



Roj: **STS 1448/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1448**

Id Cendoj: **28079130032012100118**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/03/2012**

Nº de Recurso: **3227/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 6374/2009,**  
**STS 1448/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil doce.

**VISTO** el recurso de casación, registrado bajo el número **3227/2009**, interpuesto por la Procuradora Doña Rosa Vidal Gil, en representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJES (FEAAV), con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 462/2006, seguido contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de julio de 2006, sobre sanción por la realización de prácticas prohibidas. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 462/2006, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 12 de febrero de 2009, cuyo fallo dice literalmente:

« *DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJES (FEAAV), contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de julio de 2006, que declaramos conforme a derecho en los extremos examinados.*

*Sin expresa imposición de costas .».*

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJES (FEAAV) recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 20 de abril de 2009 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJES (FEAAV) recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 8 de junio de 2009, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que teniendo por presentado este escrito, lo admita y en sus méritos, tenga por personada a esta parte ante el Tribunal Supremo como parte recurrente y por interpuesto, en tiempo y legal forma, RECURSO DE CASACIÓN contra la *Sentencia de 12 de febrero de 2009 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la*



Audiencia Nacional, recaída en el recurso nº 462/2006 ; y en virtud de lo expuesto, tras los oportunos trámites, dicte Sentencia por la que:

(i) Con estimación de los motivos del presente recurso de casación, ANULE la Sentencia de instancia, apreciando íntegramente los argumentos de nuestro escrito de demanda y, por tanto, anule íntegramente la Resolución del TDC dictada el 26 de julio de 2006 en el expediente 591/05 (Agencias de Viaje), que dio lugar al presente procedimiento Contencioso- Administrativo, incluida la sanción impuesta a esta parte.

(ii) Subsidiariamente, ANULE la Sentencia de la Audiencia Nacional y, en su lugar, dicte otra por la que, estimando los motivos del presente recurso de casación, imponga a esta parte una sanción proporcional y ajustada a Derecho y, en particular, conforme con lo establecido por el artículo 10 de la LDC . » .

**CUARTO.-** La Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto con fecha 10 de diciembre de 2009 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

« Inadmitir a trámite el motivo "Cuarto" del recurso de casación interpuesto por la representación de la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes ("FEAAV"), contra la Sentencia de 12 de febrero de 2009 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso nº 462/2006 ; continuando el recurso respecto del resto de motivos, y para la sustanciación del recurso de casación en la parte que se admite, remítanse los autos a la Sección Tercera de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos . » .

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en la Sección Tercera, por providencia de fecha 2 de marzo de 2010, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado, en escrito presentado el día 23 de abril de 2010, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenerle, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; seguir el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso se confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA. » .

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 15 de diciembre de 2011, se acordó, de conformidad con el artículo 94.3 de la LJCA que no procede la celebración de vista solicitada, al no estimarse necesaria, atendiendo a la naturaleza de las pretensiones deducidas en el proceso de instancia, designándose Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y señalándose este recurso para votación y fallo el día 6 de marzo de 2012, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos tiene por objeto la pretensión de que se revoque total o parcialmente la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2009 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJES (FEAAV) contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de julio de 2006, recaída en el expediente 591/05.

Para una adecuada comprensión del debate casacional procede transcribir el contenido dispositivo de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, confirmada íntegramente por la Sala de instancia:

« Primero.- Declarar acreditada la comisión de tres conductas incursas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que son:

a) La conducta de los integrantes de la Cúpula Asociativa de Viajes Españolas (CAAVE) por su actuación consistente en pactar en el artículo 2 de su Reglamento Interior la transferencia de las decisiones del colectivo en las relaciones con los grandes proveedores de servicios, en este caso, las compañías aéreas, que han llevado a una negociación colectiva de los cargos por emisión de billetes. Por tanto son responsables la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE), la Asociación de Empresarios de Agencias de Viaje de la Costa del Sol (AEDAV ), la Asociación Española de Turoperadores de Receptivo (AETOR), la Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas

(AMAVE), las Agencias de Viajes Unidas Servicios de Asociación (AUSA), y la Unió Catalana d'Agències de Viatges Emisores (UCAVE).

b) Los acuerdos en relación a la fijación de los cargos por emisión de las compañías aéreas Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A, Spanair, S.A. y Air Europa, S.A con la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE), de los que son responsables dichas compañías y los miembros de CAAVE que son la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE), la Asociación de Empresarios de Agencias de Viaje de la Costa del Sol (AEDAV), la Asociación Española de Turoperadores de Receptivo (AETOR), la Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE), las Agencias de Viajes Unidas Servicios de Asociación (AUSA), y la Unió Catalana d'Agències de Viatges Emisores (UCAVE).

c) El acuerdo de reparto de mercado en relación con la contratación de billetes con las empresas entre Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A. y Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE) del que son responsables la compañía aérea y los miembros de CAAVE que son la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE), la Asociación de Empresarios de Agencias de Viaje de la Costa del Sol (AEDAV), la Asociación Española de Turoperadores de Receptivo (AETOR), la Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE), las Agencias de Viajes Unidas Servicios de Asociación (AUSA), y la Unió Catalana d'Agències de Viatges Emisores (UCAVE).

Segundo.- Imponer las siguientes multas:

- A Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.: dos millones (2.000.000) de euros.

- A Spanair, S.A.: doscientos cincuenta mil (250.000) euros.

- A Air Europa, S.A.: trescientos mil (300.000) euros.

- A los miembros de CAAVE las siguientes:

A la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV): un millón seiscientos sesenta y un mil quinientos cuarenta y dos (1.661.542) euros.

A la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE): un millón cuatrocientos setenta y seis mil novecientos veintitrés (1.476.923) euros.

A la Asociación de Empresarios de Agencias de Viaje de la Costa del Sol (AEDAV): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.

