



Roj: **SAN 3385/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3385**

Id Cendoj: **28079230062018100398**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/07/2018**

Nº de Recurso: **566/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000566 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06487/2016

Demandante: Viajes Halcón SA

Procurador: D. NOEL ALAIN DE DORREMOCHEA GUIOT

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta de julio de dos mil dieciocho.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **566/2016**, seguido a instancia de la mercantil "**Viajes Halcón SA**", representada por el Procurador de los Tribunales D. Noel Alain de Dorremochea Guiot, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se fijó en 1.218.924 €, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. Mediante resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 25 de octubre de 2000 dictada en el expediente sancionador 476/99 Agencia de Viaje, se declaró que la recurrente, en unión de las mercantiles Viajes Marsans SA, Viajes Iberia SA, Viajes Barceló SA y la Agrupación de Interés Económico Mundosocial, infringieron el artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC).
2. La práctica sancionada fue el acuerdo al que llegaron las empresas implicadas en orden a presentar ofertas idénticas al concurso público 19/95 correspondiente al programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996, programa gestionado por el Imsero, así como realizar una ejecución conjunta por medio de Mundosocial, cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación.
3. De forma explícita, la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 señaló respecto de la conducta prohibida lo siguiente: "...aunque se hubiera adjudicado (el concurso) a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres, o a las cuatro, la interposición de Mundosocial AIE y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultarían o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación con la fórmula elegida para concurrir a la licitación que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la Agrupación de Interés Económico y habían pactado la ejecución conjunta del programa".
4. La recurrente, después de incoado el 12 de mayo de 1998 el procedimiento sancionador 476/99, constituyó la UTE Mundosenior con las mercantiles Viajes Marsans, Viajes Iberia y Viajes Barceló. Dicha UTE operaba con la AIE Mundosocial.
5. Desde la temporada 1998/1999 y hasta la 2014, participó en los sucesivos concursos ofertados, reiterando la constitución de la UTE referida para participar en cada uno de ellos y resultando adjudicataria de los mismos.
6. Mediante resolución de 30 de julio de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC dictó resolución en el marco del expediente VS/0476/99 Agencias de Viajes, en el que declaró el incumplimiento por parte de la recurrente, Viajes Marsans, Viajes Iberia y Viajes Barceló, de la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 e instando la apertura de un procedimiento sancionador.
7. Viajes Marsans y Viajes Iberia fueron declaradas en concurso y dejaron de participar en la UTE, que a partir de 2010 quedó limitada a la recurrente y Viajes Barceló.
8. Frente a la anterior resolución la recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta misma Sala y Sección, dando lugar a la SAN de 28 de mayo de 2018 con el resultado que obra en el FJ segundo de esta sentencia.
9. Mediante resolución de 29 de septiembre de 2016 el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en el marco del expediente SNC/DC/007/16 Agencias de Viajes, declaró acreditado el incumplimiento de lo dispuesto en la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 dictada en el expediente sancionador VS/476/99 Agencias de Viaje, imponiendo a la recurrente una multa de 1.218.924 euros.

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Previo:

El presente recurso es relacionado por la recurrente con el recurso nº 669/2015 atribuido a esta misma Sala y Sección, interpuesto contra la resolución de la CNMC de 30 de julio de 2015 dictada en el expediente de vigilancia VS/0476/99.

En virtud de dicha resolución se declaró el incumplimiento de la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, por parte de Viajes Halcón y Viajes Barceló, ordenando en consecuencia la apertura de un expediente sancionador, que se concretó en el expediente SNC/DC/007/16 Agencias de Viajes, que da lugar a las presentes actuaciones.

2. Inexistencia de incumplimiento:

-La conducta prohibida por la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 fue la de realizar concertaciones previas y secretas a un concurso, pero no la de participar en el mismo concurso de forma concertada bajo la forma de una UTE.



-La CNMC identifica ambas conductas y sanciona a la recurrente por incumplimiento.

-La participación en el concurso por medio de una UTE es un comportamiento distinto al prohibido por la resolución del TDC de 2000.

