



Roj: **SAN 5457/2013 - ECLI:ES:AN:2013:5457**

Id Cendoj: **28079230062013100624**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/12/2013**

Nº de Recurso: **621/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a once de diciembre de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 621/12 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a. Victoria Brualla Gómez, en nombre y representación de **CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES**, contra Resolución de fecha 26 de septiembre de 2012 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **sanción**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 15 de noviembre de 2012, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"DE LA SALA SUPLICO: dicte Sentencia, con condena en costas de la parte demandada, por la que se anule por contraria a Derecho la sanción de 150.000 euros impuesta a la CEOE por la Comisión Nacional de la Competencia, identificada en este escrito de demanda, ordenando la devolución a CEOE de la precitada cantidad ya pagada con sus intereses. "

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte Sentencia desestimatoria, con expresa condena en costas a la parte recurrente."*

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 9 de mayo de 2013 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante Providencia de fecha 29 de noviembre de 2013 se señaló para votación y fallo el día 10 de diciembre de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Es objeto de impugnación en el presente recurso la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de septiembre de 2012, dictada en el expediente NUM000 , incoado de oficio por la Dirección de Investigación de la CNC contra D. Isidro y la CEOE, cuya parte dispositiva

es del siguiente tenor literal:

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 CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES.

SEGUNDO.- Imponer a la CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES una multa sancionadora por importe de ciento cincuenta mil euros (150.000 €).

TERCERO.- Imponer a D. Isidro una multa sancionadora por importe de cincuenta mil euros (50.000 €).

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

2. En la propia Resolución impugnada se contiene la siguiente relación de "Hechos Acreditados":

2.1.- El 19 de enero de 2011, en el marco de la Feria Internacional de Turismo de España (FITUR) 2011, tuvo lugar el Foro de Innovación y Tecnología Turística Fiturtech11. En el curso de una mesa redonda de dicho Foro en la que se presentó la central de compras COPERAMA, en la que participaban, D. Isidro, Presidente de la cadena hotelera HUSA, [D. XXX], presidente de NH Hoteles, [Dña. XXX], presidenta de SERCOTEL y [D. XXX], Consejero Delegado de COPERAMA, ante la pregunta de la moderadora de qué esperaba para el año 2011, D. Isidro declaró: *"Ante el riesgo de que pueda haber en la sala alguien de competencia que me pueda abrir un expediente, subir los precios, subir los precios."*

Yo creo que España en estos momentos está muy por debajo de los precios que los hoteles y la hostelería española se...se merece por la calidad de los negocios.

En el 2011 hay muchos hoteles, no digo que todos, muchos hoteles, que tienen unos precios que están por debajo de un 20% del 2007. Si lo miramos conceptualmente eso es inviable, algo falla, en algún momento nos ha entrado un pánico tremendo que: por la crisis, por querer recaudar por encima de ganar y... llega un momento en el que hay que decir alto en el camino, el precio es muy importante, hay que cobrar lo que hay que cobrar por el servicio que estamos dando.

Entonces, yo espero que en el año 2011 ese miedo que hemos tenido en este 2010 y 2009 se vaya perdiendo, no nos pasemos, pero sigamos poniendo los precios adecuados a los productos que estamos vendiendo y eso indudablemente mejorará lo que las empresas necesitan que son las cuentas de explotación."

[...]

"...Yo creo que en España hay ciudades muy importantes que todavía tenemos un margen, vuelvo a repetir que si hay alguien de competencia: expediente al canto, para subir los precios.

Por tanto yo pienso que...eh...hombre si hablase de subir un 50%, efectivamente tendríais razón. Pero cuando uno piensa que cualquier aumento que se haga es directamente beneficio, puesto que los gastos ahí están controlados y con temas como Coperama, más que controlados. Yo creo que uno de los grandes temas que las hostelerías españolas tenemos que afrontar en el 2011 es perder un poco el miedo y poner unos precios adecuados a lo que vendemos, sin, os doy la razón, sin pasarnos para tampoco asustar, pero que estén en comparación a otros mercados que tienen precios muy superiores a los nuestros." (folio 74 que contiene un DVD con la grabación del evento).

