



Roj: **SAN 2927/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2927**

Id Cendoj: **28079230062021100302**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/06/2021**

Nº de Recurso: **491/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000491 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05771/2016

Demandante: HASENKAMP RELOCATION SERVICES SPAIN, S.L.

Procurador: D. ANTONIO GARCIA MARTINEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

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 dieciséis de junio de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **491/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Antonio García Martínez, en nombre y en representación de la mercantil **HASENKAMP RELOCATION SERVICES SPAIN, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 6 de septiembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador S/DC/0544/14, MUDANZAS INTERNACIONALES, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 146.500 euros por la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad de la resolución sancionadora impugnada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 21 de abril de 2021.

Siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, HASENKAMP RELOCATION SERVICES SPAIN, S.L., impugna la resolución dictada en fecha 6 de septiembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES, que le impuso una sanción de multa por importe de 146.500 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en la participación en las conductas llevadas a cabo entre empresas competidoras para el reparto de mercado, la fijación de precios y 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. Acuerdos que se han calificado como infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 por cuanto las conductas anticompetitivas realizadas por las empresas sancionadas están prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007 y en el artículo 101 del TFUE.

La parte dispositiva de la citada resolución, recaída en el expediente S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES, es del siguiente tenor literal:

" PRIMERO. Declarar 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:

5. HASENNKAMP RELOCATION SERVICES SPAIN, S.L. por su participación en el cártel desde octubre de 2010 hasta noviembre de 2014.

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

5. HASENKAMP RELOCATION SERVICES SPAIN, S.L.: 146.500 euros.

(...)

SEPTIMO. Intimar a las empresas sancionadas para que en el futuro se abstengan de realizar las practicas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

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

La CNMC ha considerado que las conductas colusorias sancionadas han tenido lugar entre empresas competidoras que operan en el mercado de prestación de los servicios de mudanzas internacionales. Y destaca que si bien el "Acuerdo de Mudanzas" adoptado se ha aplicado fundamentalmente a los Ministerios con mayor número de plazas en el exterior, como son el Ministerio de Exteriores, el Ministerio de Defensa (CNI, Policía Nacional, Guardia Civil), el Ministerio de Educación (Instituto Cervantes) y el Ministerio de Comercio, también abarca a otros Ministerios como el de Presidencia, Turismo, Trabajo, Agricultura y Medio Ambiente, y a la Agencia EFE, entre otros, y marginalmente a mudanzas de empleados de empresas privadas, e incluso de particulares.

En este sentido, la CNMC señala en la resolución impugnada que: *"Esta Sala de Competencia considera acreditada la existencia de un plan conjunto por parte de las empresas de servicios de mudanzas internacionales, implementado mediante una serie de actuaciones repetitivas y prolongadas en el tiempo, que tenía una única finalidad económica de fijación de precios y reparto de mercado (asignación de cuotas, reparto de traslados y/o*



clientes) con el propósito común de limitar la competencia en el mercado y el poder negociador de los clientes, fundamentalmente departamentos ministeriales y organismos de la Administración General del Estado y, en menor medida, empresas públicas y privadas, así como particulares".

Y la CNMC entiende "suficientemente acreditada una conducta única y continuada que, por la naturaleza de los acuerdos de reparto de mercado y fijación de precios y condiciones comerciales, así como los intercambios de información efectuados, perseguía el objetivo de reducir la incertidumbre y coordinar estrategias comerciales, con un efecto evidente de distorsión de la competencia en beneficio de los partícipes en la conducta, lo cual constituye una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC, así como del artículo 101 del TFUE, calificada como cártel conforme a la disposición adicional cuarta 2 de la LDC". Y añade que se ha acreditado "la existencia de una serie continuada de contactos entre las empresas del cártel realizadas con el objeto de alinear y coordinar sus respectivas políticas comerciales con aptitud para restringir la competencia y suprimir la incertidumbre y la autonomía de comportamiento de los agentes económicos, con el fin último de limitar la competencia en el mercado y el poder negociador de los clientes".

