



Roj: **SAN 1981/2017 - ECLI:ES:AN:2017:1981**

Id Cendoj: **28079230062017100148**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/05/2017**

Nº de Recurso: **332/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000332 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04246/2014

Demandante: GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTE S.L.

Procurador: D. VICTORIO VENTURINI MEDINA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 332/14, seguido a instancia de **GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTE S.L.** representada por el Procurador de los Tribunales D. Victorio Venturini Medina, con asistencia letrada, como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de fecha 12 de junio de 2014, la cuantía se fijó en 68.632 €, e intervino como ponente la Magistrada D^a **ANA ISABEL RESA GÓMEZ**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO : Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala dictase sentencia, por la que se anule la resolución impugnada.

SEGUNDO : El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO: Da da por reproducida la prueba documental propuesta, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 10 de mayo de 2017, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la resolución dictada en fecha 12 de junio de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº S/0444/12, GEA, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsable de dicha infracción a GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES.

TERCERO.- imponer a la autora responsable de la conducta infractora una multa de 68.632 €.

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

SEGUNDO : Son datos fácticos para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1.- La incoación de este expediente deriva de la investigación realizada por la extinta Dirección de Investigación en el marco del expediente sancionador S/380/11, Coches de Alquiler, a distintas empresas en el sector del mercado de alquiler de coches sin conductor. En el transcurso de las inspecciones llevadas a cabo por ésta el 11 de enero de 2012, se tuvo acceso a determinada información según la cual, GEA habría podido incurrir en la práctica de conductas prohibidas por la LDC en el sector de la distribución minorista de viajes y servicios turísticos lo que, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, dio lugar a la incoación de expediente sancionador S/0444/12 por una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y en el artículo 1 de la LDC.

2.- A la vista de la información recabada, el 13 de marzo de 2012 se iniciaron, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, diligencias previas por posibles prácticas anticompetitivas en el sector de la distribución minorista de viajes y servicios turísticos. Y el 13 de abril de 2012, la antigua Dirección de Investigación acordó en el ámbito del expediente S/0380/11 Coches de alquiler, deducir testimonio de la documentación contenida en el DVD "GEA. CORREOS ELECTRONICOS", para la incorporación de dicha documentación a la información reservada DP/0011/12 y determinar, si dicha documentación pudiera constituir una infracción tipificada en la LDC que justificase la incoación de un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia.

3. El 26 de septiembre de 2012 la Dirección de Investigación llevó a cabo una inspección en la sede de GEA. Y el 26 de noviembre de 2012, remitió a GEA una solicitud de información que ésta respondió el 5 de diciembre de 2012.

4.- El 17 de diciembre de 2012, la entonces Dirección de Investigación, considerando la existencia de indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC acordó, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, la incoación de expediente sancionador S/0444/12 por una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y en el artículo 1 de la LDC, consistente en una recomendación para la limitación de la distribución minorista de viajes y paquetes turísticos ofrecidos por determinados proveedores mayoristas en el territorio español a través de las agencias de viajes independientes representadas por GEA.

5.- Tras la tramitación pertinente dicho expediente finalizó con la resolución sancionadora y disconforme con ello la actora formuló el presente contencioso.



En cuanto a las partes:

GEA es una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, constituida en 1994 por dos socios (personas físicas cónyuges) administradores solidarios -sin que haya habido cambios societarios desde su constitución-. De acuerdo con sus Estatutos Sociales, su objeto social lo constituye la promoción, representación e intermediación de empresas y productos turísticos. En particular, GEA presta servicios de intermediación a las agencias de viajes independientes que se adhieren al grupo a través de un contrato mercantil de representación o colaboración.

En diciembre de 2012, GEA estaba integrada por 502 agencias de viajes independientes y 707 puntos de ventas en España y Andorra. Además, están adheridas a GEA agencias de viajes independientes portuguesas y argentinas. En total, 1300 oficinas de viajes constituyen el Grupo GEA.

La red de agencias adheridas a GEA se sitúa en todo el territorio de la Península, así como en las Islas Baleares, Islas Canarias, Ceuta y Melilla, contando con Delegaciones Zonales en todo el territorio nacional.

