



Roj: **SAN 2930/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2930**

Id Cendoj: **28079230062021100304**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **01/06/2021**

Nº de Recurso: **524/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000524 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 5966/2016

Demandante: LA VASCONGADA, S.L. y MUDANZAS MUNDIVAN, S.L.

Procurador: DOÑA RAQUEL DÍAZ UREÑA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a uno de junio de dos mil veintiuno.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **524/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **LA VASCONGADA, S.L. y MUDANZAS MUNDIVAN, S.L.** representadas por la procuradora doña Raquel Díaz Ureña, contra la resolución de 6 de septiembre de 2016, S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se les impuso una sanción por importe de 483.700 y 83.721 euros respectivamente.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que solicita la nulidad de la resolución impugnada por diversos motivos. Tras una descripción de los hechos, en el apartado calificado como fundamentos jurídicos dice (i) que las conductas colusorias, de producirse, en cuanto al ámbito geográfico de afectación, debe circunscribirse al ámbito nacional ya que las empresas incoadas no tienen capacidad para afectar al mercado intracomunitario y/o internacional por ser dependientes del servicio que les prestan los corresponsales y/o agentes extranjeros; por lo no habría infracción del artículo 101 TFUE.

(ii) La participación de LA VASCONGADA, de producirse, tuvo lugar hasta 2009, posteriormente solo tuvo participación de forma aislada y puntual. Por lo que de haberse producido, se encontrarían prescritas todas las conductas colusorias anteriores al 17 de noviembre de 2010, ya que fue el 17 de octubre de 2014 cuando la CNMV inició el expediente de información reservada. (iii) En relación a MUNDIVAN, su única actividad fue la gestión de la franquicia GIL STAUFFER desde el 15 de enero de 1996 en su zona territorial en la Comunidad de Madrid. Fue así hasta el 8 de agosto de 2013 en que el contrato de franquicia quedó resuelto. Nada tiene que ver con las infracciones que la imputan y se hacen contantes asimilaciones entre VASCONGADA con MUNDIVAN, porque ambas tienen al mismo administrador solidario, don Genaro .

(iv) Vuelve a incidir en la prescripción respecto a VASCONGADA y MUNDIVAN, puesto que nada permite sostener que han participado de ello en los últimos 4 años, a contar del 17 de noviembre de 2010. (v) Pide la anulación de las sanciones por infracción del principio de proporcionalidad. Aporta documentación donde fija los porcentajes de su volumen de negocios, generado en función de las operaciones realizadas con Ministerios, que supuso un porcentaje de su facturación de entre el 16,14% y el 36,14%, con una media del 24,19%. Se vulnera la proporcionalidad en cuanto nunca el eventual beneficio ilícito que se pudiera haber obtenido puede estimarse más allá de aquel 24,19%, cuestionando por ello el porcentaje del 6,00% que le fue atribuido a VASCONGADA. (vi)

Respecto de MUNDIVAN, hace idéntico razonamiento, aportando datos por los que nunca debería reputarse superado el 20,47%. En definitiva, nada aclara el acuerdo sancionador en torno al beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la infracción.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 21 de abril de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 6 de septiembre de 2016, S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impuso a LA VASCONGADA, S.L. (en adelante VASCONGADA) y MUDANZAS MUNDIVAN, S.L. (en lo sucesivo MUNDIVAN), sanciones por importe de 483.700 y 83.721 euros respectivamente.

La parte dispositiva de la resolución impugnada concretaba:

«[D]eclarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

7. LA VASCONGADA, S.L., por su participación en el cártel desde al menos octubre de 2004 y hasta noviembre de 2014.

(...)

11. MUDANZAS MUNDIVAN, S.L., por su participación en el cártel desde al menos octubre de 2004 y hasta noviembre de 2014.



(...)

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

(...)

7. LA VASCONGADA, S.L.: 483.700 euros

(...)

10. MUDANZAS MUNDIVAN, S.L.: 83.721 euros [...].».

Los accionistas de MUNDIVAN y VASCONGADAS son los mismos. La primera se constituyó en el año 1994 para gestionar la franquicia GIL STAUFFER para la zona territorial de Madrid internacional, ostentando la condición de franquiciada hasta julio de 2013, fecha en la que se resolvió el contrato de franquicia.

SEGUNDO.- La Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditado que varias empresas, entre las que se encontraba la actora, cometieron una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio y en adelante LDC), y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326/49; en lo sucesivo TFUE).

