirmar, como principio general, que la utilización de la forma jurídica de la UTE para participar en procedimientos de licitación podría tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de PYMES que pongan en común recursos complementarios.

Sin embargo, lo anterior no impide que una UTE pueda tener efectos anticompetitivos si, por el contrario, las empresas que se unen temporalmente tienen suficiente poder de mercado y si el número de competidores potenciales es reducido, en cuyo caso no tendrían lugar los efectos positivos señalados.

En definitiva, los acuerdos para la constitución de una UTE por empresarios competidores previos a la presentación de ofertas a un concurso público, aunque no se presuponen anticompetitivos, pues es posible que su constitución sea necesaria

²² Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de septiembre de 2006 en el expediente 595/05 AMBULANCIAS CONQUENSES. Resolución del TDC de 20 de enero de 2003 (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias).

e indispensable para poder competir por el mercado, podrían infringir el artículo 1 LDC, si no existe dicha necesidad y disponen de medios técnicos, económicos y logísticos suficientes para acudir por separado a dicho concurso.

Ese ha sido el motivo por el cual la Dirección de Competencia ha insistido en que las empresas participantes en la UTE enfocasen sus esfuerzos en el presente expediente de vigilancia en demostrar la indispensabilidad de su constitución y la imposibilidad de acudir por separado a la licitación”.

2. En segundo lugar la DC recuerda la preocupación de los distintos órganos de competencia españoles por el reforzamiento de niveles adecuados de competencia en las licitaciones públicas y el favorecimiento de la transparencia de las ofertas en los procesos de contratación pública, mencionando la publicación de la **“Guía sobre Contratación Pública y Competencia”** por la antigua Comisión Nacional de la Competencia, (hoy CNMC). Según afirma la DC esta publicación pretendió *“establecer pautas para el diseño de los procedimientos de contratación pública y prevenir y evitar actuaciones colusorias de los licitadores en tales procedimientos de contratación, teniendo en cuenta que determinadas estimaciones realizadas en el ámbito internacional han puesto de manifiesto que el precio de los bienes y servicios se incrementa en más de un 20% cuando han existido conductas colusorias de las empresas participantes en los procedimientos de contratación.*

Ante tal circunstancia, la Comisión Nacional de la Competencia trata con esta guía de facilitar a las Administraciones Públicas la detección de conductas colusorias en la contratación mediante la identificación de una serie de indicadores de la existencia de colusión entre los licitadores”.

También recuerda la DC que el antiguo TDC ya afirmó que *“en el ámbito de la contratación administrativa la libre competencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la administración, promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla.*

Las normas reguladoras de la contratación administrativa y, en particular, las relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos tratan de garantizar dicha finalidad, si bien contemplan distintas posibilidades sobre los sujetos que deben competir (procedimiento abierto o restringido) y sobre los elementos que la Administración debe tomar en consideración para la adjudicación de los contratos (la oferta a precio más bajo o la propuesta que, en su conjunto, resulte más ventajosa sin atender exclusivamente al precio).

En el caso del concurso, que es el supuesto concreto suscitado, la Administración no se encuentra constreñida a resolver atendiendo exclusivamente al precio ofertado, sino que puede considerar el conjunto de las condiciones incluidas en la oferta, adjudicando el contrato a la que resulte más ventajosa. Pero para que ello sea posible, debe producirse una competencia real entre los concurrentes que afecte al conjunto de condiciones incluidas en las ofertas”.

Por último, señala también la DC, en relación a los pliegos de cláusulas administrativas, que el extinto TDC estimó en su informe *“La competencia en España: balance y nuevas propuestas”* (1995) que, como principio general, los citados pliegos debían asegurar a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio, añadiendo que *“la Administración (. . .), al elaborar los*

correspondientes pliegos, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten al libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio mencionado”.

Según la DC, las propuestas anteriores resultarían totalmente estériles si, pese a ser asumidas por la Administración, a través de los pliegos se estableciesen requisitos que operen como barreras de entrada, tales como el reservar la prestación del servicio a los empresarios de un determinado sector excluyendo al resto, o el exigir al operador que cuente con los recursos necesarios para atender toda la demanda, impidiendo que dicha demanda pueda ser satisfecha por varios empresarios con menores medios. No hay que olvidar a este respecto que la verdadera competencia no reside exclusivamente en el hecho de la existencia de muchos competidores, sino también en que no haya barreras que impidan la entrada de nuevos operadores en cualquier momento (contestabilidad del mercado). Sólo de esta manera se conseguirá mantener la competencia.

Todo ello, sin perjuicio de considerar que, aun cuando los pliegos de condiciones administrativas garanticen la competencia entre operadores económicos, pueden producirse en un momento posterior o anterior conductas por parte de éstos que constituyan prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

3. En tercer lugar la DC analiza si las empresas participantes en la UTE Mundosenior tenían durante el periodo posterior a la Resolución de 25 de octubre de 2000 y tienen actualmente capacidad suficiente para prestar el servicio y para presentarse de forma individual a la licitación del IMSERSO o si la presentación conjunta era la única vía de participación en el concurso y por tanto si la constitución de la UTE ha de considerarse como un acuerdo restrictivo de la competencia o no.

Según manifiesta la DC *“La UTE Mundosenior, objeto de la presente vigilancia y de este Informe, se constituye en un primer momento²³ con la participación de cuatro importantes empresas del sector (actualmente dos²⁴), que forman grupos muy importantes en facturación, recursos tecnológicos, presencia y profesionalización, según se ha visto en el **apartado V referido al mercado y sus cuotas.***

Se trata por tanto de 4, luego 3 y ahora 2 grandes grupos que poseen conjuntamente un relevante poder de mercado, de modo que no resulta arriesgado afirmar que cada una de estas empresas serían capaces, independientemente del resto y con plena autonomía de comportamiento, de coordinar una red solvente de oficinas, servicios de comercialización, transporte y hoteleros para acceder por sí solas, sino al conjunto del Programa, si a cualquiera de sus cuatro lotes”.

La DC recuerda que la propia Resolución de 25 de octubre de 2000 ya se expresaba en estos términos cuando decía que:

“ La entidad, profesionalización, experiencia e implantación en el mercado turístico de cada uno de los cuatro grupos que se unieron hacen que hubieran sido capaces de crear redes independientes con otras empresas para licitar compitiendo con las demás. Téngase en cuenta que, si bien ciertos acuerdos de comercialización entre competidores pueden no restringir la competencia si las partes del acuerdo no ostentan cierto poder de mercado significativo, los

²³ Para participar en el concurso 29/1998 convocado para la temporada 1998/1999.

²⁴ El 25 de junio de 2010 Viajes Marsans entra en concurso de acreedores; el 4 de abril de 2013, lo hizo Viajes Iberia. Desde ese momento sólo participan en la UTE Viajes Barceló (Grupo Barceló) y Viajes Halcón (Grupo Globalia).

acuerdos entre estos cuatro grandes grupos sí que restringen gravemente la competencia, al poseer conjuntamente un relevante poder de mercado.

.....

Téngase en cuenta que las empresas que se presentaron con pactos entre ellas a través de Mundosocial AIE son cuatro de las seis primeras empresas del sector y que forman grupos muy importantes en facturación, recursos tecnológicos, presencia y profesionalización que poseen además muchos de los factores de producción necesarios para llevar a buen puerto el cabal cumplimiento del Pliego de condiciones técnicas y administrativas.

