

RESOLUCIÓN (Expte. S/0455/12 GRUPOS DE GESTIÓN)**Presidente**

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 12 de mayo de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), con la composición señalada al margen, ha dictado la presente Resolución en el marco del Expediente Sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión, incoado por la extinta Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 16/1989); y por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 13 de abril del 2012 la Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) inició una Información Reservada (DP/0011/12) -al amparo en lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC- tendente a determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que podrían justificar la incoación de expediente sancionador y ello, a la vista de determinada información relacionada con posibles conductas anticompetitivas *“en el mercado de la distribución minorista de viajes y paquetes turísticos a través de agencias de viajes independientes”*, recabada de diversas publicaciones digitales especializadas del sector turístico.
2. El día 26 de septiembre del 2012, la DI, en el marco de la citada Información Reservada, realizó inspecciones simultáneas en las sedes de GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL S.L. (AIRMET) y de GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. (GEA).
3. Durante la fase de información reservada la DI realizó los siguientes requerimientos de información:

- El día 26 de noviembre del 2012 solicitó información relativa a su estructura legal y control, identificación de sus cargos directivos, objeto social y presencia en el mercado (folios 390 a 458) a AIRMET, AVANTOURS, S.L. (AVANTOURS), CYBAS TURISMO, S.L (CYBAS), EDENIA GRUPO VIAJES, S.L. (EDENIA), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA (EUROPA VIAJES), GEA, CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET), GRUPO DE GESTIÓN STAR, S.A. (STAR), GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A. (OVER), UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA) y a la ASOCIACION DE VIAJES BESAIDE AIE.

Las contestaciones al citado requerimiento tuvieron entrada en la antigua CNMC entre los días 5 y 21 de diciembre de 2012: GEA (folios 480 a 522), UNIDA (folios 729 a 736); CYBAS (folios 737 a 773); EDENIA (folios 774 a 798); STAR (folios 799 a 834); AVANTOURS (folios 835 a 970); AIRMET (folios 971 a 1370); EUROPA VIAJES (folios 1371 a 1385); RET (folios 1393 a 1395); y OVER (folios 1406 a 1588).

- El día 18 de diciembre del 2012, la DI solicitó información a Asociación de Grupos Comerciales de Agencias de Viajes (AGRUPA) relativa a sus estatutos, composición de sus órganos directivos, socios y reuniones (folios 1402 a 1405). Información que tuvo su entrada en la extinta CNC el día 3 de enero de 2013 (folios 1589 a 1764).
4. El día 29 de enero del 2013 la DI acordó la incoación de expediente sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, *al observar indicios racionales de la existencia de conductas y prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el Artículo 1 de la LDC* contra AIRMET, AVANTOURS, CYBAS, EDENIA, EUROPA VIAJES, GEA, RET, STAR, OVER, UNIDA, AGRUPA (folios 1765 a 1802).

Los días 29 de enero y 15 de febrero de 2013, tuvieron salida de la CNMC las notificaciones a GEA y AIRMET, respectivamente, de los acuerdos adoptados por la DI por los que se disponía la incorporación de la documentación recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de las mismas al presente expediente, (folios 1805 a 1810 y 1931.2 a 2345.2, respectivamente).

5. Durante la instrucción del expediente sancionador incoado la antigua DI realizó las siguientes actuaciones:
- El 5 de marzo del 2013, la DI solicitó información a STAR en relación con las actas de las Asambleas Generales de AGRUPA desde febrero de 2006 hasta septiembre de 2009 (folios 2356 a 2360), que fue contestada el día 15 de marzo (folios 2404a 2447).
 - El 11 de abril de 2013 la DI, acordó la deducción de testimonio de determinada documentación obrante en el Expediente Sancionador

S/0444/12 GEA para incorporarla al presente expediente sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión (folios 2481 a 2450).

- El 14 de mayo de 2013 la DI solicitó información a AGRUPA sobre la existencia de reuniones en su seno posteriores a la del 6 de octubre de 2011 así como sobre las bajas sufridas desde 2012 (folios 2716 a 2717.1). El 28 de mayo tuvo entrada en la CNMC la respuesta de AGRUPA (folio 2734).
 - El 25 de Mayo de 2013 solicitó a AIRMET información adicional, acerca de su estructura social, cargos directivos, si perteneció a AGRUPA y las comisiones aplicables a la relación comercial de las agencias de viajes con sus proveedores mayoristas a través, en su caso, de los grupos comerciales (folios 2726 a 2729). El 29 de Mayo del 2013 tuvo entrada en la CNMC la contestación de AIRMET (folios 2735 a 2742).
 - El 16 de julio del 2013, la DI requirió a AGRUPA información relativa a si disponía de seguro de responsabilidad y su aportación, en su caso (folios 2747 a 2752). Dicho requerimiento fue contestado por AGRUPA el día 29 de julio (folios 2753 a 2782).
6. El 31 de julio del 2013, la DI formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), de conformidad con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC) (folios 2783 a 2895).

La notificación a las partes del PCH tuvo lugar los siguientes días: el 2 de agosto a AIRMET; el 5 de agosto a STAR y GEA; el 6 de agosto a EUROPA VIAJES; el 12 de agosto a AGRUPA, AVANTOURS y CYBAS; el 13 de agosto a RET, EDENIA y OVER.

UNIDA rehusó la notificación devolviéndola el 2 de agosto. Por ello, se procedió por segunda vez a la notificación que, nuevamente fue rehusada el 8 de agosto.

7. Las alegaciones presentadas por las empresas frente al PCH notificado tuvieron entrada en la CNC entre el 28 de agosto y el 23 de septiembre de 2013: EUROPA VIAJES (folios 3426 a 3451); CYBAS (folios 3014 a 3238); AIRMET (folios 3239 a 3324); STAR (folios 3325 a 3425) y GEA (folios 3452 a 3953); RET (folios 3954 a 4053); AVANTOURS (folios 4311 a 4381); EDENIA (folios 4054 a 4310); AGRUPA (folios 4488 A 4800); OVER (folios 4628 a 4800); y UNIDA (folios 4819 a 4820).
8. El 7 de octubre de 2013, de conformidad con lo dispuesto en la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, entró en funcionamiento la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual quedaron integradas las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en su ley de creación (Ley 3/2013, de 4 de junio, en adelante (LCNMC). Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la

Dirección de Competencia (en adelante DC) sucedió a la DI como órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, regulados en la LDC.

9. El día 3 de diciembre del 2013, la DC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, acordó el cierre de la fase de instrucción, lo que fue notificado a las partes interesadas (folios 4842 a 4854).
10. El 20 de diciembre de 2013, en virtud de lo dispuesto en el artículo 50.4 de la LDC y 34.1 del RDC, la DC formuló Propuesta de Resolución (PR; folios 4856 a 5098), que fue notificada a las partes interesadas. En la misma proponía al Consejo de la CNMC que se declarara la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 1 de la LDC, por los acuerdos adoptados e implementados por las imputadas a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades en el seno o de AGRUPA, desde junio de 1999 hasta octubre de 2011, englobando dicha práctica en el concepto de cártel.

Entre el 7 de enero y el 3 de febrero de 2014 tuvieron entrada en la CNMC los escritos de alegaciones de las imputadas: el 7 de enero el escrito de CYBAS (folios 5343-5344); el 8 de enero del 2014 los escritos de AIRMET, AGRUPA y AVANTOURS (folios 5345-5346, 5347-5348 y 5349-5350); el 14 de enero el de STAR (folios 5365 a 5382) y de EDENIA (folio 5386 a 5387); el 21 de enero del 2014 el de GEA (folios 5390 a 5435); el 24 de enero el de EUROPA VIAJES (folios 5436 a 5446), el de AVANTOURS (folios 5447 a 5531) y el de AGRUPA (folios 5532 a 5619); el 27 de enero del 2014 el escrito de OVER (folios 5623-5624); el 28 de enero del 2014 el de alegaciones de EDENIA (folios 5627 a 5717); el 29 de enero del 2014 el de RET (folios 5719-5720) y el de CYBAS (folios 5721 a 5809); y el 3 de febrero del 2014 el escrito de alegaciones de AIRMET (folios 5810 a 5902).

11. El 7 de febrero de 2014, en cumplimiento del artículo 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC (folios 689 a 714).
12. El 13 de marzo de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó Acuerdo por el que se admitían las pruebas documentales aportadas por las partes junto a sus escritos de alegaciones, inadmitiéndose tanto la prueba testifical solicitada por STAR como las propuestas de celebración de vista solicitadas por AGRUPA, EDENIA, CYBAS y AIRMET (folios 6368 a 6375).
13. Con fecha de 27 de marzo de 2014, la Sala de Competencia acordó requerir a las imputadas los datos relativos a sus volúmenes de negocios totales correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos, así como suspender el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento hasta que se aportara la información

requerida o transcurriera el término concedido para su aportación (folios 6392 a 6394).

Las respuestas a dicho requerimiento de información tuvieron entrada en la CNMC entre el 9 y el 16 de mayo de 2014 (folios 6404 a 6465).

Finalizado el plazo concedido, la suspensión del plazo para resolver y notificar el procedimiento fue levantada con efectos de 1 de mayo de 2014, mediante Acuerdo de 5 de mayo (folio 6451).

14. El 14 de mayo de 2014 la representación procesal de STAR formuló recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 18 de marzo anterior de la Sala de Competencia que inadmitió su propuesta de prueba testifical, dando lugar a las siguientes actuaciones:

- Mediante Decreto de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2014 se admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por STAR (folios 6465.1).
- El 26 de junio de 2014 la Sala de Competencia acordó la suspensión del plazo máximo de duración del procedimiento al amparo del artículo 37.1.d) hasta la resolución por la Audiencia Nacional de la medida cautelar interesada por STAR en el recurso contencioso-administrativo interpuesto (folios 6466 y 6467).
- El 26 de marzo de 2015 tuvo entrada en la CNMC Oficio de la Audiencia Nacional de 16 de marzo en el que se indicaba que con carácter previo a la resolución de la medida cautelar solicitada por STAR se resolvería sobre la admisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto (folio 6491).
- Mediante Oficio de 15 de enero de 2016, con entrada de 22 de enero de 2016, la Audiencia Nacional remitió a la CNMC Auto de 25 de marzo de 2015, por el que declaraba la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y acordaba el archivo de actuaciones (folios 6500-6504).
- El 23 de marzo de 2016 le fue notificado a la Abogacía del Estado, a través de Lexnet, Auto de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2016, por el que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto por STAR contra el Auto de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015 (folios 6506-6508).
- De conformidad con el artículo 12 del RDC, la suspensión del plazo para resolver y notificar fue levantada con efectos del día 24 de marzo de 2016 (folios 6511 y 6512).

15. El 7 de abril de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir a las empresas y asociaciones incoadas información sobre:
- (i) el volumen de negocios total consolidado de cada una de ellas en 2015; y
 - (ii) el volumen de negocios de las mismas en los mercados afectados, ambos antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos entre 2009 y 2011 (folios 6539 a 6543).

Asimismo, en función de lo establecido el artículo 37.1.a de la LDC acordó la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar el presente procedimiento, surtiendo efectos la misma a partir del día 12 de abril de 2016 y hasta que se aportara la información requerida o transcurriera el plazo concedido para su aportación.

Las respuestas de las incoadas tuvieron entrada entre el 20 de abril y el 27 de abril de 2016 (folios 6593 a 6649), con excepción de AVANTOURS, AGRUPA y RET. Por Acuerdo de 3 de mayo de 2016 y con efectos del 30 de abril anterior, la Sala resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes (folios 6791). Posteriormente, con fecha 10 de mayo de 2016, tuvieron entrada las respuestas de AGRUPA (folios 6818-6821) y AVAN TOURS (folios 6814-6817).

16. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 12 de Mayo de 2016.

17. Son interesados en este expediente:

- ASOCIACIÓN DE GRUPOS COMERCIALES DE AGENCIAS DE VIAJES (AGRUPA)
- ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA (EUROPA VIAJES)
- AVAN TOURS, S.L.(AVANTOURS)
- CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET)
- GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL S.L. (AIRMET)
- GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A. (OVER)
- CYBAS TURISMO, S.L (CYBAS)
- EDENIA GRUPO VIAJES, S.L. (EDENIA)
- GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. (GEA)
- GRUPO DE GESTIÓN STAR, S.A. (STAR)
- UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA)

II. LAS PARTES

Son partes en este expediente sancionador, tal y como consta en los apartados (20) a (61) del PCH, las siguientes asociaciones y sociedades mercantiles:

1. ASOCIACIÓN DE GRUPOS COMERCIALES DE AGENCIAS DE VIAJE (AGRUPA)

AGRUPA es una asociación de grupos comerciales de agencias de viajes con domicilio social en Barcelona. Según sus Estatutos (folios 314-338), AGRUPA es una asociación de carácter voluntario, con personalidad jurídica propia y distinta de la de sus asociados, para agrupar a los Grupos de Gestión, ya sean personas jurídicas, asociaciones o agrupaciones relacionadas profesionalmente con el sector turístico que a su vez están formadas exclusivamente por agencias de viajes minoristas o por minoristas junto a mayoristas.

Su objeto social es la realización de todo lo necesario para dar cobertura, representación y soporte jurídico a las actividades de sus miembros ante entidades y organismos públicos y privados, así como la difusión, promoción y fomento del progreso de las agencias de viajes minoristas y minoristas-mayoristas en orden a la protección de sus intereses.

AGRUPA se constituyó el 23 de Junio de 1999, fecha de su Acta Fundacional (folios 837 y 838 y 1589 a 1591), aunque constan en el expediente reuniones previas de sus socios desde el 19 de junio (folios 1596 a 1603). Sus socios fundacionales son: STAR, OVER, AVANTOURS, AIR MÁS FÁCIL (la actual AIRMET), AVIMMA (Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Minoristas de la Comunidad de Madrid), GRUPO MET, AMA (Agrupación de Minoristas Asociados), GEA, BESAIDE CLUB DE VIAJES Y UNIDA.

Para pertenecer a AGRUPA es necesario poseer un número mínimo de agencias de viajes adheridas. El funcionamiento de AGRUPA se desarrolla principalmente a través de las reuniones con motivo de las Asambleas ordinarias y extraordinarias, en las que se reúnen, además de los miembros de su Junta Directiva, los demás asociados.

En la Asamblea de AGRUPA celebrada el 6 de Octubre del 2011, tras debatir sobre la continuidad o no de la Asociación, se decidió por unanimidad de los asistentes mantener la misma y no disolverla (folios 1760 a 1764). Los miembros de AGRUPA en Octubre 2011 eran UNIDA, EUROPA VIAJES, AIRMET, STAR, OVER, EDENIA, CYBAS, RET y AVANTOURS.

Posteriormente, en diciembre del 2012 solicitaron la baja en AGRUPA los grupos de gestión AIRMET, STAR y RET. Y posteriormente, en 2013 también lo solicitaron CYBAS, UNIDA y EUROPA VIAJES, sin que se pudieran registrar sus solicitudes de baja durante dicho ejercicio al no celebrarse ninguna Asamblea ni Junta Directiva de AGRUPA desde el 6 de octubre de 2011 hasta el momento de redacción del PCH, en diciembre de 2013.

2. ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA VIAJES (EUROPA VIAJES)

EUROPA VIAJES es una asociación de agencias de viajes minoristas con domicilio social en Barcelona. Fue constituida en 1998 y contaba en Diciembre del 2012 con 272 empresas asociadas y 308 puntos de venta. Su objeto social es, según sus Estatutos, fomentar el desarrollo del sector de agencias de viajes, colaborando en su gestión, en la defensa de sus intereses y la coordinación de los recursos profesionales del sector y de sus asociados.

Según *“Ranking Nexotur de grupos comerciales de Agencias de Viajes”* para 2011, las agencias de viajes adheridas a EUROPA VIAJES habrían facturado 425 millones de euros, lo que representa el 7,91% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión.

EUROPA VIAJES ha pertenecido a AGRUPA en dos periodos de tiempo: el primero desde Octubre del 2000 a Marzo 2003; y el segundo, desde finales del 2009 (folios 2677 y 2678).

Pertenece, asimismo, desde su creación el 1 de Octubre del 2010 a la Agrupación de Interés Económica denominada CEUS integrada por Cybas, Unida y Star (folios 1371 a 1385).

3. AVAN TOURS, S.L. (AVANTOURS)

AVANTOURS es una sociedad limitada constituida el 17 de marzo de 1992 y con domicilio social en Valencia, cuyo objeto social es la negociación y representación comercial en nombre y por cuenta de sus socios partícipes frente a transportistas, hoteles, agencias de viajes mayoristas y demás empresas operantes en el sector turístico, de las condiciones que han de regir las relaciones de aquéllos con estas últimas.

El capital social está dividido en 2.250 participaciones sociales, siendo éstas propiedad de 45 socios titulares de 50 participaciones sociales cada uno. Todos ellos son agencias de viajes (folios 968 a 970).

Según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 968 a 970 y 6815)

2011	2012	2013	2014	2015
199.648,49	73.720,10	75.281,04	85.306,00	89.719,39

Según el *“Ranking Nexotur”* las agencias de viajes adheridas a AVANTOURS habrían facturado 81 millones de euros en 2011, lo que representa el 1,50% de la facturación total (folios 2677 y 2678) y cuenta con una red de 58 puntos de venta, ubicadas en su mayoría en la Comunidad Valenciana.

Ha pertenecido a AGRUPA desde su constitución en el año 1999 hasta la actualidad (folio 969) y en el momento de incoación de este Expediente ostentaba la presidencia de la misma desde Octubre de 2011 (folio 1590).

Asimismo, pertenece a la Agrupación de Interés Económico GRUPO AGC AIE desde el 17 de Junio del 2010 junto con EDENIA, AIRMET, OVER y Agencias de Viajes Agrupadas de Baleares, S.L. (AVA) [folios 968 a 970].

4. CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L., (RET)

RET es una sociedad limitada constituida el 24 de octubre de 1996, cuyo capital se encuentra repartido en manos dos personas físicas, desempeñando una de ellas las funciones de Administradora de la sociedad (folios 1393 a 1395). Se dedica a la representación de agencias de viaje en su negociación de las condiciones económicas y comerciales con los principales proveedores mayoristas de los mismos.

Representa a 78 agencias de viajes, con 108 puntos de venta, casi en su totalidad en Cataluña. En 2011 obtuvo un importe neto de 180.211 euros, siendo el volumen de ventas de las agencias representadas en ese ejercicio de 16.255.700,71 euros.

Según los datos que constan publicados en el Registro Mercantil:

2011	2012	2013	2014	2015
180.211,62	135.953,29	1.995,63	Sin datos	Sin datos

Según el “*Ranking Nexotur*” las agencias de viajes adheridas a RET facturaron en 2011 un importe inferior al 1% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un grupo de gestión.

Pertenece a AGRUPA desde Octubre del 2009 (folios 1393 a 1395), si bien solicitó la baja en diciembre de 2012 (folios 1589 a 1593).

5. CYBAS TURISMO, S.L. (CYBAS)

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

Cuenta con 232 puntos de venta repartidos por todo el territorio nacional, casi un centenar de ellos en Madrid y utiliza la marca comercial “Cyberagencias”.

Sus ventas en 2011 ascendieron a 823.377,19 euros (folios 2630 a 2635).

Según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6430 a 6432 y 6644 a 6645):

2011	2012	2013	2014	2015
823.377,19	740.677,28	497.512,88	Sin datos	457.044,00

Según el “*Ranking Nexotur*” las agencias de viajes adheridas a CYBAS facturaron en 2011 un importe inferior al 1% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un grupo de gestión (folios 2677 y 2678). CYBAS entró en AGRUPA en Septiembre del 2009 y solicitó su baja en 2013 (folio 2734). Asimismo, desde octubre del 2010 forma parte de CEUS Agrupación de Interés Económico a la que también pertenecen Unida, Star y Europa Viajes (folios 737 a 773).

6. EDENIA GRUPO VIAJES, S.L. (EDENIA)

EDENIA es una sociedad limitada constituida en Barcelona el 12 de septiembre de 2006 y con domicilio social en esa misma ciudad. Su objeto social consiste en la prestación de servicios de asesoramiento, información, prospección de mercados y gestión de compras, excluidas las actividades legalmente reservadas a las agencias de viajes

Posee el 100% del capital de la empresa EDENIA NETWORK S.L., que actúa como mayorista en exclusiva de las empresas adheridas a EDENIA (folios 774 y 775) y cuenta con una red de 75 puntos de venta entre todas las agencias de viajes adheridas al Grupo ubicadas más de la mitad en Cataluña.

Sus ventas según balance en el 2011 ascendieron a 280.141,82 euros (folios 2636 a 2640) y según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6433 a 6434, 6638, 6639 y 6639.1):

2011	2012	2013	2014	2015
280.141,82	193.680	139.997	Sin datos	142.623,00

Según el “*Ranking Nexotur*” las agencias de viajes adheridas a EDENIA facturaron en 2011 un importe inferior al 1% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un grupo de gestión (folios 2677 y 2678).

EDENIA está asociada a AGRUPA desde el 17 de Septiembre del 2009 y pertenece también a la Agrupación de Interés Económico GRUPO AGC, AIE desde su constitución el 17 de Junio del 2010 como socio fundador, junto con AVANTOURS, Airmet, Over y Ava (folios 774 a 798.1).

7. GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. (GEA)

GEA es una sociedad mercantil de responsabilidad limitada constituida el 11 de marzo de 1994, con domicilio social en Torremolinos (Málaga).

Su objeto social lo constituye la promoción, representación e intermediación de empresas y productos turísticos. De este modo, GEA desarrolla la intermediación de comercio entre las empresas (agencias de viajes) adheridas al grupo a través de un contrato mercantil de representación y los proveedores de servicios turísticos con los que negocian las condiciones de compra-venta y de pago de productos turísticos para las agencias de viajes que representan.

GEA en Diciembre del 2012 contaba en España y Andorra con 707 puntos de venta (folios 2684 a 2694) y en cuanto a proveedores tiene contrato de colaboración con unos 116 proveedores de servicios turísticos (folios 480 a 487).

En 2011 obtuvo un importe neto de la cifra de negocios de 1.622.297,39 euros y según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6407 a 6408, 6650 y 6790):

2011	2012	2013	2014	2015
1.622.297,39	1.497.142,88	1.372.649,71	Sin datos	1.340.262,00

Según el “*Ranking Nexotur*” en 2011 las agencias de viajes asociadas a GEA habrían facturado 540 millones de euros, lo que representa una cuota del 10,05% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión (folios 2677 y 2678).

GEA fue uno de los Grupos de Gestión fundadores de AGRUPA hasta su salida en octubre de 2009 y ostentó la presidencia desde su creación hasta Febrero del 2006 (folios 253 a 260).

8. GRUPO AIRMET DE GESTION COMERCIAL, S.L. (AIRMET)

AIRMET es una sociedad limitada constituida en 1999 con la denominación AIR MAS FACIL, S.L., modificada el 28 de Diciembre de 2000 por la actual. Tiene su domicilio social en Las Matas (Madrid).

El objeto social de AIRMET, según sus acuerdos sociales elevados a público, es triple: Servicios de intermediación comercial, negociación y contratación por cuenta propia y/o ajena con todo tipo de proveedores del sector turístico, en

beneficio propio y de los clientes de la sociedad; servicios de asesoramiento y representación de agencias de viajes y servicios de asistencia técnica, comercial y publicidad.

En 2010 firmó acuerdos de colaboración con 111 proveedores de servicios turísticos AIRMET y a finales del 2012 representaba a 654 agencias de viajes independientes (folios 971 a 999).

