

RESOLUCIÓN
(Expte. SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJES)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà
D^a. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de septiembre de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha dictado esta Resolución en el expediente SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJES, incoado por la Dirección de Competencia de la CNMC contra VIAJES HALCÓN, S.A. y VIAJES BARCELÓ, S.L., por incumplimiento de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 25 de octubre de 2000 (Expediente 476/99 AGENCIAS DE VIAJES).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 25 de octubre de 2000, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) dictó Resolución en el expediente y resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial AIE, consistentes en acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por

las cuatro primeras al Concurso público n° 19/95-correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996 programa gestionado por el INSERSO, así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación; es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres o a las cuatro, la interposición de Mundosocial AIE y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultaran o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación con la fórmula elegida para concurrir a la licitación, que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la Agrupación de Interés Económico y habían pactado la ejecución conjunta del programa.

SEGUNDO: Declarar que también ha quedado acreditada la realización de otra práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por parte de Mundosocial AIE, Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonlits Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A. y Viajes Valdés consistente en la suscripción de contratos entre Mundosocial AIE y cada una de las Agencias mencionadas, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.

TERCERO: Requerir a los citados autores de las conductas declaradas prohibidas anteriormente, para que cesen de inmediato en las mismas y en lo sucesivo se abstengan de adoptarlas y pactarlas de nuevo.

CUARTO: Imponer las siguientes multas:

- a) A Viajes Iberia, S.A. una multa de 204 millones de pesetas, equivalentes a 1.226.064'693 euros.
- b) A Viajes Halcón, S.A. una multa de 138 millones de pesetas, equivalentes a 829.396'704 euros.
- e) A Viajes Barceló, S.L. una multa de 138 millones de pesetas, equivalentes a 829.396'704 euros.
- d) A Viajes Marsans, S.A. una multa de 120 millones de pesetas equivalentes a 721.214'525 euros.
- e) A Mundosocial AIE una multa de 150 millones de pesetas, equivalentes a 901.518'156 euros.

QUINTO: Ordenar la publicación -en el plazo de dos meses a contar desde su notificación- de la parte dispositiva de esta Resolución a costa de las multadas (y en la misma proporción que las multas) en el Boletín Oficial del Estado y en las secciones de economía o de nacional de dos diarios de información general que se distribuyan en todo el territorio español.

SEXTO: *La justificación de lo ordenado en esta Resolución deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia*

SÉPTIMO: *Ordenar que se traslade copia de esta Resolución y de los particulares que sean precisos al Fiscal General del Estado por si se encontraran indicios de conductas ilegales de otra naturaleza que no corresponde al Tribunal de Defensa de la competencia enjuiciar ni resolver.”*

2. Contra dicha Resolución, la agrupación de interés económico Mundosocial y las empresas Viajes Halcón, Viajes Marsans, Viajes Barceló y Viajes Iberia interpusieron recursos contencioso-administrativos, solicitando la suspensión de la ejecución de la misma. Entre los años 2003 y 2006 todos los recursos presentados fueron desestimados por la Audiencia Nacional.

Igualmente entre 2006 y 2007 fueron desestimados por el Tribunal Supremo los sucesivos recursos de casación interpuestos por las mismas empresas y agrupación de interés económico contra las citadas sentencias desestimatorias de la Audiencia Nacional.

Las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo corroboran y confirman los hechos y la fundamentación jurídica recogida en la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000.

3. Tras realizar múltiples solicitudes y requerimientos de información entre los años 2010 y 2014 en el marco del expediente de vigilancia VS/0476/99 AGENCIAS DE VIAJES, el 18 de mayo de 2015, la Dirección de Competencia de la CNMC remitió al Consejo de la CNMC el Informe Final de Vigilancia en el que proponía que se declarase el incumplimiento de la Resolución de 25 de octubre de 2000 por parte de VIAJES HALCÓN, S.A. y VIAJES BARCELÓ, S.L.
4. Con fecha 30 de julio de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC dictó resolución en el marco del expediente VS/0476/99 AGENCIAS DE VIAJES, en la que declaró el incumplimiento por parte de VIAJES HALCON, S.A. y VIAJES BARCELÓ, S.L. de la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, en particular de su dispositivo tercero, instando a la DC a la apertura de un procedimiento sancionador.
5. Con fecha 28 y 29 de septiembre de 2015, VIAJES BARCELÓ, S.A. y VIAJES HALCÓN, S.L. interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos contra la referida resolución de fecha 30 de julio de 2015, solicitando en su seno la suspensión cautelar del acto administrativo recurrido, suspensión que fue denegada mediante sendos Autos de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2016.
6. A la vista de todo lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 de la LDC, con fecha 8 de abril de 2016, el Director de Competencia de la CNMC acordó la incoación de expediente sancionador contra VIAJES HALCÓN, S.A.U. y VIAJES BARCELÓ, S.L. por incumplimiento de la

resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, expediente registrado con el número SNC-DC-007-16.

7. Con fechas 13 y 23 de mayo de 2016 tuvieron entrada en la CNMC escritos de alegaciones de VIAJES HALCÓN, S.A.U. y VIAJES BARCELÓ, S.L. en relación con la incoación de expediente sancionador SNC-DC-007-16.
8. Con fecha 10 de junio de 2016, la Dirección de Competencia elaboró la Propuesta de Resolución que fue notificada a VIAJES HALCÓN, S.A.U. y VIAJES BARCELÓ, S.L. a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen convenientes.
VIAJES HALCÓN, S.A.U. y VIAJES BARCELÓ, S.L. presentaron sendos escritos de alegaciones los días 15 y 18 de julio de 2016.
9. Con fecha 19 de julio de 2016, en virtud de lo establecido en el artículo 19.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución del expediente, junto a las alegaciones presentadas por la empresa y el resto del expediente SNC-DC-007-16.
10. Esta Resolución ha sido objeto de deliberación y fallo por la Sala de Competencia del Consejo en su sesión de 29 de septiembre de 2016.
11. Son partes interesadas en el procedimiento:
 - VIAJES HALCÓN, S.A.U. (VIAJES HALCÓN) y
 - VIAJES BARCELÓ, S.L. (VIAJES BARCELÓ).

HECHOS ACREDITADOS

1.- Antecedentes

Como ya se ha señalado en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, con fecha 25 de octubre de 2000, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, dictó resolución en la que sancionó a Viajes Iberia, S.A., Viajes Halcón, S.A., Viajes Barceló, S.L., Viajes Marsans, S.A. y Mundosocial AIE por la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistentes en:

- acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por las cuatro primeras al Concurso público nº 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996", programa gestionado por el entonces INSERSO, así como

realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación.

- la suscripción de contratos entre Mundosocial AIE y Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonlits Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A. y Viajes Valdés, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.

En el dispositivo tercero de la referida resolución, el antiguo TDC instó a las empresas sancionadas para que cesaran de inmediato en la realización de las conductas declaradas prohibidas y en lo sucesivo se abstuvieran de adoptarlas y pactarlas de nuevo.

2.- Constitución de la UTE Mundosenior

Con motivo de la celebración del concurso público n° 29/1998, convocado por el IMSERSO para las vacaciones de la tercera edad de la temporada 1998/99, se constituyó por primera vez la UTE denominada VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ S.A., VIAJES HALCÓN S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS Ley 18/1982, formada por Viajes Marsans, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Halcón. Con los mismos socios y para concursos posteriores, esta UTE pasó a denominarse UTE Mundosenior.

Las empresas que constituyeron la UTE participaban cada una de ellas en un 25% del fondo operativo creado para el funcionamiento de la misma y en la misma proporción en el financiamiento de las actividades comunes de la Unión.

Dicha UTE se constituyó con el objeto social de presentarse, licitar y, en su caso, desarrollar y ejecutar los contratos de servicio para la gestión de los programas “Vacaciones para Mayores” que el IMSERSO convoca cada temporada. En consecuencia, la duración de la UTE está en función de cada uno de los contratos objeto de dichas adjudicaciones, aunque se establece un tope máximo de duración de 25 años (extendiéndose por tanto hasta el año 2023).

Como se expondrá más adelante, a la UTE Mundosenior no solo le fue adjudicado el concurso n° 29/1998 (y su prórroga), sino también todos los concursos posteriores hasta la actualidad. A estos efectos, y conforme estipula la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, se ha venido constituyendo una UTE distinta por cada concurso convocado, al ser

obligado que las UTE tengan como único objeto la ejecución de un contrato administrativo concreto.

El 25 de junio de 2010 VIAJES MARSANS entró en concurso de acreedores, lo que supuso una redistribución del porcentaje de las tres empresas restantes en la UTE.

El 4 de abril de 2013 Viajes Iberia entró igualmente en concurso de acreedores, quedando en la actualidad, como empresas que constituyen la UTE Mundosenior, VIAJES BARCELÓ y VIAJES HALCÓN.

La UTE Mundosenior está estrechamente ligada con Mundosocial AIE. De hecho, la página web de esta última redirige a la primera. A estos efectos, y preguntada sobre la citada Mundosocial AIE, la UTE Mundosenior ha confirmado la permanencia en funcionamiento de la misma, estando en la actualidad compuesta únicamente por VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ, al 50%.

El objeto social actual de Mundosocial AIE es el siguiente:

"La agrupación tiene por objeto las actividades económicas auxiliares de la que, como Agencias de viajes, desarrollan sus socios y, específicamente, la licitación en los concursos, subastas u otro modo de pública licitación u oferta convocados por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) o cualquier otra entidad pública del Estado Español y/o Comunidad Europea que en el futuro le sustituya, para la celebración de contratos de asistencia destinados a la financiación de turnos de vacaciones para personas mayores, así como el desarrollo, organización, ejecución total o parcial de los programas correspondientes a los citados contratos administrativos. La agrupación tiene también como objeto contribuir a la mejora de servicios de dicho mercado de clientes de personas mayores en beneficio de sus socios, entre otras formas, por medio de su página Web o Portal, y a través de un club de personas mayores, todo ello con la finalidad de potenciar la actividad económica de sus socios en ese nicho de mercado."

En la práctica, y según manifiestan las empresas integrantes de la UTE Mundosenior, la actividad de Mundosocial AIE se centra en la prestación de apoyo logístico y de infraestructura tecnológica a la UTE Mundosenior en la ejecución del Programa de Vacaciones para Mayores del IMSERSO. Es, pues, una sociedad instrumental de la UTE Mundosenior.