A la Asociación Española de Turoperadores de Receptivo (AETOR): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.

A la Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.

A Agencias de Viajes Unidas Servicios de Asociación (AUSA): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.

A Unió Catalana d'Agències de Viatges Emisores (UCAVE): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.

Tercero.- Intimar a las entidades imputadas para que cesen en las prácticas sancionadas.

Cuarto.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional. En caso de incumplimiento se impondrá una multa coercitiva de seiscientos (600) euros por cada día de retraso en la publicación.

Quinto.- El cumplimiento de lo dispuesto sobre la publicación deberá justificarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Sexto.- El Servicio de Defensa de la Competencia vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución. ».

#### **SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.**

La Sala de instancia fundamenta la declaración de desestimación del recurso contencioso-administrativo, siguiendo, sustancialmente, los criterios expuestos en la precedente sentencia dictada por ese órgano jurisdiccional de 10 de diciembre de 2008 (RCA 468/2006), con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Hemos de señalar en primer término que esta Sala ha resuelto otros recursos interpuestos contra la misma Resolución del TDC por otras empresas sancionadas, en sentencias de 4 de febrero de 2008 (recurso 439/2006 a instancia de Air Europa, Líneas Aéreas, S.A.), 31 de octubre de 2008 (recurso 469/2006, a instancia de Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas - AMAVE-), 5 de diciembre de 2008 (recurso 393/2006, a instancia de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.), y 10 de diciembre de 2008 (recurso 468/2006, a instancia de Unió Catalana d'Agències de Viatges Emisores y otras).



Lógicamente, por razones de unidad de criterio, tenemos en cuenta y seguimos ahora los razonamientos efectuados por la Sala en las precedentes sentencias sobre la misma Resolución impugnada.

En una de las SAN citadas, la de 10 de diciembre de 2008, hemos admitidos expresamente como acreditados los siguientes hechos que figuran en la narración fáctica de la Resolución del TDC impugnada:

1.- La entrada en el sector del tráfico aéreo de pasajeros de las compañías de bajo coste provocó la búsqueda por parte de los operadores tradicionales de medios de reducción de costes. Ello ha llevado a la generalización de un nuevo sistema de retribución a las agencias de viajes en los servicios de intermediación en la venta de billetes, llamado cargo por emisión o service fee. Así, desde el 1 de enero de 2004, los consumidores finales cuando compran un billete pagan el servicio de transporte, esto es, la tarifa neta, más un cargo por la emisión, que es la contraprestación recibida por la gestión de venta (sea a través de Internet, agencia de viaje, o venta directa).

2.- En una reunión celebrada el 7 de noviembre de 2000, una serie de Agencias de Viaje decidieron crear la Cúpula Asociativa de Agencias de Viaje Españolas, ahora denominada CAAVE (inicialmente CAAV), cuyos miembros en la fecha relevante eran FEAAV, AEDAVE, AEDAV, AETOR, AMAVE, AUSA y UCAVE.

El propósito de los firmantes del Acuerdo de creación era constituir una organización asociativa, lo que no se había producido en las fechas relevantes, en las cuales CAAVE carece de personalidad jurídica.

En el artículo 2 de su Reglamento Interior (folio 44 y 45) se establece lo siguiente:

*"Las organizaciones que integran la CAAV, mantendrán su plena soberanía como Asociaciones o Federación, en su caso. Ahora bien, acuerdan transferir a la CAAV las decisiones sobre las materias que se refieren a la defensa y representación de los intereses generales del sector de las Agencias de Viajes. Concretamente:*

- Las relaciones con los Poderes Públicos.
- Relaciones con los grandes proveedores de servicios.
- Relaciones laborales.
- Relaciones con otras organizaciones.
- Actividades de imagen y defensa del sector (...).
- Relaciones internacionales (...).

*La transferencia de las materias enunciadas en el párrafo anterior, no obstaculizará para que puedan ser tratadas, a efectos interiores, dentro de cada Asociación; obviamente, sin asumir decisiones, puesto que éstas corresponden a la CAAV" .*

Se celebraron diversas reuniones entre las líneas aéreas (Iberia Líneas Aéreas, Spanair y Air Europa) y CAAVE (Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes española), que culminaron con un acuerdo sobre los cargos, iguales para las tres citadas líneas aéreas.

Las Agencias de Viaje cobraron a sus clientes cargos por emisión como forma de remuneración a sus servicios de intermediación de igual cuantía a los fijados por Iberia, Spanair y Air Europa en la venta de billetes aéreos a clientes particulares en tarifas no promocionales o especiales tanto en oficinas como a través de Internet.

Esta igualdad en el cargo se constató en investigaciones realizadas en oficinas de Viajes Marsans, Viajes El Corte Ingles, Viajes Halcón, Viajes Iberia, Carlson Wag onlit Travel y Viajes Ecuador.

El mercado de referencia viene fijado por los servicios de intermediación en la venta de billetes de transporte aéreo.

La conclusión alcanzada es que existió intercambio de información entre Iberia, Spanair y Air Europa con CAAVE, acuerdo de las tres compañías aéreas en el cargo por la emisión de billetes que debía aplicarse y de Spanair y Air Europa de no competir con Iberia.

En el Acta de la reunión de la Comisión Mixta Comisión Iberia-CAAVE aprobada el 17 de diciembre de 2003 figura el siguiente compromiso:

*"RELACIÓN CON EMPRESAS:*

*El Sr. Claudio (representante de Iberia) reitera las claras instrucciones en cuanto a no visitar ninguna empresa sin conocimiento previo de la agencia. Únicamente pueden producirse si:*

- Iberia no conoce la Agencia de viajes con quien trabaja la empresa.
- Cuando la propia empresa así lo manifiesta (por trabajar con varias agencias).