Entiende el Tribunal que las cuatro empresas imputadas, que concertaron sus ofertas a través de su Agrupación de Interés Económico, pudieron y debieron competir entre sí para conseguir autónomamente el concurso en su conjunto o alguno de los lotes. En este último caso, las negociaciones posteriores para la coordinación de los aspectos técnicos y de comercialización necesarios se podrían realizar con transparencia respetando las responsabilidades y los derechos de propiedad adquiridos en buena lid competencial.

Según la DC la misma argumentación que sirvió entonces de base para determinar que el acuerdo previo al concurso entre las cuatro empresas imputadas infringía el art 1.1 de la LDC, es plenamente reproducible respecto de los distintos acuerdos previos para la constitución de las respectivas UTE's que siguieron a la citada Resolución, incluido el que actualmente está vigente entre las dos empresas supervivientes.

Entonces, y como decía el TDC,

*“Hay datos abrumadores en el expediente, relatados muchos de ellos en los hechos probados, que confirman la intención de coludir **a través de Mundosocial AIE, como sociedad instrumental, causando el resultado proscrito de restringir la competencia.** En Mundosocial AIE se fraguaron acuerdos, decisiones, recomendaciones, actos o como se les quiera llamar entre competidores reales importantes que están taxativamente prohibidos por el art. 1 de la LDC.”*

Asimismo entonces, y según declaraciones de los propios participantes,

*“mediante estos acuerdos previos a las licitaciones, **no sólo se aúnan esfuerzos en la ejecución del Programa en beneficio del usuario, sino que, además, se consigue por primera vez y con esta sola finalidad, la unificación de empresas líderes en el mercado turístico español**”.*

En opinión de la DC, “ahora, como entonces, (...) y tanto la finalidad de la constitución de las distintas y progresivas UTE's para su participación en las licitaciones del IMSERSO, como los argumentos que se aportaron para su rechazo por las autoridades de competencia, son plenamente trasladables y vigentes en estos momentos, sin que la argumentación contenida en el Informe Deloitte, encargado por la UTE precisamente para intentar justificar la necesidad de su constitución para acudir a las licitaciones, sirva, nuevamente a juicio de esta Dirección de Competencia, para demostrar esa necesidad ni fundamentar la imposibilidad de acudir por separado a cada uno de los lotes de los concursos, o a alguno de ellos.

Efectivamente, toda la argumentación presentada para justificar la necesidad del acuerdo de constitución de UTE para licitar al concurso se base en cinco concretos puntos:

- 1. Los avales requeridos para la adjudicación y ejecución del Programa son difíciles de conseguir para una sola empresa y, en todo caso, aumentarían significativamente su riesgo financiero y limitarían su capacidad de endeudamiento durante la temporada baja para poder hacer frente al resto de sus actividades;*
- 2. Las penalizaciones máximas establecidas en los pliegos de condiciones que rigen el concurso superan, en el peor de los escenarios, los 10 millones de euros, una cantidad que representa más del 215% y el 120% de las pérdidas registradas por Viajes Barceló y Viajes Halcón, respectivamente, en el ejercicio de 2012;*
- 3. El Programa exige para su ejecución la creación de un sistema informático ad hoc, de un coste estimado de 5,5 millones de euros (más 1,5 millones de euros anuales de mantenimiento);*
- 4. La creación de este sistema informático por alguno de los miembros de Mundosenior les obligaría a incurrir en una inversión previa a la adjudicación del contrato, pues su implantación requiere de un tiempo superior al plazo que media entre la adjudicación del contrato y el inicio de su ejecución.*
- 5. No resulta viable económicamente presentar ofertas separadas a algunos lotes concretos en la medida en que el Lote número 1 (Andalucía y Murcia) ha resultado deficitario en temporadas anteriores, y el Lote número 2 (Cataluña y Comunidad Valenciana) no permite la imputación de costes de estructura.*

Pero, a juicio de esta Dirección de Competencia, estos argumentos no resultan concluyentes pues, siendo cierto que la coyuntura económica dificulta, en general, afrontar los elevados costes que supondrían la presentación a los cuatro lotes, no parece menos cierto que la capacidad económica de las dos empresas actualmente implicadas permitiría dicha presentación a parte de los mismos. A estos efectos el cuadro que sigue desglosa por lotes el importe de los avales a constituir para licitar a los mismos, cuadro en el que se aprecia la importante disminución de la cantidad a avalar.

LOTE	IMPORTE DEL AVAL	
	2011/2012	2012/2013
1	4.609.816,44	2.667.365,71
2	6.446.704,35	3.706.746,16
3	7.697.585,49	4.009.229,86
4	3.129.179,16	1.528.698,76
ANTICIPOS*	14.652.845,18	9.883.244,95
TOTAL	33.136.840,58	21.885.285,44

El propio devenir de las empresas conformantes de la UTE adjudicataria ha puesto en evidencia la posibilidad material y formal de su presentación independiente al concurso. No ha importado que las cuatro empresas iniciales se convirtieran en tres, y las tres en

dos, para que se hayan mantenido la calidad y las condiciones de la oferta y el resultado del concurso haya sido siempre favorable.

Por el contrario, los datos proporcionados permiten apreciar cómo otras empresas de inferior capacidad pueden realmente presentarse a los concursos, aunque finalmente su candidatura haya sido rechazada.²⁵

En este caso concreto, es verdad que las condiciones del Pliego señalan la necesidad de subcontratar previamente, en una primera fase anterior al Concurso, los factores de producción (agencias de comercialización, transportes y hoteles) necesarios para el adecuado desarrollo del programa; pero ello no significa en absoluto que cada agencia licitante deba contar por sí misma con agencias de comercialización en todo el territorio nacional. Basta con subcontratar previamente los factores necesarios en cumplimiento del Pliego, para poder ser licitante y oferente del programa. Es decir, y así se decía en la Resolución de 25 de octubre de 2000 objeto de esta vigilancia,

“No resulta lógico pensar que, pudiendo subcontratar diversos aspectos con otras entidades menores en una fase anterior al Concurso sin cláusulas de no competencia y con cláusulas suspensivas caso de no resultar finalmente adjudicataria del mismo, cada una de las cuatro empresas que se presentaron no fuese capaz, independientemente de las otras tres y con plena autonomía de comportamiento, de coordinar una red solvente de oficinas, servicios de comercialización, transporte y hoteleros que accediera por sí sola al conjunto del Programa o a cualquiera de sus 3 lotes. Al quedar los tres lotes del concurso de manera continuada en manos, de hecho, de la misma agrupación de empresas, aumenta la posibilidad de su monopolio, con el deterioro de la competencia antes mencionado. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso”.

En definitiva, si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, si las empresas que se presentan (pertenecientes a dos grupos de los más importantes del sector) no compiten de hecho entre sí sino que pactan con anterioridad la presentación conjunta a todos los lotes del concurso a través de la formación de una UTE, y si, en el periodo entre concursos, las empresas ya implantadas tienen posibilidades, que materializan con frecuencia, de extender los servicios concedidos sin necesidad de concursar, resulta evidente que los pactos colusorios constituyen una barrera de entrada adicional. Al quedar los lotes del concurso de manera continuada en manos, de hecho, de la misma agrupación de empresas, aumenta la posibilidad de su monopolio, con el deterioro de la competencia antes mencionado. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso. Prueba de ello es que las actuaciones de las autoridades de competencia han puesto de manifiesto que no ha existido ni existe competencia por el mercado desde hace casi treinta años.