Sin embargo, y a pesar de que las UTE constituidas para cada convocatoria del concurso han de ser distintas, los recursos necesarios de apoyo a la ejecución de cada contrato son coincidentes. Y es aquí, en el apoyo a la ejecución del Programa, donde Mundosocial AIE presta asistencia a UTE Mundosenior.

Así, si bien la titularidad y responsabilidad de la ejecución del concurso adjudicado corresponde a la UTE constituida al efecto, dicha ejecución cuenta con el apoyo de la estructura proporcionada por Mundosocial AIE.

En este sentido, Mundosocial AIE es titular y propietaria de una serie de elementos (sistemas informáticos, oficinas en régimen de arrendamiento, contratos con proveedores de telefonía, suministro eléctrico, limpieza y otros, y personal laboral) que cede a la UTE correspondiente por medio de un contrato de “management” celebrado entre ambas, cuya duración es igualmente coincidente con la de la ejecución del concurso adjudicado.

Por tanto, la aportación de Mundosocial AIE a la ejecución del concurso se limita a este apoyo mediante la cesión de la estructura requerida para la misma, siendo las UTE las encargadas de la ejecución efectiva del mismo, entendiéndose por tal la facturación de los viajes a los usuarios y al IMSERSO, y el pago a los proveedores de los elementos que componen los paquetes vacacionales (por ejemplo, transportistas, hoteleros, agencias minoristas y guías de traslados y aeropuertos).

Las empresas conformantes de la UTE Mundosenior manifiestan que la actividad de apoyo prestada por Mundosocial AIE tiene por objeto aprovechar el “know how” derivado de años de experiencia, en aras a garantizar una mayor calidad del Programa.

Igualmente, mediante el empleo de esta estructura, se trata de evitar riesgos y cargas innecesarias o excesivas sobre los socios, pues la inexistencia de Mundosocial AIE obligaría a traspasar los bienes y derechos de la UTE a sus socios al finalizar cada concurso, y en sentido inverso con la adjudicación de cada nuevo concurso, con la complejidad laboral, fiscal, administrativa y de titularidad contractual que de ello se derivaría.

3.- Desarrollo y Adjudicaciones de los Concursos del IMSERSO (1998- 2011)

Según información proporcionada por el IMSERSO durante el procedimiento de vigilancia VS/0476/99 AGENCIAS DE VIAJES, en relación con los concursos convocados para el desarrollo del “Programa de Vacaciones para Mayores y para Mantenimiento del Empleo en Zonas Turísticas o del Programa Experimental de Ocio y Cultura”, los procedimientos de adjudicación convocados desde el año 1998 y sus adjudicatarios son los siguientes:

TEMPORADA	NUMERO	CONCURSO	LICITADORES
1998/1999	29/1998	<i>P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas</i>	1.- UTE VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.
1999/2000	25/1999	<i>P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas</i>	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2000/2001	23/2000	<i>P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas</i>	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2001/2002	22/2001	<i>P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas</i>	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2002/2003	8/2002	<i>P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas</i>	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2003/2004 y 2004/2005 Prorrogado a 2005/2006 y 2006/2007	31/2003	<i>P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas</i>	<u>1.- VIAJES ZOETROPE, S.A.</u> 2.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2005/2006 Prorrogado a 2006/2007	14/2005	<i>Programa Experimental de Ocio y Cultura</i>	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)
2007/2008 y 2008/2009 prorrogado a 2009/2010 y 2010/2011	21/2007	<i>P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas</i>	1.- UTE Mundosenior (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.) <u>2.-M.A.S. ALTERNATIVAS SOCIALES</u>
2011/2012, 2012/2013 prorrogado 2013/2014	7/2011	<i>P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas</i>	1- UTE Mundosenior¹ (VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.) <u>2.-VIAJES ZOETROPE</u>

¹ Tal como se ha indicado anteriormente, la empresa VIAJES MARSANS, entró en concurso de acreedores el 25 de junio de 2010, lo que supuso su salida de la UTE Mundosenior y el mantenimiento de la misma por los otros tres socios a partes iguales. Igualmente, Viajes Iberia se disolvió después de adjudicado el concurso a la UTE en la que participaba.

Como se aprecia, las empresas interesadas en el presente expediente se han presentado a todos los concursos convocados por el IMSERSO bajo la figura de Unión Temporal de Empresas, denominada UTE Mundosenior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir o falsear la competencia*”. Por otro lado, el artículo 20.2 de la misma ley, se 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 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.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DC en su propuesta de resolución elevada al Consejo de la CNMC el 19 de julio de 2016, VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ, habrían incumplido lo dispuesto en la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, y en particular su dispositivo tercero.

De ser así esta conducta está tipificada por el artículo 62.4.c) de la LDC en el que expresamente se señala que:

“4. Son infracciones muy graves:

c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 c) de la LDC, las infracciones muy graves pueden ser sancionadas por el Consejo de la CNMC mediante la imposición de una sanción por un valor que no supere el 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa.

En su propuesta de resolución la Dirección de Competencia considera que, de lo actuado en el expediente de vigilancia VS0476/89, y nuevamente examinado en el presente procedimiento, ha quedado acreditado que VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ habrían incumplido la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, en particular de su dispositivo tercero. La existencia de un acuerdo entre las referidas empresas para la constitución de la UTE Mundosenior, al objeto de participar en los concursos convocados por el IMSERSO para la gestión del programa de vacaciones para la tercera edad y la presentación de una única oferta a través de la misma, con el objetivo de eliminar la competencia en el único momento posible en el caso de un concurso, es decir en la presentación de las ofertas, habría dado como resultado una continuidad absoluta, en los efectos sobre el mercado afectado, respecto de la conducta sancionada en 2000. Es decir, la actuación de las empresas produce los mismos efectos que los que fueron sancionados en la Resolución de 25 de octubre de 2000, lo que constituye un incumplimiento de la resolución. Similar conducta, mismo objeto y mismos efectos, desde la temporada 1995/96, que dio origen al expediente principal, hasta la temporada actual 2014/2015.

La constitución de una UTE para complementar y ejecutar el acuerdo previo que fue sancionado y dotarlo de una apariencia de legalidad implica que no hubo cesación en la conducta ni se desistió de realizarla en el futuro, ya que el hecho de presentarse a los concursos mediante la constitución de la correspondiente UTE implica que éstos se han convertido en un procedimiento ficticio, al igual que ocurriera con el Concurso público nº 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del “Programa de vacaciones para personas de tercera edad durante la temporada 1995/1996”.

Por ello, a juicio de la DC, tal y como señaló en su Informe Final de Vigilancia elevado al Consejo de la CNMC el 18 de mayo de 2015, es necesario concluir el incumplimiento efectivo de lo dispuesto en la Resolución de 25 de octubre de 2000 y, por tanto, la persistencia de los efectos anticompetitivos que entonces se detectaron y sancionaron.

Finalmente, la DC determina que la responsabilidad del incumplimiento tipificado como infracción corresponde a las dos empresas que actualmente mantienen actividad (VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ) de las cuatro que fueron sancionadas en la Resolución de 25 de octubre de 2000.

TERCERO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO

La LDC exige la concurrencia de dos requisitos para que las conductas investigadas en el presente expediente puedan subsumirse en el tipo infractor del artículo 62.4 c) de la LDC. Por un lado, debe existir una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la propia LDC sobre el que quede acreditado incumplimiento o contravención y, en segundo lugar, debe acreditarse la responsabilidad y culpabilidad de tal actuación ilícita.

3.1. Sobre la acreditación de la infracción prevista por el artículo 62.4 c) de la LDC

Por lo que respecta al primero de los requisitos, es incontrovertible, y así consta en los hechos acreditados, que el TDC dictó resolución con fecha 25 de octubre de 2000, en el expediente sancionador 476/99 AGENCIAS DE VIAJES, en la que sancionó a VIAJES IBERIA, VIAJES HALCÓN, VIAJES BARCELÓ, VIAJES MARSANS, y MUNDOSOCIAL AIE por la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistentes en:

- acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por las cuatro primeras al Concurso público n° 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996", programa gestionado por el entonces INSERSO, así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación.
- la suscripción de contratos entre Mundosocial AIE y Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonlits Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A. y Viajes Valdés, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.

En relación con el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el TDC en la resolución de 25 de octubre de 2000, esta Sala coincide con la DC en que durante la vigilancia de la citada resolución, en el expediente VS 0476/99, se constató la continuación de la conducta declarada prohibida en su momento por el TDC mediante la constitución de la UTE Mundosenior entre VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ, que conduciría al incumplimiento de la resolución y, en particular, de su resuelve Tercero.

Durante la tramitación del presente expediente sancionador dicho incumplimiento ha quedado plenamente acreditado, sin que las alegaciones presentadas por VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ durante la tramitación del mismo hayan podido desvirtuar los argumentos expuestos por la DC en su Propuesta de Resolución.

Como afirma el órgano instructor, el incumplimiento resulta evidente cuando la misma argumentación que sirvió de base en la resolución de 25 de octubre de 2000 para determinar que el acuerdo previo al concurso entre las cuatro

empresas imputadas infringía el artículo 1.1 de la LDC, resulta plenamente reproducible respecto de la práctica implementada por las empresas sancionadas a través de la constitución, antes de los concursos, de sucesivas UTE durante los años que siguieron a la citada Resolución, incluido el que está vigente entre las dos empresas que actualmente siguen en funcionamiento. Entonces, y como decía el TDC:

"Hay datos abrumadores en el expediente, relatados muchos de ellos en los hechos probados, que confirman la intención de coludir a través de Mundosocial AIE, como sociedad instrumental, causando el resultado proscrito de restringir la competencia. En Mundosocial AIE se fraguaron acuerdos, decisiones, recomendaciones, actos o como se les quiera llamar entre competidores reales importantes que están taxativamente prohibidos por el art. 1 de la LDC."

Asimismo entonces, y según declaraciones de los propios participantes,

"mediante estos acuerdos previos a las licitaciones, no sólo se aúnan esfuerzos en la ejecución del Programa en beneficio del usuario, sino que, además, se consigue por primera vez y con esta sola finalidad, la unificación de empresas líderes en el mercado turístico español".