*Añadiendo que, el objetivo de Iberia es que el cliente vuele con Iberia y no obtener la venta directa evitando la Agencia.*

*Se solicita por CAAVE que, en el nuevo marco de relaciones, se reiteren estas claras instrucciones".*

[...] Como primera cuestión plantea la parte recurrente que la Resolución del TDC ha desconocido la doctrina jurisprudencial sobre la personalidad jurídica de CAAVE, a la que se ha dado la consideración de parte en el expediente, admitiendo su intervención independiente de la de sus miembros hasta que el TDC ha condenado directamente a los miembros de la asociación.

Independientemente de la cuestión planteada de si la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Española (CAAVE) debió ser sancionada por el TDC en la Resolución impugnada, la Sala entiende que la participación en los hechos de la parte recurrente, la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), tiene sustantividad propia, en la forma que seguidamente exponemos.

El artículo 10 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), vigente en el momento de los hechos, permite al TDC imponer a "...los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas..." , sanciones en forma de multas, cuando deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en los artículos 1 , 6 y 7 de dicha norma . Y no cabe duda que la Federación recurrente es una asociación o agrupación de asociaciones de empresas (de agencias de viajes) y como tal Asociación empresarial es destinataria de las normas de la LDC.

La resolución impugnada sancionó a las asociaciones integrantes de CAAVE por dos tipos de conductas: a) por la constitución de CAAVE, que supuso la transferencia de decisiones del colectivo de forma contraria a la LDC, y b) por los acuerdos con las agencias de viajes (Iberia, Air Europa y Spanair), que igualmente el TDC consideró infracciones de la LDC.

En ambos casos, como decimos, la parte recurrente ha actuado con plena independencia y debe, por tanto, asumir la responsabilidad de sus actos. Participó libremente en la constitución de la CAAVE, el 7 de octubre de 2000, junto con otras organizaciones y asociaciones, y decidió por sí misma transferir a la CAAVE las decisiones sobre las relaciones con los grandes proveedores de servicios, como son las compañías aéreas, lo que supuso una renuncia a negociar de forma individual con esas compañías. Y a su vez, como miembro de CAAVE, asumió e hizo suyos los acuerdos con las compañías aéreas en los que ha apreciado el TDC la infracción de las normas de la competencia.

El TDC ha impuesto sanciones por estos hechos, al considerarlos contrarios a la competencia. Así por la constitución de la CAAVE impuso una multa de 1.000.000 de euros a las Asociaciones y Organizaciones intervinientes, que distribuyó entre los responsables en a su importancia, e igualmente el TDC impuso sanciones por los Acuerdos de CAAVE con Iberia (2.000.000 euros), Air Europa (300.000 euros) y Spanair (300.000 euros), si bien al declarar en los hechos probados que CAAVE carece de personalidad jurídica, ha sancionado a las Asociaciones y Federaciones integrantes de CAAVE, que son en último término quienes propiciaron los acuerdos y los hicieron suyos.

[...] Se refiere la parte actora a la prescripción de la infracción por los actos de constitución de la CAAVE, sancionada con 1.000.000 de euros, porque tal infracción se entiende cometida el 7 de noviembre de 2000, y hasta el 28 de julio de 2005 no se notificó el Pliego de Concreción de Hechos, por lo que ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción de las infracciones.

El plazo de prescripción de las infracciones descritas por la LDC es de 4 años, de acuerdo con el artículo 12.1 de dicho texto legal . Añade el artículo 12.2 LDC que la prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.

Es un hecho acreditado en el expediente administrativo y admitido por la propia parte recurrente que la CAAVE se constituyó en Madrid, el siete de noviembre del 2000 y de esa fecha es su Reglamento de Régimen interior cuyo artículo 2 recoge el acuerdo de transferencia de decisiones.

Así las cosas, no puede apreciarse la prescripción de la infracción porque el plazo de 4 años no llegó a completarse, ya que el 23 de septiembre de 2004 la Directora General de Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la denuncia presentada por la Unión de Consumidores de España y la incoación del expediente sancionador.

La interrupción de la prescripción se produce no por el Pliego de Concreción de Hechos, como entiende la parte recurrente, sino por la incoación del procedimiento sancionador, como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de abril de 2006 (recurso 4699/2003 ) y 14 de febrero de 2007 (recurso 17/2005 ).



Además, y a mayor abundamiento, la práctica prohibida no consistió únicamente en el mero acuerdo de constitución de la CAAVE, ni este es un acto que se agote en dicha fecha, sino que la infracción consistió también en el mantenimiento y la ejecución continuada durante los años sucesivos de tal acuerdo, por lo que no se había completado el plazo de 4 años de prescripción aunque se tome como fecha de interrupción la de 28 de julio de 2005, de notificación del Pliego de Concreción de Hechos.

[...] La recurrente alega que los principios básicos de derecho penal son de aplicación en el derecho administrativo sancionador, y considera que en el presente caso se han infringido los principios de prohibición de aplicación de la analogía, de imputabilidad y de individualización de la sanción, así como la inexistencia de acuerdo colusorio y falta de prueba en el expediente.

Tales cuestiones han sido examinadas por las sentencias de la Sala sobre la misma resolución del TDC que antes hemos citado, en particular, por la SAN de 10 de diciembre de 2008, a la que ahora nos remitiremos. No obstante, debe decirse que la Sala no comparte el argumento de la recurrente sobre la existencia de un reconocimiento en la Resolución impugnada acerca de su no participación en los hechos. Tal falta de participación se limitaría, según la recurrente, a la infracción apreciada en los acuerdos de CAAVE con las Compañías aéreas, pero la Resolución impugnada no reconoce la no falta de participación de la recurrente, sino que afirma (FJ 6) que FEEAV no participó "...directamente..." en los hechos, esto es, en los acuerdos con las Compañías aéreas, aunque sí participó CAAVE, que la representaba, "...actuando esta entidad de forma colectiva y habiendo dado lugar a actuaciones contrarias a la competencia..." .