SEGUNDO.- En la resolución sancionadora se ha especificado que el mercado en el que se han realizado las conductas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDF es el mercado de prestación de servicios de traslados y mudanzas internacionales recogiendo de forma específica en la resolución que afecta al "traslado de mobiliario y enseres, de puerta a puerta desde España a otro país, para las que se emplea el término exportación; de otro país hacia España, también llamadas importaciones; o entre países distintos a España, con la característica común de que las empresas incoadas son los principales operadores en España de prestación de servicios de mudanzas internacionales, ofrecen este servicio en cualquier parte del mundo y están localizadas en España". En esa definición del mercado afectado de prestación de servicios de mudanzas internacionales se incluye cualquier tipo de traslado o de mudanza, tanto el que afecta a los funcionarios y al personal de las Administraciones Públicas como al personal de las empresas privadas o de particulares sin que, en este caso, concurren razones de sustituibilidad en la oferta o en la demanda que hubieran justificado diferenciar el mercado del producto afectado atendiendo a quien sea el cliente que solicita el servicio.

Y no apreciamos que la CNMC, al definir el mercado de producto afectado, haya ocasionado indefensión a la recurrente por cuanto ésta actúa en ese mercado de prestación de servicios de mudanzas internacionales sin diferenciar el cliente al recogerse en la resolución que HASENKAMP es una empresa cuyo objeto social es la prestación de servicios de transporte y almacenaje de cualquier tipo a empresarios y consumidores y la tramitación de este tipo de negocios en tanto en el ámbito nacional como internacional.

TERCERO.- El mecanismo de actuación de las empresas sancionadas según ha constatado la CNMC, y que esta Sala acepta, como acreditativo de la existencia de un cártel implica que las empresas competidoras en el mercado de la prestación de servicios de mudanzas internacionales adoptaron acuerdos de forma conjunta con el fin de alcanzar una política comercial común y concertada contraria a las normas de competencia. Acuerdos que han quedado acreditados a través de diversos medios de prueba obtenidos por la CNMC de diversas fuentes tales como la aportada por la empresa INTERDEAN que, habiendo participado en la adopción de los acuerdos colusorios ahora sancionados, se acoge al Programa de Clemencia para obtener la reducción en el importe de la multa; así como la prueba obtenida en las inspecciones domiciliarias realizadas los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2014 a las empresas SIT, CABALLERO, FLIPPERS y TRANSFEREX; y la documentación aportada por las empresas tras los correspondientes requerimientos de información efectuados por la Dirección de Competencia.

Los acuerdos colusorios sancionados afectaron a diversos aspectos de la estrategia comercial de las empresas que formaban parte del mismo mercado de producto -mudanzas internacionales-. Acuerdos que se adoptaron, al menos, desde enero de 1997 hasta noviembre de 2014. La actuación de forma concertada y pactada de las empresas competidoras se aprecia en diversos documentos del expediente destacando, entre otros, el correo electrónico de 11 de mayo de 2009, asunto "Reflexiones", entre directivos de la mercantil CABALLERO en el que se dice: "Que opciones tenemos si alguno de ellos se salta el pacto y realiza un acuerdo con las empresas no admitidas (...) Que va a pasar cuando la lista de proveedores aumente, puede que los que se han quedado fuera entren el próximo año, se pactarán nuevos acuerdos?(...) Si la reunión era para mantener un código de buenas prácticas, el motivo de la reunión ya no es lícito, primero porque a uno de los asistentes no le dejaron entrar, y la otra porque si hay libre competencia este tipo de pactos, que a la postre son para perjudicar a la competencia, no son una buena praxis" (f olios 13373 y 13374 del expediente administrativo). Igualmente se aprecia la existencia de pactos en el correo de 15 de noviembre de 2012 enviado por Euromonde a SIT en el que se dice: "Mi intención desde el primer día ha sido respetar el acuerdo, ya que fui yo precisamente una de las promotoras del mismo, y sigo pensando en continuarlo. (...) Yo me comprometo en las que queden en adelante subir más los precios para que podáis optar los demás a ellas". (folio 2806 del expediente administrativo). Y finalmente destacamos el "Extracto de la reunión celebrada el 07/09/2009 entre las empresas seleccionadas

por Defensa" en el que, entre otras manifestaciones, se dice: *"Entiendo que estos acuerdos son una buena vía que reduce drásticamente la competencia y nos proporciona una oportunidad de oro para posicionarnos fuertemente en una cuenta como es el Ministerio de Defensa. Por otro lado, por fin, hemos llegado a establecer un criterio con respecto a los cuartos/quintos presupuestos. Ya sabemos a quién debemos apoyar y a quien no"*.