En el presente caso estamos ante un acuerdo entre competidores que por su propia naturaleza limita la competencia no solo entre ambas partes sino incluso respecto de terceros, con efectos claramente restrictivos, y cuyos beneficios no pueden compensar la anulación total de la competencia que se ha producido en el mercado como consecuencia del mismo. Aun admitiendo que las partes tuvieran limitadas sus capacidades técnicas para presentarse al total del concurso (lo que no ha quedado probado, como se examinará más adelante), esta Sala considera que podrían haber presentado sus ofertas de manera individual a los respectivos lotes y, por tanto, sin restricciones o con restricciones menos graves. Puede concluirse que se trata de un acuerdo entre los más importantes competidores del sector (inicialmente los cuatro que fueron declarados responsables en la resolución de 25 de octubre de 2000 y actualmente los dos de esos cuatro que siguen con actividad) que con su acuerdo de constitución de la UTE evitan enfrentarse a presión competitiva alguna.

Los acuerdos entre competidores que suponen reparto de mercado, como es el caso de la constitución de la UTE Mundosenior, constituyen una infracción objetiva de las normas de competencia, es decir aquella infracción que por su propia naturaleza posee el potencial de restringir la competencia, lo que haría innecesario el examen de los efectos reales o potenciales del mismo. Sin perjuicio de lo anterior, no puede dejar de señalarse que el acuerdo de constitución de la UTE está encaminado expresamente a repartirse la ejecución de un programa de gran relevancia en el mercado de programas sociales para la tercera edad, sin competencia entre las empresas partícipes y con exclusión de las restantes, lo que incide de manera clara e incontestable, al menos, en el reparto o compartimentación del mercado, y en el mantenimiento o refuerzo de la posición

en el mercado de las empresas que participan en el acuerdo. La total eliminación de la competencia efectiva que la UTE provoca, en modo alguno se ve compensada por los supuestos beneficios alegados por las empresas. Y ello porque la eliminación de la competencia a la que conduce dicha forma de actuar atenta contra la esencia misma del concurso celebrado.

El propio devenir de las empresas conformantes de la UTE adjudicataria ha puesto en evidencia la posibilidad material y formal de su presentación independiente al concurso. No ha importado que las cuatro empresas iniciales se convirtieran en tres, y las tres en dos, para que se hayan mantenido la calidad y las condiciones de la oferta y el resultado del concurso haya sido siempre favorable.

Por el contrario, los datos proporcionados permiten apreciar cómo otras empresas de inferior capacidad pueden realmente presentarse a los concursos, aunque finalmente su candidatura haya sido rechazada.

En definitiva, si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, y las empresas que se presentan (pertenecientes a dos grupos de los más importantes del sector) no compiten de hecho entre sí sino que pactan con anterioridad la presentación y ejecución conjunta a todos los lotes del concurso a través de la formación de una UTE, resulta evidente que tales pactos tienen naturaleza colusoria y constituyen una barrera de entrada adicional. Al quedar los lotes del concurso de manera continuada en manos, de hecho, de la misma agrupación de empresas, aumenta la posibilidad de su monopolio, con el deterioro de la competencia antes mencionado. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso. Prueba de ello es que las sucesivas actuaciones de las autoridades de competencia, primero en el expediente sancionador original y posteriormente en el expediente de vigilancia, han puesto de manifiesto la persistencia de los problemas de competencia en este mercado desde hace casi treinta años.

En conclusión, es evidente la ilicitud de la conducta adoptada por los interesados tras la Resolución de 25 de octubre de 2000, por la que han sustituido el pacto previo al concurso para presentar las mismas ofertas, y la ejecución del contrato objeto de dicho concurso a través de una sociedad instrumental, por el pacto previo al concurso para constituir una UTE, innecesaria a los efectos de poder presentarse al mismo con posibilidades reales de éxito, y la instrumentalización del contrato objeto de dicho concurso a través de una sociedad instrumental. En consecuencia, a juicio de esta Sala de Competencia es necesario concluir el incumplimiento efectivo de la resolución de 25 de octubre de 2000, y por tanto la persistencia de los efectos anticompetitivos que entonces se detectaron y sancionaron.

Ninguna de las alegaciones y argumentos expuestos por VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ, en sus distintas alegaciones, permite negar la existencia de dicho incumplimiento.

En concreto, las empresas presentan una alegación principal referida a la inexistencia de incumplimiento, dada la falta de identidad de la conducta sancionada en 2000 con la desarrollada por las empresas posteriormente a través de la presentación de ofertas en UTE.

A este respecto, las empresas también defienden la inviabilidad de analizar en el presente procedimiento la conformidad de la constitución de una UTE con el artículo 1 de la LDC, al considerar esta una cuestión que queda fuera del objeto de un procedimiento sancionador de incumplimiento.

Ambas alegaciones deben ser analizadas separadamente.

a) **Inexistencia de incumplimiento de la resolución del TDC por falta de identidad de la conducta sancionada en 2000 con la desarrollada por las empresas posteriormente**

Las empresas interesadas alegan que la prohibición impuesta en la Resolución de 25 de octubre de 2000 sancionaba la conducta consistente en falsear el proceso de licitación al acordar previamente con otras empresas la absoluta identidad de las ofertas individuales presentadas en las licitaciones organizadas por el IMSERSO así como la ejecución conjunta del programa cualquier que hubiera sido el resultado de la licitación, convirtiendo así el procedimiento competitivo en una mera ficción.

Según subrayan ambas empresas en sus alegaciones esta conducta es claramente distinta a la presentación de una oferta a un concurso público mediante una UTE, conducta conocida por la entidad adjudicadora, y que no conlleva las notas de ocultación que caracterizan el hecho sancionado en la mencionada resolución del TDC.

Según las alegaciones presentadas la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 se abstuvo, de manera consciente y deliberada, de condenar, la concreta conducta consistente en participar en los concursos del IMSERSO mediante UTE; una ausencia de condena que sólo puede interpretarse como una autorización implícita a esta manera de ejecutar los contratos, probablemente, por haber llegado al convencimiento de que esa práctica sería inatacable al amparo de las normas de competencia.

La alegación de inexistencia de incumplimiento de la resolución del TDC ya fue puesta de manifiesto por VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ en el marco del expediente de vigilancia VS/0476/99 AGENCIAS DE VIAJES, y analizada en el marco de dicho expediente por la DC.

Los argumentos expuestos por las empresas en sus alegaciones al presente procedimiento no presentan razonamientos ni pruebas que acrediten que el incumplimiento detectado en el expediente de vigilancia que condujo a la incoación del presente procedimiento sancionador no se haya producido en los términos señalados. La valoración de las actuaciones expuestas en los hechos

acreditados de la presente resolución conduce a esta Sala a considerar que tal incumplimiento ha quedado plenamente acreditado en el presente expediente.

Como señaló la DC en su Propuesta de Informe de Vigilancia de 11 de febrero de 2015 y el posterior Informe Final de Vigilancia de 18 de mayo del mismo año, la constitución de la UTE Mundosocial y su posterior acuerdo con Mundosocial AIE, es la misma conducta que la declarada prohibida por la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000. Dicha resolución sancionaba prácticas anticompetitivas “*consistentes en acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas (...) al Concurso público nº 19/95, (...) así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación*”, señalando expresamente a continuación que la licitación “*quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la Agrupación de Interés Económico y habían pactado la ejecución conjunta del programa*”.

El tipo infractor del artículo 1 de la LDC incluye cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, con la única exigencia de la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos y sin que requiera que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, siendo suficiente que se tienda a ese fin, que sea apta para ello, con independencia de que tenga éxito o no.

A la vista de los hechos acreditados resulta incontrovertible que las empresas VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ (y hasta su disolución también VIAJES IBERIA y VIAJES MARSANS) han mantenido la misma conducta sancionada (acordar realizar la ejecución conjunta del programa del IMSERSO) a través de la Agrupación de Interés Económico Mundosocial complementando esta agrupación con la constitución sucesiva de UTE al objeto de participar en los concursos convocados por el IMSERSO para la gestión del programa de vacaciones para la tercera edad, sustituyendo la presentación de ofertas idénticas con la presentación de una única oferta a través de UTE constituidas, con el objetivo idéntico de eliminar toda competencia entre las empresas sancionadas en octubre de 2000.

Como afirmaba la propia resolución de 25 de octubre de 2000, las conductas desplegadas por las empresas durante los años examinados “*confirman la intención de coludir a través de Mundosocial A.I.E., como sociedad instrumental, causando el resultado proscrito de restringir la competencia*”, añadiendo ahora nuevas sociedades instrumentales para lograr idéntico objetivo pero manteniendo la ejecución de las conductas a través de Mundosocial AIE, que fue expresamente sancionada en la resolución de 25 de octubre de 2000. Como se ha resaltado en el apartado de Hechos Acreditados, la actividad de Mundosocial AIE se centra en la prestación de apoyo logístico y de infraestructura tecnológica a la UTE Mundosocial en la ejecución del Programa de Vacaciones para Mayores del IMSERSO. Es pues una sociedad instrumental de la UTE Mundosocial que, a su vez, es mero instrumento de VIAJES BARCELÓ y VIAJES HALCÓN. Como señalan igualmente los hechos acreditados, la página web de Mundosocial

conduce a la de la UTE Mundosenior. No existe pues, al contrario de lo que afirman las empresas en sus alegaciones, ninguna interpretación extensiva o finalista de la obligación de cesación impuesta a VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ.

No cabe duda alguna de la concreción y efectos de la conducta declarada prohibida en la resolución de 25 de octubre de 2000, y de que las empresas (actualmente dos) conocen el ámbito de lo prohibido, que en este caso se resume en limitar la competencia en el único momento posible respecto de un concurso, es decir en la presentación de las posibles ofertas, sin que pueda aceptarse sin más la legitimidad de la constitución de la UTE.

Y ello porque la propia Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, en su artículo segundo, establece que: *“Las actividades y repercusiones económicas de las Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia”*.