Destacaremos de manera sucinta los siguientes extremos que consideramos relevantes para una mejor comprensión del contexto en que tuvo lugar la sanción cuestionada:

1.- El 17 de octubre de 2014, la Dirección de Competencia (DC) inició una información reservada. Entre otra documentación, recabó información de internet y concretamente un tríptico publicitario de la empresa CABALLERO, recogido en un blog en el que una funcionaria describía su experiencia con una mudanza y una relación de empresas de mudanzas que habitualmente prestaban sus servicios en la Administración General del Estado.

2.- Los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2014, la DC, de acuerdo al artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), llevó a cabo inspecciones domiciliarias simultáneas en las sedes de varias empresas entre las que se encontraba la actora (folios 49-53), acordándose la incorporación al expediente de la documentación intervenida.

3.- También se practicaron diferentes requerimientos de información a diversas entidades, recibiendo las contestaciones entre los días 27 de enero de 2015 y 23 de febrero de 2016.

4.- El 20 de febrero de 2015, la DC, con la información reservada recabada, acordó la incoación del expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistentes en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el procedimiento de presentación de ofertas o presupuestos en el mercado español de prestación de servicios de mudanzas internacionales, notificándose el 29 de abril de 2015 a todas las partes las actuaciones realizadas.

5.- Se practicaron nuevos requerimientos de información a empresas y a los Ministerios de Asuntos Exteriores, Ministerio de Defensa, Ministerio de Economía y Competitividad, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y Ministerio del Interior.

6.- El 10 de junio de 2015 tuvo entrada solicitud verbal de reducción de importe de multa de la empresa INTERDEAN.

7.- El 3 de diciembre de 2015 la DC formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), presentándose alegaciones en enero de 2016.

8.- El 8 de marzo de 2016, la DC acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento.

9.- El 14 de marzo de 2016, la DC formuló Propuesta de Resolución (PR).

10.- El 11 de abril de 2016 la DC elevó al Consejo de la CNMC su Informe y la PR.

11.- La Sala de Competencia de la CNMC acordó el 19 de mayo de 2016, la remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta, que tuvo lugar el 20 de mayo de 2016, con suspensión del plazo para resolver el expediente.

12.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 6 de septiembre de 2016.

TERCERO.- La resolución sancionadora consideró acreditado que se habían establecido acuerdos para la fijación de precios y otras condiciones comerciales en la mudanzas internacionales de empleados de la

Administración con origen o destino España, y, en menor medida, en mudanzas entre dos países distintos de España, dada la capacidad y solvencia técnica de las empresas de mudanzas internacionales incoadas en este expediente para gestionar estos servicios desde España, contratando agentes locales o corresponsales en el origen o destino de la mudanza; marginalmente, a mudanzas de empleados de empresas privadas, y, en algunos casos, incluso de particulares.

La empresa INTERDEAN, en su escrito de reducción del importe de la multa, manifestó que, al menos desde 1995, las principales empresas del mercado de mudanzas internacionales con origen o destino España, contactaban para llegar a acuerdos que les permitieran actuar de forma coordinada en relación con distintos Ministerios (folios 2161 y 2319).

Valoró la CNMC que, al menos desde enero de 1997, fueron ocho empresas de mudanzas, SIT, TRANSFEREX, DÁVILA, FLUITERS, S. ORTEGA, G. STAUFFER, INTERDEAN y TAMEX; desde el 29 de abril de 1999, seis empresas de mudanzas más, EDICT, M. RUMBO, TOLEDANA, MUNDIVAN, VASCONGADA y FLIPPERS; y, al menos desde el 1 de octubre de 2004, AGS, EUROMONDEY WORLDPACK, que acordaron fijar precios, otras condiciones comerciales y repartirse el mercado de servicios de prestación de mudanzas internacionales de los empleados de los Ministerios.

El acuerdo de mudanzas ha estado aplicándose, al menos, hasta 2014 por las empresas SIT, CABALLERO, FLIPPERS, TRANSFEREX, EUROMONDE, AGS, TOLEDANA, S. ORTEGA, GIL STAUFFER, VASCONGADA, MUNDIVAN, HASENKAMP, M. RUMBO, INTERDEAN, Y EDICT; al menos hasta octubre de 2013 por FLUITERS; y al menos hasta mayo de 2012 por PROCOEX.

