



Roj: **SAN 1757/2014 - ECLI: ES:AN:2014:1757**

Id Cendoj: **28079230062014100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/04/2014**

Nº de Recurso: **283/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de abril de dos mil catorce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Asociación Provincial de Agencias de Viajes de Santa Cruz de Tenerife**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Matilde Marín Pérez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de abril de 2013**, relativa sanción, siendo la cuantía del presente recurso 440.000 euros.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación Provincial de Agencias de Viajes de Santa Cruz de Tenerife, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Matilde Marín Pérez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de abril de 2013, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

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

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

**TERCERO** : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, denegado éste y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día ocho de abril de dos mil catorce.

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

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de abril de 2013, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 440.000 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

**SEGUNDO** : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

*"PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , de la que es responsable la Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife (APAV) consistente en la elaboración de listados de precios recomendados a sus asociadas para las excursiones regulares en la provincia de Santa Cruz de Tenerife desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 30 de abril de 2011.*

*SEGUNDO.- Imponer a la Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife (APAV) una sanción de 400.000 € (cuatrocientos mil euros), como autora de la citada conducta infractora.*

*TERCERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , de la que son responsables a la Asociación Profesional de Guías de Turismo de Tenerife (APIT) y la Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife (APAV), consistente en la fijación de tarifas de los guías turísticos para las excursiones a realizar entre la Isla de Tenerife y la Isla de La Gomera, en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho SEXTO de esta Resolución.*

*CUARTO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de dicha conducta infractora:*

*- a la Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife (APAV) una sanción de 40.000€ (cuarenta mil euros)..."*

**TERCERO** : De la descripción que la Resolución realiza de la recurrente, destacamos:

*"Asociación Provincial de Agencias de Viajes de Santa Cruz de Tenerife (APAV), es una asociación constituida oficialmente el 4 de mayo de 1977, de acuerdo con la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, con el objetivo de ser órgano empresarial regulador y defensor de las actividades del colectivo de agencias de viajes (CNAE 7911).*

*Cuentan con una página web (<http://www.apavtenerife.com>), de la que se destaca el siguiente contenido:*

*"Los comienzos de la Asociación Provincial de Agencias de Viajes de Santa Cruz de Tenerife (A.P.A.V.), han sido a través de la agrupación de un reducido número de agencias de viajes, constituyéndose, oficialmente, el día 4 de Mayo de 1977, de acuerdo con la Ley 19/1977, con el objetivo de ser órgano empresarial regulador y defensor de las actividades del colectivo (...).*

*Progresivamente, la Asociación ha experimentado un notable crecimiento en el número de Asociados, que ronda en la actualidad unas 52 agencias de viajes centrales, con un número de puntos de venta aproximado de 90, incluyendo importantes empresas representantes de los Tour-Operadores de mayor contingencia.*

*Así mismo, contamos con importantes empresas del sector que colaboran con la Asociación como Miembros Adheridos y que esperamos incrementar en un futuro próximo.*

*Durante todos estos años, la Asociación ha trabajado siempre por el buen desarrollo de nuestro sector, ofreciendo a sus asociados numerosos servicios y velando por sus intereses.*

*En la actualidad, la APAV está experimentando un amplio proceso de renovación, intentando adaptarse a la situación actual del mercado y a las nuevas tecnologías, siempre con el ánimo de esforzarnos en ofrecer el mejor servicio y atender todas las demandas de nuestros asociados, pretendiendo perfeccionar la profesionalidad del sector."*

Respecto del mercado relevante se afirma:

*"Los sectores afectados por las conductas analizadas son el de las agencias de viajes y el de los guías de turismo, quedando delimitados geográficamente a la provincia de Santa Cruz de Tenerife, por ser el ámbito territorial de actuación de ambas Asociaciones y el de los acuerdos suscritos."*

En cuanto a los hechos probados concernientes a la recurrente, y en lo que interesa:

*"Al menos desde el año 2007, la Junta Directiva de APIT Tenerife ha negociado anualmente con APAV en los primeros meses del año, las tarifas a aplicar en la temporada siguiente, tal y como queda recogido en las actas de las reuniones de dicha Junta, siguientes:*

*- Acta de la reunión de la Junta Directiva de APIT, celebrada el 15 de enero de 2007, donde consta lo siguiente (folios 265-266):*

*"Tarifas: Sabemos que el 2% del IPC es lo negociable y también es conveniente hablar de otras cuestiones:*

*(..) Hacer hincapié en que nosotros sí colaboramos con APAV, como por ejemplo en las tarifas más económicas para las agencias de su grupo que a los que solicitan nuestros servicios fuera del mismo."*



- Acta de la reunión de la Junta Directiva de APIT, celebrada el 16 de enero de 2008, donde consta lo siguiente (folio 267):

"1) TARIFAS: A negociar este mismo día con APAV a las 19.40 en el Hotel [XXX].

Nuestra propuesta será la siguiente: promediando entre el IPC Subyacente y el IPC Interanual, y, teniendo presente que no hemos SIGNADO ninguna cláusula de Revisión Salarial, propondremos incrementar un 3,6%, de esta manera quedaría la tarifa:

BASE: 1 idioma 86,25 €. 2 idiomas 94,53 €. 3 idiomas 109,07 €

Pax. 0,80 €. hora extra 11,90 €. hora extra F. 17,35 €

1/2 día 60 €. percepción adicional 20 pax. 11,86 €."

- Acta de la reunión de la Junta Directiva de APIT, celebrada 16 de marzo de 2009, donde consta lo siguiente (folio 274):

"CUARTO: recibimos correo de APAV solicitando respuesta respecto a las tarifas 2009-2010. Respondemos por la misma vía dando cuenta de nuestra reunión de junta directiva, así como, de la decisión tomada en la pasada Asamblea General Extraordinaria de incrementar el 1,6% del IPC canario."