Esto supone que desde el propio sector se estén manifestando opiniones críticas y que desde distintas Asociaciones Empresariales del sector hostelero, se venga advirtiendo que el programa del **Imserso**, que tan buenos resultados ha dado en sus 28 años de vigencia, necesita una revisión para garantizar un programa de vacaciones de mayores sostenible”.

²⁵ En base a valoraciones contenidas en informes técnicos y no en criterios objetivos y cuantificables.

Como conclusión de este análisis la DC expone que *“es evidente la simplicidad de la actitud adoptada por los interesados en la Resolución de 25 de octubre de 2000, que substituyen el pacto previo al concurso para presentar las mismas ofertas al mismo, y la instrumentalización del contrato objeto de dicho concurso a través de una sociedad instrumental, por el pacto previo al concurso para constituir una UTE innecesaria a los efectos de presentarse al mismo, y la instrumentalización del contrato objeto de dicho concurso a través de una sociedad instrumental. Similar conducta, mismo objeto y mismos efectos, desde la temporada que dio origen al expediente principal 1995/96, hasta la temporada actual 2011/2015. Un periodo muy largo de tiempo en el que la competencia por el mercado ha sido nula, no ha existido.*

En definitiva, el Acuerdo de constitución de las UTE´s habría tenido pues, el objetivo y el efecto de eliminar la potencial competencia de terceros cuyas respuestas no ofrecen dudas, en un marco en el que la competencia sólo se produce por el mercado”.

4. En cuarto lugar, la DC, tras determinar que el acuerdo entre competidores para la constitución de las UTE's al objeto de participar en los concursos convocados por el IMSERSO para la gestión del programa de vacaciones para la tercera edad tendría por objeto y efecto la restricción de la competencia y por tanto infringe el art 1.1 de la LDC, analiza los posibles beneficios para la competencia y si estos compensan los efectos restrictivos, es decir, si sería de aplicación a dichos acuerdos la exención legal prevista en el apartado 3 del mismo artículo 1, en la medida en que se cumplan los requisitos, acumulativos, de necesidad y proporcionalidad para la consecución de los objetivos, no eliminan por completo la competencia en el mercado y benefician de algún modo a los consumidores y usuarios.

Según la DC *“a la vista de lo expuesto, de los hechos acreditados en las actuaciones de vigilancia y de la justificación aportada por la UTE implicada en los mismos, no es posible concluir, a juicio de esta Dirección de Competencia, la aplicación del artículo 1.3 de la LDC, pues no se cumplen los requisitos establecidos en el mismo, muy en particular por su obviedad, el requisito fundamental de la no eliminación de la competencia en el mercado afectado, tal y como se ha puesto de manifiesto en el punto anterior. En este extremo, son igualmente reproducibles los argumentos del extinto TDC:*

“Si también se alega que, lógicamente, las distintas empresas adjudicatarias debían de estar en una perfecta coordinación para que la calidad que pudieran ofrecer en cada lote fuera homogénea y en aras a la obtención de la mejor calidad perseguida por la Administración, se debe responder a dicha alegación que no hay mejor posibilidad de coordinación y homogeneidad en aras a esa mejoría en la calidad de los servicios prestados que cuando es una misma empresa independiente, con el prestigio, seriedad, rigor y solvencia de cualquiera de las cuatro, la que organiza y ensambla toda la ejecución del Programa. Adjudicados y clarificados los derechos de propiedad y las responsabilidades concretas una vez se pronunciara la Mesa de Contratación perfectamente podían acordarse "a posteriori", sólo aquellos aspectos que fuesen estrictamente necesarios. Lo que no se puede admitir es un acuerdo "a priori" del conjunto de todos los aspectos entre cuatro o cinco de las seis primeras empresas del sector concursando de hecho conjuntamente y por el tipo máximo. Si bien pudiera ser cierta la conclusión del informe de los profesores de la Universidad de las Islas Baleares cuando dice que "la gestación conjunta del

Programa por parte de los integrantes de Mundosocial mejoró la eficacia en la comercialización del mismo, eliminando uno de los grandes problemas del mismo que era la ineficiente gestión de las plazas disponibles", ello no quiere decir que sin vulnerar la competencia en el acceso al Concurso ofertando autónomamente cada una con responsabilidad y libertad propias, no se hubiesen conseguido iguales o mejores resultados en la comercialización posterior del Programa con la coordinación fácil entre las que ya hubiesen sido ganadoras del Concurso. Lo que no se puede admitir desde el punto de vista de la LDC son los pactos previos entre las empresas licitadoras que garantizaban, fuese cual fuese el resultado, que las cuatro iban a ejecutar finalmente los contratos."

En consecuencia, y a juicio de esta Dirección de Competencia, el acuerdo empresarial entre las sociedades constituyentes de la UTE Mundosenior sería un acuerdo colusorio que ha restringido las condiciones de competencia en el mercado afectado, no siendo susceptible de resultar exceptuado al no concurrir en él las condiciones requeridas por el artículo 1.3 de la LDC".

5. Por último, la DC considera que la actuación desarrollada por las empresas sancionadas tiene unos efectos de reparto de mercado idénticos a los reseñados en la Resolución de 25 de octubre de 2000, y continuados desde la misma hasta la actualidad, dicho acuerdo podría ser considerado constitutivo de un incumplimiento de la misma por parte de la UTE MUNDOSENIOR.

Según la DC "prueba evidente de que los hechos son idénticos, de que sus actores son los mismos (excepto los que han desaparecido definitivamente del mercado) y de que sus efectos sobre el mercado se reproducen en su totalidad, la constituye el detalle de que la argumentación jurídica que sirvió para fundamentar la Resolución de 30 de octubre de 2000, que se ha transcrito literalmente en las páginas 9 a 15 de este Informe, podría reproducirse en su absoluta totalidad en la actualidad, a pesar de los 13 años largos transcurridos y de que algunas empresas de las de entonces se han ido quedando por el camino".

Por todo ello, en la Propuesta de Informe Final de Vigilancia de 11 de febrero de 2015, notificada a las partes, se informaba de la remisión de dicho informe al Consejo de la CNMC, informando, junto al cumplimiento parcial por parte de las empresas imputadas de lo dispuesto en la Resolución de 25 de octubre de 2000, de las siguientes conclusiones:

1. La persistencia de los efectos anticompetitivos que se detectaron y sancionaron en la Resolución de 25 de octubre de 2000, así como de la igualdad en la autoría de las empresas que provocaron y actualmente provocan dichos efectos anticompetitivos.
2. La absoluta ineficacia de la Resolución de 25 de octubre de 2000 y del consecuente incumplimiento por parte de las empresas imputadas de lo dispuesto en la Resolución de 25 de octubre de 2000.
3. La oportunidad de reiterar al IMSERSO la importancia de introducir competencia en el sector, modificando, si ello fuera preciso, las condiciones de los pliegos de sus concursos para fomentar la participación de otros agentes interesados".

Tras la recepción de las alegaciones de las partes y el análisis de las mismas, el Informe Final de Vigilancia de 18 de mayo de 2015 concluye lo siguiente:

1.- Existencia de incumplimiento efectivo de lo dispuesto en la Resolución de 25 de octubre de 2000 y por tanto la persistencia de los efectos anticompetitivos que entonces se detectaron y sancionaron, dando así a entender la absoluta ineficacia de la Resolución de 25 de octubre de 2000.