TERCERO: La resolución impugnada, de acuerdo con la información que obra en el expediente y detallada en el Informe Propuesta de la Dirección de Competencia, recabada en las inspecciones realizadas así como de los requerimientos de información a GEA, a las agencias de viajes adheridas y a otras agencias, proveedores y mayoristas, sostiene que entre marzo de 2005 y septiembre de 2012, GEA adoptó decisiones de no venta de productos y servicios turísticos de determinados proveedores mayoristas así como de no firma de contratos individuales con determinados mayoristas. Tales decisiones se comunicaron a las agencias de viajes adheridas a GEA a través de correos electrónicos -enviados normalmente por GEA CENTRAL al Director Comercial con copia a todas las agencias adheridas a GEA-, recomendando y demandando la unidad de acción en el cumplimiento de tales decisiones, desactivando en la intranet las opciones de tales proveedores o exigiendo su cumplimiento bajo amenaza de adopción de medidas represivas, en particular la expulsión del grupo de gestión.

El Consejo considera que estas actuaciones son constitutivas de una infracción muy grave continuada del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la LDC .

CUARTO: Alega la actora como fundamento de su pretensión anulatoria, reiterando los argumentos que ya esgrimiera en vía administrativa.

- 1.- Falta de competencia resolutoria del Consejo de la Comisión que corresponde a la Sala de la Competencia.
- 2.- Falta de comisión de la infracción.
- 3.- Error en el cálculo de la sanción.
- 4.- Aplicación de la regla de minimis.
- 5.- Infracción del principio "non bis in ídem" y
- 6.- Vulneración el principio de seguridad jurídica.

QUINTO: En cuanto a la primera cuestión alegada debe señalarse que de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete "*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir , restringir y falsear la competencia*". El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de "*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*" y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, "*la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*".

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

La resolución ha sido adoptada por la Sala de Competencia y por los miembros de la misma, tal y como se señala en el encabezamiento de la propia resolución y se declara en el fundamento de derecho primero de la misma, por lo que no asiste razón al recurrente cuando alega que la referida resolución se ha dictado por un órgano incompetente sobre la base de expresiones que se utilizan en la misma, razones que avalan la desestimación del presente argumento.

SEXTO: Re specto del segundo motivo la actora señala que no es competidora ni con sus proveedores ni con las agencias de viajes minoristas, no habiendo intervenido en sus decisiones, como lo acredita que más del 50% de la facturación de las agencias de viajes asociadas no corresponda a mediación de GEA. Alega que no ha impedido que sus asociados puedan contratar por su cuenta con otros proveedores, incluidas las agencias de viajes mayoristas, por lo que en ningún caso, se ha podido impedir o afectar a la competencia.

No obstante dicho argumento tampoco puede prosperar porque la resolución señala expresamente que: *"En cualquier caso, tal como ha venido señalando la Dirección de Competencia a lo largo del procedimiento aquí resuelto, es importante indicar que el objeto de la presente Resolución no puede confundirse con la actividad negociadora desarrollada por GEA como grupo de gestión en nombre de agencias de viajes independientes adheridas a su red, ya que lo que aquí se sustancia es si determinadas decisiones adoptadas por GEA y de obligado cumplimiento para las agencias de viajes adheridas a GEA, ha supuesto para las agencias una ausencia de ese principio de libertad decisoria, en la medida en que la actuación de GEA pudo sustituir la autonomía de las agencias de viajes adheridas a GEA para decidir su propia política comercial, produciendo efectos restrictivos de la competencia, como la limitación de la distribución de productos y servicios turísticos ofrecidos por dichas agencias de viajes al consumidor final, mediante la recomendación e imposición de la decisión de no venta de los productos y servicios de determinados proveedores mayoristas a las agencias de viajes adheridas a GEA, al margen del perjuicio producido a los proveedores y mayoristas vetados por GEA."*

Dice la resolución impugnada:

"...los hechos acreditados en la presente Resolución, que no han sido desvirtuados en las alegaciones a la propuesta de resolución, demuestran que el papel de GEA dentro del grupo no era únicamente el de mero informador neutral de las negociaciones con los proveedores mayoristas, sino que además GEA en ocasiones dirigía y coordinaba las políticas de venta de las agencias adheridas a su Grupo, ya que sólo así puede entenderse toda una serie de indicaciones dirigidas a éstas solicitándoles y en ocasiones intimándoles, bajo la amenaza del expulsión del Grupo, a no vender los productos y servicios de determinados proveedores."