- Acta de la reunión de la Junta Directiva de APIT, celebrada el 11 de enero de 2010, donde consta lo siguiente (folios 278-281):

"Octavo.- Tarifas:

El 23 de enero a las 10.00h se tomará un primer contacto con el Sr [XXX] en la sede de APAV, donde se le comunicará que las AA VV no respetan las tarifas, es decir que infringen el acuerdo entre APAV y APIT y todas las incidencias que conllevan este tema.

Definitivamente hay que cambiar las tarifas para los cruceros ya que los guías no viven en S/C, se tienen que desplazar del Sur o del Norte, tiene que madrugar y encima cobran muchísimo menos que en otras islas. Se le hablará de que los guías no miembros de APIT están trabajando más que los miembros de la asociación y esto no es lo acordado, ya que se dijo que la máxima prioridad la tienen los guías de APIT por lo tanto pediremos que repartan las excursiones más entre los asociados. También denunciar que estos guías llegan a acuerdos con las AA VV para bajar las tarifas y cobran las comisiones en las paradas comerciales.

Hay que cambiar el cálculo de las tarifas, paralelo al beneficio, es decir, si la agencia lo duplica o lo triplica que pague al guía en función al aumento, igual que si no tiene rentabilidad el guía le cobra el mínimo. (..)

8.1.- Modificación de las tarifas de APIT para el año 2010:

Tarifa Guía APIT

Servicio día completo (8 horas) 215 € 200 € 15 €

Servicio 1/2 día (4 horas) 150 € 140 € 10 €

Traslados 110 € 100 € 10 €

Traslados (ida + vuelta) 150 € 140 € 10 €

Estas tarifas siguen sin suplementos por nocturnidad, festividad o idiomas (...)."

Tal y como se recoge en las Actas de las Asambleas Generales de APIT celebradas anualmente, en estas reuniones se debaten las tarifas negociadas con la Junta de Gobierno de APAV y se aprueban, en su caso, las mismas, en los siguientes términos:

- Acta de la Asamblea General Ordinaria de APIT, celebrada el día 5 de abril de 2008, donde consta lo siguiente (folios 268-269):

Punto CUARTO: "Informe Tesorería y Tarifas. (...)

TARIFAS: Las tarifas vienen siendo negociadas desde el mes de enero 2008. APAV propone un 2,9 % o un 3% y al final en algunos puntos se ha llegado a un 3,6%. Se reparte tabla de tarifas entre los asistentes."

- Acta de la Asamblea General Extraordinaria de APIT, celebrada el 16 de febrero de 2009, donde consta lo siguiente (folios 272- 273):

Punto TERCERO: "tarifas.- la vicepresidenta expone los detalles de la reunión mantenida con APAV el 16-01-09 para la negociación de las tarifas 2009-2010.



1º) proponen, dadas las dificultades que vivimos en tiempos de crisis, no van a incrementar el precio de las excursiones a sus clientes, por lo tanto, pretende aplicar la misma medida a las tarifas APIT, es decir, CONGELACIÓN de tarifas.

2º) para las excursiones entre 17 y 25 pax. Proponen una tarifa consensuada, aún por determinar.

3º) petición a todos los guías que trabajen para APAV del correspondiente Seguro Autónomo.

La propuesta de APIT se mantendrá en el IPC canario, que está en el 1,6%."

Procedemos a la votación tarifas 2009-2010: votos a favor.- 30.

Votos en blanco.- 1

Se aprueba por unanimidad la negociación del 1,6% para tarifas 2009-2010."

- Acta de la Asamblea General Ordinaria de APIT, celebrada el 17 de abril de 2010, donde consta lo siguiente (folios 275-277):

"5.- Tarifas:

Se han mantenido las tarifas para la temporada 2010/11. Según nuestra abogada ha sido un logro ya que el IPC sigue en negativo y conforme están las cosas podría haber disminuido pero no ha sido el caso con lo cual es un éxito. Se negoció individualmente las tarifas para los cruceros donde se pidió que fueran simplificadas y equiparadas con el resto de Canarias, de momento se mantienen pero nos sentaremos más adelante a negociar dichas tarifas ya que están asimilando que no se corresponden con lo habitual.

APIT Tenerife es ahora quién les ayuda ya que si están las cosas mal pues nos adaptamos pero si se gana también queremos ganar. Hemos exigido que se cumpla la prioridad miembros de APIT y hemos propuesto el diseño de un modelo de factura para que se nos diferencie del resto y empiecen a contar más con nosotros."

- En relación con el acuerdo para la temporada 2011-2012 o, en su caso, la circunstancia de que no se procedió a su aprobación, APIT comunicó que el "acta de la asamblea general de 2011 está pendiente de ratificarse por la próxima asamblea (...). No obstante, y sin perjuicio de que sea ratificada se decidió no continuar con el sistema que se había llevado hasta la fecha."

Conforme al artículo 17 de los Estatutos de APIT, "La Asamblea General es el Órgano soberano de gobierno y representación de la ASOCIACIÓN y estará constituida por la totalidad de sus miembros." En relación a la validez de los acuerdos, el artículo 28 que "Las votaciones que se efectúen en el seno de la ASOCIACIÓN, se resolverán siempre, por mayoría simple, salvo en aquellos casos en que estos Estatutos exijan una mayoría cualificada o ésta venga prevista en la Ley con carácter general. Cada asociado tendrá derecho a un voto."