El grupo AIRMET posee la marca “viajando por el mundo” y sus ventas, en 2011 ascendieron a 1.648.088,73 euros. Según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6640 a 6642):

2011	2012	2013	2014	2015
1.648.088,73	Sin datos	Sin datos	Sin datos	1.531.484,00

Según el “Ranking Nexotur”, las agencias de viajes adheridas a AIRMET habrían facturado 655 millones de euros en 2011, lo que representa una cuota del 12,19% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión (folios 2677 y 2678).

AIRMET pertenece a AGRUPA desde su constitución en 1999 (folios 837 y 838) y además a la Agrupación de Interés Económico GRUPO AGC AIE desde su constitución el 17 de Junio del 2010, si bien de acuerdo con la información aparecida en una publicación digital sectorial, el 1 de Enero del 2012 abandonó dicha agrupación (folios 2665 y 2666).

9. GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER S.A. (OVER)

OVER es una sociedad anónima con domicilio social en Barcelona constituida en 1993. Su objeto social es es la prestación de servicios a las agencias de viajes, de asesoramiento, información, prospección y de mercados y gestión de compras, excluidas las actividades legalmente reservadas a las agencias de viajes.

Representa a 105 puntos de venta (folios 1406 a 1412) repartidos por toda la geografía nacional, con especial importancia en las Comunidades de Canarias y Cataluña (folio 2535).

Sus ventas según balance de 2009 ascendieron a 680.096,71 euros (folios 2541 a 2545) y según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6435 a 6436 y 6646 a 6649):

2011	2012	2013	2014	2015
Sin datos	327.657,38	256.894,61	Sin datos	111.832,00

Según el “*Ranking Nexotur*” las agencias de viajes adheridas a OVER habrían facturado 285 millones de euros en 2011, lo que representa una cuota del 5,30% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión (folios 2677 y 2678).

OVER pertenece a AGRUPA desde su creación en 1999 hasta la actualidad y, además, a la Agrupación de Interés Económico GRUPO AGC AIE desde su constitución el 17 de junio del 2010 como socio fundador, junto con AVANTOURS, EDENIA, AIRMET Y AVA (folio 1410).

10. GRUPO DE GESTIÓN STAR, S.A. (STAR)

STAR es una sociedad anónima con domicilio social en Madrid constituida el 4 de octubre de 1990. Es más conocida por su marca comercial “GRUPO STAR VIAJES”.

Su objeto social es la prestación de servicios a las agencias de viajes, de asesoramiento, información, prospección y de mercados y gestión de compras, excluidas las actividades legalmente reservadas a las agencias de viajes (folios 799 a 809).

Sus ventas según balance ascendieron en 2010 a 425.961,03 euros (folio 68) y según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6405-6406 y 6643):

2011	2012	2013	2014	2015
Sin datos	255.448,99	218.518,65	Sin datos	533.101,00

Cuenta con 172 puntos de venta en territorio nacional y en 2011 las agencias adheridas habrían facturado 368 millones de euros, lo que representa una cuota del 6,85% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión (folios 2677 y 2678).

STAR ha pertenecido a AGRUPA desde su constitución en 1999 hasta la actualidad y además pertenece a la Agrupación de Interés Económico CEUS integrada por CYBAS, EUROPA VIAJES y STAR (folios 799 a 809).

11. UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA)

UNIDA es una asociación anónima constituida en 1996. Su actividad principal es el asesoramiento y representación de las agencias de viajes. Posee en territorio nacional 163 puntos de venta.

Sus ventas según balance de 2010 ascendieron a 587.388,56 euros y las agencias adheridas a UNIDA habrían facturado 406,5 millones de euros en

2011, lo que representa una cuota del 7,56% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión (folios 2677 y 2678).

Según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6404, 6631 a 6637):

2011	2012	2013	2014	2015
Sin datos	588.024,33	259.288,52	Sin datos	5.272,00

UNIDA perteneció a AGRUPA desde su fundación en 1999 hasta causar baja el 15 de Octubre del mismo año, reincorporándose el 25 de Octubre del 2005 (folios 1589 a 1590). El 14 de enero del 2013 UNIDA solicitó la baja en AGRUPA, que no se ha hecho efectiva dado que no se ha convocado posteriormente la Asamblea General de dicha Asociación (folio 2734).

III. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

3.1. MERCADO DE PRODUCTO

Como indica la DC en los apartados (67) a (69) del PCH, el mercado analizado en el presente expediente es el correspondiente a los servicios prestados por los denominados grupos de gestión a las agencias de viajes independientes de pequeño y mediano tamaño.

Los grupos de gestión pueden definirse como aquellas entidades que representan a agencias de viajes independientes en sus negociaciones con los proveedores o distribuidores mayoristas turísticos. Su función principal radica en la acumulación de poder de compra para de este modo obtener mejores condiciones comerciales, aunque algunos de estos grupos de gestión también desarrollan otras estrategias comunes con sus agencias, como sistemas tecnológicos de gestión compartidos (páginas web o portales en internet, intranet, herramientas informáticas, etc.), asesoramiento y una marca e imagen comunes. Como indica la DC, y fue también recogido en la Resolución de la CNMC de 12 de junio de 2014 en el Expediente S/0455/12 GEA, el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia definió en 2004, (Resolución de 2 de abril expediente de concentración económica N-04010 Viajes Iberia/Tui España), a los grupos de gestión, como aquéllos:

“(...) formados por la unión de pequeñas y medianas agencias minoristas independientes mediante acuerdos comerciales y planes de marketing conjuntos, que en algunos casos propician proyectos de integración a partir de una marca e imagen corporativa común. Estas agrupaciones comerciales han propiciado entidades jurídicas cuyos objetivos son mantener y potenciar la remuneración que reciben de los

proveedores, así como mejorar la imagen de calidad y garantía en el servicio ante sus clientes.”

Los grupos de gestión surgieron hace 20 años como alternativa ofrecida a las pequeñas y medianas agencias de viajes para competir con las grandes redes o cadenas, cuyo modelo se basa en la acumulación de poder de compra y la obtención de mejores condiciones de los proveedores.

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

- Servicios de intermediación comercial, negociación y contratación con todo tipo de proveedores del sector turístico, en beneficio propio y de los clientes del grupo.
- Servicios de asesoramiento y representación de agencias de viajes.
- Servicios de asistencia técnica, comercial y publicitaria.

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

El grupo comercial puede adoptar las siguientes formas jurídicas:

- sociedad mercantil de responsabilidad anónima o limitada. En este caso estarán constituidos como empresas de servicios propiedad del equipo gestor, prestando servicios a las agencias de viajes que son clientes del grupo de gestión, abonándoles una cuota por los servicios ofrecidos. Es el caso de GEA, AIRMET, RET, CYBAS o EDENIA.
- asociación, dirigidas por un equipo gestor nombrado por las agencias que a su vez será dirigido por un Gerente o Director General contratado, teniendo las agencias la última palabra, formando parte de su Consejo Directivo y marcando las estrategias de la misma. Es el caso de EUROPA VIAJES o TRAVEL ADVISORS.
- modelo mixto, en el que al estilo de la empresa de servicios se integran en el grupo de gestión beneficiándose de sus servicios tanto las agencias propietarias como otras que no lo son pero sí están adheridas comercialmente al grupo. Es el caso de OVER, STAR, UNIDA o AVANTOURS.

El perfil de agencia de viajes que se adhiere a un grupo de gestión es el de una agencia minorista de tamaño pequeño o mediano, que desea guardar su independencia frente a un grupo franquiciado o frente a las grandes cadenas turísticas, pero que busca las ventajas de acumular poder de compra-venta

frente a los grandes proveedores. No obstante, los grupos de gestión también cuentan en su red de agencias de viajes independientes con empresas de mayor tamaño que disponen de una casa central y varios puntos de venta.

Otra alternativa para las pequeñas y medianas agencias de viajes, que en los últimos años ha ganado protagonismo y que, como los grupos de gestión, presenta la ventaja cualitativa de acumular fuerza de venta para conseguir mejores condiciones de los proveedores, es la de las franquicias.

Las agencias franquiciadas se benefician del paraguas de una marca común, con todo lo que ello conlleva: cartera de clientes, una estrategia comercial común encaminada a generar una mayor venta y promoción publicitaria. Las principales diferencias entre los grupos de gestión y las franquicias residen en el mantenimiento de la independencia y libertad empresarial de la agencia de viajes cuando se integra en el grupo de gestión.

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

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

3.2. MERCADO GEOGRÁFICO

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

Como ha señalado esta Sala de Competencia en diversas resoluciones, el concepto de mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada

en cada caso haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva en dicho mercado.

3.3. ESTRUCTURA DEL MERCADO

3.3.1. Oferta

Por lo que respecta a la estructura de la oferta, además de los grupos de gestión de agencias de viajes independientes incoados en el presente expediente, que representaban aproximadamente dos tercios de la oferta en el mercado de referencia en diciembre de 2013 al tiempo de dictar el PCH, existían otros grupos de gestión como GEBTA ESPAÑA, TRAVEL ADVISOR GUILD, AVASA, AVA, TEAM GROUP, ACUAMA o M-70.

En función del “Ranking NEXOTUR de Grupos Comerciales” para 2011, las diez primeras posiciones correspondían a los siguientes grupos de gestión, por este orden: GEBTA ESPAÑA, AIRMET, GEA, TRAVEL ADVISOR GUILD, UNIDA, EUROPA VIAJES, STAR, OVER, AVASA y AVANTOURS. Según la facturación de las agencias de viajes adheridos a los mismos, los grupos de gestión incoados en este expediente contaban con una cuota de mercado aproximada del 51,38 % del total de la facturación de las agencias de viajes adheridas a un grupo de gestión (folios 2677 y 2678).

Por otro lado, los grupos de gestión aglutinaban casi la totalidad de las pequeñas agencias de viajes independientes en el mercado español (folios 2653 a 2655 y 2715 a 2716).

En relación con los grupos comerciales de agencias de viajes, en junio de 2010 se constituyó la ALIANZA DE GRUPOS COMERCIALES A.I.E. (ACG), formada por AIRMET, AVANTOURS, AVA, EDENIA y OVER; y en octubre del mismo año, la UNIÓN CEUS DE GRUPOS COMERCIALES A.I.E. (CEUS), formada por CYBAS, EUROPA VIAJES, STAR y UNIDA. Tras su constitución, las negociaciones por parte de cada uno de los grupos de gestión con los principales proveedores de viajes y productos turísticos se realizan a través de ACG y CEUS.

Frente a los grupos de gestión se sitúan las grandes agencias de viajes, pertenecientes a una gran cadena turística o a una franquicia y que, según el “Ranking NEXOTUR” para 2011 serían: VIAJES EL CORTE INGLÉS, HALCÓN VIAJES ECUADOR, VIAJES VIBO (antiguo VIAJES IBERIA), CARLSON WAGONLIT TRAVEL, ALMEIDA VIAJES, VIAJES JUMBO TOURS, VIAJES EROSKI, AMERICAN EXPRESS, BARCELÓ, OLYMPIA VIAJES e IA VIAJES (folios 2679 a 2680).

3.3.2. Demanda

Por su parte, la demanda en este mercado estaba compuesta, , por las pequeñas y medianas agencias de viajes independientes, aunque excepcionalmente existían empresas de mayor tamaño adheridas a un grupo

de gestión, como es el caso de GEBTA ESPAÑA, que tenía entre las empresas adheridas a su grupo a dos grandes agencias, como son VIAJES EROSKI o AMERICAN EXPRESS.

A finales de 2012, el sector de las agencias de viajes independientes estaba constituido en un 41,5% de pymes (2.477 puntos de ventas), sobre un total de 6.075 agencias españolas conectadas al sistema de gestión de reservas para agencias de viajes independientes, Amadeus.

Las cifras del sector revelan que hasta finales de 2012 se mantuvo el nivel de concentración, pero las grandes cadenas del sector turístico representaban ya el 58,4% (con 3.551 puntos de venta) del total de la agencias de viajes del país conectadas a Amadeus (unas 6.075) mientras que hace seis años la proporción era parecida al de las pymes, un 50%, según el barómetro de agencias de viajes conectadas a dicho sistema de gestión de reservas para agencias de viajes independientes.

3.4. MARCO NORMATIVO

No hay norma nacional ni autonómica, tampoco de derecho comunitario, que regule expresamente los grupos de gestión de agencias de viajes independientes. Por tanto, el marco normativo al que se sujeten los mismos dependerá de la forma jurídica que adopte el grupo comercial:

- Si el grupo comercial adopta la forma de sociedad mercantil de responsabilidad anónima o limitada, se regirá por la Ley de Sociedades de Capital, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.
- Si adopta la forma de asociación, se regirá por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.
- Si adopta un modelo mixto que al estilo de la empresa de servicios se integran en el grupo de gestión beneficiándose de sus servicios tanto las agencias propietarias como otras que no son propietarias pero sí están adheridas comercialmente al grupo. Es el caso de OVER, STAR, UNIDA o AVANTOURS.

En relación con la prestación de servicios de estos grupos de gestión a las agencias de viajes, se realiza a través de contratos mercantiles, que en algunos supuestos se denomina contrato de colaboración (folios 1215 a 1222).

Por tanto, la naturaleza privada de estas relaciones jurídicas determina la aplicación de normas de derecho privado, civil o mercantil, siendo aplicables a las mismas tanto el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 como el Código Civil de 11 de mayo de 1988 y sus normas de desarrollo.

Por último, la normativa sectorial reguladora de la prestación de los servicios turísticos es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

IV. HECHOS PROBADOS

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, tanto la obtenida por la DC en las inspecciones realizadas el 26 de septiembre de 2012 en las sedes de AIRMET y GEA, como la procedente de las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información formulados por la DC, se consideraron acreditados los hechos expuestos por el órgano instructor en los párrafos (82) a (223) del PCH (con las mínimas matizaciones incluidas en la contestación a las alegaciones presentadas por las partes al PCH) y que son, de forma resumida, los que se exponen a continuación.

La DC considera acreditado que entre junio de 1999 y octubre de 2011 distintos grupos de gestión integrados en la asociación AGRUPA celebraron un total de al menos 35 Asambleas Generales Extraordinarias y Ordinarias, en las que en al menos 31 de ellas, llegaron a acuerdos relativos a la fijación de condiciones comerciales, reparto de mercado y/o clientes, así como acuerdos para el boicot a determinadas agencias de viajes independientes. El origen de los hechos descritos por el órgano de instrucción se remonta a la creación de la asociación AGRUPA en 1999 por parte de los principales grupos de gestión de agencias de viajes independientes para permitir dar cobertura a sus contactos y acuerdos.

5.1. Creación y funcionamiento del cártel de grupos de gestión constituido en el seno de AGRUPA

El antecedente directo de AGRUPA es la denominada PLATAFORMA DE GRUPOS DE GESTIÓN (en adelante, PLATAFORMA). Según expone la DC en le PCH los primeros contactos entre los grupos de gestión de agencias de viajes datan de 1999, momento en el que determinados grupos de gestión de agencias independientes -AIR, AMA, AVANTOURS, AVASA, BESAIDE, EUROPA VIAJES, GEA, M-70, MET, OVER, STAR y UNIDA- constituyeron la denominada "PLATAFORMA", como paso previo a la creación de una Asamblea de grupos de gestión de agencias de viajes independientes.

Posteriormente y todavía en el ámbito de la citada "PLATAFORMA", en la reunión de 15 de enero de 1999 celebrada en Barcelona se designó una Comisión de Trabajo para la redacción de los Estatutos de una Asociación que agrupase a los anteriores grupos de gestión, para la consecución de una serie de objetivos comunes a todos ellos. Esta Plataforma de Grupos de Gestión se reunió en Murcia los días 17 y 18 de abril de 1999, participando todos los miembros de la Plataforma además de la Unión Catalana de Agencias de Viajes Emisoras (UCAVE), para aprobar la redacción final de los Estatutos de AGRUPA y constituir una Junta Gestora provisional formada por representantes de STAR, OVER, AVANTOURS, M-70 y MET. De hecho, el

Acta de esta reunión se denominó como "ACTA DE LA REUNIÓN DE "AGRUPA" ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE GRUPOS DE GESTIÓN DE AGENCIAS DE VIAJES" (Acta de la reunión de "AGRUPA" de 17 de abril de 1999, recabada en la inspección de GEA, folios 254-256).

El 19 de junio de 1999 en Frankfurt se reunió la Asamblea de AGRUPA, según convocatoria de la Junta Gestora, asistiendo a la misma AIR-MAS FACIL, AMA, AVANTOURS, M-70, MET, OVER y STAR, así como GEA cuya representación correspondió a STAR, acudiendo como invitada UCAVE. Excusó su asistencia BESAIDE, que cedió su representación a la decisión mayoritaria que adoptasen los grupos de gestión participantes en dicha reunión (Acta de la reunión de AGRUPA de 19 de junio de 1999, recabada en la inspección de GEA, folios 246 a 253).

En dicha reunión de junio de 1999 se aprobaron los Estatutos de la Asociación y se fijaron los objetivos a conseguir por la misma, estableciendo unos puntos comunes para su incorporación a los distintos contratos que cada uno de los grupos de gestión firmasen con los proveedores, así como el establecimiento de unas tablas recomendadas para los gastos de gestión. A la vista de dichos objetivos el órgano instructor considera dicha reunión como la constitutiva del cártel (apartado 86 del PCH)

Respecto a la composición del cártel, la DC considera que participaron en los hechos constitutivos de infracción dieciséis empresas y/o asociaciones, todas ellas Grupos de Gestión de agencias de viajes independientes asociadas en algún momento a AGRUPA desde su constitución en 1999:

- ASOCIACION DE VIAJES BESAIDE
- A.I.E.
- GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL, S.L.
- AGRUPACIÓN DE MINORISTAS ASOCIADOS (AMA)
- AVAN TOURS, S.L.
- ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES DEL GRUPO MINORISTA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (AVIMMA)
- CYBAS TURISMO, S.L
- EDENIA GRUPO VIAJES, S.L.
- ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA VIAJES
- GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L
- RET (Catalana de Representación de Empresas Turísticas, S.L.)
- GRUPO DE GESTION STAR, S.A.
- GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A.
- GRUPO MET
- M- 70
- UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A.
- UCAVE, junto con AGRUPA.

No obstante, la DC considera que la participación de seis de estos operadores en los hechos acreditados habría quedado prescrita de acuerdo con lo previsto en el artículo 68 de la LDC, por lo que el órgano instructor no incoó expediente sancionador contra ellas. Dichas empresas y asociaciones son AMA, AVIMMA, M-70, ASOCIACION DE VIAJES BESAIDE, A.I.E., GRUPO MET y UCAVE.

Como se ha advertido anteriormente desde la constitución de AGRUPA en junio de 1999 hasta octubre de 2011 se celebraron al menos 35 Asambleas Generales Extraordinarias y Ordinarias de la asociación, en 31 de las cuales queda constancia acreditada en el expediente de acuerdos relativos a la fijación de condiciones comerciales, de reparto del mercado y/o clientes y pactos para boicotear a determinadas agencias independientes. Estas 31 reuniones fueron las siguientes:

- 1999: 7 de agosto y 2 de diciembre.
- 2000: 18 de julio, 10 de octubre y 23 de noviembre.
- 2001: 30 de enero, 12 septiembre y 27 de noviembre.
- 2002: 29 de enero, 16 de abril y 30 de julio.
- 2003: 28 de enero, 19 de febrero, 12 de marzo y 23 de mayo.
- 2004: 27 de enero.
- 2005: 19 de julio y 25 de octubre.
- 2006: 9 de febrero y 2 de noviembre.
- 2007: 8 de marzo.
- 2008: 23 de enero y 19 de junio.
- 2009: 28 de abril, 17 de junio, 17 de septiembre y 23 de noviembre.
- 2010: 13 de enero, 14 de julio y 10 de octubre.
- 2011: 6 de octubre.

Los acuerdos alcanzados por los grupos de gestión en el seno de la asociación AGRUPA que la DC considera necesario evaluar para determinar la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia constitutivas de un cártel son los siguientes y serán examinados en los próximos apartados de la presente resolución:

- un acuerdo para la fijación de las condiciones comerciales.
- un acuerdo de reparto de mercado a través del reparto de agencias de viajes independientes clientes, y
- un acuerdo para el boicot a determinadas agencias de viajes independientes.

5.2. Acuerdos de fijación de condiciones comerciales

Según expone la DC en los apartados (111) a (176) del PCH, desde junio de 1999 hasta octubre de 2011, con ocasión de las reuniones de AGRUPA celebradas durante dichos años, los grupos de gestión integrados en la citada asociación acordaron la fijación de comisiones mínimas y unificación de las

condiciones comerciales respecto de los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos.

Desarrollaron la anterior conducta desde junio de 1999 hasta octubre de 2011 AIRMET, AVANTOURS, OVER y STAR, junto con AGRUPA, así como también UNIDA desde su incorporación en AGRUPA en octubre de 2005, CYBAS y EDENIA desde septiembre de 2009, RET desde octubre de 2009 y de EUROPA VIAJES en noviembre de 2009. GEA participó en dichos acuerdos desde junio de 1999 hasta octubre de 2009, fecha en la que causó baja en AGRUPA.

Ya en la primera reunión, el 23 de junio de 1999, los grupos de gestión fundadores de AGRUPA fijaron unos objetivos comunes para todos los asociados en los que se constata que, en el seno de la asociación se pretendía fijar y unificar las condiciones comerciales de los Grupos de Gestión asociados (folio 252):

- Punto nº 4: Elaborar una serie de puntos comunes para su incorporación a los distintos contratos que cada uno de los grupos comerciales firme con los distintos proveedores.
- Punto nº 11: Establecer unas tablas recomendadas para gastos de gestión.

Además, la DC ha detectado la existencia de acuerdos que buscan unificar las políticas comerciales de los miembros de AGRUPA con respecto a la negociación con los respectivos proveedores mayoristas (o tour operadores) de productos y servicios turísticos (folio 252). Posteriormente, se crea una comisión de trabajo para la fijación de acuerdos mínimos en las negociaciones con proveedores y el contrato tipo de modelo de viaje combinado (folio 234 a 240). En la Asamblea de octubre de 2000 se informó a los socios de AGRUPA de las condiciones del contrato común acordado por todos ellos con un determinado mayorista en concreto VIVA TOURS y se entrega a cada uno de ellos una copia del nuevo contrato. Tres socios de AGRUPA (AVANTOURS, OVER y STAR), informaron a la Asamblea de la firma entre estos tres de un acuerdo de colaboración para la negociación conjunta con algunos mayoristas y establecimiento de una política comercial común (folio 1539).

Posteriormente los grupos de gestión integrados en AGRUPA pactaron en la Asamblea de 23 de noviembre de 2000 (folios 173 y 174) unas comisiones mínimas que deberían respetar todos los miembros de la asociación en las negociaciones con los proveedores. Estas comisiones mínimas se renovaron en sucesivas reuniones de las Asambleas de AGRUPA de 30 de enero y 12 septiembre de 2001, 25 de septiembre de 2002, 19 de febrero de 2003 y 25 de octubre de 2005.

En la misma Asamblea de AGRUPA de noviembre de 2000 (folio 173 y 174) los grupos de gestión aprobaron un “Decálogo de AGRUPA” que contiene ocho medidas de presión a tomar por los grupos de gestión frente a mayoristas, entre las que destaca la indicación de no firmar comisiones por debajo de los mínimos aprobados, bloquear de manera coordinada las ventas de

determinados proveedores o no firmar contratos después de una fecha así como la adopción de medidas comerciales contra dos mayoristas específicos (IBEROJET y PRIMERA LINEA).