Los pactos entre las empresas competidoras se han llevado a cabo adoptando diferentes acuerdos con arreglo al siguiente mecanismo y forma de funcionamiento:

1. Acuerdos adoptados entre las empresas sancionadas para el reparto del mercado desde el año 1997 y, al menos, hasta noviembre de 2014 mediante diversas estrategias:

(i) Pactos para el establecimiento de cuotas de tal manera que las empresas sancionadas se repartían las mudanzas según una cuota preestablecida. Cada empresa tenía asignado un porcentaje que se modulaba en función de las circunstancias en las que cada una conseguía la adjudicación de los traslados dependiendo de que presupuestaran solo frente a empresas del acuerdo - lo que permitía precios más altos-, o si había empresas de fuera del acuerdo que obligaban a una oferta de precios más ajustada. Y el gestor del acuerdo corregía el porcentaje asignado a una empresa del acuerdo en función de las empresas de mudanzas de dentro o fuera del acuerdo ("outsiders") que hubieran presupuestado, bien bajando el porcentaje preasignado o bien ajustando el reparto de los traslados entre las empresas del acuerdo. Para la asignación de esas cuotas las empresas elaboraban una "Estadística" o listado de traslados en los que se recogía en una columna el porcentaje preestablecido para cada una de las empresas durante un periodo determinado, el número y el precio total de los servicios de mudanzas que había realizado, y en otra columna se fijaba un porcentaje variable por cada empresa en un periodo determinado.

(ii) Pactos para el respeto de los traslados y de los clientes mediante los pactos de elaboración de presupuestos de acompañamiento. Las empresas del acuerdo acordaron respetarse mutuamente ciertos clientes cuando un determinado cliente había realizado una mudanza anterior con una empresa del acuerdo o cuando una empresa del acuerdo había presupuestado inicialmente uno de los tres presupuestos aportados por el cliente o cuando un interesado en un traslado manifestaba interés por realizarlo con una empresa de mudanzas, en cuyo caso esa empresa del acuerdo lo comunicaba directamente a otras empresas del acuerdo, las cuales realizaban las comprobaciones oportunas para verificarlo. En este aspecto destacamos la siguiente prueba documental: Extracto de la reunión celebrada el 7/9/2009 entre las empresas seleccionadas por el Ministerio de Defensa en el que consta: *"Se decide que, 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 (...) por fin, hemos llegado a establecer un criterio con respecto a los cuartos/quintos presupuestos"* (f olios 13368 a 13370 del expediente administrativo).

2. Acuerdos de fijación de los precios para realizar un traslado o mudanza.

(i) Las empresas del acuerdo de mudanzas acordaban, en reuniones o bien telefónicamente, fijar el precio al que tenía que realizar un traslado o mudanza, e incluso en ocasiones el precio mínimo por encima del cual debían presentar los presupuestos de acompañamiento. Y cuando a una empresa del acuerdo se le asignaba o respetaba un traslado o cliente, ésta 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 a medida del caso presupuestos económicamente menos ventajosos para no resultar adjudicatarias de esos expedientes. Destacamos el correo de 5 de julio de 2010 de CABALLERO a EDICT en el que se dice: *" En la reunión hemos discutido unas tarifas de mínimos y se ha quedado en remitírselas a los del otro grupo para ver la posibilidad de que las adopten. Si recibimos el ok del otro grupo pasaremos todos a aplicarlas"* (folio 12655 del expediente administrativo). De igual modo destacamos el correo electrónico de 3 de octubre de 2012 de SIT a Euromonde en el que se dice: *"Creo que es necesario que vosotros subáis un poco los precios"* (f olio 2797 del expediente administrativo).

(ii) También pactaron los precios que debían presentar a los Ministerios de Defensa y Exteriores cuando estos Ministerios establecieron un marco de precios máximos anual a pagar por traslado y para la elaboración de ese marco cada Ministerio solicitaba la colaboración de las empresas para que facilitaran de forma independiente los precios orientativos. Y ante esta nueva situación, las empresas del Acuerdo de mudanzas reaccionaron pactando de antemano los precios que cada una iba a presentar al Ministerio. Cuando las empresas del acuerdo recibían la comunicación se ponían en contacto entre ellas por correo electrónico para llevar a cabo reuniones o intercambios de información sobre los precios aplicados por cada una, al objeto de acordar de forma conjunta los que finalmente cada una remitiría posteriormente al Ministerio.

3. Acuerdos que denominaron pactos de atenciones comerciales. Las empresas acordaron también de forma conjunta los servicios complementarios que iban a ofertarse a los ministerios, tales como número de meses



gratuitos de guardamuebles, limpiezas o pintura de la casa de destino, transporte de mascotas, recogidas antes de la adjudicación, recogidas o entregas en España múltiples, o exceso de volumen en mudanzas.