Respecto a los acuerdos, se afirma:

"Una vez negociadas las tarifas entre APIT y APAV y aprobadas por la Asamblea General de APIT, éstas se plasman anualmente en un acuerdo que será de aplicación desde el 1 de mayo del año en que se firma el acuerdo hasta el 30 de abril del año siguiente, en el que además de fijar las tarifas, se establecen las condiciones para la prestación de diversos servicios: "día completo", "medio día", "servicio sueltos", "servicios nocturnos", "anulación del servicio", bonificaciones aplicables a los niños, etc. Asimismo, los acuerdos prevén el intercambio de "una lista actualizada de todos sus asociados, notificándose las altas y bajas que se produzcan, a fin de que éstos puedan beneficiarse de las condiciones del pacto" (cláusula Tercera), y la celebración de reuniones, que incluye una preparatoria del acuerdo siguiente: "Se acuerda, por parte de ambas Asociaciones, mantener tres o cuatro reuniones cada año, al objeto de realizar un mayor intercambio de opiniones e ideas, que redunden en mejorar aquellas cuestiones que favorezcan a los dos colectivos implicados. Además se determina que en la reunión, que pueda tener lugar alrededor de mediados del mes de Noviembre, se dará comienzo a las negociaciones de las tarifas que serán fijadas en el Acuerdo siguiente." (Cláusula Quinta) Constan en el expediente los siguientes acuerdos de fijación de tarifas entre APIT y APAV para las excursiones a realizar desde la isla de Tenerife a la de La Gomera:..."

Estos acuerdos comprenden las temporadas 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010, 2010-2011, 2011-2012.

En relación a la actuación de la recurrente, respecto a los acuerdos:

"Por su parte, una vez firmados los acuerdos anteriores, APAV procede a ratificarlos en Asamblea General, en los términos que a continuación se exponen:

- Acta de la Asamblea General Ordinaria de APAV, celebrada el día 2 de junio de 2007, donde consta lo siguiente (folios 255- 270):

"Punto 5º: "En el mes de enero, se ha mantenido un único encuentro con APIT, para llegar a un acuerdo rápido de las condiciones económicas que pasarían a estar vigentes a partir del 1 de mayo del presente año hasta el 30 de abril del próximo. Se aplicó un incremento lineal del 2%, sobre los precios actuales." (...)

Punto 8º: "Se pasa a detallar los Acuerdos tomados durante este año, para su aprobación, siendo estos: (...) b) Acuerdo firmado con A PIT, válido desde el 01.05.07 hasta 30.04.2008 (...)

No existe ningún voto ni apreciación en contra, que se aprueban todos ellos."

- Acta de la Asamblea General Ordinaria de APAV, celebrada el día 21 de junio de 2008, donde consta lo siguiente (folios 271- 285):

Punto 5º: "(...), se ha mantenido un encuentro con APIT, al objeto de negociar las tarifas y condiciones del Acuerdo, que cada año firmamos con este colectivo de guías de turismo, llegando a un rápido acuerdo de aplicar una subida, lineal, del 3% sobre los precios que estarían vigentes hasta el 30 de abril de 2008."

Punto 8º: "Se pasa a detallar los Acuerdos tomados durante este año, para su aprobación, siendo estos: (...) b) Acuerdo firmado con APIT, válido desde el 01.05.08 hasta 30.04.2009 (...)

No existe ningún voto ni apreciación en contra, que se aprueban todos ellos."

- Acta de la Asamblea General Ordinaria de APAV, celebrada el 25 de julio de 2009, donde consta lo siguiente (folios 286-308):

Punto 6º: "El [Sr. [XXX]] pasa a comentar que, durante este Ejercicio se han firmado los siguientes Acuerdos: (...) C) Acuerdo con Guías de Turismo para el mismo periodo.

Quedan aprobados todos los acuerdos adoptados."

- Acta de la Asamblea General Ordinaria de APAV, celebrada el 18 de septiembre de 2010, donde consta lo siguiente (folios 309-335):

Punto 4º: "Tarifas de guías, vigentes desde el (01-05-2010 al 30-04-2011), igualmente se mantienen los precios."

Punto 7º: "Como es preceptivo se exponen los acuerdos adoptados para su ratificación:

(..) Aprobación de Tarifas de APIT, que recoge las tarifas de guías de turismo, para el periodo comprendido entre: 01-05-2010/30- 04-2011. (...)

Llegados a este punto, se ratifican por unanimidad todos los acuerdos."

- En el Acta de la Asamblea General Ordinaria de la APAV, celebrada el 12 de noviembre de 2011, no se hace mención alguna del acuerdo con APIT para la temporada 2011-2012. A este respecto, APAV informó que "en ninguna de las Actas correspondientes a las Asambleas Generales del año 2011 figura acuerdo alguno relativo a (...) Guías de Turismo, Taxis y excursiones, puesto que, (...) la Asociación Provincial de Agencias de Viajes de Santa Cruz de Tenerife adoptó la decisión de suspender cualquier actuación relativa a todos estos asuntos hasta que se clarifique definitivamente esta situación, habiéndosele así comunicado a los asociados."

De acuerdo con el artículo 12 de los Estatutos de APAV, la Asamblea General es el "órgano supremo de la voluntad de la Asociación" y estará compuesta por "la totalidad de los asociados que, en igualdad de deberes, gozarán de los mismos derechos."

Respecto a la recomendación de precios por parte de la actora:

"Según consta en cada una de las Actas de las Asambleas Generales anuales de APAV correspondientes a los años 2007, 2008, 2009 y 2010, a propuesta de la Junta Directiva de dicha Asociación, se ratificó, para cada temporada, el listado de los precios recomendados para las excursiones regulares. En dichos listados se especifican los precios de venta al público (P.V.P.) de diversas excursiones, clasificadas según su duración (día completo, medio día y nocturnas), detallándose en algunas de ellas el objeto de la excursión o el servicio que incluye el precio ("sólo bus"; "show"; "cena/show"; "conductor/almuerzo"; "sin guía", etc.):..."

