



Roj: **SAN 2728/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2728**

Id Cendoj: **28079230062017100209**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/06/2017**

Nº de Recurso: **236/2014**

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: 0000236 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02843/2014

Demandante: ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE AGENCIAS DE VIAJES DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

Procurador: D^a MATILDE MARÍN PÉREZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N.º:

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. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de junio de dos mil diecisiete.

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 n.º **236/14**, seguido a instancia de la "**Asociación Provincial de Agencias de Viajes de Santa Cruz de Tenerife**", representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Matilde Marín Pérez, 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 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (**CNMC**), la cuantía se fijó en 901.550,67 euros, 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. La recurrente se constituyó en 1977 y agrupa a unas 52 agencias de viajes con el fin, esencialmente, de promover y salvaguardar los intereses de sus asociados.
2. El Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, en el marco del expediente sancionador 17-2011-0-Can Guías Turísticos de Tenerife, remitió a la CNC determinada documentación, por si fuera constitutiva de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia .
3. El 11 de diciembre de 2012, el Servicio de Defensa de la Competencia de la extinta CNC acordó incoar expediente sancionador a la recurrente, imputándole la suscripción de cinco acuerdos con las Asociaciones de Taxis de Granadilla de Abona, San Sebastián de La Gomera, Puerto de la Cruz, Adeje, **Santiago** del Teide y Guía de Isora.
4. Estos acuerdos, denominados Taxis a la Carta, implicaban la fijación de las tarifas de los taxis en determinados trayectos turísticamente estratégicos. La recurrente concertaba con los taxistas la hora y lugar de recogida de los clientes y abonaba directamente los servicios, aplicando siempre una tarifa interurbana y sin distinguir entre precio nocturno y diurno.
5. El mercado geográfico está constituido por las islas de Tenerife y La Gomera y la conducta duró desde 2006 hasta 2012.
6. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha 21 de marzo de 2014 adoptó las siguientes decisiones en relación con la recurrente:
 - a) Declarar que su actuación era constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y del artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia , consistente en una infracción única y continuada en el tiempo, desde el año 2006 al 2012, que engloba prácticas colusorias de fijación de precios, restringiendo y falseando la competencias en el mercado de los taxis en la provincia de Santa Cruz de Tenerife
 - b) Imponerle una multa de 901.550,67 euros.
 - c) Intimarla para que cese en su conducta.

SEGUNDO:- Po r 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. Invoca la propuesta de resolución del Servicio Canario de Defensa de la Competencia de 11 de noviembre de 2013 que, con apoyo en el artículo 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia , solicitó la inaplicación del artículo 1 de la LDC por no ser los acuerdos descritos aptos para restringir la libre competencia:
 - Destaca la gran regulación legal del sector, lo que imposibilita las prácticas anticompetitivas en el mismo.
 - Por otra parte, los efectos económicos de los acuerdos son nulos porque el grueso del transporte turístico en las islas se desarrolla en autobuses.
2. Invoca el artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) al ser los acuerdos inocuos para limitar la libre competencia:
 - Las tarifas fijadas son las oficiales y las demás circunstancias concurrentes en la prestación del servicio son aleatorias y no dependen de la voluntad del prestador del servicio. En ningún caso se ha adoptado acuerdos que limiten la competencia en dicho extremo.
 - De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 de la LDC , las prácticas denunciadas tienen aspectos procompetitivos ya que mejoran del servicio en beneficio de los usuarios a los que se evitan largas esperas.
 - Por otra parte, dichos acuerdos no son susceptibles de eliminar la libre competencia, pues no afecta ni a los demás taxistas, ni al sector VTC (vehículos con conductor) o el de los autobuses, cuyos servicios no son comparables con los del sector del taxi.
 - Tacha de meramente hipotética la posibilidad de que los taxistas hagan efectivo el margen de descuento respecto de las tarifas oficiales, al que están autorizados. Tampoco eliminan la competencia entre las agencias de viajes asociadas que no tienen incentivos para negociar condiciones más ventajosas de manera individual.
3. En relación a los mercados susceptibles de ser afectados:

-Los servicios a los que se refieren los acuerdos se desarrollan en el mercado receptivo

-Rechaza la forma en la que se realiza el nivel de representatividad de la recurrente en el mercado de intermediación turística de la provincia de S/C de Tenerife, siendo incorrecto tomar el número de establecimientos asociados a la recurrente para establecer su porcentaje referido al número total de agencias de viajes de la provincia.