2.2.- Las citadas declaraciones, y más concretamente la relativa a la necesidad de incrementar los precios de los hoteles, fue difundida por la agencia Europa Press a diversos medios de comunicación (prensa escrita de ámbito nacional autonómico y local, cadenas de radio y televisión) y Administraciones central y autonómica, partidos políticos, sindicatos, empresas de ámbito nacional de diversos sectores, etc. Y publicadas el 19 de enero de 2011 en www.europapress.es (sección economía) y en yahoo.finanzas.com, y el 20 de enero de 2011 en www.elEconomista.es, en La Voz de Asturias, en www.público.es y en nexohotel.com. En todos los casos, al hacer referencia a sus declaraciones, D. Isidro es presentado como Presidente de la cadena HUSA y Presidente del Consejo de Turismo de la CEOE.

2.3.- Días más tarde, el 26 de enero de 2011, se publica en el digital www.cincodias.com, una entrevista a D. Isidro en la que se le presenta como empresario privado y Presidente del Consejo de Turismo de la CEOE. A la pregunta "¿Subirán los precios de los hoteles ya este año?", D. Isidro respondió: *"Discrepamos entre los hoteleros. Yo pienso que con la calidad que damos y con los hoteles que hay en España de todos los niveles y destinos, los precios son muy bajos, un 20% más baratos que en 2007. Hay margen. Yo creo que en 2011 una subida del 6% o el 7% sería una subida razonable. Creo que el mercado la asumiría bien y en comparación con otras plazas como Londres, París o Roma, hay margen para poderlo hacer"* (fol. 11).

2.4.- Cuando el Sr. Isidro realizó ambas declaraciones ya había sido nombrado Vicepresidente de la CEOE. El nombramiento tuvo lugar en la reunión de su Junta Directiva de 28 de diciembre de 2010. Además, el mismo

día que efectuó las declaraciones en FITUR volvió a ser designado Presidente del Comité de Turismo por el nuevo Presidente de la CEOE, cargo que venía desempeñando desde septiembre de 2010 con el anterior equipo directivo de la Confederación.

3. La parte actora alega en pos de la nulidad de la resolución impugnada los siguientes motivos de recurso:

- Desviación de poder por vulneración de la finalidad de los expedientes sancionadores.
- Inexistencia de una recomendación colectiva tipificada en el artículo 1.1 a) de la Ley 15/2007 .
- Infracción del principio de culpabilidad.
- Vulneración del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

A lo que se opone el Abogado del Estado que se remite a la fundamentación de la resolución impugnada subrayando que las declaraciones del Sr. Isidro consistieron en transmitir la necesidad de una subida de los precios de los hoteles españoles en el año 2011; subraya también que era en aquellos momentos uno de los Vicepresidentes de la CEOE, miembro de su Comité ejecutivo y designado Presidente de su Consejo de Turismo, cargo que ya ocupaba con el anterior equipo directivo de dicha Organización; rechaza que se haya infringido el principio de tipicidad así como que se haya incurrido en desviación de poder; y por último señala que en este caso concurre la responsabilidad administrativa que se deriva del artículo 63.2 de la LDC , en tanto que directivo que ha participado en la conducta tipificada como infracción en la Ley.

4. La CNC califica la conducta como "*recomendación colectiva*" a efectos de la prohibición establecida en el artículo 1.1 de la LDC que 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"...

En concreto en la resolución impugnada se analiza el contenido de las declaraciones, así como la difusión de las mismas en el marco de la Feria Internacional de Turismo de España y la autoría respecto del "*quién*" realizó las declaraciones, en los siguientes términos:

Acerca del contenido

Las declaraciones consistieron en transmitir la necesidad de una subida de los precios de los hoteles españoles en el año 2011. Para reforzar esta necesidad, indicaban que los precios de los hoteles españoles eran inferiores a los que correspondería por la calidad que ofrecían, que estaban por debajo de un 20% respecto de los precios de 2007, y tomaba como referencia hacia los que deberían converger los existentes en otras ciudades europeas, que eran mas elevados. Además, utilizando expresiones como "*algo falla, es inviable (...) llega un momento en el que hay que decir alto en el camino, el precio es muy importante (...)*" se trasladaba el mensaje de que la subida de precios era algo inevitable. Este mensaje fue reiterado y reforzado en las declaraciones efectuadas el 26 de enero de 2011, en las se llegó a cuantificar la subida en un 6 - 7%, llegando a afirmar que "*el mercado la asumiría bien y en comparación con otras plazas como Londres París o Roma, hay margen para poderlo hacer*".