2.- La responsabilidad de dicho incumplimiento se atribuye a las dos empresas que actualmente siguen teniendo actividad de las entonces sancionadas, HALCON VIAJES y VIAJES BARCELO, con respecto al citado incumplimiento práctico de lo dispuesto en la Resolución de 25 de octubre de 2000.

SEPTIMO. Alegaciones de las partes a la Propuesta de Informe de Vigilancia de 11 de febrero de 2015

Con fecha 4, 13 y 16 de marzo de 2015, tuvieron entrada en la CNMC los escritos de alegaciones de IMSERSO, Viajes Barceló y Viajes Halcón, respectivamente, a la Propuesta de Informe Final de Vigilancia. Según se recoge en el Informe Final de Vigilancia las partes realizan las siguientes alegaciones.

7.1. Alegaciones del IMSERSO

Mediante escrito de 2 de marzo de 2015, el IMSERSO puso de relieve, por un lado, los beneficios del programa de Turismo Social y, por otro, las mejoras introducidas en la convocatoria del último de los programas sacados a concurso (el correspondiente a la temporada 2015-2017, concurso en fase de adjudicación y que no ha sido objeto de análisis por la DC) para favorecer la existencia de condiciones suficientes de competencia, atendiendo especialmente al llamamiento de la CNMC.

Respuesta de la DC:

En su respuesta a estas alegaciones la DC precisa que el Informe Final de Vigilancia al IMSERSO fue remitido como parte interesada y no como entidad sancionada por la Resolución de 25 de octubre de 2000 requerida a su cumplimiento. Añade además la DC que en ningún momento cuestiona los beneficios sociales y económicos del programa de viajes del IMSERSO, que, al igual que la entidad organizadora, considera innegables, ni tampoco la legalidad del concurso.

Respecto a las mejoras introducidas en los Pliegos del último concurso, actualmente en fase de adjudicación, la DC considera que no procede su análisis en el marco del presente expediente de vigilancia, si bien muestra un acuerdo inicial respecto de la mejora, al menos teórica, introducida y dirigida a favorecer la presentación de oferta por lotes y por tanto a aumentar la competencia con independencia del resultado.

7.2. Alegaciones de Viajes Barceló y Viajes Halcón

Tal y como se recoge en el Informe Final de Vigilancia de 18 de mayo de 2015, VIAJES BARCELÓ y VIAJES HALCÓN presentaron sus alegaciones a la Propuesta de Informe que les fue notificada mediante escritos, ambos de 13 de marzo de 2015.

En su Informe Final la DC analiza y contesta de forma conjunta estas alegaciones presentadas las empresas sancionadas por la Resolución de 25 de octubre de 2000, debido a la similitud y coincidencia de muchos de sus planteamientos.

7.2.1. Inexistencia de incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 25 de octubre de 2000, dada la diferencia de las conductas analizadas en la misma con respecto a las analizadas en el expediente de vigilancia.

Basándose en la interpretación del Tribunal Constitucional de los principios de seguridad jurídica y de tipicidad VIAJES BARCELÓ y VIAJES HALCÓN estiman que la conducta analizada en el expediente de vigilancia, consistente en concurrir en UTE a los concursos del IMSERSO, no constituye un incumplimiento de la Resolución de 25 de octubre de 2000.

Por el contrario, según las mencionadas empresas, el principio de tipicidad exige, en el caso de las resoluciones cuyo incumplimiento dará lugar a una infracción del artículo 62.4.c) de la LDC, que éstas definan la conducta concreta que han de seguir los sujetos vinculados por ella, recogiendo de manera clara y determinada las obligaciones impuestas sobre ellos, so pena de incurrir en una actuación típica, antijurídica y culpable en caso de no cumplirlas.

Según las mencionadas empresas, lejos de alinear el comportamiento individual de varios competidores con el objeto de presentar ofertas idénticas para un concurso, eliminando asimismo los riesgos de no resultar adjudicataria mediante un acuerdo de ejecución posterior conjunta —conducta cuya realización habría supuesto un incumplimiento manifiesto de la Resolución del año 2000—, lo único que habrían hecho las empresas sancionadas en el año 2000 sería haber recurrido a la figura de la unión temporal de empresas para concurrir a los concursos. Por ello consideran que La conducta reprochada a las empresas conformantes de la UTE MUNDOSENIOR en la Propuesta de la DC no es la misma que la conducta sancionada por la Resolución del año 2000.

Respuesta de la DC:

Según señala la DC la Resolución del 2000 recoge la conducta declarada prohibida de manera clara y concreta, y determina de forma igualmente clara las obligaciones impuestas sobre los actores de las mismas, so pena de incurrir en una actuación típica, antijurídica y culpable en caso de no cumplirlas.

Afirma también la DC que la conducta que se señala en el Informe Final de Vigilancia como incumplimiento de la declarada prohibida en la Resolución de 25 de octubre de 2000, consiste en la constitución de una UTE denominada UTE Mundosenior, por primera vez con motivo del concurso público nº 29/1998 convocado por el IMSERSO para las vacaciones de la tercera edad de la temporada 1998/99, con el objeto social de presentarse, licitar y, en su caso, desarrollar y ejecutar los contratos de servicio para

la gestión de los programas “Vacaciones para Mayores” que el IMSERSO convoca cada temporada²⁶.

Señala también la DC que dicha UTE estaba inicialmente constituida por las cuatro empresas que fueron sancionadas y específicamente se recuerda que la primera UTE constituida se denominó VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ S.A., VIAJES HALCÓN S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS. Las mencionadas cuatro empresas permanecieron en la UTE hasta el 25 de junio de 2010, fecha en la que entró en concurso de acreedores Viajes Marsans y, desde que el 4 de abril de 2013 (cuando Viajes Iberia se declarara también en concurso de acreedores) se reparten su control VIAJES BARCELÓ y VIAJES HALCÓN al 50%.

En el Informe Final de la DC se subraya asimismo la estrecha vinculación existente entre la UTE Mundosenior y Mundosocial AIE, actuando ésta última como sociedad instrumental de la primera. En concreto, Mundosocial AIE actúa como titular y propietaria de los sistemas informáticos, oficinas en régimen de arrendamiento, contratos con proveedores de telefonía, suministro eléctrico, limpieza y otros, y personal laboral, y de este modo presta el apoyo logístico y de infraestructura tecnológica a la UTE en la ejecución del Programa mediante un contrato de management celebrado entre ambas, cuya duración es igualmente coincidente con la de la ejecución del concurso adjudicado.

De esta manera, señala la DC, al evitar traspasar los bienes y derechos de la UTE a sus socios al finalizar cada concurso y en sentido inverso con la adjudicación de cada nuevo concurso, con la complejidad laboral, fiscal, administrativa y de titularidad contractual que de ello se derivaría, como dicen ellos mismos, se aprovecha el know how derivado de años de experiencia, evitando riesgos y cargas innecesarias o excesivas sobre los socios.