Entre los diferentes elementos de prueba en los que sustenta su conclusión, destacamos algunos que consideramos más reveladores de las conductas que han dado lugar a la infracción imputada, aunque el orden cronológico que vamos a hacer no coincide con el expuesto por la resolución sancionadora. El acuerdo impugnado intentó establecer una clasificación en función de las aéreas o actividades en las que subdividió la conducta colusoria sancionada. Esta ordenación se nos antoja poco relevante en la medida que cualquiera de las conductas descritas, ya fuera en la configuración de llamado «Acuerdo», la fijación de precios, los respetos a los clientes traslados, o el reparto de cuotas constituyen, cualquiera de ellos, una forma de reparto de mercado contrario a las reglas de competencia.

Reseñamos que:

1.- En la inspección de la sede de SIT se encontró en la mesa del presidente un clasificador con la denominación «Acuerdo de mudanzas», donde se establecían los porcentajes de reparto de mercado. SIT 14,96%; DÁVILA 9,68%; TOLEDANA 8,8%; INTERDEAN, 7,92%; FLIPPERS 7,04%; FLUITERS 7,04%, M. RUMBO, S. ORTEGA y TAMEX 6,16%; VASCONGADA Y MUNDIVAN 4,84%; EDICT 4,4%; AGS, EUROMONDE Y WORLDPACK 4% (folios 489, 491, 496, 497).

No tenemos en consideración, a los efectos incriminatorios, la documentación hallada en la carpeta que reflejaba un resumen de presupuestos de 1999 y 2000 de los ministerios de Exteriores, Defensa y Comercio solicitados por SIT a otras empresas del Acuerdo como FLUITERS, TOLEDANA, INTERDEAN, TAMEX, MUNDIVAN, DÁVILA, FLIPPERS, S. ORTEGA y EDICT, por no referirse al periodo imputado (folios 411, 416, 423, 425, 426, 429, 431, 438, 440 y 450).

2.- Varias empresas del Acuerdo se comunicaban por una o más cuentas Webmail creadas para la gestión del Sistema de «apoyos», no obstante, otras como SIT dejaron de emplearlas en un momento dado para pasar al contacto telefónico, según correo de 14 de junio de 2010 de asunto «Gmail» recabado en la inspección en la sede de CABALLERO, de SIT a FLIPPERS, G. STAUFFER, VASCONGADA, DÁVILA, HASENKAMP, S. ORTEGA, TRANSFEREX Y CABALLERO «[p]or seguridad, quedan suspendidas definitivamente todas las comunicaciones por esta vía, en lo sucesivo cualquier comunicación mutua se hará vía teléfono, gracias + saludos [...]», (folio 12025).

Otras empresas del Acuerdo emplearon directamente sus correos corporativos, como se ha indicado, desde los que enviaban o recibían correos electrónicos de las cuentas Webmail de las empresas del Acuerdo.

3.- Un empleado de SIT, que luego pasó a trabajar para Vascongada (el gestor del Acuerdo), elaboraba lo que las empresas del Acuerdo denominaban «la Estadística» (folios 487, 489, 490, 491, 494-497 y 3225-3327) que era un cuadro que recogía, para cada una de las empresas del Acuerdo de mudanzas durante un periodo determinado, el porcentaje pre- establecido a una empresa, el número y precio total de los servicios de mudanzas que había realizado y una última columna con un porcentaje variante. Por «la Estadística», las empresas del Acuerdo también se referían a la elaboración de listados de los traslados o asuntos (folios 485, 487, 488, 498) del Ministerio de Educación, realizados por cada empresa del Acuerdo en un periodo determinado (folios 495 y 3226). Por ejemplo, en el correo de 26 mayo de 2006 del gestor del Acuerdo a SIT,

recabado en la inspección en la sede de SIT « [E]l hecho que Vds. [SIT] han hecho menos porcentajes al año pasado, me dice [XXX de Vascongada/Mundivan], revisando la estadística, es debido que durante el segundo trimestre (Abril, Mayo y Junio) cuando casi más traslados hay, además todos para Junio/Julio, y donde había que ofertar barato por el "enemigo", Vds [SIT] unicamente han realizado un traslado [...]», (folio 487).

4.- En los correos del gestor del acuerdo a empresas de mudanzas del acuerdo se hicieron, entre otras, las siguientes observaciones «[E]n relación con la nuestra, me dice, que él (Mundivan y Vascongada) quieren hacer los cuatro de Marruecos y si tú quieres puedes hacer Andorra y Francia. [...]», (folio 498).