En la SAN de 10 de diciembre de 2008, en el que eran parte otras asociaciones de agencias de viajes integrantes de CAAVE (UCAVE, AUSA, AEDAVE y AEDAV), decíamos lo siguiente sobre las cuestiones suscitadas por la parte actora:

**QUINTO-** La actora sostiene que no ha existido infracción del artículo 1 LDC, en primer lugar porque no queda claro si la resolución se refiere a la fijación de los cargos por emisión aplicados por las aerolíneas en su canal de venta directa o a la fijación de los cargos por emisión aplicados por las agencias de viaje, o a ambas conductas; en segundo lugar porque el objeto real de los acuerdos entre CAAVE y las aerolíneas era implementar el nuevo sistema, porque no existe un interés económico de CAAVE en alcanzar los supuestos acuerdos, y por la dimensión internacional de los cargos aplicados por las aerolíneas. Finalmente, por la ausencia de efectos anticompetitivos derivados de la supuesta concertación entre las agencias, la CAAVE y las aerolíneas.

*Los hechos que son declarados probados y constitutivos de la infracción no son contradichos, aunque si las consecuencias extraídas por el TDC de la aplicación de los tipos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia.*

*Esta Sala ha establecido y lo ha confirmado el Tribunal Supremo que el tipo del artículo 1 contempla, tanto los acuerdos expresos como tácitos y las conductas conscientemente paralelas. No impone la norma que el acuerdo de voluntades se produzca formalmente, sino que basta con acomodar la conducta de forma consciente al comportamiento seguido por otros operadores económicos. Tanto en derecho español como comunitario, son irrelevantes las características jurídico-formales del acuerdo: lo decisivo es su objeto o efecto anticompetitivo.*

*La coincidencia en las fijaciones de precios, realmente no puede explicarse razonablemente al margen de la convicción de la existencia de una práctica concertada: en el presente caso existió transferencia de información, y se aplicaron idénticos cargos en diferentes agencias de viajes por la emisión de billetes. Esta identidad no puede ser explicada por la mera operativa del mercado. Si las actoras conocen los cargos que aplicarán las líneas aéreas citadas, y aplican los mismos, es inevitable concluir que se ha producido o bien un acuerdo tácito o bien una conducta conscientemente paralela, en ambos casos, se acomoda el comportamiento para no competir en lo que a los precios por cargo de emisión de billete se refiere.*

*Como se señaló en la sentencia de 31 de octubre pasado citada:*

*"No existe pues una vulneración de la presunción de inocencia, tampoco falta de prueba, lo que ocurre es que la recurrente no comparte las conclusiones extraídas de la prueba practicada. Pero ocurre, que la única forma de explicar la identidad en los precios, partiendo de la idea de que las compañías afectadas conocían la estrategia de las demás en la materia, es que conscientemente se fijaron precios idénticos. Para lo cual no es necesaria una presión o compulsión, ni un acuerdo expreso. Basta con que se actúe de forma igual a un competidor conociendo su estrategia en materia de precios, para que ello suponga la infracción del artículo 1."*

*Sobre si la resolución se refiere a la fijación de los cargos por emisión aplicados por las aerolíneas en su canal de venta directa o a la fijación de los cargos por emisión aplicados por las agencias de viaje, o a ambas conductas, resulta claro que contempla:*

*-"El mercado de referencia donde se desarrollan las prácticas imputadas en el presente.., es el de los servicios de intermediación en la venta de billetes de transporte aéreo Las compañías aéreas tienen también una relación vertical con las agencias de viaje, siendo las primeras proveedores de los servicios de transporte aéreo de pasajeros y las agencias distribuidoras de sus billetes. ."*

*-"Las Agencias de Viaje cobraron a sus clientes cargos por emisión como forma de remuneración a sus servicios de intermediación de igual cuantía a los fijados por las tres aerolíneas anteriores en la venta de billetes aéreos a clientes particulares en tarifas no promocionales o especiales tanto en oficinas como a través de Internet"*

*- "intercambios de información de Iberia, Spanair y Air Europa con CAAVE en relación a los cargos por emisión a aplicar a partir del 1 de enero de 2004 y el momento en que se lleva a cabo".*

*-"acuerdos de Iberia, Spanair y Air Europa con CAAVE para fijar la cuantía del service fee".*

*En cuanto al objeto real de los acuerdos entre CAAVE y las aerolíneas, esta Sala considera que los medios utilizados excedían con mucho tal pretensión, hasta el punto de sobrepasar tal pretendido objetivo y organizar un sistema de unificación de los cargos por emisión.*

[...] En relación con las sanciones, alega la parte recurrente que la Resolución impugnada no respeta el límite máximo cuantitativo establecido por el artículo 10 LDC y la infracción del principio de proporcionalidad por no apreciar circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la recurrente.

Las sanciones impuestas a la recurrente fueron las siguientes:

- Por la constitución de CAAVE: 461.539 euros.

- Por el acuerdo con Iberia en relación a los cargos por emisión: 923.077 euros.

- Por los acuerdos con Air Europa en relación a los cargos por emisión y su fijación al nivel de los de Iberia: 138.463 euros.

- Por los acuerdos con Spanair en relación a los cargos por emisión y su fijación al nivel de los de Iberia 138.463 euros.

El artículo 10 de la LDC establece que el TDC podrá imponer por infracciones de la LDC multas hasta 901.518,16 euros (150 millones de pesetas), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución de tribunal.

En los casos precedentes que hemos enjuiciado, y por lo que se refiere a la cuestión del límite máximo de las multas, hemos indicado que las sanciones no sobrepasan el límite máximo permitido por le TDC, si tomamos como referencia el 10% del volumen de ventas. Así lo dijimos expresamente en la sentencia de 4 de febrero de 2008 , en el que se examinaba la multa de 2.000.000 euros impuesta a Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.