Por tanto, VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ no han cesado en la conducta infractora sancionada en la Resolución de 25 de octubre de 2000, por cuanto mediante la constitución de la UTE han continuado con la conducta declarada prohibida en su momento por el TDC y que el Tribunal Supremo resumió perfectamente (sentencias de 14 de febrero de 2006, para Viajes Barceló y Viajes Halcón, respectivamente):

“Lo que ha sido sancionado por contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es una colaboración entre empresas competidoras consistente en un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante”.

Esta concertación entre las empresas integradas en la UTE les ha permitido actuar de facto como una unidad económica frente al IMSERSO en todo el periodo analizado durante el expediente de vigilancia (1999 a 2014), para poder acordar conjuntamente el reparto del mercado y los precios a los que se debía acudir a cada licitación anual, que en un entorno de normalidad competitiva corresponde adoptar a cada empresa de forma individual y al margen de sus competidores.

El cambio que ha supuesto la constitución de una UTE respecto del acuerdo previo que fue sancionado, no implica la cesación en la conducta y la abstención de no realizarla en el futuro, ya que el hecho de presentarse a los concursos

mediante la constitución de la correspondiente UTE no evita que éstos se hayan convertido en un procedimiento ficticio, al igual que ocurriera con el Concurso público n° 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996".

b) Imposibilidad de examinar en el procedimiento sancionador en trámite la conformidad de la conducta cuestionada con el artículo 1 de la LDC

Complementando su anterior alegación tanto VIAJES HALCÓN como VIAJES BARCELÓ insisten en que el único objeto del presente procedimiento es determinar si se ha producido un incumplimiento de la resolución de 25 de octubre 2000, no siendo posible en su seno valorar la conformidad con el artículo 1 de la LDC de la constitución en UTE para participar en un concurso público, considerando la interpretación extensiva del contenido de la Resolución del TDC contraria al principio de legalidad.

No cabe tampoco estimar esta alegación que pretende reducir, sin ningún apoyo legal, el objeto de un expediente sancionador previsto en los artículos 62.4 c) y 70.1 de la LDC. En el apartado anterior se ha analizado la identidad y continuidad entre las conductas de VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ sancionadas en la resolución de octubre de 2000 y las desarrolladas a través de la constitución de las sucesivas UTE, configurando ambas su identidad en la concertación para una ejecución conjunta del contrato licitado a través de "*un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante*", en palabras del Tribunal Supremo.

Es precisamente la utilización de sucesivas UTE en dicho entramado de acuerdos durante más de una década lo que obliga a examinar en el presente expediente la necesidad de las mismas para acudir a las licitaciones del IMSERSO, debido a la posible ausencia de capacidad de las empresas incoadas para presentarse a las licitaciones individualmente. Como se expone a continuación, la UTE es un instrumento en principio legítimo y autorizado legalmente para su uso por las empresas, salvo que encubra un acuerdo restrictivo de la competencia. Por tanto, su evaluación por la normativa de competencia debe alcanzar a su justificación objetiva, sin que la misma pueda exonerarse por no tratarse de un expediente sancionador de aplicación del artículo 1 de la LDC. De adoptar tal postura maximalista se imposibilitaría la evaluación y sanción del incumplimiento de cualquier resolución que declarara una infracción del artículo 1 de la LDC por no cumplir la conducta los requisitos previstos para su exención legal conforme el artículo 1.3, haciendo imposible la adecuada vigilancia de dichas resoluciones. Si la continuidad de la conducta sancionada originalmente se pretende defender a través de la adopción de medidas que podrían quedar exentas por el citado apartado del artículo 1 de la LDC, el procedimiento sancionador sobre el presunto incumplimiento debe poder evaluar tales medidas.

Entrando en el examen de los hechos acreditados no aprecia esta Sala la existencia de una justificación objetiva suficiente para que VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ (y anteriormente también VIAJES MARSANS y VIAJES IBERIA) hayan participado sistemáticamente como una unidad económica en los contratos licitados por el IMSERSO, especialmente cuando esto llevaba en la mayoría de los casos a una eliminación sostenida en el tiempo de la competencia en la oferta de viajes para la tercera edad y provocaba, además, un claro desincentivo para que otras empresas pudieran entrar en el mercado a competir. La constitución de la UTE por parte de las empresas no parece obedecer a una lógica empresarial y económica coherente, por cuanto no se atisba una necesidad objetiva de las empresas de asociarse por la falta de capacidad para participar de manera individual en la mayoría de las licitaciones como confirma, además, el hecho de que desaparecidas VIAJES MARSANS y VIAJES IBERIA (el 50 % de la UTE inicialmente constituida) VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ continuaran acudiendo a tales licitaciones sin mayor problema. Esta circunstancia refuerza la idea de que nos encontramos ante la utilización de un medio -acuerdo asociativo- con el fin de repartirse el mercado, lo que conlleva además acuerdos de precios y una constante compartición de información sensible entre las empresas competidoras.

Como ya ha señalado esta Sala en anteriores resoluciones (Expte. S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN, Resolución de 15 de enero de 2015 y más recientemente, Expte. S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, 30 de junio de 2016), la utilización de estructuras asociativas como vehículo para la realización de prácticas anticompetitivas -cuestión advertida por las propias normas que regulan la actividad de las UTE- ha sido objeto de tratamiento por las distintas autoridades de vigilancia de la competencia, que han analizado esta figura y han establecido los criterios que hay que observar para determinar si la constitución de una UTE puede ser considerado un medio para conseguir fines anticompetitivos. A partir de la consideración de que la creación de una UTE no constituye per se un acuerdo anticompetitivo por cuanto es una figura asociativa legalmente admitida y además habitual en el sector empresarial español, la valoración de su afectación a la competencia debe realizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se produce.

Mediante la Resolución de 20 de enero de 2003 (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias), el Tribunal de Defensa de la Competencia dejó establecido que, en la valoración del acuerdo asociativo como medio para llevar a cabo conductas anticompetitivas, deben tomarse en consideración los criterios de capacidad y autonomía de las empresas, por cuanto *“sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia.”*

En similares términos se pronuncia la Comisión Europea en su Comunicación relativa a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01), cuando en su apartado 237 se refiere a este tipo de acuerdos asociativos a los efectos de considerarlos contrarios a las normas de competencia.

“Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1”.

Conviene subrayar que la Comisión Europea considera que, en estos supuestos, la irrelevante posición individual de las empresas en el mercado y, por tanto, su incapacidad para participar en el proyecto a no ser que se presenten de manera conjunta, excluiría la posibilidad de considerar la existencia de una relación de carácter horizontal entre ellas, por cuanto no serían competidores potenciales en la ejecución del proyecto.

En el ámbito judicial, no son pocas las sentencias que han abordado los supuestos de acuerdos entre empresas para repartirse el mercado a través de estructuras asociativas. Las Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de febrero 2008 (recurso nº 519/2006) y de 27 de junio de 2008 (recurso nº 501/2006) han señalado lo siguiente:

“Pues bien, la prestación del servicio en el sector privado coordinado mediante la UTE, supone la falta de competencia entre las empresas integradas en ella, con el correspondiente reparto del mercado. El artículo 11 de los estatutos de la UTE determina la falta de competitividad ya que ninguna de las empresas integradas en la misma, pueden desarrollar de manera separada la actividad que constituye el objeto social de la UTE. Tal planteamiento supone la coordinación en la prestación del servicio sanitario afectando al sector privado”.

Por su parte, la reciente sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de mayo de 2016 (recurso 481/2013), analiza un supuesto similar de creación de un ente asociativo meramente formal que permite a las empresas repartirse el mercado a través de una actuación coordinada entre ellos, y declara la actuación ilícita, confirmando la sanción a las empresas.

Las anteriores sentencias inciden en la postura adoptada por el propio Tribunal Supremo en resolución de 25 de octubre de 2000 cuyo incumplimiento nos ocupa cuando, en su sentencia de 20 de diciembre de 2006, que desestimó el recurso de casación interpuesto por la desaparecida VIAJES IBERIA contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2004 que resolvía el recurso contencioso administrativo anterior. Entiende el TS que desde el momento en que las empresas constituyeron una agrupación de interés económico (AIE) y pactaron la ejecución conjunta del programa, el proceso de contratación había quedado desvirtuado y la licitación convertida en mera ficción y considera que las empresas debieron competir entre sí para conseguir autónomamente el concurso en su conjunto o alguno de los lotes. Para llegar a esa conclusión el Tribunal analiza, en primer lugar, la posibilidad de que las imputadas pudieran participar individualmente en la licitación, la cual confirma:

“las empresas sancionadas pudieron acudir de manera separada en reiteradas campañas sin ningún obstáculo de carácter formal, por lo que en ningún caso las exigencias del concurso les impedían concurrir con pleno derecho al mismo a título individual”.

Y puntualiza que las sancionadas lo fueron en cuanto que infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC en relación con los acuerdos de colaboración que adoptaron para su ejecución conjunta con independencia del resultado del concurso:

“una colaboración entre empresas competidoras consistente en un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante”.

A continuación procede a examinar los acuerdos a que llegaron las empresas sancionadas concluyendo que el concurso constituía una ficción al ser sustituido por los acuerdos privados acordados en el seno de la AIE:

“Estas concurren a título individual -no de forma conjunta- y acordaron que, fuera cual fuera el resultado del concurso, se ejecutaría en la manera concertada entre ellas a través de Mundosocial, A.I.E., asociación de interés empresarial creada años antes por las agencias de viaje que concurrían a tal objeto. De esta forma, resultaba indiferente el resultado del concurso en cuanto a la parte a ejecutar por cada una de las empresas; esto es, el concurso devenía una formalidad ficticia sustituida por el acuerdo entre las empresas concurrentes en el marco de una agrupación de empresas constituida por ellas: la competencia en el concurso público quedaba sustituida por el acuerdo privado en el seno de una agrupación empresarial privada. Pero no sólo esto, sino que a lo anterior es preciso añadir que la misma agrupación empresarial Mundosocial celebraba

simultáneamente acuerdos con otras empresas de la competencia en los que por un lado se les cedía la ejecución de aspectos parciales del programa y, por otro, dichas empresas se comprometían a no concurrir al concurso. Y es preciso recordar que entre estas empresas se encontraban algunas de tanto peso como las sancionadas”.

Añade que ello demuestra que “se concluían acuerdos destinados a evitar la posible concurrencia al mismo por parte de otras competidoras”.