El objeto social de **Mundosocial AIE**, según recoge el Informe Final de Vigilancia de sus escrituras de constitución, es el siguiente:

"La agrupación tiene por objeto las actividades económicas auxiliares de las que, como Agencias de viajes, desarrollan sus socios y, específicamente, la licitación en los concursos, subastas u otro modo de pública licitación u oferta convocados por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) o cualquier otra entidad pública del Estado Español y/o Comunidad Europea que en el futuro le sustituya, para la celebración de contratos de asistencia destinados a la financiación de turnos de vacaciones para personas mayores, así como el desarrollo, organización, ejecución total o parcial de los programas correspondientes a los citados contratos administrativos. La agrupación tiene también como objeto contribuir a la mejora de servicios de dicho mercado de clientes de personas mayores en beneficio de sus socios, entre otras formas, por medio de su página Web o Portal, y a través de un club de personas mayores, todo ello con la finalidad de potenciar la actividad económica de sus socios en ese nicho de mercado."

²⁶ Cada uno de los concursos convocados por el IMSERSO conlleva la constitución de una UTE específica, cuya existencia, con un tope máximo de duración de 25 años, se limita al periodo de ejecución del contrato en su caso adjudicado. En la actualidad se encuentra en funcionamiento la **UTE Mundosenior IV**.

Por ello, a pesar de las manifestaciones de los alegantes, la DC considera que la constitución de la UTE Mundosenior y su posterior acuerdo con Mundosocial AIE, es la misma conducta que la declarada prohibida por la Resolución de 25 de octubre de 2000.

La DC reconoce que la propuesta de Informe se habla de un cumplimiento parcial e incompleto de la resolución, ya que las empresas ya no acuerdan previamente la presentación de ofertas idénticas a los concursos. Sin embargo, según la DC, ha quedado acreditado que dicho acuerdo ha sido sustituido por otro consistente en la constitución de una UTE y la presentación de una única oferta a través de la misma: De ahí, afirma en el Informe Final de Vigilancia, la actuación de las empresas produce los mismos efectos que los que fueron sancionados en la Resolución de 25 de octubre de 2000, lo que constituye un incumplimiento de la resolución.

Según la DC, la conclusión anterior no queda desvirtuada por las alegaciones vertidas por VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELO. Para la DC el tipo sancionador del artículo 1 de la LDC incluye cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, con la única exigencia de la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos y sin que requiera que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, siendo suficiente que se tienda a ese fin, que sea apta para ello, con independencia de que tenga éxito o no.

Recuerda el Informe Final de Vigilancia que la Audiencia Nacional (Sentencias de 12 de febrero de 2003, desestimando los recursos de Viajes Barceló y Viajes Halcón, respectivamente), reconoció la utilización de Mundosocial A.I.E. como sociedad instrumental con la intención de coludir, señalada en la resolución del TDC:

"En el caso que nos ocupa no se observa que exista en la constitución de Mundosocial A.I.E. los efectos beneficiosos citados y sí en cambio son patentes los efectos anticompetitivos restrictivos en tanto en cuanto los cuatro partícipes son no sólo competidores potenciales sino competidores reales en los mismos mercados y además de una entidad en volumen de ventas y presencia en el sector en absoluto pequeñas. Más bien cabe presumir en este caso efectos anticompetitivos repartiéndose el mercado, coordinando sus políticas comerciales y en especial, como se ha dicho, en materia de precios ofertando al Concurso por el tipo máximo.

Hay datos abrumadores en el expediente, relatados muchos de ellos en los hechos probados, que confirman la intención de coludir a través de Mundosocial A. I. E., como sociedad instrumental, causando el resultado proscrito de restringir la competencia. En Mundosocial A.I.E, se fraguaron acuerdos, decisiones, recomendaciones, actos, exhortaciones, o como se les quiera llamar entre competidores reales importantes que están taxativamente prohibidos por el Art. 1 de la LDC."

A este respecto la AN afirma que:

"Esta misma aseveración debe compartirse, y lo cierto es que lo razonable hubiera sido que las cuatro empresas que concertaron sus ofertas a través de su Agrupación de Interés Económico, pudieron y debieron competir entre sí para conseguir autónomamente el concurso en su conjunto o alguno de los lotes. En este último caso, las negociaciones posteriores para la coordinación de los aspectos técnicos y de comercialización necesarios se podrían realizar con

transparencia respetando las responsabilidades y los derechos de propiedad adquiridos, con respecto a la competencia”

Y añade más adelante:

“Desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la A.I.E. y pactaron la ejecución conjunta del programa, el proceso de contratación quedó desvirtuado y la licitación quedó convertida en mera ficción. Se atentó contra la competencia en el único momento en que existe libertad, esto es, en el acceso al Concurso se consigue acceder a un mercado de 360.000 clientes.

Tiene razón el T.D.C. al señalar que si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, si las cuatro únicas empresas que se presentan no compiten de hecho entre sí, sino que pactan con anterioridad el reparto del total del concurso, si en éste se concede una preferencia sustancial al adjudicatario anterior y si, en el periodo entre concursos, las empresas ya implantadas tienen posibilidades, que materializan con frecuencia, de extender los servicios concedidos sin necesidad de concursar, resulta evidente que los pactos colusorios constituyen una barrera adicional. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso”

Según la DC, los argumentos de la revisión jurisdiccional podrían ser repetidos en su integridad con respecto de la conducta sostenida ininterrumpidamente por las sancionadas desde la resolución del 2000 hasta la actualidad, conducta que ha dado lugar a una situación de total ausencia de competencia por el mercado

De acuerdo con lo anterior, la DC señala que no cabe duda alguna de la concreción y efectos de la conducta declarada prohibida en la resolución de 25 de octubre de 2000 y que las empresas (actualmente dos) conocen el ámbito de lo prohibido que en este caso se resume en limitar la competencia en el único momento posible frente a un concurso, es decir en la presentación de las posibles ofertas, sin que pueda aceptarse sin más la legitimidad de la constitución de la UTE.

Y ello porque la propia Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, en su artículo segundo, establece que: ***“Las actividades y repercusiones económicas de las Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia”*** (énfasis añadido).

Por todo lo expuesto la DC concluye afirmando que VIAJES BARCELÓ y VIAJES HALCÓN no han cesado en la conducta infractora, por cuanto mediante la constitución de la UTE han continuado con la conducta declarada prohibida en su momento por el TDC y que el Tribunal Supremo resumió perfectamente (sentencias de 14 de febrero de 2006, para Viajes Barceló y Viajes Halcón, respectivamente):

“Lo que ha sido sancionado por contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es una colaboración entre empresas competidoras consistente en

un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante”.

Según la DC, el cambio que ha supuesto la constitución de una UTE respecto del acuerdo previo que fue sancionado, no implica la cesación en la conducta y la abstención de no realizarla en el futuro, ya que el hecho de presentarse a los concursos mediante la constitución de la correspondiente UTE no evita que éstos se hayan convertido en un procedimiento ficticio, al igual que ocurriera con el Concurso público nº 19195 -correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/ 1996.

Por ello, concluye el Informe Final de Vigilancia, la conducta constitutiva de infracción no era desconocida para las imputadas, por lo que cualquier adaptación o derivación de dicha conducta que diese lugar a la misma situación anticompetitiva, supone un incumplimiento de dicha Resolución.