También en la sentencia de 10 de diciembre de 2008 declaramos conforme a derecho las multas impuestas a la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE), por importe total de 1.476.923 euros, muy cercanas cuantitativamente por tanto a las impuestas a la empresa recurrente, debiendo indicar que tales multas quedan por debajo del límite del 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio anterior, que estimamos de aplicación en el caso de las asociaciones de agencias de viajes, porque el artículo 10.1 LDC , que prevé el incremento de las sanciones hasta el 10 por ciento del volumen de ventas, no efectúa ninguna excepción, sino al contrario, establece expresamente dicho incremento en las multas que se impongan a "...a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas..."

Así, el Tribunal Supremo ha admitido, en sentencia de 24 de octubre de 2006 (recurso de casación 818/2004 ), que opera el límite del 10% del volumen de ventas en el caso de Mundosocial, que es una Agrupación de empresas de interés económico.

Por otro lado, tenemos también en cuenta en esta sentencia el precedente de la SAN de 10 de diciembre de 2008 , ya citada, que confirmó las sanciones impuestas a AEDAVE, cuya participación en los hechos fue ponderada por el TDC de forma similar a la de la recurrente, atendiendo al criterio de su semejante influencia por razón del número de representantes en la CAAVE. En la referida SAN confirmamos las multas a AEDAVE por un importe total de (1.476.923) euros, muy cercanas por tanto a las multas impuestas a la recurrente por importe total 1.661.542 euros, viniendo determinada la diferencia por el ligero mayor número de representantes de esta última en el órgano de gobierno -denominado Comité Conjunto- de la CAAVE, según el artículo 4.1 de su Reglamento Interior (18 representantes de la recurrente FEEAV, 16 representantes de AEDAVE, más otros 5 representantes de otras cinco asociaciones).

Con tales antecedentes, consideramos que es conforme a derecho la imposición de las sanciones, en atención a la ponderación de las circunstancias de la importancia de la infracción descritas en el artículo 10.2 LDC ,



particularmente la modalidad de la restricción de la competencia, que es un acuerdo de fijación de precios, la dimensión del mercado afectado, que comprende todo el territorio nacional y la cuota de mercado de la recurrente, que junto con AEDAVE reúne como hemos visto 34 de los 39 representantes (87%) en el Comité Conjunto de la CAAVE.

De otro lado, las circunstancias de modulación de la sanción a los que se refiere la recurrente, no son ninguna de las descritas en el artículo 10.2 LDC y en criterio de la Sala no aportan elementos relevantes de atenuación de la responsabilidad. » .

### **TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.**

El recurso de casación, interpuesto por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJES (FEAAV), queda circunscrito al examen de los motivos primero, segundo, tercero y quinto articulados en el escrito de interposición, al haberse acordado la inadmisión del cuarto motivo por Auto dictado por la Sección Primera de esta Sala jurisdiccional de 10 de diciembre de 2009 .

En el primer motivo de casación, que se funda el amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión, la defensa letrada de la parte recurrente denuncia que la sentencia recurrida hace caso omiso de hechos probados que son relevantes para la valoración de las conductas supuestamente realizadas por la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes, lo que constituye una grave vulneración del derecho de defensa, garantizado por el artículo 24 de la Constitución .

En el desarrollo argumental de este motivo de casación se aduce que la Sala de instancia considera acreditada la aplicación de tarifas idénticas por las agencias de viajes, en relación con el cobro de cargos por emisión de billetes de transporte aéreo, sin que exista en el expediente administrativo el menor indicio probatorio que sustente tal valoración.

Se arguye que la sentencia recurrida carece de una adecuada motivación que ha afectado lesivamente al derecho a la tutela judicial de la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes recurrente, pues le ha impedido conocer las razones por las que se han rechazado los argumentos esgrimidos y se ha considerado ajustada a Derecho la resolución impugnada.

El segundo motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , por infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , reprocha a la sentencia recurrida el error manifiesto de apreciación, en relación al objeto del Acuerdo entre CAAVE y las Agencias de Viajes, al no tener en cuenta el contexto económico internacional en el que tuvieron lugar las conductas sancionadas y la naturaleza de la relación entre las compañías de transporte aéreo y las agencias de viajes en el mercado de referencia.

Asimismo, se arguye que la Sala de instancia ha incurrido en error en la apreciación de los requisitos exigidos en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , en cuanto que el acuerdo de fijación de precios no tenía por objeto o efecto la restricción de la competencia en todo o en parte del mercado.

El tercer motivo de casación, formulado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , imputa a la sentencia recurrida la vulneración de la libertad de asociación del artículo 22 de la Constitución y la errónea aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , al considerar que la constitución de CAAVE era ilícita y contraria a las normas del Derecho de la Competencia.

El quinto motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , por infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el límite de las sanciones y la vulneración del principio de proporcionalidad.

### **CUARTO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales.**

El primer motivo de casación, formulado por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales que ha causado indefensión, en el extremo que denuncia que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha ignorado hechos que han sido probados durante la tramitación del expediente administrativo, que son relevantes para la valoración de la conducta imputada a la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes, en referencia a la falta de indicios de la existencia de identidad de los cargos de emisión de los billetes de transporte aéreo aplicados por las agencias de viajes, no puede ser





acogido. Cabe poner de relieve, en primer término, que en este planteamiento casacional subyace una mera discrepancia respecto de los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora y con la valoración de las pruebas, que acreditarían la comisión de las conductas infractoras del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia imputadas a la recurrente, lo que no puede servir de fundamento a un recurso de casación, debido a su naturaleza extraordinaria, que exige preservar la función revisora del Tribunal Supremo, cuyo ámbito objetivo de enjuiciamiento se circunscribe al caso resuelto y a la interpretación del Derecho aplicable que haya sido determinante de la decisión judicial.