Es una demostración evidente de la conducta restrictiva llevada a cabo por GEA la existencia acreditada de una serie de decisiones dirigidas por la citada entidad a las agencias de viajes de no venta de los productos de los proveedores Rodhasol, Días Libres y Pullmantur, que ha supuesto una incontestable limitación de la distribución de los productos de las citadas empresas proveedores de productos turísticos, quedando de manifiesto en el caso del mayorista Pullmantur la existencia de una clara imposición del cumplimiento de las decisiones de no venta a todas las agencias de viajes independientes adheridas a GEA."

La acreditación de tales hechos ha quedado constatada por los siguientes documentos, que obran en el expediente:

Correo electrónico de 3 de marzo de 2005, enviado por el Director Comercial a las agencias de viaje adheridas, indicando que no vendiesen productos de PULLMANTUR ni firmasen acuerdos individuales con este proveedor.

A este correo, y hasta la realización de la inspección en la sede de GEA el 26 de septiembre de 2012, siguen otros de:

- 9 de marzo de 2005: del director general de GEA al director comercial para su remisión a las agencias, con modelo de respuesta a PULLMANTUR para cumplir con la anterior recomendación.
- 11 de noviembre de 2005: del director general de GEA al director comercial para su remisión a las agencias, con instrucciones para la no venta de productos de AIR BERLIN.
- 1 de marzo de 2006: correo del director general de GEA a las agencias adheridas dando instrucciones sobre la no venta de productos HOLIDAY AUTOS, con modelo de notificación a este proveedor.
- 24 de abril de 2006: Instrucciones recibidas de GEA que envía agencia adherida a sus delegaciones con traslado de decisión de no venta de productos SPANAIR.
- 5 de junio de 2006: del director comercial de GEA a las agencias adheridas recordando la no venta de SPANAIR.
- 24 de mayo de 2007: correo del director comercial de GEA a los delegados de zona para que remitan a todas las agencias adheridas la decisión de no vender ni formar individualmente con BINTER CANARIAS.
- 29 de mayo de 2007: correo de GEA a las agencias con recomendación de no venta de productos de ACCIONA TRAVELING, ROYAL VACACIONES, TRANSRUTAS, VALADIS y VUELING.
- 8 de febrero de 2008: correo del director comercial de GEA a delegados de zonas y a directores de agencias adheridas con instrucciones para la no venta de productos de dos mayoristas.
- 11 de febrero de 2008: correo de GEA a los directores de las agencias recordando listado de mayoristas cuyos servicios no se venden.
- 13 de febrero de 2008: correo de GEA a los directores de las agencias adheridas con instrucciones insistiendo en la política de vender sólo los proveedores con acuerdo con GEA como instrumento para mejorar los resultados obtenidos.