Este Decálogo fue completando en sucesivas reuniones y así en la Asamblea de AGRUPA celebrada el 25 de septiembre de 2002, se elaboró un "DECÁLOGO AGRUPA EN FIRMA DE ACUERDOS COMERCIALES" en el que se recogían una serie de instrucciones para garantizar la unidad y coordinación en la ejecución de la política comercial de los grupos comerciales asociados a AGRUPA con los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos como "No firmar comisiones por debajo de los mínimos acordados", "recomendar devolver ofertas con comisiones inferiores a los mínimos acordados" o "bloquear ventas de una manera coordinada, durante periodos de tiempo".

Este "Decálogo" fue el germen primero de un "Código de Conducta" y posteriormente del "Código de ética comercial", aprobado en la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 25 de octubre de 2005, regulando una serie de aspectos a exigir a los proveedores mayoristas por parte de los grupos de gestión miembros del cártel, como la necesidad de que "todo producto ofertado en el mercado por una agencia mayorista, incluyendo las denominadas "líneas blancas", tendría el mismo PVP para toda la red de distribución minorista física o virtual" o que "La denominación "Oferta" solo podrá ser aplicada cuando se reduzca el PVP publicado en un porcentaje igual o superior al 5%. Con todos aquellos proveedores de servicios turísticos que cumpliesen con este código, se creaban unas "Listas Blancas" que recogían, por tanto, los proveedores de productos y servicios turísticos recomendados por AGRUPA.

Así en la Asamblea General Extraordinaria de 18 de junio de 2009 los grupos de gestión acordaron la creación de dichas listas blancas con el fin de unificar/coordinar la política comercial de todos ellos con respecto a los productos y servicios turísticos de los proveedores que cumpliesen las condiciones establecidas por los grupos de gestión en el documento denominado "decálogo" (folios 2155 a 2157).

Estas listas blancas fueron asunto en el orden del día de varias asambleas de AGRUPA, como la de 17 de septiembre de 2009, 23 de noviembre de 2009 o 13 de enero de 2010. En general se observa como en posteriores Asambleas se van repitiendo las mismas conductas restrictivas en el seno de AGRUPA.

En cuanto a la fijación de comisiones mínimas en las Asambleas de enero de 2001 (folios 168 y 169), septiembre de 2002 (folio 261) y febrero de 2003 (folios 262 a 266) se fijaron comisiones mínimas de referencia para cada uno de los años siguientes para un conjunto de destinos por debajo de los cuales ningún Grupo de Gestión debería firmar con un mayorista.

En la Asamblea de enero de 2003, se acordó fijar una comisión mínima de un 1% frente a compañías aéreas ante la bajada generalizada de comisiones (folios 1488 a 1491) además de condiciones comerciales adicionales para los

contratos individuales con VIVATOURS pactando un aumento de comisiones en algunos de sus productos y coordinando información comercial con respecto a determinados proveedores mayoristas,

En posteriores reuniones de la Asamblea también se observa cómo los Grupos de Gestión integrados en AGRUPA pactaron:

- (i) otras formas de coordinación como renunciar a la contratación individual con algún mayorista dejando esta labor a AGRUPA (folio 195 a 201),
- (ii) el intercambio de información sensible como las comisiones cargadas por cada grupo de gestión, estado de sus negociaciones y políticas comerciales de cada Grupo de Gestión con mayoristas o la exigencia a un mayorista de rentabilidades mínimas (Asamblea de enero de 2002),
- (iii) el bloqueo de determinados canales de venta y la unidad de acción de los grupos de gestión y la no aceptación conjunta de las condiciones impuestas por un tour operador (TRAVELPLAN) al estar sus comisiones por debajo del nivel mínimo acordado por AGRUPA (Asamblea de noviembre de 2006)
- (iv) y la unificación de políticas comerciales mediante la inclusión de unos documentos anexos a los contratos con mayoristas iguales para todos los grupos de gestión.

Asimismo, en la Asamblea de marzo de 2003 acordaron la adopción de medidas represivas como la apertura de un expediente informativo por el incumplimiento de uno de los grupos de gestión de los acuerdos pactados en el seno de AGRUPA.

En la Asamblea de junio de 2008, se acuerda la suscripción de un seguro que cubriese la responsabilidad de los administradores y grupos de gestión asociados a AGRUPA incluidas las multas y sanciones administrativas derivadas del desarrollo de su actividad.

En conclusión, de acuerdo con lo indicado por el órgano instructor, los hechos reseñados en el PCH permiten acreditar la existencia de diversos acuerdos de fijación de comisiones mínimas y de unificación de condiciones comerciales respecto de proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos entre los grupos de gestión que formaban AGRUPA desde junio de 1999, hasta octubre de 2011.

5.3. Reparto de mercado y/o agencias de viajes independientes

Según expone la DC en los apartados (178) a (193) del PCH al menos desde noviembre de 2000 los grupos de gestión integrados en AGRUPA acordaron un reparto de mercado y/o clientes a través del reparto de las agencias de viajes independientes adheridas a cada uno de ellos.

Dicho reparto de mercado se manifestó específicamente en un pacto de no agresión respecto a la cartera de clientes de dichos grupos de gestión, las agencias de viajes independientes adheridas a cada uno de ellos, y se mantuvo en vigor hasta octubre de 2011, con excepción de GEA que causó baja en AGRUPA en octubre de 2009, participando los socios en el mismo en función de su adhesión y salida de la asociación.

Así desde noviembre de 2000, AIRMET, AVANTOURS, OVER, STAR, AGRUPA, UNIDA (desde 2005), CYBAS y EDENIA desde septiembre de 2009, RET desde octubre de 2009 y EUROPA VIAJES desde noviembre de 2009 y GEA hasta su salida de AGRUPA.

El citado pacto de no agresión o reparto de clientes se manifestaba tras la detección de una “agresión”, es decir, una invitación por parte de un grupo de gestión de AGRUPA a alguna agencia de viaje asociada con otro Grupo de Gestión integrante de AGRUPA. Dicha invitación o “agresión” podía desarrollarse bien a través de envío de publicidad o bien mediante la visita de un delegado comercial. Una vez detectada la “agresión” la cuestión se debatía en el seno de AGRUPA y se acordaba un apercibimiento al Grupo de gestión “agresor”. Así, por ejemplo, en la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 28 de abril de 2009 se valoró el incumplimiento de OVER del pacto de no agresión, decidiendo apercibir a dicho grupo, trasladándole el Decálogo acordado por los Grupos de Gestión para que evitara repetir dicho incumplimiento (folios 1281 a 1284 y folios 2431 a 2434):

“Se retira la denuncia por parte de Gea y Airmet sobre el incumplimiento del "pacto de no agresión" entre los miembros de Agrupa que, según confirman los grupos que la presentaron, había incumplido Grupo Over. Se acordó en su lugar apercibir a Grupo Over y trasladarle el decálogo acordado donde ya se prevé ésta situación para evitar que se vuelva a repetir”.

La cuestión de reparto de agencias de viajes ya se debatió en la asamblea de noviembre de 2000, lo que causó el diseño del pacto de no agresión en julio de 2002 que se mantuvo en vigor entre los socios de AGRUPA a la hora de adherir nuevas agencias de viajes. En determinadas ocasiones era necesario recordar a través de correos electrónicos a algunos socios la existencia del pacto de no realizar políticas activas de captación de agencias de viajes de otros grupos de gestión asociados a AGRUPA (folios 1958 a 1960).

En la Asamblea de junio de 2008 los grupos de gestión acordaron mantener el pacto de no agresión redactando a tal efecto un listado actualizado de las agencias asociadas a los grupos de gestión, (folios 903 a 907). Asimismo la existencia del mismo y la imposibilidad de “atacar” a agencias asociadas a otro integrante de AGRUPA se menciona en numerosos correos electrónicos y Asambleas de la asociación (folios 2056, 2098, 2097, 798, 937 a 942) así como apercibimientos a los grupos que no lo cumplen (folios 908 a 911).

El pacto era trasladado para su implementación y seguimiento a los gestores del grupo de gestión, como queda acreditado por el correo electrónico de 2 de

febrero de 2009 remitido por el Director General de GEA a sus delegados en el que se pidió que se le diera información sobre las razones de la baja de las agencias de viajes adheridas a GEA y se alude al pacto de no agresión con el resto de grupos de gestión asociados en AGRUPA (correo electrónico interno de GEA de 2 de febrero de 2009, asunto: BAJAS EN GEA folio 2098):

"A fin de llevar un mejor control de las bajas que se produzcan en nuestro grupo, ruego que me envíes por escrito las razones de la baja de esa agencia, si es por cierre del negocio, etc. Todas aquellas agencias que se den de baja y no sea por el cierre del negocio, debemos controlar su trayectoria, a fin de comprobar si posteriormente se dan de alta en otro Grupo, pues sabéis que tenemos un pacto de no agresión con el resto de Grupos de Agrupa que debe de ser respetado."

5.3. Boicot a determinadas agencias de viajes independientes

Según se expone en los apartados (194) a (222) del PCH emitido por el órgano instructor desde, al menos, junio de 2009 hasta octubre de 2011 los grupos de gestión asociados en AGRUPA acordaron boicotear a las agencias de viajes expulsadas de algunos de ellos por incumplimiento de las políticas y acuerdos adoptados en el seno de AGRUPA relativos a la incompatibilidad de la utilización de determinadas herramientas online o por las críticas emitidas contra las funciones realizadas por estos grupos de gestión.

El boicot pactado buscaba evitar la adhesión de la agencia de viajes independiente expulsada a alguno de los otros grupos de gestión también integrados en AGRUPA y fue realizado por AIRMET, AVANTOURS, OVER, STAR y UNIDA, desde junio de 2009, CYBAS y EDENIA desde septiembre de 2009, RET desde octubre de 2009, EUROPA VIAJES en noviembre de 2009, así como GEA hasta su salida de AGRUPA en octubre de 2009.

Así, el 29 de septiembre de 2009 AIRMET envió un correo electrónico a AVANTOURS, CYBAS, EDENIA, GEA, OVER, STAR, RET y UNIDA comunicándoles la expulsión de tres agencias de viaje por compartir las opiniones de la recién expulsada VIAJES GLAUKA ALCALA, y solicitándoles que no la admitiesen en sus organizaciones.

Posteriormente en numerosas Asambleas aparecen referencias al acuerdo de boicot y expulsión en especial contra las agencias de viajes y grupos de gestión que negocian o contratan con TRAVELTOOL, empresa que ofrecía una novedosa herramienta tecnológica, y que AGRUPA consideraba una grave amenaza contra los grupos de gestión que incluso podía acabar con ellos.

Por ellos en varias ocasiones queda acreditada la expulsión efectiva de las agencias de viajes que han negociado con TRAVELTOOL y el boicot subsiguiente del acceso de las expulsadas a otro grupo de gestión (folios 778, 2175 a 2177, 2104, 783 a 786, 2106, 2186, 2108, 2109, 2112, 2113, 2111, 2114, 2198 a 2202, 2210 a 2211, 2209 2210). En algunos correos las agencias

amenazadas de expulsión se quejan de la falta de independencia y la merma de calidad tecnológica y gestión por los acuerdos adoptados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 30.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

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

SEGUNDO.- Objeto de la resolución y normativa aplicable

La Sala de Competencia en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción iniciada por la DI de la extinta CNC y completada por la DC, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las empresas y asociaciones incoadas en este expediente han cometido y son responsables de una infracción muy grave, única y continuada, del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989) y del artículo 1 de la LDC, por los acuerdos adoptados e implementados a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades en el seno de AGRUPA, desde junio de 1999 hasta octubre de 2011. Asimismo debe decidirse si dichos acuerdos pueden ser calificados como cártel, en cuanto que el objeto de los mismos habría consistido en: (i) la fijación y unificación de las condiciones comerciales de las citadas entidades, (ii) el reparto de mercado y/o clientes a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a estos Grupos de Gestión asociados en AGRUPA, así como (iii) el boicot a las agencias de viajes expulsadas de los Grupos de Gestión asociados en AGRUPA, evitando así su adhesión a alguno de los otros Grupos de Gestión asociados en AGRUPA.

Por lo que respecta a la normativa aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas tanto durante la vigencia de la Ley 16/1989 como de la LDC. Ambas leyes prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la

competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o la inversiones, así como el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

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

Sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de las citadas Leyes sea idéntica, de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC y de la CNMC, el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989.

Así lo ha venido reconociendo también y de forma expresa la Audiencia Nacional, como en su sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. Y L'OREAL S.A.) donde señala,

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

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

Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros

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

Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua”.

Y, en esta línea argumental, en su sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso 572/2010, de RHENUS IHG IBERICA, S.A.), el Tribunal Supremo considera que:

“Para las infracciones muy graves, como la imputada en el presente expediente, el artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007 establece como multa máxima el mismo porcentaje que establecía el artículo 10 de la Ley 16/1989 (RCL 1989, 1591): hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución. Tampoco existen diferencias entre ambas leyes en cuanto al importe mínimo de las sanciones por comisión de infracciones de cártel como las aquí imputadas. La diferencia radica en el régimen de clemencia que introduce la vigente LDC (RCL 2007, 1302) y que no existía en la Ley 16/1989 (RCL 1989, 1591). En este sentido no cabe duda de que para los solicitantes de la exención o reducción del importe de la sanción, la Ley 15/2007 (RCL 2007, 1302) ha resultado ser la norma más favorable (siendo por la que ellos mismos han optado), pero esta conclusión también es válida para el resto de los imputados, que aunque no se han acogido al régimen de clemencia, objetivamente hubieran podido hacerlo”.

No obstante, en la medida en que AGRUPA se constituye en asociación (operadores sin cifra de negocios), la Audiencia Nacional, confirmando el criterio expresado en distintas resoluciones de la antigua CNC y de la actual CNMC, ha considerado que la Ley 16/1989 resulta más favorable, ya que la multa aplicable no puede superar la cuantía de 901.518,16 euros, prevista como máximo en el artículo 10 de la citada Ley 16/1989. Así, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 2013 (recurso 600/2011, del COLEGIO OFICIAL DE VETERINARIOS DE MURCIA), señala La Audiencia Nacional que,

“En este caso en que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de las dos leyes de defensa de la competencia, aun cuando no tiene relevancia en la calificación de los hechos probados ya que tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en su artículo 1.1 las mismas conductas, se ha aplicado la Ley 16/1989 al ser más favorable su régimen sancionador que la Ley 15/2007 en la medida en que los colegios profesionales pueden considerarse operadores económicos sin cifra de negocios imputable a la realización de una actividad económica. En dichos casos según la Ley 16/1989, la multa por la realización de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC no podrá superar la cuantía de 901.518,16 euros. Si se hubiera aplicado la Ley 15/2007 al no ser posible delimitar el volumen de negocios las infracciones pueden ser sancionadas con multas de más de 10 millones de euros.”

En consecuencia, la legislación que se va a aplicar en el presente procedimiento sancionador es la LDC, salvo para las asociaciones a las que se aplicará el régimen sancionador previsto en la Ley 16/1989.

TERCERO.– Propuesta de Resolución del Órgano Instructor

Finalizada la instrucción del expediente, teniendo en cuenta la información obrante en el mismo, la DC entiende acreditada la existencia de acuerdos adoptados e implementados por las incoadas a través de sus contactos y reuniones en el seno de AGRUPA relativos a la fijación de condiciones comerciales, al reparto de mercado mediante el reparto de las agencias de viajes independientes adheridas a cada uno de los grupos de gestión de AGRUPA, así como a los acuerdos para el boicot a determinadas agencias de viajes independientes llevados a cabo por los grupos de gestión asociados a AGRUPA.

Señala la DC en su propuesta de resolución (párrafo 363) que *“los hechos acreditados y la calificación jurídica de los mismos establecida en el PCH no se han visto alterados, por lo que deben mantenerse sus conclusiones. Así pues, a la vista de lo actuado y de conformidad con el artículo 33.1 del RDC, se considera que los acuerdos adoptados e implementados por AIRMET, AVANTOURS, CYBAS, EDENIA, EUROPA VIAJES, GEA, RET, STAR, OVER, UNIDA y AGRUPA, a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades en el seno de AGRUPA desde junio de 1999 hasta octubre de 2011, constituyen una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 1 de la LDC, que entra dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas entidades ha consistido en la fijación y unificación de las condiciones comerciales de dichos Grupos de Gestión, el reparto de mercado y/o clientes a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes adheridas a éstos y el boicot a determinadas agencias de viajes”*.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia ha propuesto a la Sala de Competencia del Consejo lo siguiente:

- **“Primero.** *Que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 1 de la LDC, por los acuerdos adoptados e implementados por la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA, AVAN TOURS, S.L., CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L., CYBAS TURISMO, S.L., EDENIA GRUPO VIAJES, S.L., GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L, GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL, S.L., GRUP D’EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A., GRUPO DE GESTION STAR, S.A., UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. y la ASOCIACION DE GRUPOS COMERCIALES DE AGENCIAS DE VIAJES (AGRUPA), a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades en el seno de AGRUPA, desde junio de 1999 hasta octubre de 2011, que entra dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas entidades ha consistido en la fijación y unificación de las condiciones comerciales de las citadas entidades, el reparto de mercado y/o clientes a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a estos Grupos de Gestión asociados en AGRUPA, así como el boicot a las agencias de viajes expulsadas de los Grupos de Gestión asociados en AGRUPA, evitando así su adhesión a alguno de los otros Grupos de Gestión asociados en AGRUPA.*
- **Segundo.** *Que esta práctica prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC. [...]”.*

La DC considera responsables de dicha infracción a las siguientes asociaciones y empresas: ASOCIACION DE GRUPOS COMERCIALES DE AGENCIAS DE VIAJES (AGRUPA), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA (EUROPA VIAJES), AVAN TOURS, S.L., GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL, S.L., GRUP D’EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A., GRUPO DE GESTION STAR, S.A., GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L.; UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A., CYBAS TURISMO, S.L., EDENIA GRUPO VIAJES, S.L. y CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET).

CUARTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1. Antijuridicidad de la conducta.

Tanto el artículo 1 de la LDC como el artículo 1 de la Ley 16/1989 prohíben *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el*

efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio” [...] c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. [...]”.

Por su parte, la disposición adicional cuarta 2 de la LDC señala que “se entiende por *cártel* todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.

Sin perjuicio de que, en el apartado relativo a la responsabilidad, esta Sala se pronuncie sobre la concreta individualización de las imputaciones realizadas a cada una de las empresas y asociaciones incoadas, en la presente evaluación de la antijuridicidad de la conducta corresponde valorar si las prácticas investigadas constituyen una infracción de los preceptos mencionados, consistente en:

- (i) la fijación y unificación de las condiciones comerciales de los Grupos de Gestión asociados a AGRUPA en relación con la negociación con los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos;
- (ii) el reparto de mercado a través de un pacto de no agresión con respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a dichos Grupos; y,
- (iii) el boicot a las agencias de viajes expulsadas de esos Grupos por incumplimiento de las políticas y acuerdos adoptados entre ellos o por criticar las funciones de los mismos, lo cual evidenciaría una estrategia acordada entre las entidades incoadas susceptible de ser incluida dentro del concepto de *cártel* al que se ha aludido.

En opinión de la Sala las conductas que acaban de describirse pueden ser calificadas como una práctica prohibida en el artículo 1 de la LDC y de la Ley 16/1989 y constituyen una restricción por objeto y por efecto de la competencia que ha tenido aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia en el mercado al ser ejecutada por parte de AGRUPA y de los grupos de gestión integrantes de dicha asociación.

En efecto, esta Sala considera acreditado que los Grupos de Gestión, competidores entre ellos, según los hechos descritos en el apartado IV de la presente resolución, han estado adoptando acuerdos de fijación y unificación de las condiciones comerciales, repartiéndose el mercado de las agencias de viaje independientes a través de pactos de no agresión y boicoteando a las agencias de viajes expulsadas de esos Grupos, al menos desde el 23 de junio de 1999 y hasta el 6 de octubre de 2011. Nos encontramos, por tanto, ante la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC y el artículo 1 de la Ley

16/1989 que, además, cumple los requisitos previstos en el apartado segundo de la Disposición Adicional Cuarta de la misma Ley para ser calificada de cártel.

En cualquier caso, es importante indicar que el objeto de la presente Resolución no puede confundirse con la reprobación de toda la actividad negociadora desarrollada tanto por AGRUPA en nombre de los grupos de gestión asociados como de los propios grupos de gestión en nombre de las agencias de viajes independientes adheridas a su red. Por el contrario, lo que aquí se sustancia es si los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades en el seno de AGRUPA descritos constituyeron una infracción de la normativa de competencia bajo la forma de cártel con el objeto de alcanzar acuerdos consistentes en la fijación y unificación de condiciones comerciales, el reparto de mercado a través de un pacto de no agresión y el boicot a agencias de viajes expulsadas de los Grupos de Gestión asociados en AGRUPA. Como resultado de las conductas descritas se habrían infringido las reglas de la libre competencia durante los años de vigencia del cartel, con efectos directos sobre los mayoristas o proveedores de servicios turísticos, con los que se intentaba negociar unas condiciones comerciales previamente pactadas por las entidades participantes en el cártel y también sobre las agencias de viajes adheridas a los grupos de gestión participantes en el cártel, así como también respecto de sus empresas competidoras u otros grupos de gestión.

De hecho, los acuerdos horizontales entre competidores para la consecución de mejores condiciones en la adquisición de bienes o servicios no son desconocidos en el Derecho de la Competencia y han sido objeto de análisis por la doctrina y jurisprudencia comunitaria. Así, dicha doctrina ha quedado expuesta en las *“Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal”* y en relación, por ejemplo, con los acuerdos de compra conjunta, indican las directrices que pueden presentar problemas de competencia -e incluso constituir infracciones por objeto de la normativa comunitaria- en determinados casos.

Se trata, pues, de una cuestión factual ligada al contexto específico en el que se desarrolle el acuerdo de compra conjunta; en particular, como se indica en el párrafo 5 de las mencionadas Directrices *“ciertos criterios económicos como el del poder de mercado de las partes, así como otros factores referentes a la estructura de los mercados, constituyen un elemento clave para la evaluación de los efectos que un acuerdo de cooperación puede producir en los mercados”*.

Así pues, en la medida en que dichos acuerdos entre los Grupos de Gestión no vienen referidos a compras conjuntas, resultan contrarios al derecho de defensa de la competencia, de acuerdo con el párrafo 205 de las Directrices citadas que expresamente indica que:

“Los arreglos de compra conjunta constituyen una restricción de la competencia por el objeto si no se refieren realmente a compras conjuntas, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, es decir, para incurrir en actividades que por lo general están prohibidas, como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados”.

Esta Sala de Competencia constata que el expediente instruido por la DC contiene suficientes evidencias y elementos probatorios para acreditar la efectiva comisión de las conductas que se imputan a los Grupos de Gestión incoados. Esas evidencias incluyen la información recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de AIRMET y GEA el 26 de septiembre de 2012 y las respuestas a los requerimientos de información efectuados por la DI a las incoadas. Por el contrario, AGRUPA y las distintas asociaciones y sociedades mercantiles parte del presente expediente, discuten la calificación de la conducta como cártel y la valoración propuesta por la DC bajo dos argumentos principales: (i) la aplicación de la exención prevista en el artículo 1.3 de la LDC y (ii) la consideración de las prácticas investigadas como una conducta de *minimis*.

a) Sobre la aplicación del artículo 1.3 de la LDC

Como se ha advertido, es común en las alegaciones presentadas por las asociaciones y empresas incoadas hacer referencia a los efectos pro-competitivos de las actuaciones de los Grupos de Gestión, destacando su labor de defensa de las pequeñas agencias de viajes frente al oligopolio de las grandes cadenas o de las franquicias en beneficio del cliente final.