7.2.2. Necesidad objetiva de presentarse en UTE a los concursos del IMSERSO

VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ alegan también que, a la hora de determinar si una empresa dispone de “*recursos suficientes*” que hagan la constitución de una UTE contraria a la normativa de competencia, no debe tomarse en consideración única y exclusivamente su tamaño o cuota de mercado, como tampoco su capacidad abstracta para prestar un determinado servicio, sino que habrá que considerar también factores como el impacto que la prestación de dicho servicio puede tener sobre el resto de la actividad comercial de la empresa en cuestión, así como su capacidad de hacer frente a las garantías y responsabilidades exigidas en caso de incumplimiento. Así se desprende de la Resolución de la extinta CNC de 28 de julio de 2011 (Expte. S/252/10, Lafarge).

Por el contrario, señalan que en la Propuesta de Informe la DC se omite por completo todo análisis de los factores que, siguiendo la propia práctica de la autoridad de competencia española, deben ser tomados en consideración a la hora de valorar la necesidad de constitución de una UTE y su indispensabilidad, siendo la omisión del análisis de estos factores lo único que permite a la DC concluir, erróneamente, que Viajes Barceló y Viajes Halcón tendrían capacidad suficiente para presentarse de manera individual a los concursos convocados por el IMSERSO y que, en consecuencia, la constitución de la UTE Mundosenior habría resultado contraria a la normativa de defensa de la competencia.

Para ambas empresas, con base en el Informe Pericial Deloitte elaborado expresamente a este efecto, ninguna de las dos empresas (Viajes Barceló y Viajes Halcón) tienen capacidad suficiente para concurrir de manera individual a los concursos convocados por el IMSERSO, tanto por los avales requeridos, como por la necesidad de realizar significativas inversiones de carácter tecnológico para la ejecución del Programa (sistema de reservas centralizado) y las severas penalizaciones en caso de incumplimiento. Asimismo señalan que las experiencias de otros licitadores a los concursos del IMSERSO (Viajes Zoetrope y Viajes Eroski, entre otros) respaldan la imposibilidad para una empresa de presentarse individualmente al concurso.

Ambas empresas consideran que la conclusión alcanzada por la DC respecto a que las empresas constituyente de la UTE Mundosenior tendrían capacidad suficiente para presentarse de forma individual a la licitación del IMSERSO, tanto con carácter global como concursando por lotes individuales, carece de la motivación necesaria.

Respuesta de la DC:

Señala el Informe Final de Vigilancia que los argumentos esgrimidos por ambas empresas respecto de la necesidad objetiva de presentarse en UTE a los concursos del IMSERSO son una repetición de las manifestaciones efectuadas a lo largo de las actuaciones de vigilancia, todas ellas tendentes a justificar la racionalidad que subyace en la constitución de la UTE para la presentación al concurso del IMSERSO y, en consecuencia, la ausencia de conducta restrictiva de la competencia en dicha constitución.

Ambas empresas fundamentan sus pretensiones en el análisis efectuado en el Informe Pericial elaborado por la empresa DELOITTE FORENSIC en enero de 2014. Dicho informe pericial fue analizado en extenso por la propia DC en la propuesta de Informe Final y la DC reitera sus argumentos respecto a la insuficiencia de las justificaciones expuestas por DELOITTE FORENSIC.

- **En relación con la falta de capacidad para concurrir de manera individual a los concursos (elevados avales, penalizaciones).**

Entiende la DC que es importante destacar, con las oportunas salvedades, lo ya manifestado por el Tribunal Supremo en las mencionadas sentencias de 14 de febrero de 2006, respecto de los recursos de VIAJES BARCELÓ y VIAJES HALCÓN, respectivamente, en los que ambas empresas ya expusieron una alegación semejante a la aquí discutida.

En aquellos recursos, tomando como base un informe elaborado por Catedráticos de Economía de la Universidad de las Islas Baleares, las empresas señalaron que *“la Administración estableció una serie de requisitos especialmente exigentes en cuanto a la comercialización del programa, por lo que las empresas sancionadas se vieron forzadas a finalizar acuerdos de cooperación entre ellas para hacer frente a dichos requisitos sobre comercialización”*.

Sin embargo, como recuerda la DC, el Tribunal Supremo rechazó dicha alegación con los siguientes argumentos:

“En cuanto a la supuesta imposibilidad de asunción individual del programa de vacaciones en cuestión, hay que señalar, en primer lugar, que tal imposibilidad sólo podía referirse a la supuesta inviabilidad de ejecución del programa, no a la imposibilidad de concurrir al concurso por parte de las empresas licitadoras. En efecto, es preciso tener presente que las empresas sancionadas pudieron acudir de manera separada en reiteradas campañas sin ningún obstáculo de carácter formal, por lo que en ningún caso las exigencias del concurso les impedían concurrir con pleno derecho al mismo a título individual. No se trataba, pues, de una imposibilidad originada por los requisitos establecidos para poder concurrir, sino tan solo de la dificultad –más o menos grave- que en opinión de las licitadoras conllevaba su ejecución, especialmente en lo que respecta a la comercialización de las plazas que se ofrecían.

Por otra parte, y como señalan tanto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia como la propia Sentencia recurrida, en modo alguno ha quedado acreditado que dicha dificultad de comercialización no pudiese ser resuelta en forma que no resultase contraria al derecho de la competencia y, en particular, al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, hay que tener en cuenta que el programa se dividía en tres lotes, lo que sin duda era un primer factor que impide hablar de la imposibilidad de su ejecución de manera global como hace en todo momento la actora, sin examinar la posible capacidad para ejecutar al menos alguno de los lotes. Y si bien es cierto que incluso para asumir cualquiera de los lotes se requería una amplia capacidad de comercialización, también lo es que existían formas alternativas de afrontar dicha dificultad con acuerdos posteriores con otras empresas para proceder a dicha comercialización que no hubieran planteado ningún problema desde el punto de vista de la competencia. Lo que ha sido sancionado por contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es una colaboración entre empresas competidoras consistente en un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante.”

Partiendo de lo anterior la DC ratifica su criterio y señala que, aun siendo cierto que la actual coyuntura económica podría dificultar, en general, afrontar los elevados costes que supondrían la presentación al total del concurso (tanto para la consecución de avales como para hacer frente a las penalizaciones por incumplimiento), la primera UTE fue constituida por las cuatro sancionadas para la temporada de 1998, perteneciendo todas ellas a algunos de los más importantes grupos empresariales del sector. Por tanto, destaca la DC, se trata de una actuación muy anterior a la tan repetida crisis, lo que, sin negar la posible influencia de la misma, desvirtúa dichos argumentos en la parte temporal no afectada por ella. Además, la DC también considera que la capacidad económica de las dos empresas actualmente implicadas permitiría la presentación individual al menos a alguno de los lotes de la licitación, pudiendo hacer frente así a las garantías y responsabilidades exigidas respecto de cada uno de ellos, además de poder elegir aquel que realmente pudiera ser rentable, teniendo en cuenta que las partes alegan que los lotes 1 y 2 son deficitarios.

Como ya se ha destacado en la contestación a las alegaciones del IMSERSO, la DC entiende que no procede manifestarse sobre las alegaciones vertidas en relación con el último concurso convocado, ya que dicho concurso no ha sido objeto de análisis en el presente procedimiento.

La DC reconoce que no realiza un análisis pormenorizado de las dificultades de financiación alegadas y de cómo cada una de ellas podría independientemente presentarse al concurso. En primer lugar porque todo el análisis ofrecido en las alegaciones se centra en exponer los riesgos y dificultades para el caso de presentarse en solitario al global del concurso y no por lotes, algo que -de acuerdo con el Tribunal Supremo- impide manifestarse sobre la imposibilidad de la ejecución de manera global sin examinar la posible capacidad para ejecutar al menos alguno de los lotes, tal y como se concluye en la propuesta a la vista de la información que obra en la misma²⁷.

