



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. VSACAN/0017/11, GUÍAS TURÍSTICOS TENERIFE)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 20 de Noviembre de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el expediente sancionador VSACAN/0017/11, GUÍAS TURÍSTICOS TENERIFE, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de abril de 2013. (Expediente SACAN/0017/11 GUÍAS TURÍSTICOS TENERIFE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de Abril de 2013, el Consejo de la extinta CNC acordó por Resolución SACAN/0017/11 GUÍAS TURÍSTICOS TENERIFE, en relación con la Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife, lo siguiente:

“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)

- a la Asociación Profesional de Guías de Turismo de Tenerife (APIT) una sanción de 6.000€ (seis mil euros).

QUINTO.- Instar al Servicio Canario de Defensa de la Competencia, adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”

2. La Resolución del expediente SACAN/0017/11 GUÍAS TURÍSTICOS TENERIFE fue recurrida por la APAV ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, la cual apreció en su Sentencia 283/2013 de 21 de Abril de 2014 desproporción en las dos sanciones impuestas a la misma y acordó *“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.”*

FALLAMOS

(...) 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 (...).”

3. Con fecha 19 de Agosto de 2014, a la vista de lo dispuesto en la Sentencia 283/2013 de fecha 21 de Abril de 2014 de la Audiencia Nacional, la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de

Canarias solicitó información a la APAV respecto a sus recursos económicos correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior a la Resolución del expediente SACAN/0017/11, GUÍAS TURÍSTICOS TENERIFE, es decir, al año 2012.

Dicha Asociación aportó escrito de fecha 27 de Agosto de 2014, en contestación al requerimiento de información.

4. Con fecha 7 de Octubre de 2014, fecha de entrada en el Registro de la CNMC, la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias, al amparo del artículo 41 de la LDC, procede a la elevación de su Informe Propuesta de Ejecución de Sentencia de 26 de septiembre de 2014, para que por parte de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC se realice motivadamente el cálculo del importe de las nuevas multas a imponer a la APAV, en ejecución de la Sentencia 283/2013, de 21 de Abril de 2014, de la Audiencia Nacional.
5. Es parte interesada en el presente expediente sancionador:
 - ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE AGENCIAS DE VIAJE DE SANTA CRUZ DE TENERIFE (APAV).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En aplicación del artículo 41 de la LDC y del artículo 42 del R.D 261/2008, de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en relación con sus Disposiciones Adicionales Octava y Única, respectivamente, corresponde al órgano instructor de la Comunidad Autónoma de Canarias la vigilancia del cumplimiento de aquellas Resoluciones del Consejo de la CNMC (extinta CNC), recaídas sobre expedientes instruidos por dicho órgano instructor.

A este respecto, y según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, de 21 de Febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, *“en tanto las Comunidades Autónomas no hayan constituido sus respectivos órganos de defensa de la competencia, el Estado seguirá ejerciendo las competencias que le correspondan”*. En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, donde se ha puesto en funcionamiento únicamente el órgano instructor (el Servicio de Defensa de la Competencia adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias, en adelante SCDC), la resolución de los expedientes instruidos por dicho Servicio corresponde a la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de Junio, de Creación de la CNMC, y en el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por R.D. 657/2013, la competencia para resolver este

procedimiento, que incluye entre otras cuestiones la determinación de la cuantía de las multas, corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

La Sentencia 283/2013 de la Audiencia Nacional de 21 de Abril de 2014 antes referida dispone la anulación de la Resolución SA CAN/0017/11, GUÍAS TURÍSTICOS TENERIFE de fecha 24 de Abril de 2013 dictada por el Consejo de la extinta CNC en lo que a la cuantía de las multas impuestas a la Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife se refiere, y ordena la retroacción de actuaciones para que, motivando y respetando la proporcionalidad, se fije por el órgano administrativo de competencia la cuantía concreta de las multas.

En este sentido, dicha Sentencia señala en su Fundamento de Derecho Sexto, lo siguiente:

“(...) La Resolución no aprecia atenuantes ni agravantes, y por ello impone la sanción en su grado medio, (...) 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 acredita 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.

(...)Cierto 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.