5.- Consta la utilización de nombres en clave de LA VASCONGADA, SANCHO ORTEGA, SIT y TRANSFEREX todas ellas denominadas en clave para ocultar su identidad en relación a diferentes clientes públicos como AECID, Ministerio de Defensa, Centro Nacional de Inteligencia (CNI), Ministerio de Comercio, Medio Ambiente, Trabajo, Ministerio Asuntos Exteriores, Dirección General de la Policía y Guardia Civil, entre los años 2011 y 2012. Todo ello se refleja un documento de excell intervenido en la inspección de FLIPPERS (folio 16802).

6.- Algunas de las partícipes del acuerdo, entre las que se encontraban VASCONGADA y MUNDIVAN, promovieron actuaciones encaminadas a dirigir la actuación de los ministerios en contra de empresas de mudanzas de fuera del Acuerdo como CROWN WORLDWIDE MOVERS, S.L. (folios 16740, 16725, 16283, 16328, 16525, 16283, 16328 y 16525).

7.- Participaron en la denuncia de INTERDEAM al Ministerio de Defensa y Exteriores, como revela el intercambio de correos de 8 de abril de 2010, intervenidos a CABALLERO (folio 12194).

8.- El correo de 8 de mayo de 2009 de directivo de CABALLERO a directivos y comerciales de esta empresa, identificando como «Grupo», incluyendo a nueve empresas entre las que se encontraba GIL STAUFFER y VASCONGADA, como aquellas elegidas por el Ministerio de Defensa, dice «homologado». Describe una reunión y, entre otras afirmaciones, dice «ninguno de los nueve apoyará con presupuestos a cualquier empresa que no esté dentro del grupo (...) ante solicitud de cuarto presupuesto por parte del Ministerio a otra empresa/s del grupo, por parte de estas se "deberá" localizar a la empresa que teóricamente es "dueña" de ese cliente para así proceder a apoyarla y que se lleve la oferta. (...) levantaron la mano mostrándonos su apoyo las siguientes empresas: DAVILA, VASCONGADA, GIL STAUFFER, SANCHO ORTEGA Y FLIPPERS. (...)».

8.- La reunión de 7 de septiembre de 2009, entre SIT, INTERDEAN, FLIPPERS, TOLEDANA, S. ORTEGA, VASCONGADA, G. STAUFFER, DÁVILA Y CABALLERO, según documento "reunion.doc" que lleva el título «REUNION CELEBRADA EL 07/09/2009 ENTRE LAS EMPRESAS SELECCIONADAS POR DEFENSA», recabado en la inspección llevada a cabo en la sede de CABALLERO (folios 13368-13370).

9.- La reunión de 10 de diciembre de 2009 entre SIT, S. ORTEGA, FLIPPERS, DÁVILA, TOLEDANA, VASCONGADA Y CABALLERO, según correo de 30 de noviembre de 2009 con el asunto "Comida navidad" recabado en la inspección llevada a cabo en la sede de CABALLERO, de SIT al resto de empresas « [H]echa reserva en Restaurante Ferreiro en Paseo de la Florida 15, 28008 Madrid para max. 20 personas, precio menú 40 € todo incluido [...]».

10.- La reunión de 30 de enero de 2010, convocada por SIT, según correo de 23 de noviembre de 2009 sin asunto recabado en la inspección llevada a cabo en la sede de CABALLERO, de SIT para S. ORTEGA, FLIPPERS, TOLEDANA, VASCONGADA, DÁVILA Y CABALLERO « [E]s necesario que nos reunamos el próximo día 30 a las 9.30h donde siempre, si alguien no puede que lo comente. [...]».

11.- La reunión de 18 de diciembre de 2012, según correo de 30 de noviembre de asunto "comida de navidad" recabado en la inspección en la sede de SIT y también en la de CABALLERO, en el que INTERDEAN convoca a FLIPPERS, EUROMONDE, CABALLERO, AGS, TOLEDANA, VASCONGADA, S. ORTEGA, SIT Y FLUITERS, con el siguiente texto «[S]egún comentamos algunos a la salida del ministerio, sería interesante, tener una reunión para analizar las propuestas que allí se nos hicieron. Y de paso aprovechar para tener también nuestra tradicional comida de navidad (...) si me he dejado a alguien del ministerio sentirlos libres de invitarlo claro [...]», (folios 2600 y 9441).