²⁷ Se trata de empresas, las dos únicas que se encuentran activas, que ocupan el 2º y 3º puesto, en volumen de ventas, en el Ranking Nexotur de agencias de viaje 2013 y por tanto con un relevante poder de mercado.

En segundo lugar la DC sí que considera que el análisis jurídico incluido en su propuesta de Informe –que reproduce la Resolución de origen, confirmada por el Tribunal Supremo- sí resulta de aplicación al caso a pesar de que entonces se refiriera a un acuerdo previo entre competidores para presentar ofertas idénticas a un concurso y ejecutarlo después a través de una entidad común. Ello es así, dado que el supuesto incumplimiento versa precisamente por el acuerdo de constitución de una UTE para presentarse al concurso, cuando los constituyentes de ésta podrían hacerlo de manera individual, tal y como venían haciéndolo con anterioridad a la conducta que fuera sancionada. La DC recuerda que, antes de 1998, las mismas empresas se presentaban de forma individual a los lotes que entonces se formaban en cada uno de los concursos, resultando adjudicatarias de los mismos²⁸.

La DC pone de manifiesto que las razones para la imposibilidad de una presentación individual a parte de los lotes del programa expuestas por las alegantes se basan y toman como referencia lo ocurrido en la temporada 1992/1993, momento en el que, tal y como quedó acreditado en el expediente principal, ya las sancionadas presentaban ofertas idénticas y se había constituido Mundosocial AIE (en septiembre de 1991). Igualmente señala el Informe Final que las empresas también vuelven a poner de manifiesto alegaciones ya expuestas en contestación al Pliego de Concreción de hechos de la resolución sancionadora objeto de la actual vigilancia para justificar la conducta que fue declarada entonces prohibida, como los hechos relativos a la empresa Viajes Ceres. La DC señala que, después de la revisión jurisdiccional realizada por el Tribunal Supremo, estas cuestiones deberían darse ya por zanjadas.

Respecto de las necesarias inversiones de carácter tecnológico y las grandes mejoras introducidas en el sistema desarrollado por la UTE MUNDOSENIOR, la DC considera que si bien el sistema y sobre todo la red informática ha sido objeto de grandes inversiones y supone una serie de mejoras que van más allá incluso de las exigidas por las bases del concurso, ello no es óbice para poder concluir que ello sea una traba a la presentación individual y ello porque quien presta los servicios realmente como se ha visto es MUNDOSOCIAL AIE, propiedad de ambos socios, lo que no impediría el posterior acuerdo con ella por la empresa licitadora para la ejecución del programa, con todas las ventajas que de acuerdo con sus alegaciones ello representa, así como la recuperación de las inversiones realizadas.

En contra de lo que manifiestan las partes, respecto a que las características del sistema informático que gestiona la UTE a través de Mundosocial AIE y la necesidad de concursar en UTE, son requisitos necesarios para no poner en peligro el buen funcionamiento del programa y su correcta ejecución, y que de ir en solitario sería necesario que el concurso se dotase de nuevas funcionalidades, entiende la DC que no es competencia de las concursantes defender el buen funcionamiento del programa, evitar los riesgos de que las adjudicatarias quiebren y garantizar la correcta ejecución del programa, algo que compete en exclusiva al IMSERSO, por lo que dichos argumentos no pueden admitirse como justificación de la constitución de la UTE.

Todo lo anterior sin perjuicio de que la DC entienda que la presentación conjunta en UTE les evite riesgos y cargas innecesarias y por tanto sea para ellos más beneficioso, lo cual sería aceptable siempre y cuando no se eliminara totalmente la competencia

²⁸ Aunque luego pactaran, como así se sancionó en la resolución de 2000, la prestación conjunta del servicio, fuera cual fuese el resultado de la licitación.

entre ellos y con terceros, convirtiendo el concurso en un procedimiento ficticio e irrelevante. Algo que ha quedado corroborado por el hecho de que, salvo raras excepciones, sea la UTE MUNDOSENIOR la única licitante, hecho del que si bien la DC no responsabiliza directamente a la UTE, sí que se debe a la falta de interés de los competidores (y así lo han manifestado algunos de ellos), algo que tampoco parece raro puesto que posteriormente subcontratan con MUNDOSOCIAL AIE la ejecución del programa.

Por último, la DC señala que en ningún caso ha sido su intención entrar a valorar la oferta realizada por Viajes ZOETROPE en las dos ocasiones que se ha presentado, para lo cual no se considera competente. Cosa distinta es que con ello se quisiera demostrar la posibilidad de otros operadores de obtener puntuación suficiente con arreglo a las bases del concurso.

7.2.3. La presentación en UTE a los concursos del IMSERSO tiene eficiencias y procura un mejor desarrollo del programa.

Además de su total imposibilidad para presentarse individualmente a la licitación promovida por el IMSERSO, Viajes Halcón y Viajes Barceló también alegan que la presentación y ejecución del contrato a través de la UTE Mundosenior genera importantes eficiencias, que garantizan un correcto funcionamiento del Programa.

Según las alegaciones presentadas la presentación conjunta permite a las empresas que forman parte de la UTE acceder a unas mejores condiciones comerciales para garantizar que concurren al concurso con la mejor oferta posible, que resulte competitiva y que se acomode a las exigencias recogidas en los pliegos.

En este sentido, según las empresas la conducta de concurrir en UTE a los concursos del IMSERSO no producirían los efectos perniciosos que, de acuerdo con la DC, podrían derivarse de la existencia de conductas colusorias en el marco de licitaciones públicas.

Así, en primer lugar, en el marco del Programa de vacaciones para Mayores del IMSERSO el precio viene determinado única y exclusivamente por la Administración, por lo que las empresas sólo pueden ofertar un mayor o menor número de plazas sin afectar al precio ofrecido.

Asimismo la presentación en UTE garantiza una negociación con los distintos proveedores en condiciones de mercado. Así, el hecho de que la ejecución del contrato se adjudique a un tercero, que no se identifica con ninguna marca individual presente en el mercado, abre una competencia más libre en el mercado de los proveedores y la obtención de un mejor o peor acuerdo con los distintos operadores, sean o no socios de la UTE Mundosenior, responde únicamente a las exigencias del mercado.

Así, de acuerdo con estimaciones internas de la UTE, el 90 % de los hoteles con los que contrata no pertenecen a ninguno de sus socios, y lo mismo sucede con el 50 % de los aviones contratados, el 97 % de los autobuses, y prácticamente el 100 % de los restaurantes. Una situación de igualdad para todos los proveedores que, según las alegaciones presentadas, no podría garantizarse en caso de una presentación y ejecución individual del Programa.

Por otro lado, señalan también las empresas, la presentación al concurso en UTE garantiza el ofrecimiento del producto del IMSERSO en condiciones abiertas de libre

competencia cualquier agencia de viajes minorista que pueda estar interesada en su comercialización. A este respecto, el único requisito para comercializar el producto del IMSERSO consiste en cumplimentar un sencillo formulario al que cualquier agencia puede acceder. Y todas las agencias de viajes minoristas que integran la red de comercialización de los paquetes del IMSERSO lo hacen bajo condiciones idénticas, independientemente de que sean miembros de la UTE o no.