A la 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. (...).”

TERCERO.- La Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, que es la ley de aplicación en este caso para la determinación de la sanción, establecía en su artículo 10 relativo a las *Multas sancionadoras* lo siguiente:

“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 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.

b) La dimensión del mercado afectado.

c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) 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.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

3. Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de pesetas (30.050,61 euros) a sus representantes legales, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvando su voto. (...)

En el Fundamento de Derecho Octavo, de la Resolución de la extinta CNC, relativo al Cálculo de la sanción se señala que “(...) dada la vigencia de la ley 16/1989 al inicio de la infracción y el beneficio de su aplicación para los infractores, la disposición aplicable para determinar la responsabilidad de las asociaciones infractoras en este expediente es el art. 10 de dicha Ley”.

Así mismo, se afirma que “(...) no cabe sino concluir que tanto APIT como APAV se han conducido en relación con las infracciones declaradas en este expediente omitiendo toda diligencia en la observación de la obligación que les impone el art. 1.1 de la LDC”, desestimando cualquier propuesta de aplicación de atenuante a la hora de determinar la cuantía de las multas, y se fijan las sanciones considerando que éstas “(...) permiten mantener el necesario equilibrio entre el efecto disuasorio que debe tener toda multa respetando el principio de proporcionalidad”.

CUARTO.- La Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2014 anula las dos sanciones impuestas por la CNC a la APAV mediante la Resolución de 24 de Abril de 2013, al considerarlas desproporcionadas teniendo en cuenta la situación económica de la actora que se desprende de los datos económicos aportados por ella.

Así pues, a la hora de calcular el importe de la sanción habrá que tenerse en cuenta, como ordena la Audiencia Nacional, los recursos económicos de la citada asociación,

así como ponderar el resto de los elementos y criterios señalados en la citada sentencia por la Audiencia Nacional, entre los que debemos mencionar:

- La falta de elemento doloso expreso en la imputación a APAV de las conductas infractoras declaradas, en cuya realización concurre, según la Resolución de la CNC, “*cuando menos negligencia*” (Fundamento de Derecho Octavo), lo que debe tenerse en cuenta al graduar la sanción.
- La ausencia de atenuantes y agravantes en la valoración de la extinta CNC.
- La escasa dimensión del mercado afectado (la provincia de Santa Cruz de Tenerife, ámbito territorial de actuación de ambas asociaciones y de los acuerdos suscritos) y la falta de acreditación de efectos por la Resolución de la CNC respecto a competidores efectivos o potenciales, otras partes en el proceso económico y consumidores y usuarios.
- El necesario efecto disuasorio de las sanciones, que explicita la norma aplicable, no debe hacer inviable económicamente la asociación, empresa u operador económico sobre la que se impone, teniendo en cuenta los recursos económicos de las entidades sancionadas de cara a la fijación de la multa.

De acuerdo con estos criterios, la Sala de Competencia, en aplicación del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, procede a fijar cuantía de las sanciones que debe imponer a la APAV, ponderando los siguientes elementos:

a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia:

Según la Resolución de 24 de abril de 2013 tanto la conducta de APAV -junto con APIT- consistente en acordar por parte de ambas asociaciones 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, como la conducta de APAV consistente en recomendar los precios para las excursiones turísticas a sus asociadas, constituyen sendas infracciones del artículo 1.1.a) de la LDC, en tanto que se trata de una fijación directa de precios y una recomendación de precios, sendas conductas calificadas como muy grave por el artículo 62.4 a) de la LDC.

b) La duración de la restricción de la competencia

La duración de las dos infracciones sancionadas es idéntica, desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 31 de abril de 2011, según recoge la Resolución de 24 de abril de 2013.

c) La dimensión del mercado afectado y la cuota de mercado de la empresa correspondiente.