12.- La reunión de 5 de diciembre de 2012 a la una de la tarde entre SIT, VASCONGADA y TOLEDANA, según correo de 29 de noviembre de 2012, de asunto "5/11/12", recabado en la inspección de la sede de SIT «[Q]uedamos el día 5 a las 13h en cafetería-restaurant Caná frente a la iglesia de Pozuelo de Alarcón en calle Grecia y a las 14h en Restaurante ROMA en Avenida de Europa 15. [...]», (folio 2810).

15.- Un correo de 22 de noviembre de 2012, sin asunto, entre directivos de SIT « [E]ducación: hablé con (...) de SIT con (...) de VASCONGADA/MUNDIVAN y si en las próximas adjudicaciones ganan alguna HASENKAMP o EUROMONDE se rompe la historia [...]», (folio 524).



16.- El correo de 19 de diciembre de 2012, de asunto «listado», de EUROMONDE a SIT « [a]l parecer y según me han comentado (...) FLIPPERS y (...)VASCONGADA/MUNDIVAN, ya se ha decidido romper el acuerdo, como hasta ahora yo seguía respetándolo a la hora de cotizar, dime tu algo al respecto. (...)». SIT responde a este correo adjuntando el listado «MEC 2012 Delia .xls [...] », (folio 2821).

17.- El correo de 11 de abril de 2013 con el asunto «APOYOS» entre directivos y comerciales de las empresas EUROMONDE y CABALLERO, recabado en la inspección en la sede de CABALLERO donde se hace constar, entre otras cuestiones, « [R]esumiendo, tenemos colaboración en 3x3 de: AGS. HASENKAMP, FLIPPERS, CABLLERO, VASCONGADA (esporádicamente) y FLUITERS. Y en los 4º presupuestos de todos menos INTERDEAN. [...]».

18.- El correo de 6 de enero de 2013 de SIT a VASCONGADA, recabado en la inspección en la sede de SIT, « [L]os destinos que nosotros mencionaremos para que haya incremento serán Nápoles, Londres, Berlín, Bruselas, Turquía, USA [...]», (folio 2695).

19.- El correo de 16 de enero de 2013, de asunto «Tarifas», de VASCONGADA a SIT recabado en la inspección en la sede de SIT (folio 2588), al que adjunta el documento «20130115155416839.pdf» (folios 2589-2592).

20.- El correo de 17 de enero de 2013 de VASCONGADA a SIT recabado en la inspección en la sede de SIT, con los precios de Vascongada según adjunto al correo de nombre «Libro Genaro .xls», (folio 2604).

21.- El escrito de 25 de enero de 2013 que Vascongada dirige al Ministerio de Defensa, ajuntando su cuadro de precios por origen/destino y cubicaje, recabado igualmente en la mesa de despacho de la vicepresidenta de SIT (folios del 465 al 468). Práctica que ya había tenido lugar y se puso de manifiesto en el correo de 6 de noviembre de 2009, de SIT a S. ORTEGA, CABALLERO, DÁVILA, TOLEDANA Y VASCONGADA, con el archivo Excel adjunto «cuadro tarifas Defensa.xls», intervenido en la inspección a CABALLERO.

22.- El correo de 18 de septiembre de 2013 donde se dicen cierran deudas VASCONGADA Y EUROMONDE « [M]e pongo contacto contigo en relación a la deuda que a día de hoy hay, por un lado de Euromonde con La Vascongada, y por otro de Mudanzas Mundivan con Euromonde. [...]», (folio 7001).

23.- El correo de 14 de abril de 2014 de asunto «LISTA DE CIUDADES», recabado en la inspección en la sede de SIT, que desde el Ministerio de Defensa se remite a las empresas AGS, CABALLERO, EUROMONDE, HASENKAMP, INTERDEAN, VASCONGADA, FLIPPERS, TOLEDANA, MUNDIVAN, TRALLERO, S. ORTEGA, SIT, FLUITERS « [A]djunto se remite listado de destinos al extranjero, una vez reunidos aquellos aportados por las diferentes empresas (...) Hasta la aprobación del nuevo tarifario, en los presupuestos que se presenten les será de aplicación el actual en vigor [...]», (folio 2489, 2490).