4. Exención del pago de la multa:

-Invoca el artículo 65 LDC y señala que concurren las circunstancias para su aplicación.

5. Reducción del importe de la multa:

-Se invoca de forma subsidiaria el artículo 66 LDC por concurrir las circunstancias para su aplicación.

6. Importe de las sanciones.

-Estima desproporcionada la sanción atendidas las circunstancias evaluadoras contenidas en los artículos 63 y 64 LDC .

-La CNMC no pondera las circunstancias mencionadas en el artículo 10 de la Ley 16/1989 , subrayando que el mercado afectado es de muy escasa dimensión y no se acreditan efectos.

-Indica que los recursos económicos de la recurrente son escasos:

En concreto su activo en 2012 fue de 1780,08 euros y el resultado de la explotación: -5073,3 euros, y en 2013, el total del activo fue de 5.943,16 euros y el resultado de la explotación fue de 5.739,18 euros.

TERCERO:.- 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.

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

QUINTO:.- Señalado el día 29 de marzo de 2017 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto y fue continuada el 21 de junio siguiente.

SEXTO:.- 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 fecha 21 de marzo de 2014, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNMC) en el expediente sancionador SACAN/0018/12 Taxis Tenerife.

SEGUNDO: Co n carácter previo al análisis de las diferentes cuestiones planteadas debemos pronunciarnos sobre la normativa que debe ser aplicada. En el presente caso la práctica colusoria denunciada se inicia en 2006 pero se desarrolla hasta 2007, por lo que son dos las leyes de competencia que por razones temporales podrían ser aplicadas: Ley 16/89 de 17 de julio y la Ley 15/2007 de 3 de julio.

Dado que la recurrente es una asociación y el régimen sancionador era más benigno para éstas bajo la Ley 16/1989, debe ser esta la norma aplicable, como correctamente estableció la resolución recurrida y aceptó la recurrente.

TERCERO : Los tres primeros motivos de recurso pueden abordarse conjuntamente al incidir sobre aspectos comunes.

La realidad de los acuerdos no resulta cuestionada por la recurrente, por lo que debe partirse de este dato fáctico para analizar la lógica jurídica de la resolución.

En primer lugar debe destacarse que la recurrente, asociación de agencias de viaje que agrupa a la gran mayoría del sector, establece cinco acuerdos con otras tantas agrupaciones locales de taxistas para ofertar un servicio de recogida y depósito de viajeros en centros turísticos estratégicos.

Por otra parte, el precio del trayecto se fija entre las partes del acuerdo y es el de la tarifa interurbana, sin distinción entre servicios nocturnos y diurnos, siendo la recurrente la que pagaba a los taxistas. Además, el guía de la agencia de viajes, al recibir a los viajeros, se ponía en contacto con el jefe de parada que le indicaba los taxis disponibles.



La calificación de este tipo de acuerdos es la de la práctica colusoria descrita en el artículo 1 de la Ley 16/1989 consistente en la suscripción de acuerdos que tienen por objeto la restricción de la libre competencia mediante la fijación de precios en las islas de Tenerife y La Gomera.

La propia naturaleza de los acuerdos y le letra de los textos en los que se plasman, pone de manifiesto la existencia del acuerdo en los términos descritos lo que determina la comisión de la infracción, con independencia de los efectos que dicha conducta pueda haber causado, ya que este tipo de infracciones se cometen cuando el objeto de los acuerdos es anticompetitivo y no cabe duda de que la limitación de precios lo es (STJUE de 4 de junio de 2009 asunto C-8/08 , T-Mobile).