En este sentido STAR pone de relieve que su actividad ha beneficiado a la competencia, permitiendo que las Agencias de Viajes independientes, Pymes y microempresas continúen en el mercado, prestando su servicio a los clientes, manteniéndose en el mundo empresarial, a pesar de la bajada de ventas y beneficios de los últimos años, gracias al asesoramiento, servicios, herramientas y condiciones económicas que los Grupos de Gestión entre ellos STAR, les han facilitado, por lo que solicitan se reconsidere la aplicación de la circunstancia exculpatoria del artículo 1.3.LDC.

Por lo que se refiere a GEA, como ya hiciera en su escrito de alegaciones al PCH, cita el Auto del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) en el Expediente 398/97, Boletín Ganvam, en la cual el Tribunal consideró que la publicación de un boletín que incluía precios para la compraventa de vehículos usados por parte de la asociación GANVAM no era capaz de afectar de manera significativa la competencia y debía aplicarse el artículo 1.3 de la LDC.

Por su parte AIRMET también alega que su actuación está en todo caso amparada por la exención legal prevista en el artículo 1.3 de la LDC y repite literalmente los argumentos que ya expuso en sus alegaciones al PCH. Esto es, señala que gracias a las negociaciones de AGRUPA las agencias de viaje

obtienen un mayor margen de beneficio que les permite ofrecer mejoras tanto en la innovación de productos, al crear nuevos paquetes con una calidad superior anexando a los mismos otros servicios como seguros de viajes, *merchandising* o excursiones como ofreciendo descuentos adicionales o mejorando la distribución. Considera que es también gracias a AGRUPA que las agencias de viaje podían alcanzar la demanda que exigen las mayoristas para poder superar el punto óptimo de producción y conseguir que el coste total medio del producto disminuyera conforme se incrementaba la demanda. AIRMET considera que también se cumpliría el tercer requisito que exige la Ley sobre la imposibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado, puesto que queda demostrado el escasísimo seguimiento que de los acuerdos hicieron los Grupos de Gestión y la libertad de estrategias comerciales que tenían cada uno respecto de los mayoristas, como en el caso recogido en el PCH de MUNDICOLOR o CLUB DE VACACIONES. Según AIRMET, AGRUPA nació para “hacer masa” y así poder competir, para que las agencias de viajes independientes no dejaran de existir, siendo la existencia de asociaciones como AGRUPA y de acuerdos de cooperación de este tipo, lo que ha permitido que la innovación en los productos y las herramientas no quedase únicamente en manos de aquellos que podían acceder a importantes fuentes de financiación. Finalmente alega que gracias a las negociaciones llevadas a cabo por los Grupos de Gestión estas agencias asociadas, en su mayoría micro-pymes y pymes, han podido seguir compitiendo, ofreciendo sus productos con las ventajas de las agencias franquiciadas, fomentándose así la competencia efectiva dentro del mercado de distribución minorista.

Por último AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA, que realizan alegaciones esencialmente idénticas en este punto, consideran que la actividad de los grupos de gestión ha sido históricamente positiva y ha contribuido a la mejora de la comercialización y distribución de los servicios turísticos, promoviendo el progreso y permitiendo la supervivencia del tejido empresarial y de servicios de las pequeñas y medianas agencias de viajes en España, ayudándolas a mantenerse en el mercado, lo que ha redundado en beneficio evidente del consumidor, quién ha podido elegir diversidad de servicios y precios sin verse abocado a reservar necesariamente sus servicios turísticos a una o dos grandes empresas verticales de distribución. Además AGRUPA señala que no se le puede aplicar el concepto de cártel por no existir como calificación legal hasta la entrada en vigor de la LDC.

Por tanto, esta Sala, en cuanto a la aplicación de la exención establecida en el artículo 1.3 de la LDC, no puede sino compartir los argumentos suscritos por la DC, sin que las alegaciones de las incoadas consigan desvirtuarlos.

Este apartado tercero del artículo 1 de la LDC contempla, como excepción a la prohibición del apartado primero del mismo artículo, que dicha prohibición “no se aplicará a los acuerdos, decisiones y recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea

necesaria decisión previa a tal efecto, siempre que: (a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; (b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y (c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados”.

Esta excepción no requiere desde la entrada en vigor de la LDC en 2007 una decisión previa de las autoridades de competencia, que sí era necesaria bajo la legislación anterior, esto es la Ley 16/1989, vigente en el momento en que dio comienzo la conducta infractora y durante buena parte de su desarrollo temporal. Así las cosas, parece evidente que las empresas debían haberse dirigido, en aquel momento temporal, a la Autoridad de Competencia al objeto de obtener una autorización singular, tal y como exigía la Ley 16/1989. Sin embargo, no consta en el Expediente Sancionador que en ningún momento previo al PCH o a la PR las empresas investigadas presentaran solicitud de autorización singular ante el Servicio de Defensa de la Competencia/Dirección de Investigación y es sólo ahora, una vez concluida la fase de investigación, cuando se alega, sin probanza alguna, la concurrencia de los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 1 de la LDC, cuando la carga de la prueba para la aplicación de dicho precepto corresponde a quien invoca el cumplimiento de sus requisitos. No obstante, con respecto al momento actual tampoco constan en el expediente elementos que permitan a esta Sala valorar la concurrencia de las circunstancias que según el artículo 1.3 deben estar presentes para su aplicación, fuera de que entiende que las imputadas no han aportado una justificación detallada que permita valorar el cumplimiento de estos tres citados criterios acumulativos.

Pero es que, además, en relación a lo alegado con respecto a la actividad, finalidad y objetivos de los Grupos de Gestión, esta Sala no duda de sus teóricos beneficios para las agencias independientes, incluso de que su existencia haya hecho posible la supervivencia de muchas de ellas o que haya contribuido a mejorar determinados aspectos de la distribución turística, sin embargo, lo que se valora aquí no es la existencia de los Grupos de Gestión en sí, sino los acuerdos anticompetitivos calificados de cártel alcanzados por éstos en el seno de la asociación AGRUPA, por lo que carece de sentido cualquier explicación en relación a los posibles efectos pro-competitivos de la actuación de los Grupos de Gestión y de su labor de defensa de las pequeñas agencias de viaje independientes, las cuales además devienen en inaceptables.

Como ya dijera la DC, bajo ningún concepto puede entenderse englobada en la exención del artículo 1.3 de la LDC la infracción cometida por las incoadas, que además es calificada de muy grave. De ningún modo los acuerdos alcanzados de fijación de condiciones comerciales, reparto de clientes y mercado y de boicot por las entidades tuvieron por objeto contribuir a mejorar la producción o comercialización y distribución de los productos y servicios turísticos, ni promovieron el progreso técnico o económico en dicho sector, ni de ella se pueden extraer efectos positivos susceptibles de ser trasladados a los

consumidores o usuarios que impliquen su participación de forma equitativa en unas ventajas que no se detectan para éstos, sino todo lo contrario, por su propia naturaleza, la aplicación de los acuerdos adoptados por un cártel implica automáticamente un falseamiento de la competencia que beneficia exclusivamente a las entidades participantes en el mismo. En este sentido cabe recordar que un cártel afecta no sólo a sus partícipes, sino a los competidores presentes en el mercado en cuestión y que no participan en dicho cártel, así como a todos los clientes y, en última instancia, a los consumidores finales.

En relación a la mención al Auto del TDC en el Expte. 398/97 Boletín Ganvam realizada por GEA, en el que el antiguo Tribunal dictaminó que la publicación del Boletín Ganvam podía considerarse como una recomendación colectiva de precios, pero que no era capaz de afectar de manera significativa la competencia, esta Sala entiende que estamos ante supuestos distintos, no pudiéndose aplicar dicha doctrina al presente expediente. En el aquel expediente se enjuiciaba una recomendación colectiva, mientras que en el actual se está ante los acuerdos adoptados por un cártel fijando las condiciones comerciales de manera uniforme y concertada entre las entidades participantes en el mismo, repartiéndose el mercado y boicoteando a determinados clientes, y por tanto no se cumplen las condiciones, para entrar a valorar los efectos favorables que darían lugar a aplicar la exclusión del artículo 1.3 de la LDC.

En definitiva, esta Sala de Competencia no aprecia que los acuerdos adoptados por el cártel tuvieran un propósito pro-competitivo o que de éstos se pudieran derivar los beneficios indicados en el artículo 1.3 de la LDC.

b) Sobre la aplicación del artículo 5 de la LDC y la consideración como conducta de *minimis*

Varias son las empresas incoadas que consideran que les debería ser de aplicación el artículo 5 de la LDC, relativo a las conductas de *minimis*. Así, por ejemplo STAR reitera su falta de capacidad para influir en el mercado, y considera que la DC en la PR no invoca el principio de *minimis* por cuanto la ley lo excluye al tratarse de un cártel, si bien tampoco niega la concurrencia de los requisitos cuantitativos de cuotas de mercado que configuran la situación de las “conductas de menor importancia”. En este sentido concluye que si no se tratase de un cártel, como de hecho se demuestra, en su opinión, a lo largo del expediente, la regla de *minimis* debería estimarse.

GEA afirma que su poder como grupo de gestión es nulo, no existiendo infracción alguna de la LDC, aunque en el hipotético caso de que ésta se considerase, invoca el artículo 5 de la LDC y los artículos 1, 2 y 3 del RDC. Para llegar a esta conclusión hace un repaso teórico por la regla de *minimis*, trayendo a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de julio de 1969 en el asunto Völk c. Vervaeke, la Comunicación de *minimis* de la Comisión Europea, así como la Resolución de la CNC en el expediente S/0105/08 El Corral de las Flamencas, en el que se consideraba

que aunque la fijación de precios de reventa estuviera tipificada como infracción, en el caso analizado no era apta para afectar de manera significativa la competencia. Asimismo alega que el antiguo TDC siempre entendió que no se producía una afectación significativa de la competencia cuando las partes participantes en la conducta tienen menor fuerza negociadora que los proveedores perjudicadas por la misma.

Por último AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA, que realizan alegaciones esencialmente idénticas en este punto, insisten en los argumentos relativos a la inexistencia de cártel y en la necesidad de que las autoridades de los Estados miembros consideren las comunicaciones de la Comisión en materia de política de competencia, en este caso la Comunicación de *minimis*, a la hora de ejercer las facultades que les corresponden con arreglo al Reglamento n° 1/2003. Igualmente afirman no entender la agresividad del planteamiento de la DC respecto de los grupos de gestión en general, pues, alegan, se trata de pequeñas empresas sin incidencia real en la competencia y en el mercado.

El artículo 5 de la LDC dispone que *“Las prohibiciones recogidas en los Artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”*.

Siguiendo dicho mandato legal en el RDC se establecieron los criterios para determinar cuándo una conducta era de escasa importancia, refiriéndose el artículo 1 a las conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado, el artículo 2 a las conductas excluidas del concepto de menor importancia y el artículo 3 a otras conductas de menor importancia, atendiendo a su contexto jurídico y económico.

Esta Sala, en relación con la aplicación de la regla de *minimis* a las conductas consideradas de menor importancia, debe señalar que tanto las normas comunitarias como españolas establecen unos criterios cuantitativos referenciados a la cuota de mercado de las empresas investigadas para determinar si las conductas han podido causar una afectación sensible a la competencia. En este sentido, tanto la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actual artículo 101 del TFUE)¹, como el RDC, señalan que las conductas entre empresas competidoras que superen el umbral del 10% de cuota de mercado son susceptibles de causar una afectación sensible a la competencia y, por tanto, son consideradas, a priori, conductas a las que no se les aplica la regla de *minimis*.

¹ Publicada en el DOCE C368/13 de 22 de diciembre de 2001.

En atención a ello, podría concluirse que, considerando la definición de mercado relevante determinado por la DC y si atendiéramos únicamente al criterio cuantitativo previsto en las normas citadas, existirían elementos suficientes para determinar que las conductas llevadas a cabo por las asociaciones y empresas integrantes del cártel, cuya cuota de mercado supera el 10% en el mercado relevante mencionado (51,38% del mercado relevante según estimaciones de la DC, folio 5921), serían susceptibles de ocasionar una restricción sensible de la competencia y, por tanto, no puede ser aplicado directamente el artículo 5 de la LDC invocado por las citadas empresas. Pero es que además, en el presente caso no es necesario entrar en consideraciones de cuotas de mercado ya que las normas sobre la aplicación de la regla de *minimis* han previsto una serie de conductas exceptuadas de la aplicación de dicha regla, con independencia de la cuota de las empresas en el mercado y los efectos que las conductas hayan producido en el mismo. En este sentido, el artículo 2 del RDC, de similar redacción que el apartado 11 de la Comunicación de *minimis* de la Comisión, señala lo siguiente:

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

- a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;*
- b) la limitación de la producción o las ventas;*
- c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.*

En sentido análogo, en el ámbito judicial se admite que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia. Interesa a esta Sala traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012 que indica lo siguiente²:

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

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11.

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

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

Así las cosas, esta Sala considera que, tal y como se acreditó en la PR y no se ha podido desvirtuar en las alegaciones de las incoadas, nos encontramos ante una infracción por objeto en la que no es exigible demostrar la existencia de efectos reales contrarios a la competencia. No obstante, como hemos visto, la conducta llevada a cabo por diez entidades competidoras en el seno de la asociación AGRUPA, adoptando distintos acuerdos de fijación de condiciones comerciales, de reparto de mercado y/o clientes a través de un pacto de no agresión respecto de las agencias independientes adheridas a los grupos de gestión asociados en AGRUPA, así como las decisiones de boicot a determinadas de estas agencias, durante más de doce años, produjo además efectos en el mercado. Pero, independientemente de estos, dado que nos encontramos ante una conducta coordinada y colusoria entre empresas competidoras que restringe la competencia por objeto, debemos entender que la misma es subsumible en los supuestos exceptuados de la aplicación de la regla de *minimis*, sin que sea necesario acudir a los criterios de cuota de mercado.

En atención a lo expuesto deben ser desestimadas las alegaciones presentadas relativas a la aplicación de la regla de *minimis* a las conductas objeto del presente expediente.

4.2. Acreditación de la conducta imputada

Tanto en las alegaciones presentadas frente al PCH como en las remitidas tras la emisión de la Propuesta de Resolución, varias de las asociaciones y mercantiles investigadas consideran que el expediente instruido por la DC carece de suficiente base probatoria para acreditar la infracción de la normativa de competencia que se les imputa.

Varias de las empresas incoadas consideran que el presente expediente vulnera la presunción de inocencia y su derecho de defensa, centrándose muchas de esas alegaciones en la prueba, tanto en relación al uso que la DC hace de la prueba de indicios para sostener las imputaciones que realiza, como en la propia existencia de pruebas válidas que acrediten la conducta infractora. A este respecto, las principales alegaciones se centran en destacar la ausencia de fuerza probatoria de la documentación recabada en el expediente por la DC, en particular respecto a determinados correos electrónicos así como las actas de la asociación AGRUPA.

Así, por ejemplo STAR entiende que las supuestas actas de reuniones, asambleas y juntas en AGRUPA carecen por completo de validez y eficacia alguna, pues son contrarias al artículo 202 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), dado que casi ninguna de dichas actas está firmada, como se reconoce en la propia PR, ni consta en sitio alguno su aprobación. No cumpliendo con los requisitos exigidos legalmente para su validez, entiende consecuentemente STAR, que las mismas no pueden invocarse ni utilizarse como prueba.

Asimismo AIRMET, repitiendo las alegaciones que ya realizó en su escrito de alegaciones al PCH, considera que no existe prueba alguna de la conducta que se le imputa, mientras que EUROPA VIAJES señala que la PR se limita a considerarla parte de una actuación contra la competencia por el simple hecho de estar presente en unas reuniones, sin que se haya demostrado la concreta infracción, ni la participación ni el resultado. En este sentido, insiste en que no estaba ni en la dirección de AGRUPA, ni en su Comité de Dirección o Junta Directiva, ni ninguno de sus miembros ocupaban cargo alguno, por lo que no convocaban reuniones, ni establecían orden del día, ni redactaban actas y ni tan siquiera se obligaban a hacer un seguimiento de conducta alguna, no mencionándose en ninguna reunión conocimiento de conducta anticompetitiva o acordándose medida en contra.

Por último AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA, que presentan alegaciones esencialmente idénticas en este punto, no comparten la afirmación relativa a la existencia de pruebas acreditativas de las conductas atribuidas obtenidas en las inspecciones realizadas en las sedes de dos de las imputadas. Al contrario, entienden que existe una gran incongruencia documental, donde los distintos documentos que constan en el expediente incurren en graves contradicciones, siendo imposible aplicar la doctrina relativa al perfecto valor probatorio de la información obtenida a través de diversas fuentes. Asimismo, destacan la ausencia de relación entre los hechos y la infracción atribuida, recordando que no se le puede exigir una “*probatio diabólica de los hechos negativos*”, siendo la DC la que soporta la carga de la prueba.

Nada de lo alegado por las incoadas en relación a las pruebas (y la posible vulneración de la presunción de inocencia y su derecho de defensa) puede compartirse por esta Sala. No es novedoso afirmar que uno de los mayores

obstáculos a los que se enfrentan las Autoridades de Competencia en su lucha contra las prácticas colusorias es la obtención de pruebas de su existencia, ya que la propia experiencia de las empresas contribuye a la confección de entramados cada día más sofisticados que dificultan su labor de detección. Si a esto le sumamos su carácter secreto nadie puede dudar de la difícil labor que tiene que llevar a cabo la Dirección de Competencia para, a través de todas las evidencias obtenidas durante el procedimiento, configurar una base probatoria suficiente sobre la que sustentar la sanción que deba, en su caso, imponerse.

La propia CNC reconoció (así en su Resolución del Consejo de la CNC de 18 de enero de 2010, Expte. S/0014/07 Gestión de Residuos Sanitarios) que *“los acuerdos para repartirse el mercado o para fijar precios rara vez pueden demostrarse de forma directa o documental y la única forma de hacerlo es por evidencias circunstanciales, que a su vez, como vemos en la Sentencia del TJCE en el caso Cimenteries antes citado, permiten presumir de forma fundada la existencia de acuerdo. Porque es la visión general del mercado y del comportamiento de los agentes lo que permite a las autoridades de competencia llegar a la convicción de que la única explicación de esos resultados y esos comportamientos es la existencia de un acuerdo. En este tipo de acuerdos, secretos por naturaleza, no es exigible la acreditación de que todos y cada uno de los hechos de la pluralidad de acciones que llevan a cabo los operadores y que forman parte de la estrategia anticompetitiva, constituyan una infracción, sino que la infracción la constituye precisamente ese conjunto de hechos, con una finalidad muy determinada, incluso si de forma aislada cada uno de ellos no pueda reputarse como contrario a las normas de competencia por objeto”*.

Así, es obvio que en este tipo de procedimientos resulta de gran relevancia el uso de la prueba indiciaria, siempre bajo el respeto de los derechos fundamentales de las partes en el procedimiento. Sobre la idoneidad del uso de este tipo de pruebas ha tenido ocasión de pronunciarse numerosa jurisprudencia³, tanto comunitaria como nacional, si bien, esta Sala considera que, en el presente caso, la acreditación de las presuntas infracciones que lleva a cabo la DC no está basada principalmente en indicios. Al contrario, en el presente expediente existen una gran mayoría de pruebas directas y contundentes de que realmente se han mantenido contactos regulares entre las imputadas para coordinar sus comportamientos así como para adoptar acuerdos que se han ejecutado hasta la finalización del cártel en octubre de 2011.

Dichas pruebas acreditativas proceden en su mayor parte de la documentación recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de GEA y AIRMET, así como de publicaciones especializadas en el sector y de las respuestas de las entidades incoadas a los requerimientos de información realizados por la DI.

³ Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal General de la UE de fecha 12 de diciembre de 2014, en el asunto T-562/08, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 26 de octubre de 1998, 28 de enero de 1999 y 26 de abril de 2005.

a) Validez de las actas de AGRUPA:

Dentro de la documentación utilizada como prueba por la DC en el PCH se encuentran las Actas de la Asamblea de AGRUPA en las que se recogía lo acordado en el seno de las reuniones de la misma.

Como se ha advertido EUROPA VIAJES, STAR, AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA no reconocen la legitimidad y validez de estas actas, ni siquiera la del Acta fundacional, dado que consideran que los textos no coinciden en las diversas versiones aportadas y que éstas no aparecen firmadas, por lo que estiman que el conjunto probatorio aportado por la DC deviene ineficaz como base documental (folios 5437, 5373, 5562, 5475, 5749 y 5655). STAR añade que la información que sirve a la DC para establecer las imputaciones correspondientes se ha elegido y escogido de la prensa del sector no resultando aplicable a un expediente sancionador al no cumplir los requisitos indicados en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (folio 5372) así como que las actas no cumplen con lo dispuesto en el artículo 202 del Real Decreto-Ley 1/2010, de 2 de julio, Ley de Sociedades de Capital, dado que las mismas no se encuentran firmadas (folio 5373). Y AIRMET insiste en que tales actas no pueden considerarse prueba de cargo (folio 5849 y 5850).

A pesar de estos razonamientos esta Sala considera que dichas actas son una prueba lo suficientemente sólida y fundada como para descartar las alegaciones de varias de las incoadas que insisten en considerar que no existe prueba alguna de la conducta imputada. Conviene además señalar que esta Sala no tiene ningún motivo para dudar de la veracidad de dichas actas, que fueron recabadas respetando las normas legalmente previstas, independientemente de que las mismas estén o no firmadas. Y es que, aun en el caso de que las mismas adoleciesen de defectos “formales” que no las otorgasen la entidad de “actas oficiales” no se puede negar la importancia y el valor probatorio que, a efectos del derecho de la competencia, dichos documentos poseen.

Además, como ya señaló el Tribunal Supremo, por todas, su sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993): “*difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida*”. Por tanto, si se exigiera el umbral de prueba sugerido por STAR así como la participación activa de las incoadas en todos los documentos probatorios para que alcanzaran la “oficialidad” pretendida, la aplicación de la normativa de competencia devendría imposible, pues por la propia naturaleza de estas conductas, implementadas con frecuencia a través de acuerdos o actuaciones concertadas informales o de carácter secreto, las pruebas obtenidas muchas veces carecen de esa formalidad.

Asimismo, y en relación a lo alegado por EUROPA VIAJES esta Sala considera que no se trata simplemente de estar presente en unas reuniones cualquiera, sino que las mismas, como ha quedado demostrado, sirvieron para coordinar los comportamientos anticompetitivos, siendo en este sentido indiferente, a efectos de considerar acreditada la participación de dicha asociación, que

tuvieran o no cargos en la Junta Directiva de AGRUPA y realizaran las labores encomendadas a estos o se limitaran a seguir las pautas de lo acordado en dichas reuniones.

Las actas citadas, junto con el resto de documentación recabada, como pueden ser los correos electrónicos internos y entre las entidades participantes en el cártel, constituyen prueba suficiente y objetiva de los hechos considerados acreditados en el PCH, que fueron por la DC analizados en su conjunto con tal de obtener una perspectiva adecuada para valorar su validez probatoria. Es por ello que esta Sala no puede entender, ni las incoadas llegan a explicarlo de forma concreta y convincente, cuáles son las graves contradicciones entre los documentos del expediente que imposibilitan la aplicación de la doctrina relativa al perfecto valor probatorio de la información obtenida a través de diversas fuentes, que por el contrario, no sólo es perfectamente aplicable sino que es deseable por cuanto otorga un plus de veracidad a la hora de contrastar las informaciones existentes.