A título de resumen, de la extensa y prolija actividad probatoria recopilada en el proceso de investigación, la Administración para aquilatar la imputación va distinguiendo dentro del acuerdo de mudanzas, (I) la parte relativa a los traslados en los que se respetaban los realizados que se han ido modificando y adaptando a lo largo del periodo de duración del Acuerdo, en función de las afinidades entre empresas participantes del Acuerdo, ajustando los problemas que surgían en determinados momentos entre ellas, o como reacción a los requisitos que las Administraciones iban exigiendo a las empresas de mudanzas con las que habitualmente trabajaban.

(ii) El respeto de determinados clientes que, por ejemplo, manifestaban su preferencia por alguna de ellas. En ausencia de alguno de estos pactos de reparto de mudanzas, las empresas del Acuerdo actuaban en condiciones de competencia de forma independiente unas de otras, denegando peticiones de presupuestos de acompañamiento empleando términos similares a "estamos cotizando", "estamos presupuestando", "estamos en contacto", "nos interesa", para referirse a estos clientes supuestamente "libres", o solicitando a los interesados en un traslado el precio al que otras empresas de mudanzas han ofertado el traslado para elaborar el presupuesto correspondiente por debajo del mismo.

(iii) La fijación del precio al que se tenía que realizar un traslado o mudanza, o el precio mínimo por encima del cual se debían presentar los presupuestos de acompañamiento, dado que el criterio económico era el único que seguía la Administración para aprobar el gasto entre las ofertas recibidas de las empresas de mudanzas para un traslado. Cuando a una empresa del Acuerdo se le asignaba o respetaba un traslado o cliente, esta remitía, principalmente por correo electrónico y por teléfono, los datos necesarios para la elaboración de los presupuestos de acompañamiento a presentar al interesado o a la Administración, con el objetivo de que las otras empresas del Acuerdo elaboraran presupuestos económicamente menos ventajosos para no resultar las adjudicatarias de esos expedientes.

(iv) Hubo intercambio de listados de precios con los Ministerios de Defensa y Educación. (v) El acuerdo de mudanzas para la fijación de precios, condiciones comerciales y reparto del mercado se materializó mediante el empleo de compensaciones dinerarias y no dinerarias, el uso de cuentas webmail creadas a tal efecto por



las empresas partícipes del Acuerdo, la gestión, control y seguimiento, así como el intercambio de información a través del Sistema de presupuestos de "apoyo" (acompañamiento) que gestionaban vía fax, teléfono, y por correo electrónico, fundamentalmente a partir del año 2004.

CUARTO.- El escrito de demanda, en primer término, afirma que las conductas colusorias, de producirse, en cuanto al ámbito geográfico de afectación, debe circunscribirse al ámbito nacional ya que las empresas incoadas no tienen capacidad para afectar al mercado intracomunitario y/o internacional por ser dependientes del servicio que les prestan los corresponsales y/o agentes extranjeros; por lo no habría infracción del artículo 101 TFUE.

Lo que se cuestiona no es la descripción del mercado afectado que hace la resolución sancionadora, sino la capacidad que tienen las recurrentes de prestar servicios en el mercado internacional.

Parecen olvidar quienes recurren la imputación de infracción única y continuada como parte integrante y conocedora del plan conjunto. Se ha considerado que estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

Se destaca en este concepto la idea de unicidad y el de continuidad de la infracción. En cuanto al carácter único, se aprecia cuando hay identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, STG de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T21 /99, Rec. p. II1681, apartado 67, STJUE de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C113/04 P, Rec. p. I88 31, apartados 170 y 171, y la STG de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T43/02, Rec. p. II34 35, (apartado 312); en la identidad de los productos y servicios afectados, SsTJUE de 15 de junio de 2005, Tokai Carbón y otros/Comisión, T71 /03, T74/03, T87 /03 y T91/03, no publicada en la Recopilación, (apartados 118, 119 y 124), y STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); en la identidad de las empresas que han participado en la infracción STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); y en la identidad de sus formas de ejecución STG Dansk Rørindustri/Comisión, (apartado 68). Además, también se pueden tener en cuenta para ese examen la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

La continuidad implica que una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no solo de un acto aislado sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» con un idéntico objeto que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, lo que permite imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156).

No se puede exonerar de responsabilidad a quien, siendo parte de este concierto, afirma que no dispone de medios para realizar determinados tipos de transporte, cuando en los que sí puede llevar a cabo su actividad se ha beneficiado de la práctica anticompetitiva.