Con ambas declaraciones se proponía al sector hotelero español una pauta común de comportamiento, la subida de precios, incluso cuantificada, y se concienciaba a los consumidores acerca del carácter inevitable de la misma. Se lanzaba con ellas una señal concreta, apta para propiciar una respuesta común por parte de operadores económicos competidores entre sí, los hoteleros españoles.

La difusión

Las primeras declaraciones se realizan en el marco de la Feria Internacional de Turismo de España, el foro más importante del sector turístico en este país, al que asisten los empresarios y profesionales del mismo interesados en tener conocimiento directo de la situación del sector y, por lo tanto, atentos a cualquier tipo de declaración o manifestación pública que pueda servirles de orientación para su política comercial. Entre estos empresarios y profesionales ocupan un lugar relevante los hoteleros, los destinatarios de la recomendación. Inmediatamente, estas declaraciones fueron objeto de difusión masiva por parte de una agencia de noticias y se publicaron en diversos medios de comunicación tanto generalistas como especializados, tal como se recoge en el Hecho Acreditado **2.2** . Las segundas declaraciones, en las que se cuantificó el importe de la subida, se publicaron en un medio digital de perfil económico pero de amplia difusión, tal como recoge el Hecho Acreditado **2.3** . En los medios en que se difundieron se hacía constar que el autor de las mismas era Presidente del Consejo de Turismo de la CEOE.

Acerca de la autoría

Finalmente, respecto del "quien" realizó las declaraciones, está acreditado que Don Isidro era en aquellos momentos uno de los Vicepresidentes de la CEOE, miembro por lo tanto de su Comité ejecutivo, y designado Presidente de su Consejo de Turismo, cargo que ya ocupaba con el anterior equipo directivo de dicha organización.

En este punto, el Consejo considera relevante señalar que el autor era conocedor de la repercusión que iban a tener sus declaraciones en virtud de los cargos que ocupaba en la CEOE. No en vano, en la mesa redonda de FITUR, hizo referencia en dos ocasiones a la posibilidad de que se le incoase un expediente sancionador por parte de la CNC. Sabía, por lo tanto, que esas declaraciones podían constituir una infracción de la LDC, lo cual supone que era consciente de que se podían interpretar como realizadas en su calidad de Vicepresidente de la CEOE y Presidente designado de su Consejo de Turismo,

Este Consejo ya ha fundamentado que para calificar una recomendación como colectiva *"... basta con que la recomendación sea adoptada o manifestada por un órgano interno del ente colectivo, cualquiera que sea su composición (colegiada o unipersonal), pues lo relevante a efectos de la prohibición del art. 1.1 LDC es la naturaleza colectiva de la entidad que formalmente adopta la conducta, y la aptitud objetivamente restrictiva de la competencia de ésta."*(RCNC INPROVO). En el caso que nos ocupa es indiscutible que el autor era y es el titular de un órgano unipersonal, una de las Vicepresidencias, y había sido designado Presidente de un órgano colegiado, el Comité de Turismo, ambos de un ente colectivo, la CEOE.