**CUARTO** : La Resolución impugnada, al analizar la conducta señala:

"En el presente expediente sancionador el SCDC ha investigado y valorado dos conductas: i) La suscripción de acuerdos por parte de la Asociación Profesional de Guías de Turismo de Tenerife (APIT) y de la Asociación Provincial de Agencias de Viaje (A.P.A.V.) de Santa Cruz de Tenerife para la fijación de precios y de otras condiciones de los servicios de los guías turísticos en las excursiones a realizar desde la isla de Tenerife a la de La Gomera, y ii) la aprobación de precios de venta al público recomendados por parte de la Asociación Provincial de Agencias de Viaje (A.P.A.V.) de Santa Cruz de Tenerife, para las excursiones regulares ofrecidas por sus asociados.

A continuación se contienen las siguientes reflexiones sobre la conducta:

*"El Consejo considera que está suficientemente acreditado en este expediente, tal como se refleja en los hechos probados de esta Resolución, que APIT y APAV de Santa Cruz de Tenerife acordaron sucesivamente, para las temporadas turísticas 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010 y 2010/2011, la fijación de precios y de otras condiciones de los servicios de los guías turísticos en las excursiones a realizar desde la isla de Tenerife a la de La Gomera.*

*También considera acreditado, y así se recoge en los hechos probados de esta Resolución, que APAV de Santa Cruz de Tenerife elaboró y aprobó, para las mismas temporadas turísticas relacionadas en la anterior conducta, listados de precios de venta al público recomendados para las excursiones regulares ofrecidas por sus asociados...*

*Con la primera de las conductas infractoras, la fijación de precios y otras condiciones de la prestación de servicios de guía de turismo, de la que son responsables APIT y APAV, ambas asociaciones propician un comportamiento uniforme por parte de sus asociados, con independencia del grado de cumplimiento que finalmente se produzca. Por parte de APIT, la conducta, al reducir la incertidumbre sobre precios a aplicar por sus asociados, competidores entre sí, limita el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de prestación de servicios de guía de turismo. Para APAV, la conducta elimina la incertidumbre de sus asociados respecto del coste de un input, el servicio de guía, incluido en el coste total de sus excursiones.*

*La segunda de las conductas infractoras, la elaboración, aprobación y difusión entre sus asociadas de listados de precios recomendados para las excursiones regulares, de la que es responsable APAV, tiene como finalidad, no discutida por la asociación en sus alegaciones, propiciar un precio uniforme de las excursiones, eliminando el libre juego de la competencia entre agencias de viaje competidoras. En esta línea, la primera de las conductas, el acuerdo para la fijación de precios de los guías de turismo, de la que también es responsable APAV, es un elemento necesario para la consecución del objetivo de esta segunda, en tanto que hace uniforme para todas las agencias un componente del precio final de las excursiones, como ya se ha expresado."*

Respecto a la calificación de la conducta:

*"Como ha señalado en Resoluciones anteriores este Consejo y los tribunales han confirmado, el artículo 1 de la LDC tipifica una infracción de resultado o ilícito objetivo, por cuanto la infracción administrativa tendrá lugar cuando se produzca o pueda producir un resultado lesivo para la competencia con independencia de que éste haya sido el fin buscado. En este sentido se ha manifestado, por ejemplo, la Audiencia Nacional en el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia de 10 de noviembre de 2010 recaída en el recurso 06/637/2009 (expediente CNC S/0044/08 PROPOLLO), "(...) ello no es óbice a que la conducta sea por su naturaleza objetivamente restrictiva de la competencia, (...), ya que la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa -claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente-, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida"(el subrayado es de la Sentencia). (En equivalente sentido, STPI de 12 de julio de 2001 en los asuntos acumulados T-202, 204 y 207/98, STJUE de 5 de abril de 2006, asunto T-279/02).*

*En lo referente a los efectos de las conductas analizadas, que serán tenidos en cuenta en el cálculo de la sanción, la falta concreta de su acreditación no impide mantener la presunción de que se han producido, asociada al carácter de restricción anticompetitiva por objeto de la conducta imputada. Por otra parte, si la conducta no hubiese tenido efectos, es difícil entender que APIT y APAV llevasen a cabo los acuerdos a lo largo de cuatro años, desde mayo de 2007 a abril 2011, y que APAV realizase sus recomendaciones de precios durante el mismo periodo.*

*Sobre la importancia de acreditar efectos, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de febrero de 2013 recaída en el recurso 06/298/2011 (expediente CNC S/107/08 PLATAFORMA DEL MEJILLÓN) viene a reforzar la doctrina sobre "restricciones por objeto" en el sentido de dotar de irrelevancia, a efectos de tipicidad, a la ejecución o efectos de los acuerdos: "... dada la configuración legal del tipo infractor tanto en el derecho nacional como en el comunitario, no es relevante para que el mismo se complete que los acuerdos hayan sido o no implementados y hayan sido o no seguidos por la totalidad o por una parte de las empresas asociadas. Como ha señalado el Tribunal Supremo lo relevante para la concurrencia del elemento subjetivo de estas infracciones es la capacidad o aptitud de la conducta para producir efectos anticompetitivos, efectos que por otra parte, como establece el acuerdo impugnado, han tenido lugar, si bien con diferente intensidad y en diferentes periodos de tiempo."*

*Los Hechos Acreditados en este expediente y relacionados en esta Resolución no son objeto de controversia por parte de las dos asociaciones imputadas. "*



**QUINTO** : Alega la recurrente, en primer término, la nulidad de la Resolución impugnada, al fundarse en pruebas obtenidas ilícitamente.

Según su interpretación, el artículo 49 de la Ley 15/2007 , implica la apertura del procedimiento desde que el Servicio tiene noticias de los hechos constitutivos de la infracción. Entiende también que la petición de información solo puede venir referida a los hechos conocidos por el Servicio.