QUINTO.- En segundo lugar, dice que la participación de LA VASCONGADA, de producirse, tuvo lugar hasta 2009, posteriormente, solo tuvo participación de forma aislada y puntual. Por lo que, de haberse producido, se encontrarían prescritas todas las conductas colusorias anteriores al 17 de noviembre de 2010, ya que fue el 17 de octubre de 2014 cuando la CNMV inició el expediente de información reservada.

Esta afirmación no se corresponde con los hechos que se pusieron de manifiesto durante la investigación. Corroboró la participación de esta empresa varios extremos, como por ejemplo la utilización de su nombre en clave para ocultar su identidad en relación a diferentes clientes públicos como AECID, Ministerio de Defensa, Centro Nacional de Inteligencia (CNI), Ministerio de Comercio, Medio Ambiente, Trabajo, Ministerio Asuntos Exteriores, Dirección General de la Policía y Guardia Civil, entre los años 2011 y 2012.

La reunión de 30 de enero de 2010, convocada por SIT, según correo de 23 de noviembre de 2009, sin asunto, recabado en la inspección llevada a cabo en la sede de CABALLERO, de SIT para S. ORTEGA, FLIPPERS, TOLEDANA, VASCONGADA, DÁVILA Y CABALLERO « *[E]s necesario que nos reunamos el próximo día 30 a las 9.30h donde siempre, si alguien no puede que lo comente. [...]* ».

La reunión de 18 de diciembre de 2012, según correo de 30 de noviembre de asunto "comida de navidad" recabado en la inspección en la sede de SIT y también en la de CABALLERO, en el que INTERDEAN convoca a FLIPPERS, EUROMONDE, CABALLERO, AGS, TOLEDANA, VASCONGADA, S. ORTEGA, SIT Y FLUITERS, con el siguiente texto « *[S]egún comentamos algunos a la salida del ministerio, sería interesante, tener una reunión para*

analizar las propuestas que allí se nos hicieron. Y de paso aprovechar para tener también nuestra tradicional comida de navidad (...) si me he dejado a alguien del ministerio sentirnos libres de invitarlo claro [...]», (folios 2600 y 9441).

El correo de 6 de enero de 2013 de SIT a VASCONGADA, recabado en la inspección en la sede de SIT, «*[L]os destinos que nosotros mencionaremos para que haya incremento serán Nápoles, Londres, Berlín, Bruselas, Turquía, USA [...]*», (folio 2695).

El correo de 16 de enero de 2013, de asunto «Tarifas», de VASCONGADA a SIT recabado en la inspección en la sede de SIT (folio 2588), al que adjunta el documento «20130115155416839.pdf», (folios 2589-2592).

El correo de 17 de enero de 2013 de VASCONGADA a SIT recabado en la inspección en la sede de SIT, con los precios de Vascongada según adjunto al correo de nombre «Libro Genaro.xls», (folio 2604).

El escrito de 25 de enero de 2013 que Vascongada dirige al Ministerio de Defensa ajuntando su cuadro de precios por origen/destino y cubicaje, recabado igualmente en la mesa de despacho de la vicepresidenta de SIT, (folios del 465 al 468). Práctica que ya había tenido lugar y se puso de manifiesto en el correo de 6 de noviembre de 2009, de SIT a S. ORTEGA, CABALLERO, DÁVILA, TOLEDANA Y VASCONGADA, con el archivo Excel adjunto «cuadro tarifas Defensa.xls», intervenido en la inspección a CABALLERO.

La reunión de 5 de diciembre de 2012 a la una de la tarde entre SIT, VASCONGADA y TOLEDANA, según correo de 29 de noviembre de 2012, de asunto "5/11/12", recabado en la inspección de la sede de SIT «*[Q]uedamos el día 5 a las 13h en cafetería-restaurante Caná frente a la iglesia de Pozuelo de Alarcón en calle Grecia y a las 14h en Restaurante ROMA en Avenida de Europa 15*».

Todo ello revela, sin ningún género de dudas, que la participación de LA VASCONGADA fue más allá en el tiempo al año 2009, lo que descarta la prescripción en los términos invocados.

Por otro lado, la calificación de infracción única y continuada también permitiría a la Administración, aunque en este caso no es necesario, imputar a la actora periodo de latencia o inactividad. Con este razonamiento también damos respuesta a la prescripción que como argumento de defensa se vuelve a invocar en el escrito de demanda y que más arriba identificamos con el apartado (iv).