Con respecto a la falta de coincidencia de los textos de las versiones recabadas en las inspecciones y las aportadas por las incoadas, como ha quedado constatado en el expediente y de acuerdo con el órgano instructor, esta Sala considera que no constituye una razón para descartar a las citadas actas como un elemento suficiente de prueba. De este modo, se insiste en que las mismas fueron recabadas de acuerdo con la normativa legal vigente en las diferentes inspecciones llevadas a cabo por la DC en virtud de las potestades de investigación que la LDC le otorga. La inmensa mayoría coinciden con las aportadas por las incoadas y las faltas de coincidencias se detectan en las versiones aportadas por las alegantes, lo cual es una prueba más del carácter secreto de los acuerdos y, por tanto, de la existencia del cártel.

El Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 18 de enero de 2016, ha reconocido la posible discrepancia entre documentos oficiales de las partes y otros elementos de prueba aportados al expediente como notas manuscritas o borradores como una variante del elemento de secreto asociado a los cárteles:

“El concepto de "secreto" hay que valorarlo en relación con el contexto: es obvio que no es relevante el "secreto" entre los participantes en la conducta ilícita, sino el "secreto" en relación con quienes no deben saber que los oferentes (en este caso) se han puesto de acuerdo para no competir, es decir, los restantes actores en el mercado (quienes les suministran las materias primas, los distribuidores y comercializadores, y especialmente los clientes) y los consumidores y las autoridades de defensa de la competencia.

Por otra parte, si bien la existencia de la Asociación, las reuniones en su seno, recogidas en actas, no eran secretas, los mecanismos que las empresas pretendían utilizar y utilizaron bien para asegurar la ejecución de sus recomendaciones, bien para garantizar la continuidad de los

intercambios de información, si eran secretas. Como pone de relieve el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, basta con comprobar las diferencias entre lo que aparecía en las actas y lo que recogen las notas manuscritas, que permanecían disponibles entre las empresas pero no eran reveladas públicamente para apreciar que se mantenían secretas partes esenciales de estas actuaciones de las empresas del sector litigioso, entre ellas la recurrente”.

En cuanto a la ausencia de firma de las actas, tanto en el bloque de actas aportadas por AGRUPA (folios 1596 a 1764) como por AVANTOURS (folios 836 a 947) que integran, por riguroso orden temporal, las diferentes Actas de las Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de AGRUPA entre el 23 de junio de 1999 y el 6 de octubre de 2011 (las de AGRUPA incorporan también la de 19 de junio de 1999), se puede observar cómo tanto el Acta Fundacional (de 23 de junio de 1999, folios 837 a 838), que inicia el bloque de la totalidad de las actas, como el Acta de la última Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de AGRUPA celebrada (de 6 de octubre de 2011, folios 943 a 947) se encuentran firmadas. Si bien es cierto que las intermedias no lo están, también lo es que el Acta Fundacional está firmada por todas las entidades que constituyeron AGRUPA y el Acta de la última reunión de esta Asociación se encuentra firmada tanto por el Secretario como por el Presidente de la misma, a modo de acreditación de apertura y cierre de un período asambleario determinado.

Teniendo en cuenta, pues, que el Acta de la última Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de AGRUPA de 6 de octubre de 2011 (folios 944 a 947) es idéntica tanto en la versión aportada por AVANTOURS como en la aportada por AIRMET (folios 1320 a 1324) y que en esta última la misma no aparece firmada, no hay motivo para dudar de la veracidad de las actas aportadas por AGRUPA y AVANTOURS, máxime teniendo en cuenta que las mismas han sido aportadas, por un lado, por la Asociación en la que se fraguó el cártel y, por otro lado, por el Grupo de Gestión que ostentó la presidencia de la misma sus primeros cinco años ininterrumpidamente, entre el 23 de junio de 1999 y el 27 de enero de 2004, y participó en su Junta Directiva desde esa fecha hasta el 6 de octubre de 2011, momento en el que volvió a asumir la misma.

Pero es que, además, STAR alega que las actas no pueden considerarse oficiales dado que no cumplen con lo dispuesto en el artículo 202 del Real Decreto-Ley 1/2010, de 2 de julio, Ley de Sociedades de Capital (Ley de Sociedades de Capital). Sin embargo, los Estatutos de AGRUPA determinan expresamente que ésta, en cuanto Asociación de carácter voluntario y sin ánimo de lucro, se rige por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y que de los acuerdos de la Asamblea General se levantará acta, según su artículo 19, pero en ningún momento se alude al sometimiento de la misma a la Ley de Sociedades de Capital que, además, no contempla dentro de su ámbito de aplicación a este tipo de asociaciones, ni

especifica qué requisitos deben de contener las actas para ser consideradas válidas.

Como ya se ha advertido, la aplicación de la normativa de competencia devendría imposible si cada elemento probatorio debiera superar el umbral exigido por las alegantes ya que, por la propia naturaleza de estas conductas, implementadas frecuentemente a través de acuerdos o actuaciones concertadas de naturaleza secreta, como se viene indicando, en ocasiones son indirectas, por ejemplo a través de informes o correos internos de las empresas, como se ha visto. De este modo, las pruebas obtenidas en el expediente se van interrelacionando hasta formar un todo que evidencia la práctica anticompetitiva llevada a cabo. De este modo, aun constituyendo las actas pruebas suficientes de la infracción, el hecho de que la información contenida en las mismas venga corroborada por el contenido de diversos correos electrónicos y otros documentos recabados en las inspecciones, les imprime aún mayor veracidad.

No obstante, y a pesar de las alegaciones de las incoadas a la PR, a lo largo del expediente tanto AGRUPA como las entidades pertenecientes a la misma han reconocido el carácter de actas a los documentos objeto de debate, considerándolas, firmadas o no, como las únicas existentes (folio 5003). Así, GEA, en relación con el requerimiento de información de la extinta DI de 26 de noviembre de 2012, responde *“Todas las actas que obraban en nuestro poder de las reuniones a las que asistimos en AGRUPA, ya están en poder de ese Servicio de Investigación de la CNC que se llevaron de nuestras oficinas en la inspección que realizaron en la misma”* (folio 485).

AVANTOURS, en respuesta al requerimiento de información de la extinta DI, señala que aporta *“copia de los borradores de actas de las Asambleas de AGRUPA que se recibieron en su día en soporte informático y que fueron impresas para su archivo y copia del acta de la última Asamblea de AGRUPA celebrada”* (énfasis añadido; folio 969).

AGRUPA, por su parte, ha llegado a afirmar *“Al ser ahora interpelado como AGRUPA, he solicitado más datos documentales a otros miembros de AGRUPA, que me ha implementado la información que les adjunto, toda ella obtenida de los documentos electrónicos que me dicen tener como único soporte, pues nadie me han facilitado libros de actas. (...) En referencia a su petición de información sobre reuniones, encuentros, etc., que pudieran haber tenido lugar, tan sólo tengo constancia (fuera de las Asambleas convocadas por el Presidente y/o Junta directiva) de las que se mencionan por parte de algún miembro y que se reseñan en las copias de actas de las Asambleas. En referencia a los lugares y fecha de celebración de las Asambleas, figuran indicadas en cada documento”* (énfasis añadido; folio 1592).

EDENIA indica *“Adjuntamos las únicas convocatorias y actas que obran en nuestro poder”* (énfasis añadido; folio 774) y OVER anexa *“copias de las convocatorias recibidas así como de las Actas y Órdenes del Día de las*

Asambleas Generales y Extraordinarias de AGRUPA” (énfasis añadido; folio 1410).

Y en relación con la ausencia de firma de las actas, AIRMET explica en su escrito de respuesta al requerimiento de información de la extinta DI de 22 de noviembre de 2012 el motivo de ello **“las actas suministradas se corresponden con documentos electrónicos enviados a los asistentes, por lo que ninguna de ellas consta firmada”** (énfasis añadido; folio 978).

Resulta también esclarecedor, en relación con la autenticidad de las actas, el hecho de que algunas incoadas nieguen su valor probatorio, mientras otras utilizan el contenido de las mismas en orden a justificar su ausencia de participación en el cártel.

Tal es el caso de GEA, que reconoce implícitamente la existencia tanto de las reuniones de AGRUPA como de las actas de las mismas a lo largo de sus alegaciones a la PR, como muestran los siguientes extractos de su escrito: **“La CNMC considera la reunión de 19 de Junio de 1.999 como constitutiva del cártel, a la vista de los objetivos. Debemos de decir que en dicha acta se recogió la disconformidad con las publicaciones aparecidas en prensa, en relación a titular dicha asociación como G-14 y la presión que iban a someter los grupos a los proveedores en las negociaciones, por lo que fue desvirtuada la información, tal y como se reconoce en el acta”** (folio 5396) o **“Lo que si podemos deducir y se desprende de las propias actas y los correos electrónicos que a pesar de la asociación había una libertad total de las agencias de viajes independientes así como de los propios grupos de gestión”** (énfasis añadido; folio 5413).

De esta forma, las propias incoherencias de las incoadas avalan aún más si cabe la tesis de la veracidad de las actas.

No obstante, en la medida en que las distintas pruebas que obran en el expediente no están basadas únicamente en las actas de las Asambleas celebradas en el seno de AGRUPA sino que en las inspecciones llevadas a cabo también se recabaron numerosos correos electrónicos y otros documentos que corroboran la infracción que se imputa a las incoadas, contra lo alegado por STAR, que sumados a la información aportada por éstas a los requerimientos de información efectuados por la DC y la obtenida a través de diferentes portales de internet y publicaciones del sector, demuestran suficiente consistencia entre sí como para acreditar los hechos, constituyendo, por tanto, conjuntamente, pruebas directas de la infracción.

b) El correo electrónico de fecha 29 de abril de 2009

AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA alegan que la DC se basa en un único correo electrónico obtenido en la inspección de la sede de AIRMET, del que no tienen constancia, para afirmar que las incoadas no incorporaban determinadas cuestiones “comprometidas” con el derecho de defensa de la

competencia a las actas de las reuniones de AGRUPA, sin aportar mayores pruebas al respecto (folios 5475, 5561, 5655 y 5749).

Sin embargo, los argumentos esgrimidos por estas incoadas en relación con la ocultación de determinados datos de las actas de las reuniones celebradas por los grupos de gestión no son capaces de desvirtuar los hechos que han quedado acreditados en el presente expediente.

Tal y como indica el órgano instructor, el correo de 29 de abril de 2009 enviado por el Director General de AVANTOURS, presidente de AGRUPA en esos momentos, a AIRMET, GEA, OVER, STAR y UNIDA es un claro ejemplo de ello. En el mismo se indica expresamente en relación a la Asamblea General de AGRUPA de 28 de abril de 2009 que en ella se acordó un decálogo para los grupos de gestión en respuesta a las agresiones que estaban soportando los grupos por parte de los touroperadores, que fue repartido entre los asistentes, y se añade expresamente entre paréntesis *“(confidencial y que no costará en acta pero que nos hemos quedado una copia cada uno)”* (folios 1443 y 2162). Efectivamente, en las actas aportadas por AGRUPA (1725 a 1728), AVANTOURS (folios 908 a 911), AIRMET (folios 1281 a 1284), OVER (folio 1445 a 1448) y STAR (folios 2431 a 2434) en relación con esa Asamblea no consta que se acordara y se repartiera el decálogo, de conformidad con lo indicado en el correo electrónico mencionado, sino que expresamente se indica *“cada grupo de gestión, individualmente, trabajará en la elaboración de un decálogo con el que aconsejar a su red de distribución en todo momento”* (folios 1282 y 1726). De este modo, queda en evidencia la intención de los miembros de AGRUPA de ocultar prácticas anticompetitivas de las que eran conscientes pues, de otro modo, el presidente de AGRUPA no habría hecho mención expresa en un correo electrónico a que dicho decálogo no constaría en acta.

Por otro lado, este e-mail fue recabado en la inspección de la sede de AIRMET y no está declarado como confidencial en el expediente, por lo que las alegantes pudieron acceder al mismo en todo momento durante la tramitación del procedimiento, haciendo uso del derecho que les otorga el artículo 32 del RDC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.a) de la Ley 30/1992. De hecho, así lo hicieron: el 1 de marzo de 2013, AIRMET tomó vista del expediente, compareciendo su representante ante la CNMC, al que le fueron entregados dos DVD, el grabado durante la inspección en su sede el 26 de septiembre de 2012 y otro con los correos electrónicos y otros documentos recabados en dicha inspección que fueron incorporados al presente expediente, entre los que se encontraba el correo de referencia, de 28 de abril de 2009 (folios 1443 y 2162). Teniendo en cuenta que estos folios fueron incorporados al expediente el 21 de diciembre de 2012 (folio 1443) y el 15 de febrero de 2013 (folio 2162) respectivamente, el 1 de marzo de 2013 AIRMET tuvo acceso a los mismos. Igualmente, AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA accedieron al expediente el 6 de febrero de 2013 y, posteriormente, AIRMET volvió a acceder al mismo el 16 de agosto y el 9 de diciembre de 2013 y CYBAS el 2 de diciembre de 2013, por lo que no resulta aceptable su

alegación relativa a que no tienen constancia del mismo y que desconocen su contenido.

c) Validez de la prueba indiciaria:

Como ya se ha advertido la jurisprudencia ha venido admitiendo la utilización de las pruebas indiciarias en el derecho de defensa de la competencia. Así lo reitera el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 15 de febrero de 2016:

“Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

Esta consideración es coherente con la doctrina comunitaria sobre el grado de prueba suficiente exigible para la acreditación de los cárteles, que se refleja en la sentencia del TGUE de fecha 12 de diciembre de 2014 asunto T-562/08):

“Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)”.

d) Otras alegaciones relacionadas con la acreditación de la conducta

AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA consideran ineficaz la base documental sobre la que la DC sustenta las imputaciones en la medida en que la documentación aportada por ésta presenta contradicciones sobre hechos,

fechas, lugares y partícipes, cuestión que, además, afirman que les puede provocar grave indefensión (folios 5546, 5460, 5734, 5655 y 5640).

Asimismo, también cuestionan la calificación que efectúa la DC en relación con lo que considera sus administradores o personas con capacidad para representarlas (folios 5564, 5477, 5751 y 5657).

Con respecto a la ineficacia alegada en relación con la base documental que sustenta las imputaciones en el presente expediente, esta Sala comparte los argumentos esgrimidos por la DC señala al respecto (folios 5003 y 5004) y considera que se tratan de errores de numeración de actas y foliación de carácter material, de modo que no afectan a las conclusiones del expediente.

Con respecto a las alegaciones de las imputadas referidas a la calificación que efectúa la DC en relación con lo que considera sus *“administradores o personas con capacidad para representarlas”*, esta Sala coincide con lo indicado por el órgano instructor y considera que, al margen de que las personas que acudían a las Asambleas de AGRUPA ostentaran o no cargos directivos o fueran consideradas administradores de los Grupos de Gestión que representaban, lo cierto es que actuaban en representación de los mismos trasladando las posiciones del Grupo que representaban a las reuniones de AGRUPA. Así queda acreditado en el expediente, no sólo en las propias actas en las que se alude directamente a los *“representantes”* de cada uno de los Grupos de Gestión asistentes a las mismas sino también en las propias respuestas de las incoadas a los diferentes requerimientos de información de la extinta DI, a modo de ejemplo, tanto AVANTOURS (folio 969), EDENIA (folio 774), OVER (folio 1409) y AIRMET (folios 976 a 978) aluden a sus *“representantes”* en AGRUPA.

En mérito a todo ello, esta Sala entiende que las alegaciones efectuadas por las incoadas no han sido capaces de desvirtuar los hechos acreditados y, en consecuencia, tal y como se ha expuesto, deben ser desestimadas.

4.3. Duración de la conducta

Esta Sala de Competencia considera acreditada la existencia de una infracción única y continuada desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011, fecha de la última Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de AGRUPA, salvo para GEA, que finalizó su participación en el cártel el 23 de octubre de 2009.

El hecho de que todas las incoadas no estén presentes desde el inicio del cártel y hasta su finalización no impide mantener la calificación de infracción única y continuada respecto del cártel como de su delimitación temporal, si bien la duración individualizada de cada una de las prácticas imputadas es la siguiente:

- AVANTOURS: desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.

- AIRMET: desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.
- OVER: desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.
- STAR: desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.
- GEA: desde el 19 de junio de 1999 hasta el 23 de octubre de 2009.
- UNIDA: desde el 25 de octubre de 2005 hasta el 6 de octubre de 2011.
- CYBAS: desde septiembre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2011.
- EDENIA: desde el 17 de septiembre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2011.
- RET: desde octubre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2011.
- EUROPA VIAJES: desde noviembre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2011.
- AGRUPA: desde el 23 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.

AGRUPA, AVANTORUS, CYBAS y EDENIA alegan únicamente “*disconformidad con el correlativo*” (folios 5613, 5525, 5803 y 5709) en referencia al contenido del apartado 7.3 *Duración de la infracción* de la PR (folios 5088 a 5090). Sin embargo, esta Sala considera que no es suficiente con que las incoadas aleguen discrepancia con los argumentos esgrimidos por la DC sin más, sino que deviene necesario que justifiquen su disconformidad con los mismos y demuestren que la información obrante en este expediente resulta errónea o inconsistente, lo cual no efectúan.

a) Sobre la consideración de la conducta como infracción única y continuada

Todas las incoadas que han presentado alegaciones a la PR manifiestan su disconformidad con la consideración de la conducta imputada como infracción única y continuada.

AIRMET, por su parte, niega que en este expediente haya tenido lugar una infracción única y continuada (folios 5881 a 5888) mientras que GEA insiste en que las infracciones que se imputan no son continuadas en el tiempo (folio 5397).

Tal y como expone la DC, las conductas examinadas y probadas en este expediente adquieren todo su sentido y significado al analizarse de forma conjunta, en función del objetivo final común.

El Consejo de la CNC, en la Resolución de 17 de Mayo de 2010, Expediente Sancionador S/0106/08 Almacenes de hierro, confirmada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 19 de Febrero de 2013 señaló:

“los Tribunales Comunitarios tienen señalado que una infracción de la prohibición de acuerdos restrictivos puede ser el resultado <de una serie

de actos separados en el tiempo o incluso de un comportamiento continuado> siempre que las diferentes acciones se inscriban dentro de un Plan Conjunto debido a su objeto idéntico o único, que no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia. Una interpretación –la existencia de una única infracción y continuada en el tiempo– que no quedará desvirtuada por el hecho de que, uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado, puedan constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción del mismo precepto. Como tampoco lo quedará porque no exista prueba directa de la persistencia de la infracción continuada durante periodos de tiempo <más o menos largos en el marco de una infracción que dura varios años> siempre que existan pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo y conectados entre sí, de modo que pueda inferirse razonablemente en Derecho que la infracción prosiguió de forma ininterrumpida entre dos fechas concretas. Una interpretación que se fundamenta en que las empresas suelen ser conscientes del carácter anticompetitivo de sus conductas y, por ello, es habitual que la autoridad de competencia se encuentre con documentación de carácter fragmentario y dispersa, de modo que normalmente es preciso inferir la existencia y la duración de la infracción de ciertas coincidencias e indicios que, considerados en su conjunto pueden constituir, a falta de una explicación alternativa, la prueba de una infracción única y continuada”.

Doctrina que se ha venido aplicando de forma uniforme, continuada y constante desde los extintos TDC y CNC hasta nuestros días, como puede observarse tanto en la Resolución de 18 de Enero de 2010 (Expediente S/0014/07 Gestión Residuos Sanitarios) como en la Resolución de 25 de Marzo de 2013 (Expediente S/0316/10 Sobres de papel). Esta última ha señalado expresamente que *“el hecho de que no todas las empresas estén presentes en todas las conductas concertadas acreditadas, ni priva de unidad a la infracción y no contraviene ningún derecho de defensa de las empresas el que se les impute la participación en una infracción única y continuada, siempre y cuando se individualice tal responsabilidad conforme a los hechos probados”.*

Doctrina reiterada entre otras, en las Resoluciones de 12 de Enero de 2012 (Expediente S/0179/09 Hormigón y productos relacionados); Resolución de 19 de Octubre de 2011 (Expediente S/0226/10 Licitación de carreteras).

En cuanto a la alegación relativa a la imposibilidad de atribuir responsabilidades a sujetos que no han cometido algunas de las prácticas infractoras contenidas en una única y continuada conducta, ésta debe ser rechazada en línea con lo dispuesto en la Resolución de 26 de Abril de 2011 (Expediente S/0107/08 Plataforma distribución mejillón en Galicia) al decir que *“en lo que respecta al requisito de identidad de sujetos infractores, esto no puede ser entendido en su sentido literal, puesto que cuanto mayor sea la duración en el tiempo de un acuerdo continuado, más probable es que los integrantes del acuerdo entren y salgan de él”.* *“Concurren los criterios*

enunciados por la Audiencia Nacional para la declaración de una infracción única y continuada. Primero, en cuanto a la identidad subjetiva...Segundo, existe un objetivo común....Tercero, las prácticas investigadas guardan una relación espacio temporal de sucesión....Cuarto, su mayor o menor intensidad suele depender de las condiciones de oferta en el mercado e incluso del momento de la campaña, puesto que hay una cierta estacionalidad en las ventas”.

De acuerdo con lo dispuesto por la Audiencia Nacional en su sentencia de 6 de noviembre de 2009, (recurso nº 542/2007 Caja Vital), la infracción única y continuada encuentra su amparo legal en el artículo 4.6 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993 de 4 de Agosto que indica que *“será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un Plan Preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.*

No constituye, por tanto, una *“razón de ser que únicamente esgrime la DC para evitar el instituto de la prescripción en lo que a juicio de esta parte debiera ser considerado como un fraude de ley”* como indica AIRMET (folio 5885) sino que es la misma norma la que habilita a la DC para considerar que la infracción que se le imputa a AIRMET y al resto de los Grupos de Gestión de AGRUPA es una infracción única y continuada.

De este modo, de conformidad con lo previsto en dicho precepto normativo legal y con amparo en la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, la apreciación de una infracción continuada exige la presencia de los siguientes requisitos, a saber (1) pluralidad de acciones u omisiones; (2) que las acciones u omisiones infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos; y (3) que las acciones u omisiones se hayan realizado en ejecución de un Plan Preconcebido y aprovechando idéntica ocasión.

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

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

En la primera de ellas, el Tribunal de Justicia dispone en su Apartado 110 que *“una infracción del Artículo 81 CE apartado 1 puede resultar no sólo un acto aislado, sino también una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno*

o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado también puedan constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Cuando las distintas acciones se inscriban en un Plan Conjunto debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación de la infracción considerada en su conjunto”.