- 4 de marzo de 2008: correo de GEA a las agencias recordando no vender ni firmar individualmente con 1001 HOTELES, VESYS TRAVEL-VALADIS, y TRANSRUTAS.
- 13 de marzo de 2008: correo de GEA a las agencias recordando la necesidad de cumplir las instrucciones de grupo.
- 15 de julio de 2008 y 8 de septiembre de 2008: correo a las agencias para no vender servicios de dos compañías aéreas con carácter indefinido y productos BANCOTEL.
- 2 de febrero de 2009: correo del director general de GEA a todas las agencias adheridas en el que reconoce el alto grado de cumplimiento de las decisiones de no venta y su intención de seguir con dicha práctica y la obligación de que las cumplan bajo amenaza de expulsión.
- 3 de marzo de 2009: correo del director general de GEA al director comercial para traslado a las agencias en las reuniones zonales, con indicación de elección de proveedores cuyos productos no se venderían, la encuesta a completar a título individual para evitar denuncias ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y cumplimiento de la decisión adoptada.
- 13 y 16 de marzo de 2009: correos del director general de GEA a los directores de zona tras las reuniones zonales autorizando el levantamiento de la prohibición de venta de un producto de MUNDICOLOR y la sustitución de otro proveedor para la no venta, recordando obligación de cumplimentar la encuesta y el seguimiento de la decisión.
- 15 y 19 de marzo de 2009: correos de los delegados de zona a las agencias adheridas que no habían podido participar en las reuniones zonales una carta del director general de GEA resumiendo las mismas con instrucciones de no venta y las obligaciones de enviar voto firmado así como el cumplimiento de la decisión adoptada.
- 20 de marzo de 2009: correo del director general de GEA a los directores de las agencias sobre resultados de las votaciones y los proveedores a no vender, con obligación cumplimiento de las decisiones de no venta de servicios del grupo ORIZONIA y TIEMPO LIBRE MUNDICOLOR.
- 25 de marzo de 2009: correo de director de zona a director general de GEA planteando consulta de las agencias sobre posibilidad de expulsión de GEA si se seguía contratando con ORIZONIA.
- 1 de abril de 2009: correo del director general de GEA a las agencias adheridas indicando que la suspensión de relaciones comerciales con ORIZONIA se había decidido a título individual por cada agencia de viajes pero reiterando la necesidad de cumplir la decisión adoptada.
- 29 de abril de 2009: correo del director general de GEA a los directores de las agencias para no firmar acuerdos con RHODASOL porque ofrecía mejores ofertas individualmente.
- 5 de julio de 2009: correo del director general de GEA al director comercial para que envíe recordatorio a las agencias adheridas de no venta de productos RHODASOL.
- 2 de marzo de 2010: correo del director general de GEA al director comercial y a los directores zonales recordando la falta de acuerdo con SPANAIR y el desvío de las ventas a otras compañías.
- 9 de febrero de 2011: correos del director general de GEA con el proveedor DIAS LIBRES advirtiéndole de la firma individual con las agencias adheridas a GEA conducirá a la no venta de sus productos.

Señala la resolución que hay que tener en cuenta que desde 2005 de forma generalmente implícita pero desde 2009 de forma explícita, GEA se preocupa de que, en apariencia, el cumplimiento de las decisiones se atribuya a decisiones voluntarias e individuales de cada empresa para dar una apariencia de conformidad a Derecho. Así, hasta 2009, en las comunicaciones de GEA se añade la consideración siguiente "*... No obstante a lo anterior, y por imperativo legal, aunque no lo compartamos, siempre respetaremos vuestras decisiones contrarias a nuestras recomendaciones . . .*" si bien en uno de los correos de 2006 se dice más expresamente "*... sin perjuicio del libre mercado, las normas de competencia y con el debido respeto a vuestra plena y libre decisión empresarial*".

Más adelante a partir de comunicaciones del año 2009, cuando empiezan a aparecer amenazas expresas de expulsión y bloqueos de la utilización de la intranet en relación con los proveedores excluidos, se insiste desde GEA en la obligación de cumplimentar las encuestas con declaraciones de cumplimiento individual para evitar denuncias ante el TDC.

Por tanto dicho motivo debe rechazarse.



SÉPTIMO: Como siguiente motivo alega la actora que existe error en el cálculo de la sanción, reproduciendo los votos particulares de la resolución impugnada. Entiende que la resolución yerra al considerar como régimen sancionador más favorable el de la Ley 15/07, que no se prueba el perjuicio ocasionado, que se calcula erróneamente la cuota de mercado, que no se hace constar los efectos de la conducta sobre los consumidores o usuarios y que vulnera el principio de proporcionalidad al no adecuarse la gravedad del hecho con la sanción impuesta.

Todas estas cuestiones deben ser rechazadas por los siguientes motivos:

1.- Hemos señalado en numerosas resoluciones de esa Sala que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.