En definitiva, y a modo de conclusión, solamente cabrá apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia, cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE. Sin embargo, no es eso lo que sucede en relación con las empresas constitutivas de la UTE objeto del presente expediente, tal como veremos a continuación.

Los datos que obran en el expediente arrojan la conclusión de que las empresas tenían capacidad individual suficiente para concurrir a las licitaciones sin la necesidad de asociarse con otras empresas. En efecto, como se deduce de las informaciones recogidas en los Hechos Acreditados, cada una de las cuatro empresas iniciales (VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ y las ya desaparecidas VIAJES MARSANS y VIAJES IBERIA) disponían de capacidad suficiente para competir entre ellas presentando ofertas individuales, teniendo en cuenta que cada una de las cuatro empresas tenía responsabilidad técnica y capacidad para ofertar individualmente. Las empresas debían tener la solvencia económica, técnica y profesional suficiente y exigida por la administración para poder licitar de manera individual a los contratos y, en su caso, ser adjudicatarios de los mismos. Basta con observar el volumen de negocios de las empresas en el mercado afectado durante el periodo investigado para confirmar el potencial de las mismas. Así, la propia VIAJES BARCELÓ señala en sus alegaciones a la propuesta de resolución que el volumen de ventas relacionado con la licitación del IMSERSO es muy reducido y que representa únicamente un 1,2 % de su volumen de negocios total en 2015. En el caso de VIAJES HALCÓN el volumen de ventas relacionado con el concurso del IMSERSO alcanzaría el 1,3 % de su volumen de negocios total en 2015, cifra también muy reducida. De hecho, según se indicará posteriormente, el volumen de negocios anual medio en el mercado afectado de VIAJES BARCELÓ es solo un 0,8% de su volumen de negocios total en 2015; y este mismo cociente es solo un 1,4% para VIAJES HALCÓN.

En definitiva, tanto la propia actuación de las empresas como sus volúmenes de negocio en el mercado afectado evidencian que no era necesario acudir en UTE a gran parte de los contratos licitados por el IMSERSO y que, además, había

mercado suficiente para todas las empresas que participaban en el mismo, ya fueran como adjudicatarios directos de uno o varios lotes o subcontratistas. A la inexistencia de razones de insolvencia económica, tampoco cabe apreciar motivos de insolvencia tecnológica que hubiese hecho necesario acudir sistemáticamente en UTE a los contratos a pesar de la existencia de una aplicación informática cuya titularidad corresponde a Mundosocial AIE y cuya réplica individual por las empresas resulta imposible, según han alegado las empresas.

En cualquier caso, esta eventual falta de capacidad tecnológica no justificaría la presentación generalizada de ofertas conjuntas en forma de UTE en los expedientes licitados por el IMSERSO. Es cierto que la aplicación informática se realizó en colaboración entre las cuatro empresas y se otorgó su titularidad a Mundosocial AIE, pero esta colaboración para su desarrollo no implica una obligación perenne de presentación de ofertas conjuntas en forma de UTE en todos los expedientes licitados. Esta colaboración tecnológica no ampara la eliminación total de competencia entre estas empresas y se puede obtener a través de vías menos gravosas para la competencia, como los acuerdos de licencia mutua en el momento de desarrollo de la aplicación, para una posterior explotación por separado.

En síntesis, las empresas disponían de alternativas a la UTE para acudir a los contratos, en tanto en cuanto podían tener acceso a la citada aplicación informática a través de otro tipo de acuerdos. En todo caso, teniendo en cuenta el largo periodo de tiempo que las empresas han estado concurriendo en UTE, hubiese sido razonable, desde un punto de vista competitivo, que las empresas hubiesen encontrado una solución técnica a los efectos de posicionarse en el mercado con respecto al resto de competidores, ya que la obtención de la aplicación informática individual les hubiese otorgado una posición ventajosa y en cambio prefirieron mantener el sistema de reparto a través de la UTE Mundosenior y la AIE Mundosocial.

En definitiva, a juicio de esta Sala, a la luz de las características de los contratos y de la propia actuación de las empresas no se puede admitir de forma generalizada que hayan existido razones económico-financieras, tecnológicas, o de falta de capacidad para atender en plazo a las demandas del IMSERSO, por lo que el uso continuado de la UTE no ha quedado justificado en el presente procedimiento.

Por ello, la conducta constitutiva de infracción no era desconocida para las imputadas, por lo que cualquier adaptación o derivación de dicha conducta que diese lugar a la misma situación anticompetitiva, supone un incumplimiento de dicha Resolución.

3.2. Sobre la acreditación de la responsabilidad y culpabilidad de las empresas: carácter doloso o negligente de la conducta

En cuanto a la responsabilidad y culpabilidad de las empresas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo viene afirmando que los principios del derecho penal son de aplicación, con matizaciones, al derecho administrativo sancionador.

En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991), aun a título de simple inobservancia (artículo 130.1 de la Ley 30/1992).

De esta forma, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que infrinjan lo dispuesto en la LDC, ya sea deliberadamente, ya sea por negligencia (artículo 63.1 de la LDC).

La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento de culpabilidad el dolo (en cualquiera de sus grados), sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia (vid., a título de ejemplo, sentencia del TS –Sala de lo Civil– de 26 de noviembre de 1990).

En el supuesto que nos ocupa, VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ, tanto en sus escritos de alegaciones previos a la propuesta de resolución de la DC como en el posterior a la misma consideran que en su actuación no concurría el requisito de culpabilidad o negligencia, menos aún el del dolo.

Las partes entienden que aún en el caso de que se apreciase que existe un incumplimiento de la resolución del TDC de 25 de marzo de 2000, no debería imponerse sanción alguna, en aplicación del principio de confianza legítima que condujo a VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ a confiar en la legalidad de su actuación. Por tanto, no concurre el elemento de culpabilidad exigido por la ley para sancionar la conducta de VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ.

Según las empresas incoadas su conducta estuvo claramente inducida por la apariencia de legalidad que aportaran diversas circunstancias, entre las que mencionan nuevamente que la repetida resolución del TDC de 2000 se limita a condenar un comportamiento concreto distinto a la participación en UTE; que al tiempo de adoptar la resolución, tanto el SDC como el TDC eran plenamente conscientes de que las empresas habían modificado su conducta respecto al comportamiento sancionado; que durante los diez años siguientes las empresas mantuvieron públicamente dicha conducta, sin que la autoridad de defensa de la competencia formulara objeción alguna y que el órgano adjudicador (IMSERSO) no dio indicación alguna en los sucesivos concursos a lo largo de los años respecto de esa participación en UTE. Estos actos habrían generado la confianza legítima de las partes en la legalidad de la conducta. Por tanto, según las

empresas, no concurre el elemento de culpabilidad exigido por la Ley para sancionar la conducta de VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ.

Esta Sala de Competencia debe rechazar estas alegaciones, al igual que hizo la DC en su propuesta de resolución. Tal y como se expondrá a continuación no resulta de aplicación el principio de confianza legítima. Las empresas interesadas conocían cuál era la conducta constitutiva de infracción, puesto que habían sido sancionadas por ella, y en esta situación no cabe entender que su actual comportamiento no es anticompetitivo, pues con ello no hacen más que poner de manifiesto el carácter doloso de su conducta en la medida en que tratan de dar una apariencia de licitud a una conducta que previamente había sido sancionada.

VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ no han cesado en la conducta infractora, por cuanto mediante la constitución de una UTE innecesaria a los efectos de presentarse a concurso y la instrumentalización del contrato objeto de dicho concurso a través de una sociedad instrumental, han continuado con la conducta declarada prohibida en su momento por el TDC, limitando la competencia en el único momento posible respecto de un concurso, es decir, en la presentación de las posibles ofertas.

Pretender la ausencia de culpabilidad de las alegantes no resulta admisible. Los acuerdos entre competidores con aptitud para restringir la competencia, como el acuerdo aquí analizado, han estado siempre prohibidos por la normativa de competencia, con independencia, de la figura jurídica que se utilice para instrumentarlos.

VIAJES HALCON y VIAJES BARCELÓ no sólo conocían el carácter ilícito de su conducta, sino que realizaron una interpretación conscientemente no acorde al sentido de la resolución del TDC con el objetivo de amparar su comportamiento anticompetitivo.

Por el contrario, las partes entienden que aún en el caso de que se apreciase que existe un incumplimiento de la resolución del TDC de 25 de marzo de 2000, no debería imponerse sanción alguna en aplicación del principio de confianza legítima. A este respecto, señalan que al tiempo de adoptarse la resolución de 2000, las empresas investigadas ya habían modificado la forma en que articulaban su participación en los concursos para viajes de tercera edad, sustituyendo el acuerdo previo de reparto empleado en la convocatoria referida a los años 1995/1996 por una oferta conjunta mediante UTE, habiéndose abstenido la Resolución del TDC de sugerir que ese comportamiento pueda ser cuestionable desde la óptica de las normas de defensa de competencia. Además en el marco de un procedimiento de vigilancia instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia se confirmó que, a fecha 12 de septiembre de 2006, el único punto pendiente de cumplir era el pago de la sanción pecuniaria que le habían sido impuesta. Estos signos externos crearon una situación de confianza legítima, que

condujo a las partes a confiar en la legalidad de su actuación, confianza que impide el pronunciamiento de sanción.

A pesar de estas alegaciones, esta Sala coincide plenamente con la Dirección de Competencia, en la consideración de que en el presente caso no resulta de aplicación el principio de confianza legítima.

La doctrina jurisprudencial establece la concurrencia de dos presupuestos básicos para la aplicabilidad del principio de protección de la confianza legítima en el ámbito de la potestad sancionadora de la CNMC, a saber la existencia de signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, y que dichos signos induzcan razonablemente a la confianza de la empresa en la legalidad de la actuación administrativa y de su comportamiento anticompetitivo, debiendo examinarse la concurrencia de ambos presupuestos en las circunstancias concretas de cada caso.

La doctrina de la confianza legítima en los actos administrativos es positiva (pronunciamiento expreso) y nunca puede serlo en actos inexistentes (falta de pronunciamiento), so pena de vulnerar el principio de seguridad jurídica proclamado por el artículo 9.3 de la Constitución Española. Esto es, no resulta suficiente para la aplicación del principio de confianza legítima la mera tolerancia o pasividad de la Administración, sino que es necesario un acto positivo de ésta que en el presente caso no se ha producido.