Tras la constitución de AGRUPA el 23 de junio de 1999 los Grupos de Gestión asociados a dicha asociación celebraron un total de, al menos, 35 Asambleas Generales Extraordinarias y Ordinarias y en, al menos, 31 de ellas llegaron a acuerdos relativos a la fijación de condiciones comerciales, reparto de mercado y/o clientes, así como acuerdos para el boicot a determinadas agencias de viajes independientes hasta el 6 de octubre de 2011. Las Asambleas se fueron celebrando con una periodicidad mínima semestral, con excepciones en determinados años en los que se llegaron a celebrar hasta tres (2001, 2002 y 2010) y cuatro reuniones (2003 y 2009) y ejercicios en los que sólo se reunieron una vez (como en 2004, 2007 y 2011). En contra de lo señalado por AIRMET, los intervalos entre las diferentes reuniones no permiten concluir que los hechos se mantienen dispersos durante doce años pues, como se ha podido observar, las anualidades en las que menor número de reuniones tienen lugar no son consecutivas sino que se alternan con ejercicios en los que se han celebrado diversas reuniones asamblearias (en 2003 tienen lugar 4 reuniones, en 2004, una y en 2005 otras dos; en 2006 tienen lugar dos reuniones, en 2007 una y en 2008 otras dos; en 2009 tuvieron lugar cuatro reuniones, en 2010 tres y en 2011 una, la última acreditada). De modo que, en función de lo expuesto, la continuidad y el objetivo único de las mismas permiten calificar la infracción que se imputa a las incoadas como infracción única y continuada

b) Sobre la prescripción de la infracción

AIRMET, en sus alegaciones a la PR, sostiene que la infracción debe de considerarse prescrita (folios 5881 a 5888)

Sin embargo, AIRMET incurre en una errónea apreciación. Tal y como dispone el artículo 68 de la LDC, las infracciones muy graves, cual es la que nos ocupa, prescriben a los cuatro años. No obstante, hay que matizar que el mismo precepto establece que, en infracciones continuadas, cual es también el caso, el término de la prescripción se computará desde el día en que la infracción haya cesado. En este caso, desde el 6 de octubre de 2011. Teniendo en cuenta que, tal y como dispone igualmente el precepto mencionado, la prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la ley, hemos de considerar que el procedimiento se interrumpió en el momento en el que se acordó la incoación del presente expediente, esto es, el 29 de enero de 2013. De este modo, dado que entre el 6 de octubre de 2011 y el 29 de enero de 2013 no transcurrieron los cuatro años que la LDC fija para la prescripción de la infracción, resulta evidente que la misma no puede considerarse prescrita.

Por todo lo expuesto, esta Sala considera que las conductas examinadas e imputadas por la extinta DI, son constitutivas de un cártel y conforman una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y de la Ley 16/1989, ambas de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, las alegaciones efectuadas por las incoadas deben de ser desestimadas.

4.4. Efectos de la conducta en el mercado

Las incoadas niegan los efectos en el mercado de la conducta que se les imputa alegando, fundamentalmente, falta de veracidad de los hechos acreditados en el expediente y, por tanto, inexistencia del cártel.

Cabe señalar, en este sentido, que las autoridades nacionales y europeas de competencia han venido manteniendo que la existencia de un cártel no requiere la prueba de efectos reales contrarios a la competencia en la medida en que en las conductas restrictivas por su objeto, lo relevante es la aptitud para lograr el fin del falseamiento de la competencia, no que efectivamente se haya vulnerado la misma. Por todas, la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, Expediente S/0482/13, Fabricantes de Automóvil:

“Como ha señalado la Autoridad de Competencia en anteriores ocasiones (véase la Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10, Transitarios o la RCNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés), en la valoración de conductas colusorias, dado su especial potencial de distorsión de la competencia, no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto. A los efectos de valorar las conductas previstas en el artículo 1 de la LDC, lo relevante es la aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia, dado que el tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga o no éxito la misma (así, RCNC de 27 de marzo de 2012, Expte, S/0237/10 Motocicletas, refrendada específicamente en este aspecto por la reciente SAN de 29 de abril de 2015)”.

Resulta suficiente, por tanto, con apreciar el ilícito administrativo y determinar las responsabilidades correspondientes aunque los mismos no hubieran producido efectos.

En estos términos se pronuncian, igualmente, los tribunales. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de diciembre de 2015, haciendo referencia a jurisprudencia comunitaria, sostiene que:

“La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, recogida en su sentencia de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08 (TJCE 2009, 159)), ya distinguió entre las practicas que tiene un "objeto" contrario a la competencia y las que tiene un "efecto" contrario a la competencia, al

*hilo de la interpretación del art. 81.1 CE (RCL 1978, 2836) , el actual art. 101 del TFUE (RCL 2009, 2300), entendiendo que "son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE , apartado 1 (en la actualidad el art. 101TFUE). Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers (TJCE 2008, 273) , antes citada, apartado 15)" añadiéndose que **"Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64 , Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 262) , Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17)"** (énfasis añadido).*

Y acaba concluyendo que cuando se ha acreditado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no resulta necesario acreditar los efectos perjudiciales del mismo sobre la competencia:

*"Ahora bien, la prueba de esa afección sensible sobre la competencia no puede ser la misma en las "infracciones por objeto" y las "infracciones por efecto", pues únicamente cuando no existen indicios suficientes para apreciar la existencia de una "infracción por objeto" se exige que se acrediten los efectos concretos de un acuerdo contrarios a la competencia. En cambio, **cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es***

necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior” (énfasis añadido).

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01) señalan en su párrafo 24 que cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o potenciales en el mercado.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su parte, en aplicación del artículo 101 del TFUE, que se expresa en términos similares a los artículos 1 de la LDC y 1 de la Ley 16/1989, ha distinguido entre prácticas (i) con un *objeto* contrario a la competencia y (ii) con un *efecto* contrario a la competencia, por cuanto en el texto del Artículo 101.1 del TFUE “*objeto y efecto no son condicionantes acumulativas sino alternativas*”.

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

*“en lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del Artículo 81.1 CE (actualmente 101.1 TFUE). Es jurisprudencia reiterada desde la Sentencia de 30 de Junio de 1966 (LTM 56/55 Recurso) que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción <O> lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un **suficiente grado de nocividad** respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, impedido o restringido o falseado de manera sensible” (Sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers).*

Añade su apartado 29:

“además ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el Artículo 81.1 CE (actualmente 101.1 TFUE), la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (entre otras, las Sentencias de

13 de Julio de 1966 Consten y Grundig/Comision; de 21 de Septiembre de 2006 Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comision).

La distinción entre <infracciones por objeto> e <infracciones por efecto> reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”.

Y su apartado 30 concluye “en tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia”.

En la medida, pues, que en este expediente los hechos acreditan una infracción por objeto tanto del artículo 1 de la LDC como del artículo 1 de la Ley 16/1989, que entra dentro de la definición de cártel, no sería necesario probar que los efectos de dicha conducta han tenido lugar, basta con que la misma se haya llevado a cabo, con o sin éxito.

Sin embargo, las conductas, decisiones y acuerdos objeto de investigación en este expediente sancionador no solamente tuvieron aptitud para producir efectos en el mercado sino que, en efecto, los produjeron, tal y como queda constatado en los documentos obrantes en el expediente. Así, desde la constitución de AGRUPA en junio de 1999 hasta octubre de 2011, los acuerdos adoptados en su seno supusieron: (i) la fijación de comisiones mínimas y unificación de condiciones comerciales respecto de los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos, (ii) el reparto de mercado y/o clientes a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a los grupos de gestión asociados en AGRUPA, así como (iii) el boicot a las agencias de viajes expulsadas de los grupos de gestión asociados en AGRUPA. Dichos acuerdos fueron ejecutados y objeto de seguimiento por las entidades participantes en el cártel que, en ocasiones, optaron por adoptar medidas de apercibimiento en caso de incumplimiento de los mismos.

Cabe señalar que esta afectación al mercado no se produjo de forma limitada a los proveedores y a las agencias de viajes, sino que la ausencia de oferta de determinados productos y servicios turísticos causó una evidente afectación a los consumidores dada a elevada cuota de mercado de los Grupos de Gestión asociados a AGRUPA, superior al 50%, y la larga duración del cártel, de unos doce años, entre 1999 y 2011, período en el que no actuó el juego de la libre competencia.

Por tanto, la acción coordinada de los mismos con el objeto de eliminar la incertidumbre y limitar la competencia, no sólo contó con aptitud suficiente para alterar la libre competencia en dicho mercado sino que la alteró. De hecho, las prácticas imputadas redujeron la incertidumbre en el mercado dado que la

estrategia corporativa de los Grupos de Gestión participantes en el cártel, competidores entre sí, les permitió gozar de protección en relación con las negociaciones con mayoristas y tour-operadores turísticos al unificar sus condiciones comerciales así como repartirse el mercado y/o las agencias de viajes independientes adheridas a los mismos, reparto reforzado por el acuerdo de boicot a las expulsadas de alguno de los Grupos de Gestión.

En definitiva, les permitió la puesta en común entre competidores de aspectos comerciales estratégicos persiguiendo objetivos anticompetitivos, con perjuicio para proveedores turísticos, agencias de viajes independientes, competidores no participantes en el cártel y consumidores.

4.5. Responsabilidad de las empresas

Esta Sala, de conformidad con la imputación de responsabilidad realizada por la DC en su propuesta de resolución, considera incuestionable la responsabilidad de las empresas a las que hace referencia el presente Fundamento de Derecho Cuarto a tenor de los hechos acreditados, las pruebas y el resto de elementos de juicio contenidos en el expediente y que las alegaciones presentadas no han sido capaces de desvirtuar.

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la misma norma condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

En el presente caso, la Sala considera que ha quedado ampliamente acreditado que las empresas incoadas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas desarrolladas durante el período individualizado para cada empresa desde la misma constitución de AGRUPA.

De hecho, desde la primera Asamblea de AGRUPA, uno de los objetivos de ésta fue el de unificar las políticas comerciales de los grupos de gestión en relación con la negociación con los proveedores, estableciendo condiciones comerciales homogéneas y acordando la identidad de los proveedores mayoristas con los que no entablar ninguna relación mercantil (folios 246 y siguientes), llegando a pactar unas comisiones mínimas que deberían respetar todos los miembros de la asociación en las negociaciones con los proveedores (folio 173) así como un “Decálogo de AGRUPA” con medidas de presión de los grupos de gestión frente a mayoristas (folio 174).

Igualmente, desde al menos noviembre de 2000, los grupos de gestión asociados a AGRUPA acordaron un reparto de mercado mediante el establecimiento de un pacto de no agresión entre ellos. El Acta de 19 de junio de 2008 es buen ejemplo de ello, pues uno de sus puntos del orden del día es el *“Pacto de no agresión entre grupos comerciales de AGRUPA, a la hora de*

captar nuevas agencias” (folios 904 a 907). A ello hay que añadir los acuerdos adoptados en relación con apercibimientos a los agresores (folios 1.281 a 1.284 y 2.431 a 2.434) y boicots a las agencias de viajes expulsadas de algunos de dichos grupos de gestión (folio 2.108).

La propia conciencia de los grupos de gestión en relación con la ilicitud de las conductas llevadas a cabo por los mismos se manifiesta, asimismo, en las cautelas que los mismos adoptaban con la finalidad de evitar las previsibles consecuencias de un incumplimiento de la LDC, y que se reflejaban en la eliminación del acta de las reuniones de información conflictiva, como el Decálogo de AGRUPA, a pesar de que éste hubiera sido repartido entre los asistentes a la reunión de 28 de abril de 2008 (folios 2.161 a 2.163) o la plasmación en determinadas actas en concretos puntos del orden del día de las referencias a “*(Sin contenido a efectos de este Acta)*” (folio 904).

Otra muestra más de dicha conciencia es la contratación de un seguro para cubrir las responsabilidades del órgano de administración de AGRUPA, incluidas las multas y sanciones derivadas del desarrollo de su actividad, adoptado por los grupos de gestión en la Asamblea General de AGRUPA de 19 de junio de 2008 (folios 903 a 907; 1.275 a 1.279; y 2.421 a 2.425).

Del mismo modo, los grupos de gestión asociados adoptaron un mecanismo de control y, en su caso, sanción, de los grupos de gestión renuentes e incumplidores con los acuerdos adoptados en las reuniones de AGRUPA, como muestra el acta de la Asamblea General Extraordinaria de 12 de marzo de 2003 en el que los grupos de gestión acordaron la adopción de una serie de medidas disciplinarias contra EUROPA VIAJES, que llevó a la expulsión de ésta por la vulneración del acuerdo general de no firmar con un determinado mayorista (VIVA TOURS).

Todo ello queda acreditado en el presente expediente tanto en las diferentes actas de AGRUPA aportadas por las incoadas como en los diversos correos electrónicos recabados en las inspecciones llevadas a cabo el 26 de septiembre de 2012 y respuestas a requerimientos de información de la DC que constan en el mismo.

Todos ellos son elementos suficientes para concluir la existencia de una actuación consciente y buscada por las empresas partícipes en la conducta que contribuyeron activamente a su puesta en práctica, que demuestran que existió la voluntad de grupos de gestión de participar en la misma sin que pueda apreciarse el desconocimiento del carácter ilícito del comportamiento por parte de ninguno de ella.

Por tanto, a la vista de lo actuado se considera que los acuerdos adoptados e implementados por AIRMET, AVANTOURS, CYBAS, EDENIA, EUROPA VIAJES, GEA, RET, STAR, OVER, UNIDA y AGRUPA, a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades en el seno

de AGRUPA desde junio de 1999 hasta octubre de 2011, constituyen una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 1 de la LDC, que entra dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas entidades ha consistido en la fijación y unificación de las condiciones comerciales de dichos Grupos de Gestión, el reparto de mercado y/o clientes a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes adheridas a éstos y el boicot a determinadas agencias de viajes.

Así, considerándose, pues, responsables por las conductas anticompetitivas relativas a la fijación y unificación de condiciones comerciales, el reparto de mercado y/o clientes a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes adheridas a los Grupos de Gestión asociados en AGRUPA y el boicot a las agencias de viajes expulsadas de los Grupos de Gestión asociados en AGRUPA los siguientes grupos, dado que en este cártel éstos han tenido distintos grados de implicación, fundamentalmente atendiendo a que no todos ellos participaron durante todo el tiempo de vigencia del mismo, se individualiza la responsabilidad de cada uno de ellos:

- AVANTOURS, por el periodo comprendido desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.
- AIRMET, por el periodo comprendido desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.
- OVER, por el periodo comprendido desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.
- STAR, por el periodo comprendido desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.
- GEA, por el periodo comprendido desde el 19 de junio de 1999 hasta el 23 de octubre de 2009.
- UNIDA, por el periodo comprendido desde el 25 de octubre de 2005 hasta el 6 de octubre de 2011.
- CYBAS, por el periodo comprendido desde septiembre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2011.
- EDENIA, por el periodo comprendido desde el 17 de septiembre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2011.
- RET, por el periodo comprendido desde octubre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2011.
- EUROPA VIAJES, por el periodo comprendido desde noviembre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2011.
- AGRUPA, por el periodo comprendido desde el 23 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011.

Algunas de las incoadas han aludido a la crisis económica que asoló a España en el período en el que se imputa la conducta, como STAR (folios 5368 y

5369). Se recuerda que, tal y como indica la Audiencia Nacional en su sentencia de 11 de febrero de 2013, ello no permite justificar una conducta contraria a la normativa de defensa de la competencia ni servir como circunstancia atenuante en un expediente sancionador:

“La LDC (RCL 1989, 1591) no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general”.

Por otro lado, algunas de las imputadas que han presentado alegaciones a la PR manifiestan su disconformidad con la duración de la conducta.

Así, EUROPA VIAJES señala que su actuación por su permanencia en AGRUPA desde octubre del año 2000 hasta marzo de 2003 debe de quedar fuera del análisis de este expediente por haber prescrito. Y, en consecuencia, afirma que la infracción continuada que se le pudiera imputar en relación con esta etapa ha prescrito al cesar la actividad en marzo de 2003 (folio 5437).

Esta Sala considera necesario subrayar que el período por el que EUROPA VIAJES se encuentra imputada en el presente expediente se corresponde con el comprendido entre noviembre de 2009 y octubre de 2011, en el que participó activamente en el seno de AGRUPA, sin que la incoada haya desmentido este extremo. Dicho período, al que EUROPA VIAJES no hace referencia alguna, en la actualidad no puede considerarse prescrito, dado que el mismo fue interrumpido por la incoación del presente expediente el día 29 de enero de 2013. Por tanto, de acuerdo con el órgano instructor, la duración de la práctica imputada a EUROPA VIAJES tuvo lugar entre noviembre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2011.

EDENIA vuelve a insistir en sus alegaciones a la PR en que no se incorporó a AGRUPA hasta el año 2009 y en base a ello sostiene que OVER no se pudo oponer antes de esa fecha a su entrada (folios 5657 y 5658). Sin embargo, a EDENIA únicamente se le imputan en la PR los actos relacionados con la infracción objeto de este expediente llevados a cabo por dicho Grupo desde el momento en que efectivamente se incorporó a AGRUPA, esto es, el 17 de septiembre de 2009, y hasta el 6 de octubre de 2011. En ningún momento el órgano instructor alude a la actividad de EDENIA en AGRUPA de forma anterior a ese 17 de septiembre de 2009, sino que simplemente se limita a afirmar que en el expediente los hechos constatan que en la Asamblea General Extraordinaria de esta Asociación celebrada el 8 de marzo de 2007 se valoró la vigencia del pacto de no agresión ante la posible entrada de EDENIA en AGRUPA sin que ello conlleve imputación alguna a EDENIA por actos cometidos en esa fecha en la que aún no formaba parte de AGRUPA. Al hilo de ello y pese a que EDENIA cuestione que la DC se remita a alegaciones contradictorias de las imputadas, lo cierto es que, mientras EDENIA niega tanto en sus alegaciones al PCH como a la PR que *“OVER no se pudo oponer antes a su entrada”* (folio 5658), lo cierto es que en un párrafo anterior confirma de forma explícita que fue invitada a participar en AGRUPA por esas fechas *“La*

invitación o si acaso el sondeo a EDENIA que se menta, fue de forma oficiosa y verbal trasladada por el entonces Presidente de la Asociación en los años 2007 y 2008 por la amistad de sus respectivos responsables sin que fueran oficiales ni escritas, sino personales en aquella época” (folio 5658), lo cual no hace más que corroborar las conclusiones a las que llega la DC en relación con las contradicciones en las que recaen las entidades incoadas en este expediente. Conclusiones avaladas por los documentos que obran en el expediente, entre ellos, el Acta de la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 28 de abril de 2009 en la que se invita a participar en dicha Asociación, entre otros Grupos de Gestión, a EDENIA.

Asimismo, las incoadas alegan no haber participado en las actuaciones que se le imputan o no reconocen dichas actuaciones como infracciones del derecho de defensa de la competencia, tal y como las califica la DC, alegaciones que han de ser desestimadas dado que los hechos acreditados demuestran lo contrario sin que hayan sido desvirtuados ni por los argumentos ni por las pruebas aportadas por las incoadas al expediente.

a) Alegaciones de EUROPA VIAJES

De este modo, EUROPA VIAJES indica que no cabe imputarle la actuación relativa a la unificación de políticas comerciales y fijación de condiciones comerciales por parte de los Grupos de Gestión dado que no estuvo en las reuniones en las que las mismas tuvieron lugar. Indica que su participación se circunscribe a las reuniones de 23 de noviembre de 2009, 13 de enero de 2010 y 6 de octubre de 2011 (folio 5438).

EUROPA VIAJES asistió a la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 23 de octubre de 2009, tal y como consta en el Acta de la misma, en la que puede observarse cómo a raíz de la baja de GEA de AGRUPA al incorporarse a TRAVELTOOL interviene en la misma en los siguientes términos: *“en GRUPO EUROPA se harán efectivas las cláusulas de su contrato por el cual resulta incompatible la pertenencia simultánea a otro grupo de gestión, por lo que, tras un expediente contradictorio, serán baja en su grupo las agencias que se hayan incorporado a TRAVELTOOL”* (folio 925). En dicha reunión se adoptó por unanimidad no admitir la doble militancia en relación con TRAVELTOOL continuando con la política de descrédito en relación con esta última así como el acuerdo y boicot con respecto a las agencias de viajes que contrataran esta herramienta online, aspectos con los que EUROPA VIAJES estaba conforme, tal y como se ha podido comprobar (folio 927). Dicha incompatibilidad fue impuesta por las entidades de forma arbitraria suponiendo una limitación a la libertad de contratación de las agencias de viajes.

EUROPA VIAJES también estuvo presente en la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 23 de noviembre de 2009, en la que se aprobó por unanimidad nombrar una Comisión para *“reunirse con los principales proveedores de Cruceros y poder negociar unos mínimos”* (folio 930). EUROPA VIAJES formó parte de dicha Comisión. Asimismo, en esa reunión se informó

de la vigencia de la *“recomendación de informar sobre las bajas que se producen en cada Grupo por alta en TRAVELTOOL”* (folio 931).

En relación con la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 13 de enero de 2010, EUROPA VIAJES reconoce su participación en la misma y alega que la misma no versó sobre la fijación de condiciones comerciales y que el Decálogo de Conducta o no existía o no estaba consensuado o si lo estaba, lo estaba para los antiguos miembros de AGRUPA, no para los nuevos, entre los que se encontraba GRUPO EUROPA (folio 5438). Si bien el Decálogo de AGRUPA en relación con las medidas de presión a los mayoristas por parte de los Grupos de Gestión fue acordado en la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación de 23 de noviembre de 2000, fue completado en reuniones posteriores dando lugar, primero al “Código de Conducta” y después al “Código de ética comercial”. En éste se llegaron a crear unas “Listas Blancas”, de las que habla EUROPA VIAJES, que si bien fueron acordadas en la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 18 de junio de 2009, con la finalidad de unificar/coordinar la política comercial de los Grupos de Gestión en relación con los productos y servicios turísticos de los proveedores que cumplieran las condiciones establecidas por los Grupos de Gestión en el Decálogo de AGRUPA, fueron asunto en el orden del día de Asambleas posteriores, como la de 23 de octubre de 2009, 23 de noviembre de 2009 y 13 de enero de 2010.

Tal y como consta en el Acta de la Asociación de esta última fecha, el Presidente de AGRUPA en aquellos momentos (UNIDA) propuso un texto borrador como Código de Conducta para que fuera estudiado por los presentes en la reunión (folio 933). Resulta indiferente a los efectos que nos ocupan si EUROPA VIAJES tuvo constancia en ese momento del mismo o no, lo relevante a efectos de la aplicación del derecho de la competencia es que no consta su oposición expresa al mismo. Es más, en dicha reunión se aprobó, por unanimidad, la *“comercialización en conjunto”* (folio 936), lo cual implicaba la unificación de las políticas comerciales de los Grupos de Gestión pertenecientes a AGRUPA.

Igualmente, en el expediente ha quedado acreditada su participación en la reunión de 14 de julio de 2010 (folios 937 a 942), reunión a la que EUROPA VIAJES no hace referencia alguna, en la que se acordó restablecer el pacto de no agresión entre los presentes en dicha reunión así como respetarlo. Pero no sólo estuvo presente sino que intervino en este punto del día sosteniendo que *“debe haber un escarmiento a quién haya incumplido el pacto puesto que hay que ser serio y cumplir con las decisiones que se toman”* (folio 940). Este pacto de no agresión conllevó un reparto de mercado entre los diferentes Grupos de Gestión asociados a AGRUPA a través del reparto de las agencias de viajes independientes adheridas a cada uno de ellos.

En cuanto a la versión de EUROPA VIAJES acerca de la inexistencia considerarse del boicot a las agencias de viajes, esta Sala discrepa de los argumentos vertidos por este Grupo de Gestión al respecto. En primer lugar, baste señalar, en relación con la definición de lo que es o no un boicot, la que la Real Academia Española reconoce: acción que se dirige contra una persona

o entidad para obstaculizar el desarrollo o funcionamiento de una determinada actividad social o comercial⁴. Esta acción fue llevada a cabo por los Grupos de Gestión al menos entre junio de 2009 y hasta octubre de 2011 y por EUROPA VIAJES desde noviembre de 2009. El correo de 8 de octubre de 2009 es un claro ejemplo de ello. En el mismo, EUROPA VIAJES se dirige a UNIDA solicitándole que haga llegar al resto de GRUPOS DE GESTIÓN de AGRUPA el comunicado que EUROPA VIAJES envió a todas sus agencias asociadas. En dicho comunicado se indica expresamente:

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

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

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

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

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

1.-No firmar el acuerdo con Travel Tool y apoyar el punto 1 anterior, invitando a las agencias de nuestra asociación a cancelar el contrato con Travel Tool, poniendo un tiempo límite de 15 días para realizar este acto. Si esto no se produce, pasaremos el tema a la comisión disciplinaria y al gabinete jurídico, dado que pensamos que la firma de este contrato unilateralmente, supone un incumplimiento de los estatutos y de la normativa de régimen interno, y por tanto, acarrearía la expulsión de nuestra asociación (...).”