2.- La naturaleza jurídica y la actividad principal de GEA no ha resultado óbice para que la citada entidad, tal como ha quedado acreditado en el presente procedimiento, valiéndose de su posición y capacidad negociadora frente a las agencias y proveedores, haya llevado a cabo una serie de comportamientos restrictivos o con capacidad para restringir la competencia, en cuanto que han supuesto el ejercicio de un control por parte de GEA frente a las agencias adheridas a su Grupo que ha determinado la conducta empresarial de éstas y ha influenciado en sus decisiones con el objeto de limitar aguas abajo la distribución minorista de productos de los proveedores, lo que, sin duda, ha implicado una alteración manifiesta de la libertad de empresa y, por ende, del funcionamiento normal y lógico del mercado.

En efecto, los hechos acreditados en la presente Resolución, demuestran que el papel de GEA dentro del grupo no era únicamente el de mero informador neutral de las negociaciones con los proveedores mayoristas, sino que además GEA en ocasiones dirigía y coordinaba las políticas de venta de las agencias adheridas a su Grupo, ya que sólo así puede entenderse toda una serie de indicaciones dirigidas a éstas solicitándoles y en ocasiones intimándoles, bajo la amenaza de expulsión del Grupo, a no vender los productos y servicios de determinados proveedores.

3.- Esta Sala, a diferencia de lo alegado por GEA, considera que nos encontramos ante la existencia de una infracción muy grave, por cuanto, tal como señala acertadamente la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución, las decisiones de no venta adoptadas por GEA fueron ejecutadas por las agencias de viajes adheridas al Grupo, y éstas son competidores directos entre sí en el mercado de distribución minorista de productos y paquetes turísticos.

Así, el problema de competencia se encuentra en el presente caso no en las relaciones verticales entre GEA y cada una de las empresas sino en las decisiones adoptadas por el grupo de gestión -cuya responsabilidad ha quedado acreditada - en relación con el comportamiento de las agencias de viajes adheridas y el efecto de estas decisiones deben evaluarse en el contexto de las relaciones horizontales entre ellas. Y, en este contexto, la actuación de GEA es además determinante de la infracción en la medida en que, sin su actuación, el perjuicio sobre la competencia no habría ocurrido o hubiera tenido que adoptar otra forma para que se hubiera producido.

En atención a todo ello, esta Sala considera que la práctica analizada en el presente expediente debe tener la consideración de infracción muy grave, en aplicación del artículo 62.4.a) de la LDC y el hecho de que para graduar la sanción y determinar su importe se haya considerado especialmente relevante la naturaleza económica del operador sancionado y su funcionamiento en la práctica, así como la posición del grupo de agencias adheridas a GEA en los mercados descendentes de distribución minorista y, en concreto al hecho de que su posición en los mismos es moderada dada la competencia existente, en el conjunto del mercado nacional, de las agencias adheridas a otros grupos de gestión, de las grandes cadenas de distribución y de la opción cada vez más utilizada de venta minorista directa a través de internet, es conforme a derecho.

Debe partirse de que la multa impuesta a GEA ha sido de 68.632 €, lo que supone el 5% del volumen de ventas de la empresa que, en este caso, coincide con el del mercado afectado por la conducta, y que en 2013, de acuerdo con la información aportada por GEA, alcanzó la cifra de 1.372.649,71 €. La multa se encuentra pues dentro de los límites del artículo 63.1.c) de la LDC .

OCTAVO: A continuación GEA, al igual que ya hiciera en las alegaciones al PCH, muestra su disconformidad con la cuota del 10,05% de facturación que se le atribuye ya que, según señala, el porcentaje de agencias que

integran su grupo no alcanza el 5% sobre el total del mercado español y su facturación supone menos de un 0,5% del total de facturación de las agencias de viaje en toda España, siendo ello, a su juicio, un claro indicativo de que el Grupo GEA y sus agencias asociadas tienen escasa incidencia y repercusión en el mercado afectado.