El principio de protección de la confianza legítima no puede entenderse como un instrumento de excepción automática de las normas de competencia para los operadores económicos y sólo puede aplicarse valorando cada situación concreta y la actitud de los interesados en dicha situación.

La Autoridad de Competencia ya ha tenido ocasión de declarar en resoluciones anteriores (S/0120/08 Transitarios, S/0167/09 Productores de uva y mosto de Jerez) que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de confianza legítima debe ser interpretado restrictivamente y siempre en el ámbito de la legalidad, por cuanto, como ha señalado el Tribunal Supremo en una de las sentencias que confirmó la resolución de 25 de octubre de 2000 (Sentencia de 20 de diciembre de 2006, recurso de Viajes Iberia), debe prevalecer el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la propia legalidad, aun cuando la conducta de la Administración pueda haber sido equívoca.

Por otro lado, el Alto Tribunal ha señalado que *“el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa”*, y ello, como hemos señalado no se ha producido en las conductas aquí analizadas.

En este caso, las alegantes han sido partes como incoadas en un procedimiento previo y por tanto conocen la doctrina y jurisprudencia en materia de defensa de

la competencia y, más concretamente, la expresa prohibición de la adopción de acuerdos como el presente para acudir a una licitación con el objeto de repartirse el mercado.

A la vista de lo anterior puede concluirse que no concurre la buena fe precisa para generar en las alegantes la requerida confianza en la legalidad de la actuación administrativa que las excluya de culpabilidad.

Pero además, en contra de lo manifestado por las interesadas, la Resolución de 25 de octubre de 2000 no valora, en modo alguno, la forma de presentación de las empresas entonces imputadas al concurso IMSERSO para la temporada 1998/1999, concurso al que por primera vez se presentaron bajo la forma jurídica de UTE.

Es cierto que en la época en que se dictó la repetida Resolución ya se había producido el citado hecho, y es también cierto que el mismo se recoge en la resolución.

Pero no es menos cierto que no existe en la resolución ningún tipo de valoración sobre dichos hechos que permita a las interesadas deducir la legalidad de su comportamiento. La instrucción del expediente se centró exclusivamente en el concurso para la temporada 1995/1996, lo que impide que el Tribunal pudiera pronunciarse sobre hechos posteriores que no hubieran sido objeto de instrucción y por ello el dispositivo de la Resolución, tantas veces puesto de relieve por las interesadas, menciona explícitamente la "temporada 1995/1996".

Por otra parte, la citada por la partes Resolución de Ejecución de Sentencia dictada por el TDC con fecha 12 de septiembre de 2006 tiene por objeto, como su propio nombre indica, ejecutar sendas Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2003 (una por cada interesada), por cuanto las mismas habían devenido firmes al desestimarse la casación interpuesta por las partes mediante sendas Sentencias de idéntica fecha (nuevamente una por cada una de las interesadas) del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006.

En ese sentido, y habiendo estado suspendida la obligación del pago de la multa impuesta a las partes, el levantamiento de dicha suspensión como consecuencia de las Sentencias del Tribunal Supremo es lo que motiva la adopción por el TDC de la Resolución de Ejecución de Sentencia de septiembre de 2006 a los efectos de ordenar dicho pago. Su parte dispositiva es clara:

"PRIMERO.-Ordenar el pago de las siguientes multas impuestas por el Tribunal:

-A Viajes Halcón, S.A. una multa de 829.396'7 euros (equivalentes a 138 millones de pesetas).

-A Viajes Barceló, S.L. una multa de 829.396'7 euros (equivalentes a 138 millones de pesetas).

SEGUNDO.- *Dar traslado de esta Resolución a la Audiencia Nacional en prueba de la ejecución de sus Sentencias de 12 de febrero de 2003 (recursos 991 y 1001/2000).*

TERCERO.- *El cumplimiento de estas obligaciones deberá justificarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.*

CUARTO.- *Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones impuestas".*

De este modo, no es posible interpretar, como lo hacen las partes, que la mencionada resolución supone el beneplácito del entonces TDC a la actuación de las partes en cuanto a la constitución de la UTE y la presunción de que con dicha actuación las partes estén cumpliendo con la intimación al cese en la conducta prohibida que les fuera impuesta.

Tampoco es posible deducir de la instrucción exhaustiva de unas actuaciones de vigilancia que pueden prolongarse en el tiempo dada la ausencia de plazo de caducidad, que la conducta que llevan a cabo las partes investigadas pueda considerarse válida, no restrictiva de la competencia o no reiterativa de un incumplimiento anterior, por no existir pronunciamiento expreso en contra a lo largo de dicho procedimiento.

Por el contrario, la normativa de competencia establece un sistema que, sin intervenir en la libre toma de decisiones empresariales, garantiza el buen funcionamiento de los mercados, asignando a los participantes en el mismo una autonomía para la autoevaluación de su comportamiento que deja en sus manos el encaje legal de sus acuerdos y decisiones.

En conclusión, en el presente caso no consta que la Administración hubiera ofrecido a las imputadas garantías precisas, incondicionales y concordantes sobre la corrección de su actuación, pues de lo actuado resulta precisamente lo contrario.

Por todo ello, entiende esta Sala de Competencia que la conducta de VIAJES HALCON y VIAJES BARCELÓ no puede ser considerada sino como dolosa, en la medida en que fue realizada con pleno conocimiento y voluntad de obtener las consecuencias que de ella se derivan.

De acuerdo con lo expuesto, no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, cumpliéndose con ello el último de los requisitos necesarios para apreciar infracción.

CUARTO.- OTRAS ALEGACIONES PRESENTADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Con fecha 10 de junio de 2016, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución y se notificó debidamente a VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ para que, de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento para el ejercicio de

la potestad sancionadora, presentaran las alegaciones que estimasen convenientes.

Con fechas 15 y 18 de julio de 2016 tuvieron entrada en el registro de la CNMC escritos de alegaciones de VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ, la mayor parte de las cuales han sido ya analizadas en el apartado anterior. No obstante deben reseñarse las siguientes alegaciones referidas a defectos del procedimiento.

4.1.El resultado del presente procedimiento sancionador se encuentra predeterminado por la resolución del expediente de vigilancia

Las empresas incoadas alegan que la Resolución del expediente de vigilancia que ordena a la DC la apertura de procedimiento sancionador declara ya la existencia de un incumplimiento de la resolución del TDC del año 2000. En la medida en que el mismo órgano que adoptó dicha resolución de vigilancia va a ser el encargado de decidir sobre el fondo del presente asunto, el resultado de este procedimiento sancionador se encuentra predeterminado, lo que supone una flagrante vulneración de los derechos de defensa.

Estas alegaciones revelan una errónea comprensión por parte de las empresas incoadas de la relación e interacción existente entre los expedientes y resoluciones de vigilancia y los expedientes sancionadores instruidos para verificar la existencia de la infracción prevista en el artículo 63. 4 c) de la LDC, consistente en el incumplimiento de lo establecido en una resolución o acuerdo dictada en aplicación de la citada Ley. Tales relaciones han sido examinadas por la Audiencia Nacional en sucesivas sentencias, entre las que deben citarse la sentencia de 15 de octubre de 2012 (recurso 95/2011 sobre el expte. VATC/2458/03) y la sentencia de 8 de enero de 2016 (recurso 49/2014 sobre el expte VS/064/06 CERVEZAS CANARIAS 2). Asimismo fueron puestas de manifiesto por esta Sala en su Resolución de 12 de noviembre de 2015 (Expte. SNC/0039/15 ATRESMEDIA).

Esta Sala de Competencia considera que la resolución de 30 de julio de 2015, sobre la que habrá de manifestarse la Audiencia Nacional en el marco del recurso contencioso-administrativo interpuesto por VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ, no tiene otros efectos sobre el presente expediente sancionador que la indicación de incoar el mismo, ya que es en el marco del presente procedimiento en el que ha de acreditarse fehacientemente el incumplimiento de la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, con la consiguiente imposición de sanción.

La garantía que ofrece el presente procedimiento sancionador radica en la necesidad de una evaluación completa de los hechos incorporados al expediente (que pueden ser los ya examinados en el expediente de vigilancia u otros nuevos aportados por el órgano instructor o las partes) bajo la perspectiva de un expediente sancionador, el análisis de la culpabilidad de las entidades imputadas y la posibilidad de una defensa completa por parte de estas, conociendo de

antemano la imputación concreta de la que debe defenderse. Todos estos elementos se encuentren ausentes del expediente de vigilancia pero que se han dado por completo en el presente expediente sancionador. La instrucción desarrollada en el mismo ha permitido la incorporación al expediente de la documentación procedente del expediente de vigilancia que el órgano instructor ha considerado necesaria, la presentación de alegaciones y proposición de prueba por las empresas incoadas y la valoración del conjunto documental incorporado en el expediente desde la perspectiva de un procedimiento sancionador, primero por el órgano instructor del procedimiento –la DC- y posteriormente por esta Sala de Competencia como órgano de resolución.

Por ello la resolución de esta Sala de 30 de julio de 2015 no prejuzga la comisión de la infracción tipificada en el artículo 62.4 c) de la LDC, para lo cual se ha abierto un procedimiento nuevo con todas las garantías, dirigido a establecer los hechos acreditados y si son o no constitutivos de incumplimiento, así como la culpabilidad de las empresas incoadas. La resolución de 30 de julio de 2015 se dictó en el marco de un procedimiento de vigilancia y con los documentos presentes en el mismo, momento en el que no se examinan todos los elementos que se analizan en un procedimiento sancionador, en particular, la culpabilidad de la persona imputada. Como expuso la Audiencia Nacional en su sentencia de 15 de octubre de 2012 la constatación de un incumplimiento de las condiciones, o de indicios de ello, en un procedimiento de vigilancia no prejuzga la comisión de la infracción tipificada en el art. 62.4.c), para lo cual se abre un procedimiento con todas las garantías dirigido a establecer los hechos y si son o no constitutivos de infracción.