Además, la concurrencia al concurso a través de la UTE Mundosenior ha permitido comercializar el programa de manera que se garantiza la máxima variedad en la oferta y la existencia de una amplia red de agencias en las que acceder al producto, lo que ha redundado en beneficio claro de los consumidores finales.

Adicionalmente, señalan también las empresas en sus alegaciones, la concurrencia en forma de UTE al concurso garantiza, como lo ha hecho en años anteriores, la viabilidad de la ejecución del concurso, con independencia del devenir económico de los distintos integrantes de la UTE. Así se ha puesto de manifiesto en años anteriores, cuando la desaparición de Viajes Marsans, S.A. y Viajes Iberia no afectó en lo más mínimo al disfrute que los mayores realizaban del Programa organizado por el IMSERSO. Algo que, por el contrario, no habría sucedido de haber sido adjudicado el Programa en exclusiva a una de estas empresas.

Por último, afirman las empresas, no cabe afirmar que la concurrencia a los concursos del IMSERSO a través de la UTE Mundosenior ha eliminado la competencia en el mercado afectado. En primer lugar porque los motivos que han llevado a otros operadores a no presentarse a estos concursos no guardan relación alguna con la UTE sino a decisiones individuales motivadas por su incapacidad para concurrir o por su falta de interés comercial. Pero, además, como se desprende de la documentación incorporada al expediente de vigilancia, existen productos en el mercado especialmente confeccionados y adaptados para personas mayores que compiten de manera directa con el producto del IMSERSO (Viajes El Corte Inglés, Club de los 60 de Viajes Eroski).

Respuesta de la DC:

Con respecto a las presuntas eficiencias de la UTE la DC reconoce que los acuerdos de cooperación entre empresas, como puede ser el de la constitución de una UTE, pueden tener ventajas económicas, y por ello es necesario evaluar sus efectos sobre el mercado con el fin de determinar su compatibilidad o no con la normativa de competencia.

Sin embargo, en el presente caso, considera que se trata de un acuerdo entre competidores que, por su propia naturaleza, limita la competencia no solo entre ambas partes sino incluso respecto de terceros, con efectos claramente restrictivos. Por ello, los beneficios del citado acuerdo difícilmente pueden compensar la anulación total de la competencia que se ha producido en el mercado como consecuencia del mismo. Aun admitiendo que las partes tuvieran limitada sus capacidades técnicas para presentarse al total del concurso, como ya se ha dicho repetidamente, la DC considera que podrían haber presentado sus ofertas de manera individual a los respectivos lotes y por tanto sin restricciones o con restricciones menos graves, pudiendo concluir que se trata de

un acuerdo entre los operadores más importantes (inicialmente los cuatro que fueron imputados y actualmente dos) que no se enfrentan a presión competitiva alguna.

En ningún caso podrían ampararse las empresas en la necesidad que les impone el concurso, algo que como ya hemos dicho no es cierto, y de hecho anteriormente se presentaban de manera independiente, pero aunque así fuere, ello no obsta a que les sea de aplicación la normativa de competencia.

Además de remitirse a argumentos ya esgrimidos en otras secciones de su Informe Final de Vigilancia, considera oportuno recordar algunas de las observaciones que ya fueron objeto de reproche por el Tribunal Supremo. Aun refiriéndose a la Comunicación de 29 de julio de 1.968 y la Directriz de 6 de enero de 2.001 de la Comisión Europea en relación con los acuerdos de cooperación horizontal, la DC considera que son igualmente de aplicación al presente caso, sobre todo en cuanto a los efectos se refiere:

“los datos que la propia actora recuerda sobre las empresas que compitieron hasta la campaña 1.995/96 en que se produjo el expediente sancionador ponen de relieve, con toda claridad y pese a las afirmaciones en contra de la recurrente, los evidentes efectos anticompetitivos del procedimiento de colaboración empleado por las empresas sancionadas. En efecto, mientras que hasta 1.994 concurrieron otras empresas además de las sancionadas, a partir de entonces sólo concurrieron éstas. Así, en la temporada 91/92 concurrió Viajes Cemo; en la temporada 92/93 volvió a concurrir Viajes Cemo, así como una unión temporal de empresas entre Viajes Olimpia y Viajes Tep; y, en la temporada 1.993/94, una vez más Viajes Cemo. Sin embargo, en las temporadas posteriores 94/95 y 95/96 ya sólo concurrieron las empresas sancionadas. Así pues, sin duda se puede trazar una correlación entre el conjunto de pactos celebrados por las sancionadas entre ellas y con otras de la competencia, reiterados a lo largo del tiempo, y el resultado de una efectiva restricción de la competencia, justo al contrario de lo que se especifica como criterio relevante por parte de la Comunicación de 29 de julio de 1.968 para que un acuerdo entre competidores resulte admisible, el mantenimiento de la competencia en el futuro inmediato.”

En cuanto a las alegaciones referidas a la ausencia de efectos negativos en el mercado derivados del comportamiento de las empresas (puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado), la DC indica que los pactos estaban encaminados expresamente a repartirse de antemano la ejecución de un programa de gran relevancia en el mercado de programas sociales para la tercera edad sin competencia entre ellas y con exclusión de las restantes, lo que incide de manera clara e incontestable, al menos, en el reparto o compartimentación del mercado y en el mantenimiento o refuerzo de la posición de las empresas sancionadas en el mercado. En todo caso, la DC también señala, que las conductas comprendidas en el artículo 1 de la LDC como las que son objeto de la presente vigilancia no requieren que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos.

A pesar de que ambas empresas se esfuerzan en demostrar los beneficios que ha reportado la constitución de la UTE, la DC considera que la total eliminación de la competencia efectiva que la UTE provoca en modo alguno se ve compensada por los supuestos beneficios alegados. Y ello porque la eliminación de la competencia a la que conduce dicha forma de actuar atenta contra la esencia misma del concurso celebrado.

Por ello, cualquier alegación de eficiencia derivada de un acuerdo prohibido o de un acto con similares consecuencias (la formación de una UTE como la examinada) no podrá ser atendida si se elimina la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados (art. 1.3 c) de la LDC).

Respecto a la afirmación de que la UTE no elimina la competencia en el mercado puesto que existen ofertas de otros operadores y los que no se presentan lo hacen por decisión propia, la DC precisa que su Informe Final de Vigilancia afirma que la UTE elimina toda competencia por el mercado en cuanto al Programa del IMSERSO, lo que no queda en modo alguno desvirtuado por el hecho de que determinadas empresas (Corte Ingles, Eroski) hagan sus ofertas privadas además de concertar con Mundosocial AIE la ejecución del programa a cambio de una remuneración.

OCTAVO.- De todo lo expuesto esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC asume y hace suyo el contenido del Informe Final de Vigilancia elaborado por la Dirección de Competencia.

Por ello, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar el incumplimiento de la mencionada *Resolución* de 25 de octubre de 2000, en particular de su dispositivo TERCERO

SEGUNDO:- Declarar responsables de dicho incumplimiento a las empresas Viajes Halcón, S.A. y Viajes Barceló, S.L.

TERCERO.- Interesar a la Dirección de Competencia la apertura de un procedimiento sancionador por el incumplimiento declarado en el dispositivo tercero de aquella *Resolución* y para que vigile y cuide el cumplimiento de la presente.

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 ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.