En atención a ello, el Grupo GEA solicita que en el presente procedimiento sea aplicado el artículo 5 de la LDC relativo a las conductas de menor importancia, al considerar que, por un lado, las conductas imputadas a GEA no producen una afectación en el mercado y, por otro lado, que su capacidad para determinar el comportamiento del mercado es inexistente.

No obstante, en el presente caso no es necesario entrar en consideraciones de cuotas de mercado ya que las normas sobre la aplicación de la regla de *minimis* han previsto una serie de conductas cuya realización, con independencia de la cuota de las empresas en el mercado y los efectos que las conductas hayan producido en el mismo, presuponen la existencia de una restricción de la competencia por objeto.

En este sentido, el artículo 2 del RDC, de similar redacción que el apartado 11 de la Comunicación, señala lo siguiente:

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

a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;

b) la limitación de la producción o las ventas;

c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones".

A este respecto debe traerse a colación lo dispuesto por el Tribunal de Justicia, 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.

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. "

NOVENO: GE A alega además la vulneración del principio "*non bis in idem*", al considerar que el procedimiento con el número 455/12 (Grupos de Gestión), en el que se han sancionado a varias empresas, entre ellas GEA, guarda identidad de hechos y fundamentos con el presente procedimiento, por lo que si fuera sancionada por ambas causas supondría una doble sanción incompatible con el citado principio.

Empezando por la alegada infracción del principio jurídico "*non bis in idem*" hemos de partir de la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia, que comparte valores comunes, como no podía ser de otra manera, con los distintos Tribunales llamados a tratar la incidencia de la prohibición de la doble sanción al mismo sujeto, por unos mismos hechos.

Así, el apartado 598 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (STPI) de 18 de junio de 2008, asunto Hoescht T-410/03, nos recuerda con carácter general que "*El principio non bis in idem, también recogido en el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el órgano jurisdiccional (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2006, SGL Carbon/Comisión, C-308/04 P, Rec. p. I-5977, apartado 26)*", para añadir en el apartado 600 que "*Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha recordado que la aplicación del principio non bis in idem está*



supeditada a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. El citado principio prohíbe, por tanto, sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico (sentencia Aalborg Portland y otros/ Comisión, citada en el apartado 145 supra, apartado 338)."

En esta misma línea, aunque con matices relevantes para este caso, nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo al TEDH, recuerda en la STC 2/2003 de 16 de enero, Pleno, que: *"desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos reconocido que el principio non bis in idem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones "en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento" (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2)."*

La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (STC 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3). La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente".

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

Por su parte, en el expediente S/0455/12 (Grupos de Gestión) se investigan una serie de prácticas prohibidas por el artículo 1 de LDC, que entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de dichas prácticas consistió en la adopción de acuerdos en los que se fijaron las condiciones comerciales de los Grupos de gestión asociados en AGRUPA respecto de los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos, se repartió el mercado mediante el reparto de las agencias de viajes independientes adheridas a estos grupos de gestión, a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a los grupos de gestión asociados en AGRUPA, así como boicotearon a las agencias de viajes expulsadas de los grupos de gestión asociados en AGRUPA, evitando así su adhesión a alguno de los otros grupos de gestión asociados en AGRUPA. La resolución imputa a GEA por la participación en el cártel en el periodo comprendido entre junio de 1999 y octubre de 2009.

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

No puede apreciarse, por tanto, la existencia de una vulneración del principio invocado por GEA, en tanto en cuanto, no concurren los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para considerar la existencia de una doble sanción administrativa.



DÉCIMO: Finalmente tampoco resulta vulnerado el principio de seguridad jurídica por cuanto la resolución impugnada está suficientemente motivada, y el actor ha podido reaccionar frente a la misma sin que se le haya causado indefensión, razones todas ellas que avalan la desestimación del presente recurso y por lo que se refiere a las costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA deben imponerse a la actora al haberse desestimado sus pretensiones.

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

FA LLO

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación procesal de **GEAGRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES S.L.**, contra la resolución de la CNMC de fecha 12 de junio de 2014 a la que la demanda se contrae, que confirmamos por su adecuación a derecho. Se imponen las costas a la parte actora.

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

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

En Madrid a 26/05/2017 doy fe.