El citado artículo 49, dispone:

*"1. El procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de Investigación, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o bien por denuncia. Cualquier persona física o jurídica, interesada o no, podrá formular denuncia de las conductas reguladas por esta Ley, con el contenido que se determinará reglamentariamente. La Dirección de Investigación incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificará a los interesados el acuerdo de incoación.*

*2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador..."*

El segundo párrafo del precepto autoriza claramente a realizar una información reservada previamente a la incoación del expediente. Por ello, no es necesaria la inmediata apertura del expediente ante una noticia de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción, ya que la Dirección (hoy Servicio) podrá hacer uso de la facultad que le concede el párrafo segundo.

En cuanto a la petición de información, los hechos a los que se refiere, tienen conexión con los hechos de que había tenido noticia el Servicio a través de la pagina web, porque venían referidos a otros acuerdos semejantes.

Respecto de la calificación jurídica de esta conducta, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007 :

*"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

El artículo 101 del TFUE :

*"1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

- a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."*

La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. También lo es la recomendación colectiva, que puede tener uno o más sujetos emisores, y una pluralidad de receptores. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración



de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

Pues bien, al margen de que no es comprensible una conducta de acordar o recomendar precios, si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformarlos y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que la conducta imputada tenía aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir, que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 .

Se solicita por la actora que se aplique lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 15/2007 . Este precepto establece:

*"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."*

El artículo 2 del Real Decreto 261/2008 dispone:

*"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..."*

El Tribunal de Justicia, afirmaba en su sentencia de 13 de diciembre de 2012 :

*"Sobre la cuestión prejudicial*

*14 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 101 TFUE, apartado 1 , y 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que 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.*

*15 Procede recordar que, con arreglo al artículo 101 TFUE , apartado 1, serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.*

*16 Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, un acuerdo entre empresas no está comprendido en la prohibición de esta disposición cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante ( sentencias de 9 de julio de 1969, Völk, 5/69, Rec. p. 295, apartado 7 ; de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 77; y de 21 de enero de 1999, Bagnasco y otros, C-215/96 y C-216/96, Rec. p. I-135, apartado 34, y de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado, C-238/05, Rec. p. I-11125, apartado 50).*

*17 Así pues, para estar comprendido en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE , apartado 1, un acuerdo entre empresas debe tener por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y poder afectar al comercio entre los Estados miembros ( sentencias de 24 de octubre de 1995 , Bayerische Motorenwerke, C-70/93, Rec. p. I-3439, apartado 18; de 28 de abril de 1998 , Javico, C-306/96, Rec. p. I-1983, apartado 12 , y de 2 de abril de 2009 , Pedro IV Servicios, C-260/07 , Rec. p. I-2437, apartado 68).*

*18 En lo que atañe a la función de las autoridades de los Estados miembros dentro de la observancia del Derecho de la Unión en materia de competencia, el artículo 3, apartado 1, primera frase, del Reglamento nº 1/2003 establece un estrecho vínculo entre la prohibición de las prácticas colusorias por el artículo 101 TFUE y las correspondientes disposiciones del Derecho nacional de la competencia. Cuando la autoridad nacional de competencia aplique las disposiciones del Derecho nacional que prohíben las prácticas colusorias a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros en el sentido de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE , dicho artículo 3, apartado 1, primera frase, impone que asimismo se le aplique, de forma paralela, el artículo 101 TFUE ( sentencia de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros, C-17/10 , Rec. p. I-0000, apartado 77).*

19 Con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, la aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de tales acuerdos si no restringen la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1.

20 De ello se desprende que las autoridades de competencia de los Estados miembros sólo podrán aplicar las disposiciones de Derecho nacional que prohíban las prácticas colusorias a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros en el sentido del artículo 101 TFUE, si este acuerdo es una restricción sensible de la competencia en el mercado interior.

21 El Tribunal de Justicia ha declarado que la existencia de tal restricción ha de apreciarse en función del marco real en el que se sitúe el acuerdo (véase la sentencia de 6 de mayo de 1971, Cadillon, 1/71, Rec. p. 351, apartado 8). Procede examinar particularmente el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe (véase la sentencia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, Rec. p. I-9291, apartado 58). Procede tomar igualmente en consideración la naturaleza de los bienes o de los servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes (véase, en este sentido la sentencia Asnef-Equifax y Administración del Estado, antes citada, apartado 49).

22 En el marco de su examen, el Tribunal de Justicia ha considerado, en particular, que un acuerdo de exclusiva, aun acompañado de una protección territorial absoluta, tan sólo afecta al mercado de manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en ese mercado (véanse las sentencias antes citadas Völk, apartado 7, y Cadillon, apartado 9). Sin embargo, en otros casos, no se ha basado en la posición de los interesados en el mercado pertinente. Así, en el apartado 35 de la sentencia Bagnasco y otros, antes citada, estimó que un acuerdo entre los miembros de una asociación bancaria que excluía la facultad de aplicar un tipo de interés fijo en relación con la apertura de un crédito en cuenta corriente, no puede ejercer una influencia restrictiva sensible en el juego de la competencia, puesto que la variación del tipo de interés depende de elementos objetivos, tales como las variaciones producidas en el mercado monetario.

23 De los puntos 1 y 2 de la Comunicación de minimis resulta que la Comisión pretende establecer, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE y de la jurisprudencia citada en los apartados 16 y 17 de la presente sentencia.

24 En lo que atañe a la redacción de la Comunicación de minimis, su carácter no vinculante para las autoridades de competencia y para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, se subraya en la tercera frase de su punto 4.