No podemos compartir los argumentos exculpativos de la recurrente pues aunque, efectivamente, el sector del taxi esté fuertemente regulado, ello no significa que no existan márgenes de actuación libre de los taxistas. Recuerda la resolución la posibilidad de ofertar tarifas por debajo del máximo establecido, que no es una opción meramente teórica y que ha dado lugar a una jurisprudencia europea que acepta este argumento como muestra de competitividad (STJUE de 8 de diciembre de 2016, sobre honorarios de Procuradores de los Tribunales C-532/15). Pero es que además, según se infiere de la resolución recurrida, las tarifas fijadas eran siempre las interurbanas y sin distinguir entre servicio nocturno y diurno, a pesar de que no sean coincidentes.

Por otra parte, tampoco pueden aceptarse los argumentos exculpativos basados en la aplicación del artículo 1.3 de la LDC de 2007 . Una vez que la recurrente optó por la aplicación de la Ley 16/1989, debe entenderse que ésta resulta aplicable en su totalidad y no de forma fragmentaria. Siendo esto así, no puede acogerse al régimen de exención legal de conductas anticompetitivas previsto en el artículo 1.3 de la Ley 15/2007 y debe estarse a lo establecido para estos supuestos en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/1989 que contemplaba el régimen de autorización singular previo por la autoridad de la competencia. Al no existir dicha autorización, decae este motivo de recurso.

Finalmente la escasa repercusión que la conducta haya tenido en el mercado es un dato no pertinente a los efectos de calificar la infracción, pues como hemos anticipado, ésta se produce por ser el objeto de los acuerdos anticompetitivo. Tampoco tiene relevancia en nuestro derecho la escasa cuantía de las cantidades referidas, pues ello es irrelevante cuando nos encontramos ante acuerdos anticompetitivos tipo cártel como ocurre en este caso (artículo 2 del RD 261/2008).

CUARTO: En relación con la exención y reducción de la multa solo cabe decir que la recurrente, vuelve a incidir en el error de pretender la aplicación de la Ley de 2007 cuando ello no es posible al haber aceptado la aplicación de la Ley 16/1989 que, como hemos dicho, debe aplicarse en su integridad. Por ello, las reglas de la política de clemencia recogida en los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007 no son aplicables.

QUINTO: Resta por analizar la cuestión relativa a la proporcionalidad de la multa cuya cuantía, según se indica en la resolución recurrida fue de 901.550,67 euros, es decir, la máxima posible de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 10/1989 .

La resolución justifica esta severidad señalando que el ámbito geográfico de la infracción era la provincia de Santa Cruz de Tenerife, mientras que las infracciones cometidas por las asociaciones de taxistas eran de ámbito geográfico municipal, por lo que se aplicó una reducción del 50% sobre el tipo máximo de la infracción del 10%.

En este extremo debemos mostrar nuestra conformidad con la calificación de desproporcionada que hace la recurrente.

En primer lugar, el ámbito geográfico de la infracción no es provincial, pues la provincia de Santa Cruz de Tenerife está integrada por cuatro islas: Tenerife, La Palma, La Gomera y El Hierro, mientras que en la resolución recurrida la infracción se limita a las islas de Tenerife y La Gomera, por lo que la dimensión del mercado afectado, elemento decisivo de la imposición de la sanción en su grado máximo, es menor a la indicada en la resolución.

En estas circunstancias y dado que no concurren en este caso circunstancias atenuantes ni agravantes, no encontramos razón alguna para establecer un criterio distinto al seguido por la propia resolución respecto de las asociaciones de taxistas en lo que la imposición de la sanción respecta. Por ello, reducimos la sanción en un 50% y la fijamos en 450.000 euros.

SEXTO : De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede realizar un especial pronunciamiento sobre las costas devengadas.

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



FA LLO

Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado en lo que a la cuantía de la sanción respecta, fijándola en 450.000 euros. Sin costas.

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 28/06/2017 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