-La concertación previa supone una conducta secreta que implica una restricción por objeto, mientras que una eventual infracción cometida por una UTE, conocida por la CNMC, constituiría, en su caso, una restricción por efectos, que debe ser objeto de una evaluación autónoma y no tratada como un incumplimiento.

-No se deduce de la resolución del TDC que concurrir en forma de UTE estaba también prohibido, por lo que la resolución impugnada infringe el principio de legalidad.

-El TDC al dictar la resolución de 2000, tenía conocimiento desde 1998 que la recurrente concurría a los concursos desde la temporada 1998/1999 de manera transparente en forma de UTE, sin que se le advirtiera de ilegalidad alguna y reconociendo el Servicio en informe posterior a la emisión del pliego de cargos, que ello era perfectamente posible.

3. Invocación del principio de confianza legítima:

-Cita el artículo 3.1 de la Ley 30/1992

-Destaca el informe del Servicio posterior a la emisión del pliego de cargos, afirmando que concurrir a los concursos en forma de UTE era perfectamente posible.

-La resolución del TDC constituye un signo externo de la Administración que autoriza a participar en los concursos forma de UTE y que su adopción no constituía una infracción.

-La recurrente no ha incurrido en una vulneración manifiesta de las obligaciones que le incumben en este caso, pues

-El quebrantamiento de la confianza generado por la resolución impugnada, produce al recurrente un grave quebranto.

4. Ausencia de culpabilidad:

-En los diez años siguientes a la resolución del TDC la recurrente mantuvo de forma pública y transparente la conducta por la que fue sancionada por la resolución impugnada, sin que recibiera advertencia alguna de la Autoridad de Competencia .

-El Imserso conocía todas estas circunstancias y en ningún caso identificó la participación en forma de UTE como una práctica prohibida.

TERCERO: A continuación se exponen motivos de recurso articulados de forma subsidiaria

1. Falta de comunicación a la recurrente de la propuesta de cuantía de sanción específica:

-Las normas de tramitación en los expedientes de vigilancia son las de la Ley 30/1992, según indica el artículo 70 de la LDC .

-Resulta aplicable el artículo 18 del RD 1398/1993 que exige la comunicación al interesado de la propuesta de resolución especificando la sanción que pretende imponerse, lo que no se hizo en este caso.

2. Falta de motivación de la resolución recurrida:

-Se fija un tipo sancionador del 1,3% sin que se conozca la metodología empleada para su cálculo.

-Falta de análisis de todos los parámetros consignados en el artículo 64 de la LDC

3. Infracción del principio de igualdad en la determinación de la multa.

-La resolución no tiene en cuenta la diferente capacidad económica de las empresas sancionadas, basándose únicamente en su facturación.

CUARTO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

QUINTO: Pr acticada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO: Señalado el día 4 de julio de 2018 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de 29 de septiembre de 2016 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en el marco del expediente SNC/DC/007/16 Agencias de Viajes, que declaró acreditado el incumplimiento por la mercantil recurrente de los dispuesto en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000 dictada en el expediente sancionador VS/476/99 Agencias de Viaje, imponiéndole una multa de 1.218.924 euros.

SEGUNDO: La primera cuestión a la que debe hacerse referencia es a la conexión entre el presente asunto y el recurso nº 669/2015 de esta Sala y Sección al que se refirió la recurrente en su demanda.

Dicho recurso fue resuelto por este Tribunal mediante la sentencia de 28 de mayo de 2018 que tuvo en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de mayo de 2018, dictada en el recurso de casación nº 527/2016 .

En nuestra sentencia de 28 de mayo de 2018 (FJ 4), concluimos lo siguiente:

- El procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el grado de cumplimiento (o incumplimiento) de una obligación impuesta al sujeto objeto del mismo, por lo que su conclusión natural es una declaración de cumplimiento (o incumplimiento). Como las consecuencias del procedimiento pueden ser desfavorables, el procedimiento tiene carácter contradictorio, dándosele al sujeto trámite de audiencia (art. 42.3 y 4 del Reglamento).
- En caso de constatar un incumplimiento, el órgano regulador puede imponer multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento), lo que tiene la finalidad de incentivar al cumplimiento de la obligación. Esta posibilidad es una muestra evidente de la naturaleza provisional de la constatación de incumplimiento, que puede dar lugar a dicha medida, que tiene por objeto lograr el cumplimiento pleno de la obligación. Las multas coercitivas, reguladas en el artículo 21 del Reglamento, no tienen carácter sancionador, aunque sin duda son desfavorables, lo que explica, como se ha dicho, que el procedimiento sea contradictorio y requieren una apreciación de un incumplimiento, parcial o completo, en ese momento.
- Tanto si se acuerda la imposición de multas coercitivas como si no se hace así, a resultados del estado de cumplimiento constatado se puede instar la incoación de un procedimiento sancionador, el cual sí que tiene por objeto precisamente valorar si el incumplimiento detectado constituye una infracción ex artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .
- Desde la perspectiva de un hipotético procedimiento sancionador, los resultados del procedimiento de vigilancia (en especial, la declaración de incumplimiento), es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta y que no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción ex 62.4.c).

En la misma sentencia (FJ 5), señalamos que el hecho de si la forma de participación en los concursos mediante una UTE supone una forma de cumplimiento o de incumplimiento de la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, es una cuestión que debe resolverse en el expediente sancionador cuya incoación se ordenó en la referida resolución del TDC y que es, justamente, el que da origen a estas actuaciones.

Procedemos pues a continuación a determinar si dicho incumplimiento se ha producido a los efectos de justificar la imposición de la sanción recaída.

TERCERO: La solución que adoptamos en la presente sentencia está, forzosamente, vinculada a lo que hemos resuelto en la SAN de 18 de julio de 2018, recurso nº 552/2016 , interpuesto por Viajes Barceló SA contra la resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2016, la misma que se impugna en este procedimiento, en la medida en que impuso a Viajes Barceló SA una multa de 619.500 euros por los mismos hechos que se imputan a la recurrente. Dicho recurso fue estimatorio.

Para que pueda apreciarse la existencia de un incumplimiento con efectos sancionatorios debe acreditarse, sin género de dudas por mandato del principio de legalidad, que la conducta sobre la que recae el reproche es exactamente la misma que fue prohibida por la Autoridad de Competencia.

La base legal de este planteamiento la encontramos en el artículo 62. 4 c) de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) que tipifica como infracción muy grave, "Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones".

La conclusión a la que llegamos después de un detenido análisis de ambas formas de participación, es la de que dicha identidad es inexistente.



En efecto, la conducta prohibida por el TDC se refiere a una práctica colusoria secreta en virtud de la cual las empresas sancionadas utilizan una Agrupación de Interés Económico (AIE) denominada Mundosocial, para convertir en artificial el resultado del concurso, dado que, con independencia de qué empresa resultara ser adjudicataria, la ejecución del contrato se realizaría con arreglo a los pactos secretos establecidos en el seno de la AIE.

Por el contrario, la conducta desarrollada por la recurrente a partir del ejercicio 1998/1999, consistió en presentarse de forma absolutamente transparente a los sucesivos concursos que se fueron convocando, mediante la constitución de una Unión Temporal de Empresas (UTE) integrada, ciertamente por las mismas empresas que fueron sancionadas por la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000.

El hecho de que en ambas situaciones las mismas empresas aparecieran como beneficiarias de las adjudicaciones y que en la ejecución de los contratos se contara con Mundosocial, no puede llevarnos a la conclusión de que estamos en presencia de conductas idénticas, pues las diferencias entre una y otra son de la suficiente entidad como para que concluyamos que no existe la identidad imprescindible para apreciar el incumplimiento sancionado.

CUARTO : Veamos:

1. La AIE es una forma asociativa regulada por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, según la cual dichas entidades tienen personalidad jurídica y se conciben con la finalidad de facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios. Tiene pues un carácter auxiliar y entronca con la sociedad colectiva.

2. La resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 declaró probado y fue confirmado judicialmente, que existieron pactos secretos previos y en el seno de la AIE para garantizar el reparto de mercado entre los socios respectivos. En consecuencia, las empresas afectadas, entre ellas la recurrente, fueron sancionadas como autoras de una práctica anticompetitiva descrita en el artículo 1 de la LDC que se consume por el mero acuerdo de las partes, sin necesidad de tomar en consideración los efectos en el mercado de las referidas conductas, es decir se trata de una restricción por objeto.