En efecto, en la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002 , hemos precisado el alcance del recurso de casación en los siguientes términos:

« [...] a) Que la naturaleza del recurso de casación es la de un recurso extraordinario, sólo viable por motivos tasados y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia, contribuyendo con ello a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca este Tribunal al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre o los principios generales del derecho, - artículo 1.6º del Código Civil -. No es, por consiguiente, un recurso ordinario, como el de apelación, que permite un nuevo total examen del tema controvertido desde los puntos de vista fáctico y jurídico, sino un recurso que sólo indirectamente, a través del control de la aplicación del derecho que haya realizado el Tribunal " a quo " resuelve el caso concreto controvertido. No puede ser, y no lo es, pues, suficiente el vencimiento para abrir la entrada a un recurso de casación, como sucede en el ámbito de otros medios de impugnación de resoluciones judiciales, en concreto la apelación.

*b) Siendo por tal naturaleza, de motivos tasados, y no estableciéndose como motivo de casación el de "error de hecho en la apreciación de la prueba", una, también, consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala declara que cuando de resolver un recurso de casación se trata, este Tribunal ha de basarse siempre en los hechos que el Tribunal de Instancia haya declarado probados, salvo que las conclusiones alcanzadas por aquel hayan sido combatidas correctamente por infringir normas o jurisprudencia o principios generales del derecho al valorar las pruebas, o se hubiesen establecido tales conclusiones de manera ilógica, irracional o arbitraria.*

*Debe, asimismo, manifestarse que los deberes procesales que exige la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso- administrativa a la parte recurrente están indicados para preservar el derecho a un proceso con todas las garantías en que se respeten los principios de bilateralidad y contradicción que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución , porque la formalización de escritos en que no se expresen con el necesario rigor jurídico los motivos en que se funde el recurso de casación puede impedir el adecuado ejercicio del derecho a defensa de las partes opositoras . » .*

En lo que respecta a la queja casacional fundada en que la sentencia carece manifiestamente de una adecuada motivación, vulnerando el artículo 120.3 de la Constitución , en cuanto que omite todo tipo de consideraciones sobre los argumentos expuestos por la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes, respecto de la aplicación de los principios básicos del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, no puede prosperar, pues constatamos que en el fundamento jurídico sexto de la sentencia que enjuiciamos, se da respuesta de forma explícita o implícita a los argumentos esgrimidos sobre la supuesta aplicación analógica del ilícito contemplado en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , y a las alegaciones vertidas en relación con la inexistencia de acuerdo colusorio, reproduciendo criterios expuestos en la precedente sentencia dictada por ese órgano jurisdiccional de 10 de diciembre de 2008 , en que se rechaza que la conducta imputada no sea restrictiva de la libre competencia.

En este sentido, resulta adecuado consignar la consolidada doctrina de esta Sala jurisdiccional sobre la interdicción de que los órganos judiciales incurran en violación del deber del órgano judicial de motivar las decisiones judiciales, que garantiza el artículo 120.3 de la Constitución , que constituye una garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en las sentencias del Tribunal Constitucional 118/2006, de 24 de abril , 67/2007, de 27 de marzo , 44/2008, de 10 de marzo , 139/2009, de 15 de junio y 160/2009, de 29 de junio , no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico.

En la sentencia constitucional 60/2008, de 26 de mayo, se refiere el concepto de resolución judicial motivada en los siguientes términos:

« Además, con la perspectiva también sugerida en la demanda, la Sentencia de casación conforma una resolución judicial motivada, al contener los elementos o razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi ( SSTC 119/2003, de 16 de junio] , F. 3 ; 75/2005, de 4 de abril , F. 5), e incluye también una fundamentación en



*Derecho, consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad ( STC 325/2005, de 12 de diciembre , F. 2). Así, dicha resolución, partiendo de los elementos fácticos acreditados por el Tribunal de instancia, tal como antes se ha afirmado, analiza su calificación jurídica y responde de manera razonada a los argumentos esgrimidos por el Fiscal en su recurso de casación (motivos tercero y cuarto), descartando finalmente las conclusiones absolutorias a que había llegado la Sentencia de instancia, por lo que tampoco se aprecia lesión alguna a la tutela judicial efectiva del demandante . » .*

En las sentencias de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003 ), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003 ) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003 ), dijimos:

« El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución , engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución , exige, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero , acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España ), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo. » .

Y en la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997 ), afirmamos que « el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas. » .

En suma, en aplicación al caso litigioso examinado de las doctrinas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo expuestas, concluimos el examen del primer motivo de casación confirmando el criterio de que la Sala de instancia no ha incurrido en déficit de motivación, puesto que hemos constatado que en la fundamentación de la sentencia recurrida se responde de forma suficiente a los argumentos planteados, con carácter sustancial, en los escritos de demanda y de conclusiones formulados por las partes, relativos a cuestionar la legalidad de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada.

#### **QUINTO.- Sobre el segundo motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .**

El segundo motivo de casación, fundado en la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , no puede ser acogido, siguiendo los criterios jurídicos expuestos en las sentencias de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2011 (RC 2868/2008 ), y de 8 de marzo de 2012 (RC 1589/2009), pues consideramos que la Sala de instancias no ha incurrido en error jurídico al concluir que ha quedado acreditado que se ha producido una conducta anticompetitiva, contraria a dicha disposición legal, imputable a los miembros de CAAVE y a las compañías aéreas participantes sancionadas, consistente en el acuerdo de implantación de un nuevo sistema de remuneración de las agencias de viajes por los servicios de intermediación en la venta de billetes de transporte aéreo, que supone la fijación de la cuantía de los cargos por emisión (service fee), aplicable en el ejercicio de 2004, resultado de la celebración de negociaciones, reuniones y contrastes entre la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas y las Compañías aéreas Iberia, Air Europa, S.A. y Spanair, S.A., que ha sido precedido de intercambio de información respecto de datos económicos.