En este sentido, la Audiencia Nacional ha señalado en su Sentencia de 8 de enero de 2016 lo siguiente:

“Pero el alcance de esa declaración de incumplimiento no puede vincular la que se haga en el expediente que llegara a incoarse por supuesta comisión de la falta muy grave prevista en el artículo 62.4.c) pues ello supondría una evidente quiebra de las garantías que han de concurrir en todo procedimiento sancionador.

La interpretación conjunta de la facultad que reconoce el artículo 42.4 del Reglamento de la CNMC y de la infracción que sanciona como falta muy grave el artículo 62.4.c) exige necesariamente condicionar el alcance de aquélla al limitado ámbito del expediente de vigilancia, de tal suerte que la declaración de incumplimiento ha de hacerse en todo caso con esta limitación.

Por tal razón, los efectos que dicha declaración pudiera tener sobre la responsabilidad por la comisión de la infracción muy grave se ciñen solo a la posibilidad de acordar la incoación del oportuno expediente sancionador en cuyo curso habrá de constatarse, con las garantías inherentes al mismo, la existencia del eventual incumplimiento y la correspondiente sanción.”

Es, pues, objeto de la presente resolución, realizar una nueva valoración completa de los hechos susceptibles de constituir incumplimiento y, en consecuencia, infracción, en el marco de un expediente sancionador con todas las posibilidades de defensa abierta y sin ninguna vinculación a lo ya determinado en el expediente de vigilancia. En ella se resolverá si analizados los hechos y teniendo en cuenta las alegaciones de VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ, se ha incumplido, como propone la Dirección de Competencia, lo establecido en la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000.

La alegación de predeterminación del resultado presentada por VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ, en consecuencia, debe ser rechazada, al no ajustarse a lo realmente acaecido en el presente procedimiento.

4.2. Violación del derecho de defensa por falta de comunicación de la propuesta de la cuantía de sanción específica

VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ afirman que existe un error de tramitación por cuanto el órgano instructor no ha especificado en la propuesta de resolución la propuesta de sanción que se formula, lo cual supone un incumplimiento del artículo 18 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (Reglamento de la Potestad Sancionadora).

Así, las alegantes señalan que el artículo 18 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, recoge que en la PR debe de especificarse la sanción que se propone que se imponga. En concreto, el citado artículo 18 establece lo siguiente:

“Concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijará de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el instructor del mismo; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad”.

Por otra parte el art. 70 de la LDC establece que el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en la LDC (excepto para las infracciones referidas a las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3) se regirá por las previsiones de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo. Por ello en el presente expediente se ha aplicado el procedimiento previsto en el referido Reglamento de la Potestad Sancionadora y no el procedimiento sancionador específico contemplado en el Título IV de la LDC, al que también se refiere la

LCNMC en su artículo 29.3 en los siguientes términos: *“En concreto, el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se regirá por las disposiciones específicas previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Sin embargo el artículo 1.1 del propio Reglamento de la Potestad Sancionadora establece, en relación con su objeto que *“La potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas”*. A este respecto no puede obviarse que el régimen sancionador aplicable a todas las infracciones previstas en la LDC se regula en el Título V de la propia Ley (art. 61-70), con independencia de que el procedimiento sancionador para declarar dichas infracciones sea el regulado en el Título IV de la LDC (como ocurre con las infracciones referidas a las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley) o el establecido en el Reglamento de la Potestad Sancionadora (aplicable al resto de las infracciones previstas en la LDC, según el artículo 70.1 de la propia Ley).

Por ello, la previsión del art. 18 del Reglamento de la Potestad Sancionadora referida a que *“el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se (...) se determinará la infracción (...), especificándose la sanción que propone que se imponga”* no puede desconocer las previsiones contenidas en el Título V de la LDC, sino que debe ajustar su propuesta a la regulación de las sanciones contenida en dicho Título, en particular en sus artículos 63 (Sanciones) y 64 (Criterios para la determinación del importe de las sanciones).

Examinada la propuesta de resolución elevada por la DC a esta Sala con fecha 19 de julio de 2016, se comprueba que en la misma además de fijar los hechos que se consideran probados (apartado II de la PR) y la valoración de los mismos por el órgano instructor (apartado III) se determina su calificación jurídica como un incumplimiento de la resolución de 25 de octubre, conducta tipificada como muy grave en el artículo 62. 4 c) de la LDC, de la que serían responsables VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ.

Junto a los hechos considerados acreditados y la calificación jurídica de los mismos por el órgano instructor la PR incluye también el análisis y contestación de las alegaciones presentadas por las empresas incoadas (apartados IV y V) y una propuesta específica de sanción (apartado VII). En dicha propuesta de sanción, tras determinar el grado máximo de la infracción (infracción muy grave de las previstas en el artículo 62 de la LDC) y exponer los criterios para la determinación del importe de las sanciones previstos en el art. 64 de la LDC, analiza la posible existencia de circunstancias agravantes y atenuantes y expone la duración exacta de la conducta, así como el volumen de negocios de las empresas imputadas en el mercado de viajes para la tercera edad durante los años que se consideran incluidos en la infracción. Por último, se incluye también el volumen de negocios total de las empresas en el año 2015, sobre el que debe aplicarse el porcentaje previsto en el artículo 63.1 de la LDC para la

determinación del importe de la sanción, aplicando los criterios anteriormente señalados previstos en el art. 64.

En conclusión la propuesta de sanción elaborada por la DC y remitida a esta Sala especifica la sanción a imponer ajustándose a los artículos 63 y 64 de la LDC directamente aplicables a la presente sanción. Para ello especifica la gravedad de la infracción (muy grave) y los criterios que, a juicio del órgano instructor, deben tenerse en cuenta para fijar el importe de la misma: su duración y alcance, la dimensión del mercado afectado y la cuota en el mismo de las empresas responsables (a través del volumen de negocios de dichas empresas en el mercado de viajes para la tercera edad licitado), así las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren.

Para declarar la nulidad de un acto administrativo la legislación y jurisprudencia exigen que se prescinda total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. A juicio de esta Sala el contenido de esta propuesta se ajusta a lo dispuesto en el citado artículo 18 del Reglamento de la Potestad Sancionadora que no prescribe al órgano instructor especificar el importe de la multa a imponer sino *“la sanción que se propone que se imponga”*. Será la resolución propiamente dicha, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC tal y como establece el artículo 70.2 de la LDC, ya que es al Consejo de la CNMC y no al órgano instructor al que corresponde determinar el importe de las sanciones a imponer.

Por el contrario la propuesta de la DC no precisa contener una cifra exacta acerca de la cuantía de la sanción, sino especificar la sanción que el órgano instructor propone imponer, aspecto que realiza fijando todos los elementos previstos en el artículo 64 LDC para cuantificar la misma: hechos y antecedentes (dimensión y características del mercado y cuota en el mismo), responsabilidad imputada (duración de la infracción), agravantes y atenuantes, lo que permite una defensa completa por parte de los imputados.

Todo ello pone de manifiesto, en primer lugar, que esta CNMC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar el derecho de defensa de las empresas incoadas y, en segundo lugar, que el derecho de defensa de ambas ha quedado plenamente garantizado puesto que el instructor ha cumplido escrupulosamente con los requisitos establecidos por el Reglamento de la potestad sancionadora y la LDC. Por tanto, VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ han podido defenderse en términos reales y efectivos durante toda la tramitación del expediente, sin que su derecho de defensa se haya visto menoscabado.

Esta Sala de Competencia, considera que la Dirección de Competencia ha especificado suficientemente la sanción que propone que se imponga, a saber, la establecida en el artículo 63.1.c) de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la multa explicitados en el artículo 64 de la LDC. Sobre esa base esta Sala fijará la cuantía exacta de la multa, pues es a ella, como órgano de resolución, a quien corresponde hacerlo.

QUINTO.- SOBRE EL IMPORTE DE LA SANCIÓN

El artículo 62.4.c) de la LDC tipifica como infracción muy grave incumplir lo establecido en una resolución adoptada en aplicación de la LDC, a la que según el artículo 63.1.c) de la LDC puede corresponder una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora.

Tal y como señala el Tribunal Supremo, dicho 10% debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador. Dicho porcentaje “*marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica*”. Siendo ello así, el 10% debe reservarse como “*respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría*”.

El artículo 64.1 de la LDC establece que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.
- c) El alcance de la infracción.
- d) La duración de la infracción.
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

En lo que se refiere a la existencia de posibles circunstancias agravantes y atenuantes previstas en el mismo artículo 64.2 y 3 de la LDC, la DC en su informe estima que no concurren circunstancias agravantes en el presente caso. No obstante, destaca el largo periodo de tiempo durante el que se ha prolongado la infracción, y los efectos anticompetitivos de la misma, que han motivado que, hasta el concurso público para la temporada actualmente vigente (año 2015), no se haya presentado con regularidad ninguna empresa de entidad al mismo, habiendo resultado los incoados los únicos ofertantes y adjudicatarios históricos del servicio de vacaciones para la tercera edad convocado por el IMSERSO.

En cuanto a la duración, el incumplimiento reseñado abarca el periodo comprendido entre el 18 de abril del 2001 (para VIAJES HALCÓN) y el 4 de mayo de 2001 (para VIAJES BARCELÓ), fechas en la que la Audiencia Nacional denegó la suspensión del dispositivo tercero de la Resolución de 25 de octubre de 2000 y por tanto resulta ejecutivo, hasta el 30 de julio de 2015, fecha en la que se

dicta la Resolución del Consejo de la CNMC que ordena la incoación del presente procedimiento.

En la siguiente tabla se recoge el volumen de negocios en los años de la conducta, desglosado por años, en el mercado de viajes para la tercera edad en desarrollo del programa del IMSERSO, antes de aplicación de IVA y otros impuestos relacionados:

VOLUMEN DE NEGOCIOS EN DESARROLLO DEL PROGRAMA DE VIAJES DEL IMSERSO (€)		
	VIAJES BARCELÓ	VIAJES HALCÓN
2001	[...]	[...]
2002	[...]	[...]
2003	[...]	[...]
2004	[...]	[...]
2005	[...]	[...]
2006	[...]	[...]
2007	[...]	[...]
2008	[...]	[...]
2009	[...]	[...]
2010	[...]	[...]
2011	[...]	[...]
2012	[...]	[...]
2013	[...]	[...]
2014	[...]	[...]
2015	[...]	[...]