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

“De acuerdo con lo hablado y transcurrido el plazo dado a las agencias que seguían con Traveltool, hemos procedido a dar de baja como sigue:

BAJAS AGENCIAS GRUPO EUROPA VIAJES

Siguiendo los pasos del protocolo de actuación para la BAJA de las agencias GEV , les informamos que con fecha 7 DE NOVIEMBRE DEL 2009 , cursa BAJA las siguientes agencias asociadas: (...).” (folio 2212).

⁴ <http://dle.rae.es/?id=5lkniVw>

Este correo fue reenviado por AIRMET a su Director Comercial con las siguientes indicaciones: *“Comunicarlo a los delegados que no pueden ser captadas”* (folio 2212).

Esta Sala considera que ha quedado suficientemente acreditado en el expediente el boicot acordado contra las agencias de viajes expulsadas de alguno de los Grupos de Gestión evitando su adhesión a alguno de los otros Grupos y la participación en el mismo de EUROPA VIAJES.

Tal y como se ha expuesto, ha quedado suficientemente acreditada la voluntad que asistía a EUROPA VIAJES de contribuir con su comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por AGRUPA.

b) Alegaciones de STAR

STAR alega que no practicó ni pactos de agresión, ni decálogos ni listas blancas pero añade que los mismos no buscaban implantar directrices o líneas de actuación para influir en el mercado de las Agencias de Viajes, sino que constituyen “buenas prácticas” en defensa de la empresa y el usuario (folios 5369 y 5370). Asimismo, afirma que no promovió ni ejecutó boicot alguno (folio 5374).

Esta Sala considera suficientemente acreditados los hechos, que no han sido desvirtuados por las incoadas ni, en este caso, por STAR, que ha obviado refutar los hechos basándose en argumentos sólidos y ha optado por recurrir a afirmaciones no fundadas.

En el presente expediente ha quedado acreditada la participación de STAR en AGRUPA desde su fundación el día 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011 habiendo asistido a todas y cada una de las Asambleas que tuvieron lugar y llegando a ostentar no sólo la Secretaría General y la Vicepresidencia de AGRUPA sino hasta la Presidencia de la misma entre el 2 de noviembre de 2006 y el 17 de septiembre de 2009.

Y no sólo eso, en el expediente constan numerosos correos electrónicos que avalan la conducta que se imputa a las incoadas, entre los que se encuentra el que envía el Director General de STAR en respuesta al remitido por AIRMET en el que este Grupo de Gestión solicitaba al resto de Grupos que no admitieran a las agencias que había expulsado del suyo, de 30 de septiembre de 2009, en el que otorgaba su apoyo a AIRMET en ese aspecto: *“Por nuestra parte, no solo no daremos entrada a dichas agencias, sino que aplaudimos tu postura y decisión al respecto”* (folio 2114).

c) Alegaciones de AIRMET, AGRUPA, EDENIA, AVANTOURS, CYBAS y GEA

AIRMET llega a afirmar “*es inconcebible que alguien que se haya leído este expediente pueda pensar que los supuestos infractores tenían la más mínima idea de lo que era el Derecho de la competencia en 1999*” (folio 5851). Asimismo, reconoce la aprobación de unas comisiones mínimas que debían regir en los contratos que los Grupos de Gestión asociados a AGRUPA firmaran con proveedores mayoristas hasta 2005, pero niega las negociadas en 2010 dadas las variaciones entre ellas en función del Grupo de Gestión (folio 5857 y 5858). Igualmente, reconoce la existencia de un “Código de Conducta”, posteriormente denominado “Código de Ética Comercial”, que luego se denominó “Códigos de Conducta” y más tarde “Decálogo de Conducta”, pero explica que tenía como objetivo elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizar la participación de los miembros del sector (folios 5859 a 5862). Por último, niega la existencia de un reparto de mercado, aunque corrobora la existencia de la voluntad de no atacar las agencias clientes del resto de miembros de AGRUPA (folios 5862 a 5872) y considera que el boicot a las agencias de viajes no fue tal sino que se basó en acuerdos de expulsión por incumplimientos contractuales dado que una agencia no podía permanecer en dos Grupos de Gestión simultáneamente (folios 5872 a 5876)

AGRUPA, EDENIA, AVANTOURS y CYBAS alegan que la DC califica de manera errónea, arbitraria e injusta de cártel la actividad de los distintos Grupos de Gestión desde el inicio de AGRUPA incluyendo en el cártel a todos los grupos sin excepción, independientemente de los tiempos, las idiosincrasias y políticas comerciales así como los actores y roles. Concluye señalando que la DC declara por acción u omisión la responsabilidad de las empresas extendiéndola en el tiempo sin prueba alguna (folios 5603 y 5604; folios 5700 y 5701; folios 5516 y 5517; 5793 y 5795).

GEA, por su parte, afirma que no se le puede imputar el boicot realizado a algunas agencias porque GEA no pertenece a AGRUPA desde octubre de 2009 (folio 5413). Asimismo, niega que se fijaran condiciones comerciales y que participara en el reparto de las agencias de viajes.

Olvida AIRMET no sólo que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, sino que la Ley de Defensa de la Competencia vigente en España en 1999 databa de 1989, esto es, en aquéllos momentos la Ley 16/1989 ya contaba con 10 años de vigencia, tiempo suficiente como para saber de su existencia y de las prácticas prohibidas por dicha normativa.

En relación con el resto de alegaciones de las incoadas, esta Sala, con ánimo de no reiterarse en lo ya expuesto en fundamentos anteriores, insiste en que los hechos han dejado suficientemente acreditado que los Grupos de Gestión, a través de los contactos y reuniones que mantuvieron en el seno de AGRUPA fijaron y unificaron condiciones comerciales con los proveedores, se repartieron el mercado a través de pactos de no agresión en relación con las agencias de viajes adheridas a cada uno de esos Grupos de Gestión y boicotearon a las que fueron expulsadas de alguno de los Grupos de Gestión asociados a

AGRUPA con la finalidad de evitar su adhesión a alguno de los otros Grupos de dicha Asociación. Así lo demuestran tanto las actas recabadas en las inspecciones de las sedes de GEA y AIRMET llevadas a cabo el 26 de septiembre de 2012 como las aportadas por las incoadas en respuesta a los requerimientos de información efectuados por el órgano instructor, como los numerosos correos electrónicos recabados en las inspecciones mencionadas, las contestaciones de las imputadas a las solicitudes de información realizadas por la extinta DI, así como por el resto de documentos que constan en el expediente, todo ello de conformidad con los hechos acreditados descritos en el apartado IV de esta Resolución “IV HECHOS PROBADOS” y en los párrafos (82) a (223) del PCH.

A ello hay que añadir que tanto AVANTOURS, AIRMET y GEA participaron en AGRUPA durante todo el período objeto de estudio en este expediente, esto es, desde el 19 de junio de 1999 hasta el 6 de octubre de 2011. No obstante, incluso aunque las incoadas no hubieran apoyado de forma explícita y participado activamente en todas y cada una de las acciones llevadas a cabo en relación con la conducta imputada, como podría ser el caso de EUROPA VIAJES, que durante un tiempo no perteneció a AGRUPA, o CYBAS o EDENIA, que entraron en AGRUPA a finales de 2009, ello no las eximiría de responsabilidad en el presente expediente. Así lo han venido indicando tanto los tribunales españoles como los comunitarios. En relación con ello, el Tribunal Supremo en su sentencia del 27 de octubre de 2015, hace suyos los siguientes argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 6 de diciembre de 2012 (asunto C-441/11 P Comisión Europea frente a Verhuizingen Coppens NV):

*“42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, **puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción.** Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).*

43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia

que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad” (énfasis añadido).

QUINTO.- ALEGACIONES PRESENTADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre el mercado relevante

AIRMET cuestiona la definición del mercado efectuada por la DC en el PCH contenido en la PR (folios 5821 a 5835) y AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA, por su parte, discrepan de esa definición pero desde el punto de vista de la oferta (folios 5551 a 5559, 5465 a 5473, 5739 a 5748, 5645 a 5654) mientras que STAR, directamente, niega la existencia del mercado “Grupos de Gestión de Agencias de Viajes” (folio 5367).

En primer lugar, resulta necesario precisar que en los casos de cártel la delimitación exacta del mercado o la caracterización de todos sus elementos no resulta imprescindible a fin de acreditar la conducta si la existencia de dicho cártel ha quedado demostrada. A lo anterior debe añadirse que dicha delimitación no deviene elemento indispensable del tipo infractor. Ello ha venido siendo admitido tanto por la jurisprudencia comunitaria y española como por las sucesivas Autoridades de Competencia Españolas. En este sentido, cabe destacar la Resolución de 15 de enero de 2015, S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN, en la que se afirma que la delimitación concreta del mercado relevante no es un elemento del tipo de la infracción tipificada por el artículo 1 de la LDC en relación con acuerdos que, por su contenido y finalidad, resultan anticompetitivos por su objeto:

“(…) Esa doctrina también señala que la delimitación exacta del mercado relevante tampoco es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC, cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto. Tal es el caso de los cárteles de fijación de precios y reparto de mercados como el que es objeto de este

expediente, pues los precedentes y la teoría económica revelan que son acuerdos que objetivamente tienen capacidad para restringir la competencia efectiva en detrimento del bienestar sin producir eficiencias de las que puedan beneficiarse terceros, cualquiera que sea el contexto jurídico y económico en el que se produzcan (As. T44-00 Mannesmannröhren-Werke AG v Commission, párrafos 132.-133; As. T-61/99, Adistrica di Navigazione Spa, párrafo 29; RTDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, Manipuladores radiactivos, FD 14; RCNC de 29 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, Vinos finos de Jerez, FD 8; y RCNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10, Transitarios)”.

Así lo han venido corroborando los tribunales. De hecho, la Audiencia Nacional, en su reciente sentencia de 16 de marzo de 2016, aborda esta cuestión en términos similares:

*“Debemos destacar de entrada y con toda claridad, que **cualquier debate sobre la obligación de la CNC respecto de una precisa y concreta definición del mercado** como presupuesto para la declaración de una infracción del artículo 1 de la LDC (RCL 1989, 1591) o 101 del TFUE, **debe zanjarse de forma contundente con una respuesta negativa.***

Así lo ha entendido una constante y uniforme jurisprudencia de la que es muestra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI), de 11 de diciembre de 2003 (asunto T-61/99, Adriática, invocada por la recurrente), apartado 27, que recuerda la distinta importancia que tiene la definición del mercado cuando se trata de aplicar el artículo 101 del TFUE o el 102 del mismo texto (antiguos artículos 85 y 85 TCEE (LCEur 1986, 8))

(...)

Por esta razón, concluye la Sentencia Adriática, el pleno ejercicio del derecho de defensa respecto de una imputación personal y sólo a estos efectos, implica partir de una correcta y suficiente delimitación del mercado” (énfasis añadido).

En este expediente, esta Sala considera que el órgano instructor realizó una delimitación del mercado correcta y suficiente. En contra de lo señalado por AIRMET y como expresamente se indica a lo largo del desarrollo de los párrafos 62 a 81 del PCH, dicha delimitación no se ha basado únicamente en información obtenida a través del portal www.nexotur.com, sino que abarca desde información contenida en resoluciones de este organismo (como la Resolución de 12 de junio de 2014, Expediente S/0444/12 GEA), en resoluciones de Autoridades de Competencias extintas (como la Resolución del Servicio de Defensa de la Competencia de 2 de abril de 2004, en el Expediente N-0410 Viajes Iberia/Tui España o la del Consejo de la CNC de 23 de mayo de 2013, expediente S/303/10 Distribuidores Saneamiento), en las propias

contestaciones de las incoadas a los diferentes requerimientos de información de la DI (contestaciones de AGRUPA: folios 1589 a 1590 y 2734; de UNIDA: 729 a 73; de GEA: folios 1215 a 1222; AIRMET: folios 979 a 980; AVANTOURS folio 969, EDENIA: folios 774 y 775, OVER: folio 1410, CYBAS: folio 738, EUROPA VIAJES: folios 1373 y 1374; STAR: folio 802 y UNIDA: folio 732); en determinados portales jurídicos (como www.gruporet.com o www.over.es); en revistas y portales especializados en el sector (como Nexotur y Hosteltur; www.mesadelturismo.com/common/mt/compendio/agencias.shtm; www.nexotur.com y www.amadeus.com) hasta, incluso, en sentencias de tribunales europeos (como la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto Tetra Pak/Comisión, T-83/91, apartado 91, confirmada posteriormente en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/ 94P). Como puede comprobarse, no se trata de una definición arbitraria, sino todo lo contrario, la DC se ha documentado lo suficientemente como para poder facilitar una definición del mercado ajustada a lo exigible por el ordenamiento jurídico vigente y la jurisprudencia.

De este modo, no puede afirmarse que el derecho de defensa de las incoadas se haya visto menoscabado, ya que las mismas han podido conocer, en todo momento, la dimensión del mercado considerada por el instructor y las consecuencias derivadas de la misma, como muestran tanto la posibilidad de que hayan podido alegar lo oportuno ante el PCH y la PR como del propio contenido de dichas alegaciones, que desmenuzan los argumentos del órgano instructor y los analizan de forma minuciosa.

AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA cuestionan la información de NEXOTUR a la que hace referencia la DC, que consideran obtenida de forma arbitraria y sin ningún rigor ni validez legal. Afirman que los cálculos utilizados por esa base de datos son erróneos, en la medida en que en ellos no se contempla la facturación de las grandes agencias “on-line”, que consideran que manejan el 30% del mercado (folios 5552, 5466, 5740 y 5646).

En relación con ello, la DC no sólo analizó el mercado relevante desde el punto de vista de la oferta utilizando los datos obtenidos de la revista especializada NEXOTUR, sino que también recurrió a los de otras revistas especializadas como HOSTELTUR y a los de bases de datos como AMADEUS, como se ha indicado anteriormente. De conformidad con el órgano instructor, esta Sala no cuestiona la credibilidad de las tres revistas especializadas más importantes del sector, máxime cuando muchas de las incoadas han acudido a las mismas o a otras revistas especializadas en el sector para avalar los argumentos esgrimidos en sus propias alegaciones como ocurre, por ejemplo, con STAR (folios 5368, 5381 y 5382).

Así, a pesar de la crítica vertida por las incoadas en relación con la utilización de este tipo de fuentes por el órgano instructor, las mismas se remiten al propio diario NEXOTUR para justificar el auge de la venta de productos turísticos on-line (folios 5552, 5466, 5740 y 5646). Igualmente, aluden al informe «Comercio

*Electrónico de viajes” elaborado por DBK» para justificar este extremo. Sin embargo, el mismo no se circunscribe al mercado geográfico en el que se imputan las prácticas anticompetitivas que en el presente expediente han tenido lugar, esto es, al territorio nacional, sino que se extiende a la totalidad del mercado ibérico, España y Portugal. De hecho, su denominación completa así lo recoge “Informe Especial Comercio Electrónico de Viajes en España y Portugal” y en la descripción de su contenido se indica “DBK presenta su Informe Especial Comercio Electrónico de Viajes en España y Portugal, en el cual se analiza en profundidad la **evolución reciente y prevista** de las ventas de viajes en internet en los mercados español y portugués, así como el **posicionamiento**, los **resultados competitivos** y los **proyectos de 61 de sus principales operadores (35 en España y 26 en Portugal)”** ⁵, sin que ninguna de las incoadas aporte documento alguno que acredite lo contrario.*

A ello hay que añadir que el órgano instructor no contó únicamente con datos de revistas especializadas y bases de datos, sino que también tuvo en cuenta las respuestas de las incoadas a sus requerimientos de información como también se ha indicado anteriormente (folios 979 a 980; 969; 774 y 775; 1410; 738; 1373 y 1374; 802 y 73).

En cuanto a la existencia de nuevos prestadores de servicio en el mercado, cabe destacar, como la DC señala, que mediante la definición de mercado relevante se trata de establecer el territorio y el producto donde las condiciones de competencia son homogéneas para la evaluación del poder de mercado de las empresas en el mismo. Tal y como se indica en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), “el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico”. Por tanto, en función de lo dispuesto por la DC en la PR, párrafos (137) a (164), los nuevos operadores no compartirían condiciones de competencia similares a la de los grupos de gestión.

5.2. Sobre la vulneración de la presunción de inocencia y del derecho de defensa.

Como ya se ha examinado varias de las empresas incoadas consideran que el presente expediente vulnera la presunción de inocencia y su derecho de defensa, centrándose muchas de esas alegaciones en la prueba, tanto en relación al uso que la DC hace de la prueba de indicios para sostener las imputaciones que realiza, como en la propia existencia de pruebas válidas que acrediten la conducta infractora. Estas alegaciones ya han sido respondidas adecuadamente en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 2, de la presente resolución en lo que se refiere a la fuerza probatoria de la documentación recabada en el expediente por la DC, en particular respecto a determinados las actas de la asociación AGRUPA, por lo que el análisis que se

⁵ Fuente: <https://www.dbk.es/es/estudios/16763>

desarrolla a continuación se centrará en el resto de alegaciones referidas a otras vulneraciones de la presunción de inocencia. Así varias de las entidades imputadas (AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA) consideran que la concreción del acuerdo de incoación supone una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y supone una auténtica sanción a las empresas por cuanto desencadena la reacción de la prensa del sector, prejuzgando y sentenciando a los afectados, y perjudicando gravemente durante más de un año su actividad empresarial, sin que los damnificados puedan aclarar nada al tratarse de un expediente confidencial. Asimismo, consideran que los argumentos de la DC respondiendo a esta alegación están lejos de la realidad, puesto que los medios de comunicación no ven interés alguno en la nota de prensa publicada ni se preocupan de su significado jurídico y/o procesal.

Esta Sala considera evidente que dicho acuerdo de incoación cumple con los requisitos legales establecidos en la LDC y con el contenido mínimo de éste establecido en el artículo 28 del RDC. Se debe recordar, en consonancia con lo señalado reiteradamente por el Tribunal Supremo en cuanto al contenido del acuerdo de incoación⁶, que en ese momento inicial del procedimiento no se puede exigir que los hechos se hayan perfilado con la suficiente concreción, pues precisamente para esa depuración se inician las actuaciones, sin que sea posible alegar indefensión alguna por dicho motivo. Sin necesidad de repetir aquí nuevamente lo establecido en dicho acuerdo, es evidente que se llevó a cabo en él una correcta delimitación de los hechos objeto de investigación, como ya respondió la DC en su análisis de las alegaciones al PCH en relación a lo planteado por STAR, empresa que, por otro lado, no replica dichos argumentos en sus alegaciones a la PR.

Lo mismo sucede con lo relativo a la posible reacción de la prensa del sector, que STAR no ha rebatido en sus alegaciones a la PR tras el correcto análisis efectuado por la DC. Y es que como ya indicó la DC la incoación sólo marca el inicio de un procedimiento administrativo, sin que la misma prejuzgue su resolución final ni presuponga imputación a las empresas incoadas, y así se indicaba expresamente en la nota de prensa publicada. Que ahora AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA vuelvan a insistir en el daño irreparable producido por el juicio previo realizado por la prensa especializada, así como a señalar que la nota de prensa no tiene interés para los medios de comunicación, que no alcanzan a comprender los matices de su significado jurídico o procesal, es algo que está fuera del alcance de esta Sala. Si a raíz de la publicación de la nota de prensa, los medios de comunicación, en este caso la prensa del sector, llevó a cabo una interpretación diferente de lo que realmente significa el acto de incoación de un expediente sancionador, que

⁶ Así, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013, en el ámbito del recurso de casación 5606/2010 contra la sentencia dictada con fecha 23 de junio de 2010 por la Audiencia Nacional en el recurso número 139/2009, contra la Resolución del Consejo de la CNC de 3 de febrero de 2009, recaída en el expediente R/0009/08, Transitorios 2.

sólo marca el inicio de un procedimiento sin prejuzgar la resolución final, no puede responder nada más que a una interpretación errónea de la misma, completamente ajena a los términos en los que queda redactado dicho documento (y la nota de prensa subsiguiente), ante la que, ni la DC, ni esta Sala pueden hacer nada. Si las incoadas consideran, como indican, que la prensa sectorial ha condenado a los implicados, sufriendo un daño irreparable, es evidente que podrán utilizar los medios oportunos para que esos daños y perjuicios que dicen haber recibido puedan ser, en su caso, indemnizados, pero dicha acción no habrá de ir referida contra este organismo, sino contra aquellos que a los que acusan de prejuzgar y sentenciar.

5.3. Sobre la vulneración del Principio “*non bis in idem*”

La empresa GEA hace mención al principio “*non bis in idem*” en relación al expediente S/0444/12 GEA, por lo que esta Sala deduce que, al igual que hiciera en las alegaciones presentadas a la PR en aquel expediente, en el actual también está invocando la vulneración de dicho principio al considerar que existe una triple identidad de sujeto, hechos y fundamentos entre ambos procedimientos, por lo que si fuera sancionada por ambas causas supondría una doble sanción incompatible con el citado principio.

La Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución en el expediente S/0444/12 GEA el 12 de junio de 2014, en la cual consideró, de acuerdo con la DC, que había quedado acreditado que GEA había seguido una estrategia comercial, impuesta a las agencias de viaje adheridas al grupo, para limitar la venta de productos y servicios turísticos de determinados proveedores y mayoristas, eliminando de ese modo la libertad y capacidad de decisión individual de las agencias, y conseguir imponer sus condiciones comerciales a los mayoristas afectados para lograr una mejora de su imagen como grupo de gestión con elevado poder de negociación, reforzando su posición negociadora frente a sus competidores, otros grupos de gestión de agencias de viajes independientes y otros operadores en el mercado de compras.

Dichas conductas, que se acreditaron continuadas desde el año 2005 hasta septiembre de 2012, se consideraron contrarias al artículo 1 de la LDC al restringir por objeto la competencia, si bien, dado que también resultó acreditado que dichas medidas se ejecutaron por parte de las agencias de viajes adheridas, pudo afirmarse que las mismas tuvieron efectos en el mercado descendente de venta minorista. Así, la Sala impuso una multa a GEA por cuanto la consideró responsable de una infracción muy grave del artículo 62. 4.a) de la LDC.

En aquel expediente la Sala indicó que “*En cualquier caso, tal como ha venido señalando la Dirección de Competencia a lo largo del procedimiento aquí resuelto, es importante indicar que el objeto de la presente Resolución no puede confundirse con la actividad negociadora desarrollada por GEA como grupo de gestión en nombre de agencias de viajes independientes adheridas a*

su red, ya que lo que aquí se sustancia es si determinadas decisiones adoptadas por GEA y de obligado cumplimiento para las agencias de viajes adheridas a GEA, ha supuesto para las agencias una ausencia de ese principio de libertad decisoria, en la medida en que la actuación de GEA pudo sustituir la autonomía de las agencias de viajes adheridas a GEA para decidir su propia política comercial, produciendo efectos restrictivos de la competencia, como la limitación de la distribución de productos y servicios turísticos ofrecidos por dichas agencias de viajes al consumidor final, mediante la recomendación e imposición de la decisión de no venta de los productos y servicios de determinados proveedores mayoristas a las agencias de viajes adheridas a GEA, al margen del perjuicio producido a los proveedores y mayoristas vetados por GEA.