25 Además, en las frases segunda y tercera del punto 2 de dicha Comunicación, la Comisión precisa que los umbrales de cuotas de mercado utilizados establecen unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 101 TFUE, pero que esta definición negativa del carácter sensible de tal restricción no implica que los acuerdos entre empresas que superen estos límites restrinjan la competencia de forma sensible.

26 Asimismo, a diferencia de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO 2004, C 101, p. 43), la Comunicación de minimis no contiene mención alguna en la que se haga constar la existencia de declaraciones de las autoridades de competencia de los Estados miembros según las cuales éstas reconocen los principios de dicha Comunicación y se comprometen a respetarlos.

27 De los objetivos perseguidos por la Comunicación de minimis, según se mencionan en su punto 4, resulta que ésta no pretende vincular a las autoridades de competencia ni a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

28 En efecto, de este punto se desprende, por un lado, que la referida Comunicación pretende exponer el modo en que la Comisión, actuando como autoridad de competencia de la Unión, aplicará el artículo 101 TFUE. En consecuencia, mediante la Comunicación de minimis, la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de violar los principios generales del Derecho, en particular, la igualdad de trato y la protección de la confianza legítima (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 211). Por otro lado, pretende brindar una orientación a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar dicho artículo.

29 De ello se desprende, tal como el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar, que una comunicación de la Comisión, como la Comunicación de minimis, no es imperativa para los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2011, Pfeleiderer, C-360/09, Rec. p. I-0000, apartado 21).



30 Así, dicha Comunicación se publicó en el año 2001 en la serie C del Diario Oficial de la Unión Europea, la cual, a diferencia de la serie L de éste, no tiene por objeto publicar actos jurídicamente vinculantes, sino sólo informaciones, recomendaciones y dictámenes relativos a la Unión (véase, por analogía, la sentencia de 12 de mayo de 2011, *Polska Telefonía Cyfrowa*, C-410/09, Rec. p. I-0000, apartado 35).

31 De ello se deriva que, con el fin de determinar el carácter sensible o no de una restricción de la competencia, la autoridad de competencia de un Estado miembro podrá tomar en consideración los umbrales establecidos en el punto 7 de la Comunicación de *minimis* sin no obstante estar obligada a aplicarlos. En efecto, tales umbrales son únicamente algunos de los indicios que permiten a esta autoridad determinar el carácter sensible o no de una restricción en función del marco real en el que se sitúe el acuerdo.

32 En contra de lo que *Expedia* alegó en la vista, habida cuenta del tenor literal del punto 4 de la Comunicación de *minimis*, las diligencias emprendidas y las sanciones impuestas por la autoridad de competencia de un Estado miembro a empresas que participen en un acuerdo que no alcance los umbrales definidos en la referida Comunicación no pueden, como tales, vulnerar los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica.

33 Además, tal como puso de manifiesto la Abogado General en el punto 33 de sus conclusiones, el principio de legalidad de los delitos y las penas no exige que la Comunicación de *minimis* sea considerada como una norma jurídica vinculante por las autoridades nacionales. En efecto, las prácticas colusorias ya se hallan prohibidas por el Derecho primario de la Unión, a saber, por el artículo 101 TFUE, apartado 1.

34 En la medida en que *Expedia*, el Gobierno francés y la Comisión manifestaron dudas en sus observaciones escritas o en la vista sobre la afirmación del órgano jurisdiccional remitente de que era pacífico que el acuerdo controvertido en el asunto principal tenía un objeto contrario a la competencia, es preciso recordar que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del litigio principal es competencia del juez nacional (véase la sentencia de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 49 y jurisprudencia citada).

35 A continuación, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011, *KME Germany y otros/Comisión*, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y *KME Germany y otros/Comisión*, C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75).

36 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).

37 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.

38 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.

Costas

39 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

Los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 3, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE], 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 Europea en su Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 [CE ] (de minimis), siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición. "*

A los efectos que ahora nos interesan, hemos de destacar el siguiente párrafo de la sentencia:

*" 36 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)."*

La Comunicación de la Comisión 2001/C 368/07 declara:

*"3. Además es posible que los acuerdos no entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 porque no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de forma sensible. La presente Comunicación no se ocupa de esta cuestión. No se establecen criterios cuantitativos de lo que no constituye un efecto sensible sobre el comercio. Se acepta, sin embargo, que los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas, tal y como son definidas en el anexo de la Recomendación 96/280/CE de la Comisión(3), raramente pueden afectar al comercio entre los Estados miembros de forma sensible. De acuerdo con la versión en vigor de dicha Recomendación, pequeñas y medianas empresas son aquellas que emplean a menos de 250 trabajadores y que tienen o bien unos ingresos anuales no superiores a los 40 millones de euros o una cifra de balance total que no supera los 27 millones de euros.*

*4. En los casos que entren en el ámbito de la presente Comunicación, la Comisión no incoará un procedimiento, ni previa petición ni por iniciativa propia. Cuando las empresas entiendan de buena fe que un acuerdo reúne las condiciones de la presente Comunicación, la Comisión no impondrá multas. A pesar de que no tenga carácter vinculante para estas instancias, la presente Comunicación también pretende brindar una orientación a los tribunales y autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar el artículo 81.*

*5. La presente Comunicación también es aplicable a las decisiones de las asociaciones de empresas y a las prácticas concertadas...*

*7. La Comisión considera que los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81:*

*a) cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos entre competidores)(4); o*

*b) cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados (acuerdos entre no competidores).*

*En los casos en que resulte difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores, se aplicará el umbral del 10 %.*

*8. Cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares), los umbrales de cuota de mercado fijado en el punto 7 quedarán reducidos al 5 %, tanto en el caso de acuerdos entre competidores como de acuerdos entre no competidores. En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5 % no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado(5). Es improbable que exista un efecto acumulativo de exclusión si menos del 30 % de un mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares.*

*9. La Comisión también estima que los acuerdos no restringen la competencia si las cuotas de mercado del 10, 15 y 5 %, respectivamente, citadas en los puntos 7 y 8, registran un incremento inferior a dos puntos porcentuales durante dos años naturales consecutivos.*

*10. Para calcular la cuota de mercado, se ha de determinar el mercado de referencia. Éste consta del mercado de productos de referencia y del mercado geográfico de referencia. A la hora de definir el mercado de referencia,*

se tendrá en cuenta la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (6). Las cuotas de mercado se calcularán sobre la base de datos referentes a valor de las ventas o, en su caso, de las compras. Cuando estos datos no estén disponibles, otras estimaciones basadas en información fiable sobre el mercado, entre la que se incluyen datos referentes a volumen, podrán ser usadas.