SEXTO.- En relación a MUNDIVAN, dice la demanda que su única actividad fue la gestión de la franquicia GIL STAUFFER desde el 15 de enero de 1996 en su zona territorial, en la Comunidad de Madrid. Fue así hasta el 8 de agosto de 2013, en que el contrato de franquicia quedó resuelto. Nada tiene que ver con las infracciones que la imputan y se hacen contantes asimilaciones entre VASCONGADA con MUNDIVAN porque ambas tienen al mismo administrador solidario, don Genaro .

Frente a esta alegación constatamos que la participación de LA VASCONGA y MUNDIVAN siempre fue conjunta, de hecho, ambas promovieron actuaciones encaminadas a dirigir la actuación de los Ministerios en contra de empresas de mudanzas al margen del Acuerdo, como ocurrió con CROWN WORLDWIDE MOVERS, S.L. En contra de lo que dice el escrito rector, el que ambas empresas tuvieran el mismo administrador solidario dice mucho de su uniformidad en los comportamientos y en su unidad en las decisiones tomadas.

El que MUNDIVAN tuviera encomendada la gestión de la franquicia GIL STAUFFER no significa que no participara en las prácticas colusorias o que su intervención fuera meramente testimonial. Nada más lejos de lo que resultó constatado por la investigación.

Por otro lado, la participación de GIL STAUFFER no fue irrelevante, de hecho intervino en La reunión de 7 de septiembre de 2009, entre SIT, INTERDEAN, FLIPPERS, TOLEDANA, S. ORTEGA, VASCONGADA, G. STAUFFER, DÁVILA Y CABALLERO, según documento "reunion.doc" que lleva el título «REUNION CELEBRADA EL 07/09/2009 ENTRE LAS EMPRESAS SELECCIONADAS POR DEFENSA».

SÉPTIMO.- También se pide la anulación de las sanciones por infracción del principio de proporcionalidad. Aporta documentación donde fija los porcentajes de su volumen de negocios, generado en función de las operaciones realizadas con Ministerios, que supuso un porcentaje de su facturación de entre el 16,14% y el 36,14%, con una media del 24,19%. Se vulnera la proporcionalidad en cuanto nunca el eventual beneficio ilícito que se pudiera haber obtenido puede estimarse más allá de aquel 24,19%. Cuestiona por ello el porcentaje del 6,00% que le fue atribuido a VASCONGADA. Respecto de MUNDIVAN, hace idéntico razonamiento, aportando datos por los que nunca debería reputarse superado el 20,47%. En definitiva, nada aclara el acuerdo sancionador en torno al beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la infracción.

Debemos precisar que la sanción se determinó siguiendo las líneas trazadas por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013.



Después de explicitar el alcance de las conductas desplegadas; el mercado afectado por la conducta (al que ya hemos hecho referencia); el cálculo del margen ilícito previsiblemente obtenido, los intentos del cártel de impedir que las empresas que no aceptaron el acuerdo entraran en el mercado; reputó que se trataba de una infracción muy grave prevista en el artículo 62.4 de LDC « [a] El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales. [...]», consideró que el tipo sancionador global en este expediente debe situarse con carácter general en el 5 %, a tenor de lo establecido en el artículo 63.1.c) para las infracciones graves con multa hasta el 10%, «[d]el volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa [...]», sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

La previsión que hace el acuerdo sancionador respeta los estándares mínimos de motivación y no incurre en lo que la demanda califica como doble incriminación puesto que primero califica y se sitúa dentro de tipo de las infracciones graves, y luego determina el porcentaje que dentro del 10% prevé la Ley.

En la individualización de cada conducta se fijó el volumen del mercado afectado por cada una de las empresas durante la infracción, mercado afectado que hemos reputado correcto en el marco de las mudanzas internacionales. Cumplió la CNMC con la explicación de los criterios de aplicación, las magnitudes barajadas dentro de los márgenes legales. Lejos de incurrir en una falta de motivación, las pautas seguidas son consecuencia y aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de la desproporción que denuncia la parte recurrente.

OCTAVO.- De los anteriores fundamentos se desprende que el recurso debe ser íntegramente desestimado, condenando en costas a la actora de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo **524/2016** interpuesto por **LA VASCONGADA, S.L. y MUDANZAS MUNDIVAN, S.L.** contra la resolución de 6 de septiembre de 2016, S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, con expresa condena en costas a la demandante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.