En efecto, la tesis que propugna la Federación recurrente, sustentada en el argumento de que el Tribunal de Defensa de la Competencia y, ulteriormente, la Sala de instancia, habían incurrido en error en la determinación de la calificación de la relación existente entre las Agencias de Viajes y las Compañías aéreas que imposibilitaría que pudieran ser sancionadas por infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , al no competir entre ellas en la venta de billetes de transporte aéreo, dado que la relación existente es de naturaleza vertical, no puede ser compartida. Cabe poner de relieve que el mercado de referencia donde se desarrollan las prácticas anticompetitivas analizadas es el mercado de servicios de intermediación en la venta de billetes aéreos a consumidores finales, en el que compiten entre sí las aerolíneas y las agencias de viajes, pues esta actividad comercial se efectúa a través de los canales de venta propios



de las compañías aéreas, ordenadamente por internet, como por las ventas directas o telemáticas por las agencias de viajes. La circunstancia de que las compañías aéreas sean proveedores de servicios de transporte aéreo de pasajeros y tengan también una relación vertical con las agencias de viajes, derivada de la actividad de distribución de los billetes de las aerolíneas, no es relevante a estos efectos, porque la conducta anticompetitiva se infiere del acuerdo alcanzado entre CAAVE y las compañías aéreas para aplicar, aunque no de forma generalizada debido a la atomización del sector, idénticos cargos por la emisión de billetes aéreos, que no se corresponden a los costes reales de gestión.

Por ello, la referencia genérica a que la sentencia recurrida habría desconocido los precedentes nacionales y comunitarios, respecto de la determinación del mercado de referencia, con cita de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 2002, de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006 y de la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995, no resulta pertinente para desvirtuar el análisis confirmatorio que realiza la Sala de instancia sobre el alcance anticompetitivo del acuerdo alcanzado entre CAAVE y las aerolíneas con el objetivo de aplicar un sistema de unificación de los cargos por emisión, que restringe la competencia en el sector de la intermediación en la venta de billetes de transporte aéreo, que beneficia tanto a las agencias de viajes como a las compañías aéreas.

En relación con la crítica casacional a la sentencia recurrida por considerar acreditado que ha habido transferencia de información entre las agencias de viajes y las aerolíneas con la finalidad de aplicar idénticos cargos por emisión de billetes en diferentes agencias de viajes, que constituye una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, procede transcribir los razonamientos expuestos en la mencionada sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2011 (RC 2688/2008), para rechazar esta misma cuestión:

« [...] El recurso de casación se formula mediante tres motivos, todos ellos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. En el primer motivo la sociedad recurrente considera conculcado el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), por entender que la transferencia de información que se produjo no constituía una conducta prohibida por dicho precepto. En el segundo motivo se aduce la infracción del artículo 10.1 de la referida Ley por considerar que la sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad. Finalmente, el tercer motivo se basa en la supuesta vulneración del principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, por la aplicación infundada de la prueba por presunciones.

[...]

Señala en primer lugar la compañía aérea recurrente que la Sentencia impugnada considera indiferente que la conducta sancionada constituyera un acuerdo anticompetitivo o una conducta conscientemente paralela, pero sin embargo toda su defensa frente a la sanción impuesta se había encaminado a negar que hubiera existido un acuerdo entre las partes, como sostenía el Tribunal de Defensa de la Competencia. Seguidamente afirma que no es correcto afirmar que Air Europa haya aceptado la existencia de una transferencia de información, pese a que se produjeran dos reuniones, ya que el modelo retributivo de Iberia que fue expuesto en dichas reuniones por la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (en adelante, CAAVE) y las comisiones aplicadas eran ya conocidas en el sector del transporte aéreo. En definitiva, afirma, pese a dichas reuniones y pese a las sugerencias formuladas por carta por CAAVE, no hubo acuerdo ni transferencia de información entre esta entidad y la recurrente sobre los cargos por emisión de billetes. Por parte de Air Europa se procedió únicamente a comunicar a las agencias de viaje el nuevo sistema retributivo decidido por ella y aunque dicha comunicación pudiera entenderse como intercambio de información, no sería constitutivo de una infracción de las normas sobre competencia. Finalmente, subraya la recurrente, no se ha explicitado en qué puede restringir o falsear la competencia el que Air Europa copiase los cargos por emisión de billetes a Iberia; en ningún caso se señala ningún efecto real o potencial sobre el mercado.

El motivo no puede prosperar. En realidad no discute la parte recurrente los hechos en que el Tribunal de Defensa de la Competencia se basó para sancionarle y que la Sala de instancia ha validado en los términos que se han reproducido. Como quiera que la parte califique el contenido de las reuniones celebradas entre las empresas y entidades sancionadas, lo cierto es que allí se expusieron las tarifas a cargar y que, en definitiva, los cargos por emisión de billetes de la recurrente resultaron idénticos a los de Iberia. Siendo esto así resulta razonable concluir, como hizo el Tribunal de Defensa de la Competencia, que se produjo un acuerdo, siquiera tácito, entre los sujetos participantes. Por lo demás hemos de recordar, frente a los alegatos de la recurrente, una reiterada jurisprudencia en el sentido de que la realización de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere de forma invariable ni la intención deliberada de falsear la competencia ni el que tal falseamiento se deba producir necesariamente, lo cual no obsta a que en el presente caso sí se constatan de forma indubitada los efectos anticompetitivos de la conducta, como lo acredita la identidad de los cargos por emisión de billetes que ha quedado acreditada.