11. Los puntos 7, 8 y 9 no se aplicarán a los acuerdos que contenga cualesquiera de las restricciones especialmente graves siguientes:

1) En lo que se refiere a los acuerdos entre competidores definidos en el apartado 7, restricciones que, ya sea de manera directa o indirecta y de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan por objeto(7):

- 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,..."

A la vista de la doctrina expuesta, hemos de concluir:

1.- La limitación del artículo 2 del Real Decreto 261/2008, no es contraria a la Ley, porque el artículo 5 de la Ley 15/2007, expresamente remite al desarrollo reglamentario, los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia. Y, los criterios establecidos en el reglamento son consecuentes con los planteamientos de la Comisión.

2.- En la Resolución impugnada se recoge la afirmación de la recurrente en su web, sobre sus dimensiones: "Progresivamente, la Asociación ha experimentado un notable crecimiento en el número de Asociados, que ronda en la actualidad unas 52 agencias de viajes centrales, con un número de puntos de venta aproximado de 90, incluyendo importantes empresas representantes de los Tour-Operadores de mayor contingencia." Los acuerdos y recomendaciones no pueden ser considerados de menor importancia dada la implantación de la actora en el mercado afectado.

Tratándose de asociaciones empresariales, como el caso de la actora, la delimitación del mercado y del impacto en él de la conducta ha de venir determinada por el ámbito de actuación de las asociadas, pues siendo una concertación de voluntades o una recomendación, todas las entidades asociadas se encuentran en el ámbito de la misma, al menos potencialmente.

No podemos afirmar que la potencial afectación a la libre competencia de los comportamientos enjuiciados sea insignificante.

Se afirma por la recurrente que, igualmente, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley 15/2007, que establece:

"3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, 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 alguna 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."

No concurre ninguno de los requisitos enumerados en el precepto. Señala la recurrente que en el ámbito de las agencias de viajes es necesaria la estabilidad de precios, pero ello no implica que sea necesario un acuerdo de precios o uniformidad en los mismos entre los distintos operadores económicos. Tampoco es necesaria la uniformidad de precios para asegurar un servicio de calidad. Bien al contrario, el comportamiento imputado tiende directamente a eliminar la competencia en los precios, con los consiguientes perjuicios para usuarios y potenciales competidores.

**SEXTO** : Respecto a la aplicación de la sanción, se señala en la demanda la procedencia de aplicar la exención del artículo 65 de la Ley 15/2007, y que, en todo caso, la sanción es desproporcionada.

El artículo 65 determina:

"1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:



a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o

b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a)..."

La documentación aportada por la actora no permitió ordenar el desarrollo de una inspección, pues los datos en base a los que se formuló la información reservada lo fueron los contenidos en la página web [http://www.dayli-tours.com/index\\_sp.html](http://www.dayli-tours.com/index_sp.html), como se recoge en la Resolución impugnada. Los datos se aportaron previo requerimiento del Servicio de Canarias de Defensa de la Competencia. Tampoco la recurrente fue la primera en aportar elementos de prueba que permitiesen comprobar la existencia de infracción. En realidad la investigación y comprobación tiene su origen en una página de Internet de acceso público. No concurren por ello los requisitos para aplicar la exención del artículo 65 antes transcrito.

Por las mismas razones no es de aplicación el artículo 66 de la Ley 15/2007 .

Se alega, como decíamos, que la sanción es desproporcionada.

El artículo 63 de la Ley 15/2007 establece:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

El artículo 10 de la Ley 16/1989 , que aplica la CNC en su Resolución, establece:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas (901.518,16 euros), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

La razón por la que la CNC aplica la Ley de 1989, se recoge en el fundamento jurídico tercero de la Resolución:

"Respecto de la sanción a imponer, el Consejo considera que, siendo APIT una asociación de profesionales y APAV una asociación de empresas, la norma más favorable en este caso es la Ley 16/1989 que en su artículo 10 determinaba que, en el caso de asociaciones, la multa por la realización de una conducta prohibida por el artículo 1 de la misma no podría superar la cuantía de 901.518,16 euros."

La recurrente no discute la aplicación de la Ley de 1989 como más favorable, pero señala la desproporción al imponer la sanción correspondiente a la recomendación colectiva, en el 50% de la máxima posible. Entiende igualmente que existe desproporción en la sanción de 40.000 impuesta por los acuerdos, cuando a la otra entidad concertada se impone la multa de 6.000 euros. Los razonamientos que se contienen en la Resolución respecto de este particular, son los siguientes:

"Respecto de la conducta consistente en la aprobación de listados de precios de venta al público recomendados por parte de APAV a sus asociados para las excursiones regulares que éstos ofrecen, a la vista de que la infracción es muy grave y de carácter continuado, que se ha realizado durante cuatro años, desde 2007 a 2011, y que de la denuncia formulada ante la CNC el 11 de junio de 2012 (Antecedente de Hecho 25), se deduce que hubo un seguimiento de la misma exigiendo, para formar parte de APAV, la aceptación de su política de precios para excursiones, el Consejo fija la sanción a APAV por esta conducta en 400.000€, cantidad que considera que permite mantener el equilibrio entre el efecto disuasorio y la proporcionalidad."