Asimismo, y ya en concreto en cuanto a la alegada vulneración del principio “non bis in idem”, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

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

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

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

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

Por su parte, en el expediente S/0455/12 (Grupos de Gestión) se investigan una serie de prácticas prohibidas por el artículo 1 de LDC,

que entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de dichas prácticas consistió en la adopción de acuerdos en los que se fijaron las condiciones comerciales de los Grupos de gestión asociados en AGRUPA respecto de los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos, se repartió el mercado mediante el reparto de las agencias de viajes independientes adheridas a estos grupos de gestión, a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a los grupos de gestión asociados en AGRUPA, así como boicotearon a las agencias de viajes expulsadas de los grupos de gestión asociados en AGRUPA, evitando así su adhesión a alguno de los otros grupos de gestión asociados en AGRUPA. La resolución imputa a GEA por la participación en el cártel en el periodo comprendido entre junio de 1999 y octubre de 2009.

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

No puede apreciarse, por tanto, la existencia de una vulneración del principio invocado por GEA, en tanto en cuanto, no concurren los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para considerar la existencia de una doble sanción administrativa. En concreto, en el presente caso, aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede existir identidad sustancial entre ambos procedimientos analizados, ya que consta que las sanciones que se pudieran derivar responden a “hechos diferentes y a títulos de imputación que no coinciden”⁷

Así las cosas, esta Sala no puede sino suscribir lo expuesto en aquella resolución, esto es la imposibilidad de estimar la vulneración del principio “*non bis in idem*” alegado por GEA por cuanto no concurren los citados requisitos necesarios para considerar la existencia de una doble sanción administrativa.

⁷ Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 marzo de 2009 (RJ 2009\2848).

Por lo que respecta a AGRUPA, AVANTOURS, CYBAS y EDENIA, que realizan alegaciones esencialmente idénticas en este punto, siguen manteniendo que la imputación a la Asociación AGRUPA junto con cada uno de los miembros de la misma, conculca el principio “*non bis in idem*”. En este sentido consideran que para que dicho principio sea aplicable bastaría con que se tratase de un procedimiento con los mismos hechos, constando en el actual identidad de los presuntos hechos, supuesta infracción única y continuada, así como supuesta unidad del infractor y del interés jurídico protegido, esto es, las reglas de la sana competencia. Asimismo alegan que no constituye una adecuada atribución de responsabilidades el atribuir conductas prohibidas por igual a asociación y a asociados, pues no todos han desempeñado un papel propio. Así, todas ellas, alegan que no han desempeñado rol individualizado alguno y que no existe coautoría, fuera de que afirman que no han adoptado acuerdos contrarios al artículo 1 de la LDC.

Nuevamente esta Sala no puede sino compartir los argumentos esgrimidos por la DC. En primer lugar porque existe una clara diferenciación entre AGRUPA, Asociación de carácter voluntario con personalidad jurídica propia y sus asociados, esto es, los Grupos de Gestión, que, como hemos visto, pueden adoptar diferentes formas jurídicas. AGRUPA fue válidamente constituida y su objeto social, de acuerdo con lo indicado en sus estatutos, se adecuaba a la normativa vigente, pero cosa distinta es que la creación de dicha Asociación responda a la decisión previamente adoptada por determinados Grupos de Gestión para dar cobertura a sus contactos y acuerdos. Recordemos, en este sentido, cómo en 1999 determinados Grupos de Gestión constituyeron la denominada “Plataforma de Grupos de Gestión”, como paso previo a la creación de una Asamblea de Grupos de Gestión de agencias y la consecución de una serie de objetivos comunes a todos ellos. El 19 de junio de 1999 en el Hotel Maritim en Frankfurt se reunió la Asamblea de AGRUPA, y allí, los citados Grupos de Gestión fijaron los objetivos a conseguir por AGRUPA, estableciendo unos puntos comunes para su incorporación a los distintos contratos que cada uno de los Grupos de Gestión firmasen con los proveedores, así como el establecimiento de unas tablas recomendadas para los gastos de gestión, considerándose por la DC que, a la vista de dichos objetivos, esa reunión era la constitutiva del cártel.

Asimismo, esta Sala debe señalar que la imputación a los distintos Grupos de Gestión integrantes de AGRUPA no deriva de su pertenencia a la Asociación sino de su participación en el cártel, adoptando acuerdos contrarios a la normativa de competencia aunque valiéndose, principalmente, de los medios materiales y humanos prestados por AGRUPA, que no sólo amparaba las reuniones en las que se verificaba la implementación de los acuerdos anticompetitivos, sino que, en ocasiones, ejercía además un papel de representación del cártel, de ahí que también la misma se encuentre imputada, al margen de que llevara a cabo otras actividades como las de promoción o estudio, completamente lícitas.

De acuerdo con la información que obra en el expediente no cabe duda alguna de que AGRUPA constituía el marco sobre el que se soportaba e institucionalizaba la coordinación de las entidades participantes en el cártel, siendo por tanto su actuación decisiva en el desarrollo de la conducta. No es novedoso el análisis relativo a la responsabilidad de empresas asociadas y Asociación, sobre la base del papel activo que ésta ha jugado en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del cártel, contribuyendo a su mantenimiento en vigor y ocultación de la coordinación de las empresas en su seno, indicando en esos supuestos que la Asociación es coautora junto al resto de las empresas imputadas de la comisión de las infracciones contrarias al artículo 1 de la LDC. Según la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria, también es posible imponer sanciones tanto a las asociaciones como a los asociados por una infracción del artículo 101 del TFUE. Así sucede en supuestos en los que una Asociación, a través de la adopción de las correspondientes decisiones, constituye el marco en el que se crea o diseña un cártel o contribuye de forma decisiva y activa a su formación o ejecución (Así, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de noviembre de 2000, asunto C-298/08 P, Finnboard/Comisión o Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2000).

Por tanto, esta Sala no puede sino afirmar que en el presente caso no se puede hablar de *non bis in ídem*, sino de una adecuada atribución de responsabilidades a cada una de las entidades participantes en el cártel, entre las que se incluye AGRUPA, con personalidad jurídica propia, por cuanto todas ellas han desempeñado un papel individualizado en el mismo.

En este sentido se manifestó expresamente el Consejo de la CNC en su Resolución de 13 de mayo de 2011, Expte. S/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS, en un caso similar al ahora analizado, en la cual se señalaba:

“En contra de lo que alegan las empresas, la doctrina acepta que cabe la imputación a empresas y asociadas. El TJUE considera que no hay vulneración del principio non bis in ídem cuando la Comisión impone una multa a una asociación formada por asociaciones de empresas, así como a los miembros de ésta, a causa de la participación y del grado de responsabilidad propia de cada una en la infracción (sentencia de 18 de diciembre de 2008, carne de Francia).

Extrapolando los criterios del TG (antes TPI) en el asunto Treuhand (asunto T-99/04, ACTreuhand AG / Comisión) a este caso, UNESA puede considerarse coautora por su papel facilitador de la práctica puesto que (1) contribuyó activamente a la puesta en práctica de la conducta, existiendo un nexo de causalidad suficientemente concreto y determinante entre su actividad y la misma; y (2) manifestó su voluntad de participar en la práctica restrictiva ya que pretendía contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y tuvo conocimiento de

los comportamientos ilícitos de los demás participantes o pudo de forma razonable haberlos previsto y estaba dispuesta a asumir el riesgo (§134). Parecidos razonamientos han llevado a este Consejo a sancionar no sólo a las empresas, sino también a la Asociación en cuyo seno se desarrollaron las conductas restrictivas de la competencia, en la RCNC de 2 de Marzo de 2011 (Expte. S/0086/08. Peluquería Profesional)”.

De igual modo se manifestó la Audiencia Nacional en su Sentencia de 25 de febrero de 2013, Rec. 390/2011, en la cual confirma la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de junio de 2011 en el Expte. S/0185/09 Bombas de fluidos, señalando la responsabilidad de una Asociación junto a sus asociados, como coautora de las prácticas realizadas por los mismos en el marco de las Asambleas Generales de la Asociación, entre otras razones por constituir la Asociación, igual que en el presente expediente, el marco en el que se desarrolló la concertación por parte de las empresas del cártel:

“La Asociación es el marco en el que se desarrolla la cooperación entre las empresas facilitándola y en ocasiones impulsándola siendo la iniciativa empresarial, partiendo las propuestas, proyectos, enmiendas, los datos económicos de las asociadas”.

SEXTO.- OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE CONSEJO

6.1. Sobre la proposición de prueba y la celebración de vista

Con fecha 13 de marzo de 2014 la Sala de Competencia de la CNMC acordó admitir las pruebas documentales que las incoadas adjuntan a sus escritos de alegaciones a la PR e inadmitir tanto la prueba testifical solicitada por STAR como la celebración de vista solicitada por AGRUPA, AVANTOURS, EDENIA, CYBAS Y AIRMET, acuerdo al que esta Sala se remite.

6.2. Sobre la solicitud de confidencialidad

El artículo 42 de la LDC establece que *“En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la presente Ley y en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado”.*

En su desarrollo, el artículo 20 del RDC dispone que *“Cualquier persona que presente documentos ante la Comisión Nacional de la Competencia, al solicitar la confidencialidad de datos o informaciones, deberá hacerlo de forma motivada ante el órgano competente en el marco de la tramitación del*

expediente en cuestión, y deberá presentar, además, una versión no confidencial de los mismos”.

De este modo, no habiendo solicitado las incoadas la confidencialidad de sus escritos de alegaciones a la PR ni habiendo presentado versión alguna que hayan considerado no confidencial, no procede declarar confidenciales dichos documentos.

En cambio, sí se declaran de oficio confidenciales los datos relativos a sus volúmenes de negocio que aportan como respuesta a los requerimientos de información efectuados en fase de Consejo (en todo lo que no se refiera a cuentas anuales remitidas a registros públicos) por contener información que, en tanto que actual y confidencial, debe gozar del carácter de secreto comercial.

SÉPTIMO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

7.1. Consideraciones previas a la determinación de la multa

En primer lugar, conviene aclarar nuevamente la ley aplicable a la determinación de la sanción en este caso. Como se ha explicado en el Fundamento de Derecho Segundo, en tanto que se trata de una conducta continuada, primero bajo la Ley 16/1989 y después bajo la LDC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, se ha de aplicar una de las dos normas, debiendo optarse, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable, por aquella que resulte más beneficiosa para el infractor.

Si bien la conducta prohibida por el Artículo 1 de ambas leyes es idéntica, en cuanto al régimen sancionador resulta más favorable desde un punto de vista global la aplicación de la Ley 15/2007 salvo para las asociaciones, a las que se aplicará la Ley 16/1989 que prevé una multa máxima de 901.518,16 euros, mientras que la LDC establece la posibilidad de sancionar con hasta el 10% de la suma del volumen de negocio de las entidades que forman parte de la asociación. En el presente expediente, por tanto, se aplicará la ley de 1989 a AGRUPA. Aunque EUROPA VIAJES es igualmente una asociación, su participación en la conducta abarca desde 2009 hasta 2011, por lo que se le aplica la LDC.

En cuanto a la valoración de la infracción, el artículo 62.4.a) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave *“El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”.*

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente

anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013)⁸, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje” y continúa exponiendo que “se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al “volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, “lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción”. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.
- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que “las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener

⁸ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.” Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

7.2. Criterios para la determinación de la sanción: valoración global de la conducta

La infracción acreditada consiste en la adopción de acuerdos de fijación de condiciones comerciales, reparto de mercado y boicot a las empresas independientes. Se trata por tanto de una infracción muy grave (art. 62.4.a) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios total de las entidades infractoras en 2015:

<i>Empresas</i>	<i>Volumen de negocios total en 2015 (€)</i>
ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA (EUROPA VIAJES)	677.373
AVAN TOURS, S.L.	89.719
CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET)	1.996
CYBAS TURISMO, S.L. (CYBAS)	457.044
EDENIA GRUPO VIAJES, S.L. (EDENIA)	142.623
GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. (GEA)	1.340.262
GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A. (OVER)	111.832
GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL, S.L. (AIRMET)	1.531.484
GRUPO DE GESTION STAR, S.A. (STAR)	533.101
UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA)	5.272

RET no ha contestado a los requerimientos de información sobre el volumen de negocios total en 2015, por lo que se ha utilizado el último dato disponible en el Registro Mercantil, que es el de 2013.

Por otra parte, como se ha dicho anteriormente, en el caso de AGRUPA se aplicará la Ley 16/89, por lo que no es necesario partir de un tipo sancionador referido al volumen de negocios total de la asociación, de ahí que no se haya incluido esta entidad en la tabla anterior.

Las empresas CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET) y UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA), presentan volúmenes de negocio muy reducidos. En el caso de UNIDA, el motivo es que se encuentra en concurso de acreedores⁹; en cambio, no consta que RET esté en concurso o en disolución, pero apenas tiene cifra de negocios desde 2013.

Teniendo en consideración esta cifra aportada por las empresas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva global de la infracción, el mercado afectado por la conducta, tal y como ya se ha señalado, es el mercado de los servicios prestados por los Grupos de Gestión a las agencias de viajes independientes de pequeño y mediano tamaño, entre junio de 1999 y octubre de 2011. Este mercado no presenta características especiales que hagan merecedora a esta infracción de una gravedad adicional. Por otra parte, la cuota de mercado de las entidades infractoras en el mercado relevante no llegaba al 52%, lo que limita el alcance de la infracción.

En cuanto al mercado geográfico, la infracción abarca todo el territorio nacional, lo que implica una mayor gravedad que si la infracción hubiera tenido un ámbito más reducido.

La conducta ha producido efectos directos sobre los mayoristas o proveedores de servicios turísticos, con los que se intentaba negociar unas condiciones comerciales previamente pactadas por las entidades participantes en el cártel, y también sobre las agencias de viajes adheridas a tales entidades, así como también respecto de sus empresas competidoras u otros grupos de gestión. Además, la ausencia de oferta de determinados productos y servicios turísticos causó una evidente afectación a los consumidores, ya que en la conducta han participado los principales grupos de gestión y asociaciones de grupos de gestión, que prestan sus servicios a un gran número de agencias de viajes en toda España.

Además, debe tenerse en cuenta que las empresas participantes se valieron, para la comisión de la infracción, de mecanismos de sanción por incumplimiento de los acuerdos pactados, además del boicot a agencias independientes expulsadas de algunos de los asociados de AGRUPA por haber sido críticos con estas conductas. Incluso se llegó a contratar un seguro para cubrir la responsabilidad del órgano de administración de AGRUPA,

⁹ Según información del Registro Público Concursal, UNIDA fue declarada en concurso mediante auto de 10 de febrero de 2014 dictado por el Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid (autos 756/2013).

incluyendo la responsabilidad por multas y sanciones derivadas del desarrollo de su actividad.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, mecanismos de represalia por incumplimiento de acuerdos, etc.– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración de la *densidad antijurídica* de la conducta, y conduce a este Consejo a considerar que el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general en el tramo medio-alto de la escala, en concreto en un tipo sancionador global del 4,5%, sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

7.3. Criterios para la determinación de la sanción: valoración individual de la conducta

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de los grupos de gestión por los servicios prestados a las agencias de viaje durante el periodo de la infracción imputable a cada empresa, y puede deducirse de los datos proporcionados por las empresas a requerimiento de la CNMC.

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa durante la infracción, y la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente:

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios en el mercado afectado (€)</i>	<i>Cuota de participación en la conducta (%)</i>
ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA (EUROPA VIAJES)	2.178.544	4,74%
AVAN TOURS, S.L.	2.331.707	5,07%
CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET)	538.194	1,17%
CYBAS TURISMO, S.L. (CYBAS)	431.356	0,94%
EDENIA GRUPO VIAJES, S.L. (EDENIA)	403.741	0,88%
GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. (GEA)	16.259.263	35,38%

GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A. (OVER)	6.978.881	15,18%
GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL, S.L. (AIRMET)	5.260.480	11,45%
GRUPO DE GESTION STAR, S.A. (STAR)	10.393.928	22,61%
UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA)	1.184.805	2,58%

De acuerdo con la información facilitada por las empresas imputadas, sus volúmenes de negocios en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64, 1, a y d).

Siendo ello así, se considera adecuado a la necesaria individualización de las sanciones ajustar el porcentaje de la sanción al alza en proporción a la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta.

En el caso de RET no se dispone de esta información porque la empresa no contestó al requerimiento de información efectuado por esta Sala. Partiendo de que las empresas implicadas en esta infracción concentran la mayor parte de su actividad en el mercado afectado –son empresas monoproducto–, se puede estimar el volumen de negocios afectado por cada empresa durante la infracción a partir de la información disponible en el Registro Mercantil sobre el volumen de negocios total en los años de la infracción (2008 a 2011).

En el caso de GEA, de cara a la sanción conviene tener en cuenta que interrumpió su participación en la conducta en 2009, antes de que la CNMC practicara las investigaciones domiciliarias que dieron lugar a la apertura del expediente, por lo que procede un ajuste a la baja del tipo sancionador. En sentido contrario, hay que considerar que esta empresa ya había sido sancionada por la CNMC en un expediente anterior¹⁰ por una infracción del artículo 1, lo que justifica un ajuste al alza del tipo sancionador de esta empresa.

AGRUPA presentó el volumen de negocios en el mercado afectado, que asciende a 97.607 euros. Sin embargo, su reducida actividad directa en dicho mercado afectado no refleja correctamente su participación en la conducta, por cuanto son sus miembros los que han llevado a cabo la infracción en el seno de la misma. A la asociación se le sanciona por ampliar sus actividades estatutarias de manera ilegal para servir de marco para la formación y el mantenimiento del cártel.

¹⁰ Resolución S/0444/12 GEA.

Con posterioridad a la apertura de este Expediente, los integrantes de AGRUPA decidieron liquidar la asociación (folio 2734). Este hecho en ningún caso puede significar el impago de la sanción que le corresponda, de manera que los asociados deberán hacerse cargo subsidiariamente de su pago. De no ser así, por un lado, cada vez que una asociación fuese multada, a sus socios les bastaría con proceder a su liquidación para evitar el pago, dando pie a un inadmisibles vaciamiento de la legislación de competencia; por otro, se produciría el absurdo de propiciarse desde este Órgano de Competencia el correlativo abuso de derecho, no querido por el Artículo 7 del Código Civil. Esto no constituye *bis in idem* porque estamos en presencia de una entidad con personalidad jurídica diferenciada y cuya actuación fue esencial en la creación y en el funcionamiento del cártel.

7.4. Sanción a imponer

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras a las que se aplica la LDC la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

Empresa	Volumen de negocios total (VT, en €) en 2015	Tipo sancionador (%)	Multa (en €)
ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA (EUROPA VIAJES)	677.373	4,70%	31.837
AVAN TOURS, S.L.	89.719	4,80%	4.307
CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET)	1.996	4,60%	----
CYBAS TURISMO, S.L. (CYBAS)	457.044	4,50%	20.567
EDENIA GRUPO VIAJES, S.L. (EDENIA)	142.623	4,50%	6.418
GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. (GEA)	1.340.262	6,50%	87.117
GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A. (OVER)	111.832	5,30%	5.927
GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL, S.L. (AIRMET)	1.531.484	5,10%	78.106
GRUPO DE GESTION STAR, S.A. (STAR)	533.101	5,60%	29.854
UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA)	5.272	4,60%	----

Como se ha explicado anteriormente, UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA) está en concurso de acreedores, mientras que CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET) parece inactiva desde 2013 presentando ese año unos volúmenes de negocio muy reducidos y sin cifra los demás años. En consecuencia, tratándose de empresas cuya actividad es residual y respecto de las que cabe presumir que han dejado de operar en el mercado, la finalidad en la imposición de la multa ha decaído. No obstante, ello no impedirá que se inicien actuaciones de derivación de responsabilidad en el caso en que se constaten indicios que justifiquen que tales empresas, o sus activos, hayan sido adquiridos o transmitidos a otra u otras.

Por otra parte, como ya se ha repetido, se va a aplicar la Ley 16/89 a la asociación AGRUPA, por lo que se ha considerado apropiado imponerle una sanción de 60.000 euros, lo que supone un 6,7% de la máxima sanción que se le podría haber impuesto de acuerdo con esta ley más favorable.

No ha sido necesario en el presente expediente realizar ningún ajuste de proporcionalidad, ya que las sanciones de todas las empresas se encuentran significativamente por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de las empresas y la dimensión de la infracción. Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (beneficio ilícito potencial)¹¹. De acuerdo con las estimaciones realizadas, las sanciones impuestas están muy por debajo del límite de proporcionalidad, lo que implica que las sanciones no corren el riesgo de ser desproporcionadas.

En virtud de todo lo anterior, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en su sesión del día 12 de mayo del 2016,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar la existencia de una práctica prohibida por el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y por el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia que entra dentro de la definición de cártel, consistente en acuerdos para la fijación y

¹¹ Estos supuestos muy prudentes se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como los *Ratios sectoriales de las sociedades no financieras* del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, los supuestos se basan en estimaciones de la literatura económica especializada.

unificación de las condiciones comerciales de las entidades imputadas; el reparto del mercado y/o clientes, a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a estos Grupos de Gestión asociados en AGRUPA; así como al boicot a las agencias de viajes expulsadas.

SEGUNDO.- La infracción descrita debe ser calificada como muy grave, tipificada en el Artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y en el Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de dicha conducta infractora de la competencia a las siguientes entidades:

1. ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA, por el periodo comprendido entre noviembre de 2009 y el 6 de octubre de 2011
2. AVAN TOURS S.L., por el período comprendido entre el 19 de junio de 1999 y el 6 de octubre de 2011.
3. CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURISTICAS S.L., por el período comprendido entre octubre de 2009 y el 6 de octubre de 2011.
4. CYBAS TURISMO S.L., por el período comprendido entre septiembre de 2009 y el 6 de octubre de 2011.
5. EDENIA GRUPO DE VIAJES S.L., por el período comprendido entre el 17 de septiembre de 2009 y el 6 de octubre de 2011.
6. GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES S.L., por el período comprendido entre el 19 de junio de 1999 y el 23 de octubre de 2009.
7. GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL S.L., por el período comprendido entre el 19 de junio de 1999 y el 6 de octubre de 2011.
8. GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER S.A., por el período comprendido entre el 19 de junio de 1999 y el 6 de octubre de 2011.
9. GRUPO DE GESTIÓN STAR S.A., por el período comprendido entre el 19 de junio de 1999 y el 6 de octubre de 2011.
10. UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO S.A., por el período comprendido entre el 25 de octubre de 2005 y el 6 de octubre de 2011.
11. ASOCIACIÓN DE GRUPOS COMERCIALES DE AGENCIAS DE VIAJES (AGRUPA), por el período comprendido entre el 23 de junio de 1999 y el 6 de octubre de 2011.

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

1. ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA: 31.837 euros.
2. AVAN TOURS S.L.: 4.307 euros.
3. CYBAS TURISMO S.L.: 20.567 euros.

4. EDENIA GRUPO DE VIAJES S.L.: 6.418.
5. GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES S.L.: 87.117 euros.
6. GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL S.L.: 78.106 euros.
7. GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER S.A.: 5.927 euros.
8. GRUPO DE GESTIÓN STAR S.A.: 29.854 euros.
9. ASOCIACIÓN DE GRUPOS COMERCIALES DE AGENCIAS DE VIAJES (AGRUPA): 60.000 euros.

QUINTO.- Intimarles para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a las tipificadas y sancionadas en la presente Resolución.

SEXTO.- Ordenar a los responsables de las conductas infractoras la difusión entre sus asociados y partícipes del texto íntegro de esta Resolución.

SÉPTIMO.- Instar a la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

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