Es de destacar que la CEOE en ningún momento manifestó públicamente su disconformidad con las declaraciones. Y tuvo ocasión de hacerlo en la semana que transcurrió desde las primeras a las segundas, separándose abiertamente de la recomendación de uno de sus Vicepresidentes y Presidente del Consejo de Turismo, máxime cuando este había hecho referencia a la posibilidad de que la CNC le abriese un expediente sancionador. Con ello podría haber evitado el que se concretase la pauta común de comportamiento al cuantificarse el importe de la subida en las segundas declaraciones. Tampoco lo hizo después de éstas. Es más, la CEOE firmó conjuntamente con D. Isidro las alegaciones a la incoación del expediente, lo que evidencia la identificación entre la organización y el autor de las declaraciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible admitir que las mismas se hiciesen a título particular en tanto que empresario, alegación que hicieron en común los imputados. Como bien argumenta la Dirección de Investigación, aceptar ese supuesto conduciría a un resultado perverso pues bastaría con que el titular de un cargo en un ente colectivo afirmase actuar a título personal cuando hace declaraciones que por su naturaleza pudiesen ser consideradas recomendación colectiva prohibida por el artículo 1 de la LDC para que esa conducta no pudiera ser perseguida por las autoridades de defensa de la competencia. En este sentido, el Consejo quiere recordar lo establecido en su Resolución de 14 de octubre de 2009, expediente NUM001 FIAB y ASOCIADOS y CEOPAN, al señalar que *"(...) tanto las Asociaciones como los cargos directivos que las representan tienen que ser conscientes en materia de comunicación pública que sus mensajes pueden transgredir el ámbito de lo lícito si son aptos para unificar el comportamiento de sus asociados y de otros terceros, alterando el normal funcionamiento del mercado. A este respecto no deben ignorar que en el marco de la Ley 15/2007 la realización de recomendaciones colectivas puede conllevar responsabilidades personales"*. Por otra parte, y aunque de acuerdo con lo expuesto no es necesario a los efectos de acreditación de la infracción, es oportuno señalar que el Presidente del Consejo de Turismo de la CEOE, reconociendo la posibilidad de que las autoridades de competencia actuaran ante sus declaraciones, no hizo ninguna salvedad respecto al título en virtud del cual las hacía. Todo ello sin perjuicio de que el hacer tal salvedad, por sí misma, no exime de la aplicación de la LDC.

5. Constituye un antecedente de la presente sentencia la dictada por esta misma Sala y Sección con fecha quince de octubre de 2013 en el Rec. nº 658/2012 .en la que ya hemos tenido ocasión de analizar la conducta controvertida y, en consecuencia, nos atenemos a lo declarado y decidido ya en la precitada sentencia que reproducimos a continuación.

En efecto, allí hemos declarado:

"TERCERO : Son hechos acreditados en autos que constan documentalmente en el expediente administrativo o son reconocidos por las partes que La Dirección de Investigación de la CNC (en adelante DI) tuvo conocimiento de distintas declaraciones realizadas por D. Isidro , Presidente del Consejo de Turismo de la CEOE, en la Feria Internacional de Turismo en España (FITUR) 2011, el 19 de enero de 2011, así como en una entrevista en www.cincodías.com, el 26 de enero de 2011, sobre la necesidad de incrementar los precios de los hoteles en el año 2011.

El 15 de febrero de 2011, la DI, requirió a la Agencia Europa Press, al diario digital Cinco días.com, a los periódicos Diario Público y La Voz de Asturias, y a NEXO EDITORES S.R.L., que confirmasen que la noticia publicada por ellos y relativa a las declaraciones de D. Isidro se correspondía textualmente con dichas declaraciones, y que aportararan, en su caso, la información obrante en sus archivos relativa a esa noticia, así como el teletipo de la agencia o agencias de las que se obtuvieron dichas declaraciones. El contenido de la declaración hecha en el foro de Fitur, por Isidro, que acudía como representante de la cadena hotelera HUSA, en una mesa redonda en la que también participaban el Presidente de la cadena NH y la Presidente de SERCOTEL, dentro de la presentación de la central de compras COPERAMA fue el siguiente:

"Ante el riesgo de que pueda haber en la sala alguien de competencia que me pueda abrir un expediente, subir los precios, subir los precios.

Yo creo que España en estos momentos está muy por debajo de los precios que los hoteles y la hostelería española se...se merece por la calidad de los negocios.

En el 2011 hay muchos hoteles, no digo que todos, muchos hoteles, que tienen unos precios que están por debajo de un 20% del 2007. Si lo miramos conceptualmente eso es inviable, algo falla, en algún momento nos ha entrado un pánico tremendo que: por la crisis, por querer recaudar por encima de ganar y... llega un momento en el que hay que decir alto en el camino, el precio es muy importante, hay que cobrar lo que hay que cobrar por el servicio que estamos dando.