*Respecto de la conducta consistente en la suscripción de acuerdos por parte de APIT y de APAV para la fijación de precios y de otras condiciones de los servicios de los guías turísticos en las excursiones a realizar desde la Isla de Tenerife a la de La Gomera, a la vista de que la infracción es muy grave, de carácter continuado, cuya duración en el tiempo ha sido notablemente elevada, desde 2007 a 2011, de que no ha sido posible cuantificar efectos, y que se limita a excursiones entre las dos islas, el Consejo fija la sanción a APAV en 40.000€ y a APIT en 6.000€, y cantidades que considera que permiten mantener el necesario equilibrio entre el efecto disuasorio que debe tener toda multa respetando el principio de proporcionalidad."*

Respecto de la multa impuesta por la recomendación, es cierta la afirmación de la recurrente en cuanto a que la gravedad de la conducta responde a la calificación de la misma, y por ello determina la aplicación de las sanciones en abstracto no su graduación.

La Resolución no aprecia atenuantes ni agravantes, y por ello impone la sanción en su grado medio. Ahora bien, como se afirma en el fundamento jurídico Octavo de la Resolución, "*Este Consejo considera que concurre cuando menos negligencia en la realización de las conductas infractoras declaradas en el Fundamento de Derecho SEXTO de esta Resolución*", la imputación no se hace a título de dolo, y precisamente la publicidad en la página web que dio origen al expediente sancionador, indica una falta del elemento doloso que ha de tenerse en cuenta al graduar la sanción.

De las circunstancias establecidas en el artículo 10 de la Ley 16/1989, hemos de destacar la dimensión del mercado afectado y el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. La CNC no pondera estas circunstancias, cuando deberían haberlo sido, pues el mercado afectado es de muy escasa dimensión en la propia delimitación que realiza la CNC: "*Los sectores afectados por las conductas analizadas son el de las agencias de viajes y el de los guías de turismo, quedando delimitados geográficamente a la provincia de Santa Cruz de Tenerife, por ser el ámbito territorial de actuación de ambas Asociaciones y el de los acuerdos suscritos*" Afecta, pues, a una sola Isla de las que integran Canarias. Tampoco se han acreditado efectos, como se recoge en la propia Resolución, aunque se suponga en la misma que hayan existido. Ambas circunstancias habrían operado como atenuantes en la graduación de la sanción.

Pero, y fundamentalmente, hemos de considerar un elemento determinante en la graduación de la sanción. Ciertamente es que las sanciones han de tener un efecto disuasorio -éste se incluye en la finalidad de la norma sancionadora-, pero su importe no debe hacer inviable económicamente la asociación, empresa u operador económico al que se impone. Por ello los recursos económicos de las entidades sancionadas han de tenerse en cuenta en la fijación de la cuantía de la multa. Desde este punto de vista hemos de analizar los documentos aportados por la actora y que reflejan su situación económica. Destacamos del año 2012 el total activo, 1.780,08 euros, resultado de la explotación -5.073,43 euros. En 2013, el total activo es de 5.943,16 euros y el resultado del ejercicio 5.739,18 euros. Se aportan, también, movimientos de cuentas de los años 2012 y 2013 que se corresponden con las cifras anteriores. Con estos datos económicos, una sanción de 400.000 euros resulta notablemente desproporcionada. Podría argumentarse, que la asociación ha sido instrumento de las empresas asociadas y por ello habría de considerarse los recursos económicos de estas. Pero, en este caso, la CNC habría de probar la concertación entre las empresas asociadas - pues la asociación no operaría una recomendación propia, sino que serviría de instrumento a una concertación de empresas -, y, además, al margen de que la sanción correspondería a las empresas infractoras, el volumen de negocios de las empresas asociadas para fijar la sanción. Pero a estos aspectos no existe referencia en la Resolución impugnada.

Si se parte de la base de que la recomendación la realiza la asociación actora, y no se aportan datos de recursos económicos y responsabilidad de las entidades asociadas, necesariamente, uno de los elementos de la proporcionalidad, lo integra los recursos económicos de la asociación.

Ala vista de los datos expuestos hemos de concluir que la sanción de 400.000 euros es desproporcionada.

En cuanto a la sanción de 40.000 euros, a lo dicho hemos de añadir que, como señala la actora, existe una notable diferencia entre esta suma y la multa impuesta a la APIT en 6.000 euros, sin que se den razones concretas de esa diferencia, cuando ambas han concurrido a los acuerdos anticompetitivos. Una referencia genérica a "*... cantidades que considera que permiten mantener el necesario equilibrio entre el efecto disuasorio que debe tener toda multa respetando el principio de proporcionalidad*", no puede considerarse una justificación suficiente a esta diferencia.

Debemos apreciar desproporción en la sanción. Ahora bien, como para fijar la cuantía han de ponderarse elementos como recursos de las entidades asociadas, e incidencia en la graduación de la sanción de circunstancias como la dimensión del mercado afectado y el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, y tales datos y ponderación corresponde a la CNC (hoy CNMC), la Sala ha de acordar



la anulación de la sanción y retroacción de actuaciones, para que, motivando y respetando la proporcionalidad, se fije por el órgano administrativo de competencia la cuantía concreta de la multa.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

### FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Asociación Provincial de Agencias de Viajes de Santa Cruz de Tenerife**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Matilde Marín Pérez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de abril de 2013**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la multa impuesta, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en lo que a la cuantía de la multa se refiere, **ordenado** y retroacción de actuaciones, para que, motivando y respetando la proporcionalidad, se fije por el órgano administrativo de competencia la cuantía concreta de la multa, **confirmándola** en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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