3. La UTE implica un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, sin que esta colaboración tenga personalidad jurídica.

La UTE se rige por la ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.

De acuerdo con el artículo 2 de la citada Ley, tanto las UTE como las Agrupaciones de Empresa deben estar sometidas a una vigilancia permanente por parte de las autoridades fiscales y de Competencia para evitar que realicen prácticas fraudulentas, lo que no significa que su mera constitución sea ilícita.

4. Con carácter preliminar debemos decir que el punto de partida de la resolución impugnada que lo encontramos en su FJ Tercero 3. 1 b), cuando nos dice que "la evaluación por la normativa de la Competencia de una UTE debe alcanzar a su justificación objetiva, sin que la misma pueda exonerarse por no tratarse de un expediente sancionador de aplicación del artículo 1 de la LDC ", no es compatible con los principios del Derecho sancionador, pues la primera garantía del mismo es justamente que sea en el seno de un procedimiento sancionador en el que se impongan las sanciones que pudieran recaer y muy especialmente si como en el presente caso, se trata de la imposición de una sanción por una infracción calificada como muy grave.

5. Según el artículo 134.1 de la Ley **30/1992** , " El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá el procedimiento legal o reglamentariamente establecido" y completa el preámbulo del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora que "el principio de seguridad jurídica exige que en todo momento exista un procedimiento que permita la salvaguardia del interés general mediante la sanción de aquellas conductas que están legalmente tipificadas como infracciones administrativas", normas generales que en este punto son plenamente asumidas tanto por la LDC como por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

6. Pero entrando ya en el examen comparativo de ambas conductas constatamos que la concertación previa sancionada por el TDC supone una conducta secreta que implica una restricción por objeto, mientras que una eventual infracción cometida por una UTE que actúa de forma transparente y conocida por la CNMC, constituiría, en su caso, una restricción por efectos, que debe ser objeto de una evaluación autónoma y no tratada como un incumplimiento, aspecto que enlaza con la ausencia de apertura de un expediente sancionador específico.



7. Desde la óptica expuesta, si la CNNC o ya la CNMC consideraba que la participación en los concursos mediante la constitución de la UTE era en sí misma una opción anticompetitiva, debió haberlo expuesto en su momento impidiendo dicha participación.

8. Si, con posterioridad a dicha participación, la CNC o ya la CNMC estimaron que se produjeron prácticas anticompetitivas vinculadas a la UTE, debieron incoar un expediente sancionador y clarificar las conductas sancionables, descartando que se tratara de acuerdo colusorio secreto o cártel, pues la transparencia en la actuación de la UTE fue total.

9. La resolución del TDC no indica de forma explícita que concurrir en forma de UTE estaba también prohibido, por lo que no puede llegarse a esta conclusión sobre la base de una interpretación finalista, sistemática o analógica, ya que en materia sancionadora no son aplicables dichas técnicas interpretativas, que se sitúan al margen del principio de legalidad.

10. El principio de confianza legítima invocado por la recurrente tiene suficiente base para prosperar, pues la resolución sancionadora no se basa en la constatación de la producción de efectos anticompetitivos, sino que se apoya en el hecho de que, tras la imposición de la sanción y la orden de intimación al cese de la conducta las empresas sancionadas siguen participando conjuntamente.

Ante esto, se constata que el TDC, al dictar la resolución de 2000, tenía conocimiento desde 1998 que la recurrente concurría a los concursos desde la temporada 1998/1999 de manera transparente en forma de UTE, sin que se le advirtiera de ilegalidad alguna y lo que es más importante, reconociendo el Servicio en informe posterior a la emisión del pliego de cargos, que ello era perfectamente posible.

11. En estas circunstancias la recurrente pudo razonablemente confiar en el hecho de que su forma de actuar, reiterada desde 1998 a 2014 era ajustada a derecho, sin que pueda calificarse su conducta como conscientemente culpable y ni siquiera negligente.

Así las cosas, procede estimar el presente recurso sin necesidad de analizar los restantes argumentos esgrimidos por la parte recurrente.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la CNMC, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FA LLO

Estimamos el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 11/09/2018 doy fe.