Entonces, yo espero que en el año 2011 ese miedo que hemos tenido en este 2010 y 2009 se vaya perdiendo, no nos pasemos, pero sigamos poniendo los precios adecuados a los productos que estamos vendiendo y eso indudablemente mejorará lo que las empresas necesitan que son las cuentas de explotación."

[...]

"...Yo creo que en España hay ciudades muy importantes que todavía tenemos un margen, vuelvo a repetir que si hay alguien de competencia: expediente al canto, para subir los precios.

Por tanto yo pienso que...eh...hombre si hablase de subir un 50%,efectivamente tendríais razón. Pero cuando uno piensa que cualquier aumento que se haga es directamente beneficio, puesto que los gastos ahí están controlados y con temas como Coperama, más que controlados. Yo creo que uno de los grandes temas que las hosteleras españolas tenemos que afrontar en el 2011 es perder un poco el miedo y poner unos precios adecuados a lo que vendemos, sin, os doy la razón, sin pasarnos para tampoco asustar, pero que estén en comparación a otros mercados que tienen precios muy superiores a los nuestros.."

En relación con las declaraciones hechas en fecha 26 de enero de 2011 en el digital www.cincodias.com, en una entrevista a D. Isidro se le formula la pregunta "¿Subirán los precios de los hoteles ya este año?" D. Isidro respondió:

"Discrepamos entre los hoteleros. Yo pienso que con la calidad que damos y con los hoteles que hay en España de todos los niveles y destinos, los precios son muy bajos, un 20% más baratos que en 2007. Hay margen. Yo creo que en 2011 una subida del 6% o el 7% sería una subida razonable. Creo que el mercado la asumiría bien y en comparación con otras plazas como Londres, París o Roma, hay margen para poderlo hacer" (fol. 11).

Entre el 21 de febrero y el 7 de marzo de 2011 tuvieron entrada en la CNC las respuestas de Agencia Europa Press, Cinco días.com, La Voz de Asturias y NEXO EDITORES S.R.L. El 10 de marzo de 2011 se requirió al Instituto Tecnológico Hotelero que aportase algún documento o soporte obrante en sus archivos (notas de prensa, grabaciones, documentación interna,...) que recogiera textualmente las declaraciones de D. Isidro en el evento programado dentro del foro Fiturtech11: "Presentación de la central de compras", organizado por dicho Instituto. La respuesta tuvo entrada en la CNC el 16 de marzo de 2011. Con fecha 10 de marzo de 2011 se requirió a Radio Televisión Española (RTVE) que aportase la información obrante en sus archivos (notas de prensa, grabaciones, documentación interna,...) relativa a las declaraciones realizadas el 19 de enero de 2011 por D. Isidro, en FITUR 2011 así como el teletipo de la agencia o agencias de las que se obtuvieron. La respuesta tuvo entrada en la CNC el 15 de marzo de 2011.

El 14 de marzo se requirió al Diario Público a que confirmase que la noticia publicada por dicho diario se correspondía con las declaraciones de D. Isidro y que aportase la información obrante en sus archivos relativa a esta noticia, así como los teletipos de la/s agencia/s de las que se obtuvieron las declaraciones. La respuesta tuvo entrada en la CNC el 8 de abril de 2011.

La DI, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, al observar en la documentación recabada indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes en una recomendación colectiva de precios, acordó, con fecha 1 de abril de 2011, incoar expediente sancionador contra

la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y contra D. Isidro , lo que se notificó a los interesados el 4 de abril de 2011.