Consta en la Resolución de 24 de Abril de 2013 la dimensión del mercado afectado por las infracciones sancionadas –excursiones en Tenerife- y la cuota de mercado de APAV en dicho mercado. En el Hecho Probado 2 de la Resolución se recoge que, según el SCDC (basándose en la Encuesta de Turismo Receptivo del Cabildo de Tenerife), el volumen total de negocios del mercado de las excursiones en la provincia de Santa Cruz de Tenerife ascendió en el año 2011, aproximadamente, a 93.969.494,69 Euros, correspondiendo a APAV una cuota del 28,64 % en dicho mercado al alcanzar sus empresas asociadas un volumen de negocios de 26.915.807,74 Euros en 2011. (volumen de negocio derivado de las excursiones realizadas en la provincia de Santa Cruz de Tenerife en el año 2011, calculada a partir de las cifras aportadas por las propias agencias de viajes asociadas a APAV).

d) Recursos económicos de APAV:

Según la información aportada por la APAV a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias sus datos económicos en 2012 (ejercicio inmediatamente anterior a la Resolución de 24 de abril de 2013) son los siguientes:

1) Importe neto de la cifra de negocios por “Prestaciones de servicios” contenido en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio 2012 de dicha Entidad: **37.304,07 euros** (folio 216).

2) Balance de Situación de Enero a Diciembre de 2012 (folios 214-217):

BALANCE DE SITUACIÓN 2012 (€)				
ACTIVO			PASIVO	
Activo no corriente		Activo corriente	Patrimonio neto	Pasivo Corriente
Inmovilizado intangible	Inmovilizado material			
1005	640,25	134,83	-5441,87	7221,95
1.780,08			1.780,08	

No obstante, como determinó la propia Audiencia Nacional en su Sentencia de 18 de enero de 2011 (recurso 3436/2009) *“El presupuesto anual de las entidades sancionadas no puede determinar en este caso una disminución del importe de la sanción ya que su dimensión económica no viene determinada por su presupuesto sino que debe tenerse en cuenta la capacidad económica de sus asociados siendo las oficinas de farmacia miembros de esas asociaciones las que contribuyen con sus cuotas al sostenimiento de las mismas las que soportaran de forma indirecta el pago de la multa. De otro modo se perdería el carácter disuasorio de la multa ya que si se aceptara el criterio del recurrente bastaría constituir una asociación con un limitado presupuesto por parte de entidades con superior capacidad económica para limitar el importe de las sanciones”*.

A la luz de todo lo anterior, las sanciones que corresponde imponer a la **Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife (APAV)** en ejecución de

la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2014, por las dos infracciones declaradas en la Resolución de la CNC de 24 de abril de 2013 asciende a:

- Una sanción de 12.000 euros, 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.
- Una sanción de 60.000 euros, 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.

Como expreso igualmente la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de enero de 2011 (recurso 62/2008): *“La Sala no considera que la sanción impuesta, en la cuantía de 70.000 euros, infrinja el principio de proporcionalidad, pues tal importe ha de ponerse en relación con la cantidad de 901.518,16 euros, que es límite superior establecido por el artículo 10.1 LDC para la sanción correspondiente a la infracción de la que el Colegio recurrente ha sido declarado responsable.*

Por tanto, la sanción impuesta al Colegio recurrente ha sido la prevista en la LDC para infracción cometida, en su tercio inferior o grado mínimo, e incluso cabe decir que la multa ha sido fijada en la cuarta parte de dicho grado mínimo, habiendo justificado la Resolución impugnada las circunstancias que ha tenido en cuenta, de un lado, la limitada extensión del mercado afectado, que se circunscribe a la provincia de Huelva, pero de otro lado, la circunstancia de que la recomendación ha llegado a ocasionar efectos perjudiciales a la competencia, influyendo en el comportamiento de los colegiados en la fijación de los precios de sus presupuestos”.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aceptación, La SALA DE COMPETENCIA del Consejo de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sesión de 20 de Noviembre de 2014,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Imponer a la Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife (APAV), en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2014 (recurso 283/2013), y en sustitución de las inicialmente impuestas en la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 24 de abril de 2013 (SA CAN/0017/11 GUÍAS TURÍSTICOS TENERIFE), las siguientes multas:

- una sanción de 12.000 € (doce mil euros), como autora de la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, 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.
- una sanción de 60.000 € (sesenta mil euros), como autora de la infracción del artículo 1 infracción 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.

Comuníquese esta Resolución a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias y notifíquese a la Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.