Según información proporcionada por las propias empresas, en su escrito de alegaciones de 12 de mayo de 2016 (VIAJES HALCÓN) y de 20 de mayo de 2016 (VIAJES BARCELÓ), el volumen de negocios total en el año 2015, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados, asciende a:

- VIAJES BARCELÓ: 88.500.000 euros.
- VIAJES HALCÓN: 93.763.402 euros.

Finalmente, cabe señalar que la Resolución de 25 de octubre de 2000, cuyo incumplimiento ahora se sanciona, impuso a las cuatro empresas participantes de la infracción junto a Mundosocial AIE una sanción por importe global de 4.507.590,78 €, de los que correspondieron a VIAJES HALCÓN y VIAJES BARCELÓ sendas multas de 829.396 €.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución VIAJES BARCELÓ considera, con carácter subsidiario a sus restantes alegaciones, que, en caso de sancionarse el incumplimiento de la Resolución de octubre de 2000, el importe de la multa a

imponer debería ser simbólico o muy reducido. VIJAES BARCELÓ basa esta petición en alegaciones ya examinadas anteriormente (confianza legítima por la actitud de la administración y ausencia de efectos en el mercado), pero añade nuevas consideraciones como el limitado alcance de la conducta reprochada (que representa un porcentaje muy reducido del mercado global de las agencias de viaje minoristas), la total ausencia de beneficios ilícitos como resultado de la presentación de ofertas en UTE y el escaso porcentaje que representa el volumen de ventas afectado por la infracción (que cifra en 1,2%) con respecto a su volumen de negocios total en 2015. Argumentan que, en la medida en que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sanción debe tomar en consideración el mercado afectado por la infracción, VIAJES BARCELÓ considera que no es posible calcular la multa como un porcentaje de su volumen de negocios total porque la sanción impuesta resultaría manifiestamente desproporcionada.

Esta Sala considera que se trata, de acuerdo con el artículo 62.4.c), de una conducta muy grave, en la que las empresas infractoras han eliminado la competencia en las licitaciones de viajes organizadas por el IMSERSO, con la especial gravedad de las conductas anticompetitivas que afectan directamente a los contribuyentes. Además, las infractoras han incumplido una resolución anterior, y han recurrido a la formación de UTE para concurrir a las licitaciones y repartirse el mercado, de manera que no era necesario instrumentar otros medios para garantizar el cumplimiento de los acuerdos. Por tanto, la valoración global de la conducta lleva a esta Sala de competencia de la CNMC a considerar que la conducta es merecedora de un tipo sancionador del 5,5%.

Después, procede ajustar el tipo sancionador global según la participación de las dos empresas infractoras en la conducta, utilizando la cuota en el volumen de negocios del mercado afectado como aproximación a la participación de cada empresa en la conducta anticompetitiva. A VIAJES BARCELÓ le corresponde un 34,3% en el mercado afectado por la conducta, y a VIAJES HALCÓN le corresponde el restante 65,7%. Según esta participación, los tipos sancionadores totales que corresponderían a cada infractora en función de la gravedad y características de la conducta, y de su participación en ella, serían un 7,2% para VIAJES BARCELÓ y un 7,5% para VIAJES HALCÓN.

Sin embargo, las dos empresas tienen una proporción muy elevada de su actividad fuera del mercado afectado por la conducta. En efecto, el volumen de negocios anual medio en el mercado afectado de VIAJES BARCELÓ es solo un 0,8% de su volumen de negocios total en 2015; y este mismo cociente es solo un 1,4% para VIAJES HALCÓN. Esto implica que si se les aplicara el tipo sancionador que les correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada.

Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de

la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse *beneficio ilícito potencial*²). En el presente caso, las multas que corresponderían a las infractoras (6.372.000€ a Viajes Barceló y 7.032.255 a Viajes Halcón) superaría con creces el límite de proporcionalidad determinado de acuerdo con la anterior estimación.

Teniendo en cuenta todos los elementos de graduación de la sanción citados, y la valoración de proporcionalidad, esta Sala ha acordado imponer a a VIAJES BARCELÓ una sanción del 0,70% de su volumen de negocios correspondiente al año 2015, lo que supone una sanción por importe de 619.500 €. Asimismo ha acordado imponer a a VIAJES HALCÓN una sanción del 1,30% de su volumen de negocios correspondiente al año 2015, lo que supone una sanción por importe de 1.218.924 €.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar acreditado el incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000, dictada en el expediente sancionador 476/99 AGENCIAS DE VIAJE, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- Declarar responsables de dicho incumplimiento a las empresas Viajes Halcón, S.A y Viajes Barceló, S.L.

² Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante como los *Ratios Sectoriales de las Sociedades no Financieras* del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, las estimaciones se basan en la literatura económica. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico y, en caso de duda, se toman los más favorables a las empresas.

TERCERO.- Imponer a:

VIAJES HALCÓN, S.A.U.: una sanción de 1.218.924 euros.

VIAJES BARCELÓ, S.L. una sanción de 619.500 euros.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a Viajes Halcón, S.A.U. y Viajes Barceló, S.L., haciéndoles 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 el día siguiente al de su notificación.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz en la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 29 de septiembre de 2016, en el marco del Expte. SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJES, y al que se adhiere el Il.º Sr. Consejero Fernando Torremocha García-Sáenz.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- Considero que la *Resolución* aprobada no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma ***debidamente motivada***. De la lectura de la *Resolución* es ***totalmente imposible*** conocer por qué los porcentajes sancionadores aplicados son el 0'7% para VIAJES BARCELÓ y el 1'30% para VIAJES HALCÓN (pág. 36). ***No existe posibilidad alguna*** de que de la lectura de la *Resolución* los sancionados puedan saber, aun sea de manera aproximada, *de dónde salen esas cifras* (y ello contrasta con su extraordinaria finura numérica).

La *Resolución* dice (Pág. 35) «la valoración global de la conducta lleva a esta Sala de competencia de la CNMC a considerar que la conducta es merecedora de un tipo sancionador del 5,5%». No hay nada que objetar al hecho de que la valoración subjetiva de la mayoría le lleve a esa consideración. El órgano sancionador está facultado para realizar esa valoración. Pero a partir de ahí la determinación de la multa me resulta inaprehensible.

En efecto, tras establecer que «la valoración global de la conducta lleva a esta Sala de competencia de la CNMC a considerar que la conducta es merecedora de un tipo sancionador del 5,5%» la *Resolución* afirma: «Después, procede ajustar el tipo sancionador global según la participación de las dos empresas infractoras en la conducta, utilizando la cuota en el volumen de negocios del mercado afectado como aproximación a la participación de cada empresa en la conducta anticompetitiva. A VIAJES BARCELÓ le corresponde un 34,3% en el mercado afectado por la conducta, y a VIAJES HALCÓN le corresponde el restante 65,7%.» Y de ahí concluye:

«Según esta participación, los tipos sancionadores totales que corresponderían a cada infractora en función de la gravedad y características de la conducta, y de su participación en ella, serían un 7,2% para VIAJES BARCELÓ y un 7,5% para VIAJES HALCÓN».

Pues bien: si entre el tipo sancionador global del 5'5% y los citados «tipos sancionadores totales que corresponderían a cada infractora» no media otro elemento que «la participación de cada empresa en la conducta anticompetitiva» y ésa es el 34'3% para VIAJES BARCELÓ Y 65'7% para VIAJES HALCÓN, no encuentro en absoluto razonable que en el primer caso el tipo sancionador pase del 5'5% al 7'2% y en el segundo del mismo 5'5% al 7'5%. Eso ya no me parece una «estimación subjetiva» aceptable porque supone una enorme y evidente desproporción matemática.

SEGUNDO.- A renglón seguido, la *Resolución* dice, sin prueba alguna, lo siguiente (págs. 35-36): «Sin embargo [...] si se les aplicara el tipo sancionador que les correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada [...] las multas [...] superarían con creces el límite de proporcionalidad determinado de acuerdo con la anterior estimación».

Pues bien, ¿por qué? No se sabe. Más aún, de la lectura de la *Resolución* nadie –ni el administrado ni sus representantes– puede saberlo porque es **imposible** sin conocer (i) cuál es el beneficio ilícito, y (ii) con qué criterio de proporcionalidad y-disuasión opera la *Resolución*, que no aparecen por ninguna parte. Yo tampoco los sé.

En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la *Resolución* afirman poseer un método para realizar la «estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría [sic] haber obtenido de la conducta» (Vid. Pág. 35-36). Pero el caso es que aunque llevo pidiendo conocerlo desde hace mucho tiempo, aún no he conseguido verlo.

En consecuencia, de la presente *Resolución* **nadie** –ni los administrados, ni sus representantes legales ni yo mismo, que formo parte de la SALA– puede saber por qué «esta Sala ha acordado imponer a VIAJES BARCELÓ una sanción del 0,70% de su volumen de negocios correspondiente al año 2015, lo que supone una sanción por importe de 619.500 [y] a VIAJES HALCÓN una sanción del 1,30% de su volumen de negocios correspondiente al año 2015, lo que supone una sanción por importe de 1.218.924 €».

TERCERO.- No me parece razonable que el administrado no pueda saber, a través de la propia *Resolución*, por qué se le ha impuesto una multa y no otra cualquiera. Que eso ocurra es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora que **no** comparto. La discrepancia doctrinal ha sido expuesta en sucesivos votos particulares, comenzando en el Expte. S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO, **al que remito**.

En mi opinión, es posible resolver de forma que el administrado conozca, a través de la propia *Resolución*, no sólo por qué ha sido sancionado, sino también por qué lo ha sido con una multa específica y no otra cualquiera. Huelga decir que no me refiero a detallar en la *Resolución* los cálculos precisos que dan lugar a las multas, pues eso ni tiene razón de ser ni hace falta en absoluto. Me refiero a la necesidad de mostrar a los administrados el *iter argumentativo*. En mi opinión, tanto ellos como sus representantes tienen derecho a conocer, no sólo el cuánto, sino también el porqué de la específica multa que se impone.

CUARTO.- Por las objeciones expuestas no puedo, *en conciencia*, respaldar la presente *Resolución*.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio y firmo en Madrid, a 29 de septiembre de 2016.