*No puede considerarse, por otra parte, que la Sala sentenciadora haya transmutado el título de imputación de tal forma que haya podido causar indefensión a la actora, como parece insinuar en el motivo aun sin afirmarlo de manera clara. En efecto, la Sala se limita a subrayar que de la existencia de las reuniones y del intercambio de información en ellas producido, seguido de la identidad de los cargos por emisión de billetes "es inevitable concluir que se ha producido o bien un acuerdo tácito o bien una conducta conscientemente paralela -que para aplicar el tipo infractor es igual-", lo que no supone negar la calificación de los hechos efectuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia -la existencia de acuerdos anticompetitivos entre las partes imputadas-, sino poner de relieve que, aun sin ellos, hubiera existido una conducta anticompetitiva. La única conclusión es, pues, que para la Sala de instancia la recurrente no ha desvirtuado la realización de la conducta infractora, como no podía dejar de ser al no estar controvertidos los hechos y sólo existir divergencia en la conceptualización de los mismos. Y esta Sala no puede dejar de coincidir con la Sentencia recurrida en que constando la celebración de las reuniones y la puesta en común de datos económicos, seguido de la identidad de los cargos por emisión de billetes, no puede dejar de concluirse que se produjo efectivamente la conducta sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia . » .*

**SEXTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción de la libertad de asociación, garantizada en el artículo 22 de la Constitución .**

El tercer motivo de casación, fundado en la infracción del artículo 22 de la Constitución , no puede prosperar, pues no estimamos que la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional haya afectado lesivamente al ejercicio del derecho fundamental de asociación, al apreciar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, consistente en la actuación de las Agencias de Viajes de transferir a la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE) facultades decisorias respecto de las relaciones con los grandes proveedores de servicios, lo que supone renunciar a la negociación libre y competitiva.

En efecto, cabe considerar que, como aduce el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación, el derecho de asociación no da cobertura a conductas restrictivas de la competencia, contempladas en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , ni en aquellos supuestos en que la persona jurídica responsable sea una organización empresarial, en la medida en que su actuación desborde el marco de defensa de los intereses económicos que le son propios y sea lesiva de los principios consustanciales a la economía de mercado.

En este sentido, cabe poner de relieve que la sentencia recurrida no cuestiona la creación de la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE), amparada por el artículo 22 de la Constitución , sino la conducta de las agencias de viajes miembros de dicha Asociación, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de su Reglamento interior, establecen un pacto de transferencia a la Asociación de facultades decisorias que corresponde adoptar a los asociados individualmente susceptibles de generar comportamientos contrarios al Derecho de la Competencia, singularmente, cuando sirve para promover y facultar la negociación colectiva de los cargos por emisión de billetes de transporte aéreo, que se ha revelado ilícita.

**SÉPTIMO.- Sobre el quinto motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia .**

El quinto motivo de casación, basado en la infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , no puede prosperar, pues consideramos que la Sala de instancia acierta al sostener que la sanción impuesta a la Federación recurrente por importe de 1.661.542 euros está suficientemente motivada, desde la perspectiva de aplicación de los criterios de graduación de las sanciones, atendiendo a las circunstancias expresadas explícitamente en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, relativas a las características específicas del mercado afectado, la duración de los efectos de las conductas restrictivas de la competencia y valorando, en particular, que no se ha producido una identidad generalizada en los cargos por emisión de billetes por las agencias, dada la naturaleza atomizada de este sector comercial.

En lo que respecta a la censura casacional de la sentencia recurrida por confirmar la cuantía de la sanción impuesta a la Federación recurrente, sin valorar, según se aduce, las circunstancias atenuantes concurrentes, y a pesar de que supera el límite previsto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, incurriendo en manifiesta falta de proporcionalidad, al sobrepasar la multa los recursos económicos con que cuenta, debemos poner de relieve que la Sala de instancia no ha incurrido en arbitrariedad al confirmar el importe de la cuantía de las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (461.539 €; 923.077 €; 138.463 € y 138.463 €), que se desglosan en relación con la entidad de las infracciones cometidas, y que atienden, singularmente, a la diferente participación de las Asociaciones y Federaciones de Agencias de Viajes en la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas, y, por tanto, responden a criterios objetivos



determinados por la influencia en el proceso de adopción y por los efectos económicos de las conductas anticompetitivas.

En este sentido, cabe recordar que, conforme a la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 8 de junio de 2010 (RC 4216/2007), el Tribunal de Defensa de la Competencia ostenta un margen de apreciación en la determinación de la cuantía de las sanciones, atendiendo a los criterios específicos de graduación de la sanción, establecidos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, con el fin de lograr que las empresas ajusten estrictamente su comportamiento al Derecho de la Competencia. El Tribunal de Defensa de la Competencia debe respetar, en todo caso, el principio de proporcionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que la sanción sea acorde con la naturaleza propia de la infracción, considerando las repercusiones concretas en el mercado y la dimensión geográfica del mercado, la duración de la conducta, la intencionalidad en la comisión del hecho infractor y la reincidencia en la comisión de infracciones, así como la capacidad económica del sujeto responsable de la infracción para infringir daños a los competidores y los perjuicios causados a los consumidores.

Por ello, atendiendo a estos parámetros, que se desprenden del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y teniendo en cuenta las circunstancias expuestas en relación con los efectos lesivos del Derecho de la Competencia, procede confirmar la decisión de la Sala de instancia, respecto de que la determinación del importe de las sanciones pecuniarias impuestas es ajustada a Derecho.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los motivos de casación admitidos, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJES (FEAAV) contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 462/2006.

#### **OCTAVO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

#### **FALLAMOS**

**Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJES (FEAAV) contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictado el 12 de febrero de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 462/2006.

**Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Fernando Canillas Carnicero.- Firmado.