El 20 de mayo de 2011 tuvo entrada en la CNC un escrito de alegaciones a la incoación de expediente, firmado por el Secretario General de la CEOE y por el Sr. Isidro , en el que aducían que éste fue nombrado Presidente del Consejo de Turismo el mismo día en que tuvo lugar el foro en el que realizó sus declaraciones; que el nuevo Consejo de Turismo se constituyó dos meses después, el 15.03.11; que no cabe hablar de recomendación colectiva, que exige la acción coordinada de diversos sujetos mientras que en este caso sólo hubo manifestaciones de un empresario a título personal y que sus declaraciones no tenían por objeto ni eran aptas para homogeneizar la estrategia comercial de las empresas hoteleras, requisito exigido por diversas resoluciones del TDC ya que no trataban de imponer una pauta común y no han producido efecto. Asimismo, en el escrito alegaron la ausencia de dolo o culpa.

Con fecha 23 de agosto de 2011 la DI formuló el pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue notificado a D. Landelino , Presidente de la CEOE, y a D. Isidro , Vicepresidente de la CEOE, con fecha 25 de agosto de 2011. Mediante sendos escritos que tuvieron entrada en la CNC el 15 de septiembre de 2011 la CEOE y el Sr. Isidro manifestaron las alegaciones al PCH. Dichas alegaciones son comunes entre sí y completan las presentadas conjuntamente el 20 de mayo de 2011, tal y como se señala en el antecedente de hecho 7. El 22 de noviembre de 2011, la DI acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente en aplicación de lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, con el fin de redactar la propuesta de resolución, notificando dicho acuerdo a los interesados el 23 de noviembre de 2011. Con fecha 17 de enero de 2012 la DI formuló la Propuesta de Resolución, que se notificó a los interesados el 18 de enero de 2012 conforme al art. 50.4 de la LDC , para que, en el plazo de quince días, formularan las alegaciones que tuviesen por convenientes. Con fecha 4 de febrero de 2012, finalizó el plazo antes indicado sin que los afectados presentasen alegaciones a la Propuesta de Resolución. El 13 de febrero de 2012 la DI, conforme al artículo 50.5 de la LDC , eleva al Consejo el expediente con el Informe en el que incluye la siguiente Propuesta:

"Primero. Que se declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007 consistente en una recomendación colectiva de subida de precios de los hoteles para el año 2011, realizada el 19 de enero de 2011 en el marco de FITUR y, posteriormente, el 26 de enero de ese mismo año, reiterada en la entrevista publicada en www.cincodias.com, cuantificándose el incremento en un 6-7%.

Segundo. Que se declare responsable de dicha infracción a D. Isidro y a la CEOE, de la que el primero es Vicepresidente y Presidente de su Consejo de Turismo.

Tercero. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC .

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC ,teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC ."

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia concluyó la deliberación y falló esta Resolución el 19 de septiembre de 2012, dictando la resolución del 26 de septiembre con el contenido antes indicado.

CUARTO : Alega la recurrente, en esencia, en defensa de su pretensión, que no procede la sanción impuesta, toda vez que las declaraciones efectuadas lo fueron como Presidente del grupo hotelero Husa, y no como Vicepresidente de la CEOE, cargo del que no había tomado posesión a la fecha de sus declaraciones, o como Presidente del Consejo de Turismo. Igualmente, que no ha existido intención alguna de establecer una recomendación colectiva en los términos previstos en el art.1 de la ley 15/2007 de 3 julio de defensa de la competencia , dado que esas declaraciones no resultan idóneas para poder afectar al mercado. Y en último término, que la sanción impuesta viene a afectar a sus derechos a la libre expresión de ideas (art.20.1.a de la CE) así como a la libertad de asociación (art.22 de la CE).

QUINTO : Las alegaciones que formula el recurrente, Isidro , y que hemos expuesto en el anterior fundamento de derecho con la excepción de la alegación de la vulneración del derecho a la libertad de asociación han de ser estimadas en su totalidad, adelantándose con ello el éxito de su pretensión estimatoria del recurso contencioso-administrativo. Vamos a examinar los argumentos expuestos por el recurrente:

A/ En efecto, debemos entender que no puede decirse que las declaraciones realizadas por el recurrente pueden ser imputables a la Confederación española de organizaciones empresariales (CEOE) tal como indica el acto impugnado. En primer lugar, porque el cartel publicitario de la mesa redonda anunciada para el día 19 de enero de 2011 se anuncia a Isidro como Presidente del grupo Husa, no como Vicepresidente de la CEOE, hubiese tomado o no posesión de su cargo. En segundo lugar, al comienzo del citado vídeo se anuncia, igualmente, al recurrente como presidente de dicho grupo hotelero. Y en tercer lugar, porque una vez visionado la totalidad de de la intervención de recurrente en dicho video claramente se observa que acudió a dicha mesa redonda precisamente

como presidente de uno de los grupos hoteleros más importante en concurrencia con los presidentes de otros grupos, como son los grupos NH y Sercotel para tratar cuestiones relevantes y relativas al sector hotelero como previsión, a inicios del año 2011 de lo que iba a acontecer en ese año.

Pretender, como hace la resolución impugnada, que por el silencio de la CEOE ante las declaraciones vertidas por el recurrente ese día o por presentar alegaciones conjuntas al acuerdo de incoación, pueda entenderse una aceptación de las mismas o incluso que tales declaraciones fueron realizadas y auspiciadas por parte de dicha entidad representativa del sector empresarial en su conjunto constituye una presunción carente de un mínimo dato indiciario que sustente la conclusión alcanzada por el órgano sancionador, en clara contradicción con lo dispuesto en el art.386.1 de la LEC 1/2000 .

En este sentido, los datos tenidos en cuenta por la resolución impugnada sobre si en 2.011 se consiguió o no una efectiva subida de precios tampoco se presentan como determinantes.

Por otro lado, lo que tampoco es procedente es reconstruir el contenido del acto administrativo impugnado, convirtiendo a esta Sala en órgano sancionador y entender que, con abstracción de la imputación de aceptación de sus declaraciones por la CEOE, por la sola consideración del recurrente de Presidente del grupo Husa, grupo muy relevante en el sector, se pueda entender que la mencionada recomendación colectiva de subida de precios se puede imputar al mencionado grupo empresarial.

B/ Tampoco puede hablarse de la existencia de una recomendación colectiva en los términos del art.1 de la Ley 15/2007 . En primer lugar, porque de la declaración realizada por el recurrente en el foro de FITUR 2011 examinada en su conjunto no se contiene una llamada con vocación de ser acogida para todo el sector, sino que se recoge una respuesta a la pregunta realizada por la entrevistadora sobre lo que puede acontecer en el sector hotelero en el 2011. Tampoco puede decirse que se dé la nota de la colectividad. Esta Sala ha tenido ocasión de examinar supuestos de verdaderas recomendaciones colectivas en las que una entidad que verdaderamente agrupaba a un sector productivo o profesional, como una organización interprofesional o un colegio profesional, establecían indicaciones con la vocación de ser asumidas por los destinatarios del sector, esto es, con la finalidad tendente a unificar comportamientos empresariales (SAN de 29.6.2011, recurso 833/2009 , 29.9.2011, recurso 835/2009 , o 10.2.2011, recurso 318/2010 . Esta Sala, además ha venido exigiendo que para que exista una recomendación colectiva ha de haber una acción coordinada o concurrencia de dos o más voluntades (SAN 10.11.2010, recurso 637/2009 , SAN de 29.6.2011, recurso 833/2011 ya citada, y STS de 17.3.2003, recurso 10.329/1997, que se refiere a la necesidad de que exista "conductas conscientemente concurrentes"), y siempre con la idoneidad suficiente para influir en el mercado (STS de 1.12.2010, recurso 2685/2008, aunque ésta última sentencia discrepe de la anterior STS de 17.3.2003 sobre si es necesario o no la existencia de afectación efectiva del mercado). Nos encontramos, por tanto, que a la vista de toda esta Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala para que una recomendación colectiva se incluya en el art.1 de la ley 15/2007 , como conducta prohibida es preciso:

1º.- Que existan conductas conscientemente concurrentes de dos o más empresas.

2º.- Que establezcan una recomendación expresada bajo cualquier forma, con la finalidad de unificar comportamientos empresariales, sin que sea necesario que sean vinculantes, por tratarse precisamente de recomendaciones.

3º.- Con aptitud suficiente para poder incidir en el mercado, aunque no se consiga dicho efecto necesariamente.

En el caso presente, si entendiésemos que la subida de precios de la que hablaba recurrente constituye una recomendación colectiva, también podría decirse lo mismo de quienes en el mismo foro postulaban por la disminución de precios. En las propias declaraciones realizadas una semana después, el 26 de enero de 2011, a un diario de negocios, el recurrente ponía de relieve que no había acuerdo en el sector sobre si se subirían o no los precios en 2011, por lo que no puede decirse que se hiciese recomendación alguna.

C/ De los puestos se deduce que no cabe hablar de intención recomendatoria alguna, como tampoco de la idoneidad de la misma para ser acogida en el sector, pues a raíz de la citada intervención del recurrente se abrió un debate en la mencionada rueda de prensa de la que no se pudo llegar a conclusión definitiva.

Es cierto que recurrente, hizo una alusión a la posibilidad de que se le pudiese abrir un expediente por parte de los órganos de defensa de la competencia. Interpretada esta frase en sus justos términos, examinado la totalidad del vídeo, el contexto, y circunstancias de tiempo y lugar de su declaración (minuto 38 del vídeo) fácilmente se puede concluir que la citada declaración fue realizada iocandi gratia por el propio actor, tal como expresa en su escrito de demanda, y ella en la confianza real de que sus declaraciones no fuese malinterpretadas y motivasen indebidamente la apertura de un expediente sancionador, pues la lógica hace presumir, que nadie pretende de forma consciente asumir responsabilidades sancionadoras por las declaraciones realizadas, si no es porque confía en que verdaderamente carecen de contenido sancionador.



D/ Por último, debemos considerar que el legítimo derecho a la libertad de expresión consagrada constitucionalmente en el art.20.1.a, dentro de su contenido esencial, basado en la defensa de una opinión pública libre (STC 20/1990, de 15 de febrero , 12/1982 de 31 de marzo , 6/1981, de 16 de marzo), nos permite concluir, que dentro de un foro público que afecta al sector hotelero, en el que durante el término de una hora se entrevista a tres grupos relevantes del sector hotelero para tratar las cuestiones más importantes relativas a dicho sector, expresar una opinión sobre una previsión de una subida de precios en el 2011, carece de idoneidad alguna para poder considerar que se trataba de una recomendación colectiva de subida de precios encaminada a afectar al mercado del sector hotelero. Y ello ha de entenderse -dejando al margen la invocación de la libertad asociativa con cuyo contenido esencial (STC 67/1985, de 24 de mayo , 218/1988, de 22 de noviembre), no obstante, no guarda relación alguna las mencionadas declaraciones- si tal como hemos afirmado ha quedado clara la desvinculación de la entidad CEOE con la actuación del recurrente, a falta de datos claros y perfectamente acreditados en el expediente sancionador.

Lo expuesto, se entiende, con independencia de que el recurrente fuera Vicepresidente de la CEOE a la fecha de las declaraciones, o Presidente del Consejo de turismo, pues este dato no puede suponer que el recurrente tenga que desentenderse del grupo hotelero al que pertenece y dejar de acudir a foros que afecten a dicho sector, con independencia de la trascendencia que tenga las declaraciones del recurrente en la prensa y de la caracterización que ésta le haya dado, pues de admitir este argumento quedaría en manos de opiniones de terceros la calificación jurídica como recomendación colectiva o no que se dé a las declaraciones efectuadas en un foro de empresarios del sector hotelero.

En consecuencia, debemos estimar el motivo formulado, lo que conlleva la estimación del recurso contencioso-administrativo, por no poder decir que haya existido una recomendación colectiva en los dos actos imputados al recurrente en el acuerdo sancionador, anulándose la resolución impugnada en autos. "

6. De todo lo anterior deriva la procedencia de estimar también el presente recurso con la paralela anulación de la resolución administrativa impugnada por su disconformidad a Derecho

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la **CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES** ., contra la Resolución de fecha 26 de septiembre de 2012 de la Comisión Nacional de la Competencia, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, en cuanto a los extremos impugnatorios examinados.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma **no cabe recurso de casación ordinario** ante la Sala III del Tribunal Supremo, que podrá interponer ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.