4. Intercambio de información comercialmente sensible al comunicarse entre ellos cuales eran los precios que iban a ofertar a sus clientes para establecer así unos precios comunes. Además, ese intercambio de información también se produce con la aportación de los presupuestos de acompañamiento de apoyo a las empresas ya que se elaboraban previa comunicación del precio que se iba a presentar a la oferta para que se fijaran en esos presupuestos un precio superior y resultar así adjudicataria la empresa del grupo. A título de ejemplo, cabe citar las siguientes referencias explícitas tales como: "*PRECIO MUDANZA: POR ENCIMA DE 17.650 EUROS (Incluido seguro)*" (folio 3199, recabado en la inspección en la sede de SIT); "*Nuestro presupuesto está por 9.550 por lo que tiene que ser superior!!!*" (folio 6363, recabado en la inspección en la sede de CABALLERO); "*Hola, el presupuesto que me enviáis va más barato que el mío, ¿lo podéis cambiar?*" (folio 9113, recabado en la inspección en la sede de CABALLERO); "*Para el transporte, seguro e IVA por encima de 12.100...*" (folio 14761, recabado en la inspección en la sede de CABALLERO); "*por encima de 10.100 euros (incluido seguro)*" (folio 17488, recabado en la inspección en la sede de FLIPPERS); "*Ahí van los datos, cualquier precio por encima del nuestro esta ok.*" (folio 18204 recabado en la inspección en la sede de TRANSFEREX); "*XXX llama a grupo amigo y de mi parte que please, se suban el presupuesto de benjamín. Les han pedido el 4 presup*" (folio 19254, recabado en la inspección en la sede de TRANSFEREX).

Y esos acuerdos o pactos, en la medida en que las empresas participantes conocían su ilicitud, se mantuvieron en secreto designando a las empresas con nombres en clave para ocultar su identidad; utilizando también en muchas ocasiones cuentas webmail; utilizando el sistema de compensaciones y controlando el cumplimiento de los acuerdos mediante actuaciones de boicot, represalia y presión utilizadas cuando ciertas empresas del cártel puntualmente no respetaban el acuerdo de precio mínimo, como instrumento para mantener las condiciones impuestas por el cártel. Llama especialmente la atención el sistema de compensaciones dinerarias y no dinerarias entre las empresas fijadas como mecanismo de actuación concertada cuando presentaban ofertas de acompañamiento o presupuestos de "apoyo" económicamente menos ventajosos que la oferta de la empresa del acuerdo a quien se le respetaba el traslado o el cliente. Y esas compensaciones se aprecian entre otros documentos en el llamado "ACUERDOS COMPETENCIA 1999" en el que se constata como las empresas del Acuerdo se saldaban mutuamente lo que se debían unas a otras por elaboración de presupuestos de acompañamiento y establecieron compensaciones dinerarias de 35.000 pts. cuando se pedían visitas a domicilio y de 15.000 pts. cuando se solicitaba un presupuesto ("papeles", folio 396). Las compensaciones no dinerarias consistían en adjudicaciones de servicios de mudanzas o reciprocidad de presupuestos (folios 390 y 391 del expediente administrativo).

CUARTO.- En el escrito de demanda presentado por la parte recurrente se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada y ello en virtud de los siguientes razonamientos.

1. Defectuosa delimitación por parte de la CNMC del mercado afectado que le ha causado indefensión. Sostiene que la definición de mercado recogido en la resolución impugnada relativo a la prestación de servicios de mudanzas internacionales para el traslado de mobiliario y enseres de España a otro país y de otro país a España difiere de la realidad de la investigación efectuada por la CNMC porque esta se ha centrado y se ha limitado exclusivamente al mercado de mudanzas de las Administraciones Públicas (especialmente de los Ministerios de Defensa, Exteriores, Comercio y Educación).

2. Se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque considera que no hay pruebas evidentes de que conociera la existencia de los pactos ilícitos sancionados y ello porque no hay constancia de que asistiera a las reuniones que se convocaban por las empresas calificadas por la CNMC integrantes del Acuerdo de mudanzas. Y añade que, aunque, en alguna ocasión ha prestado apoyo aportando presupuestos, no obstante, desconocía que fueran únicamente de acompañamiento porque solo se aportaron a la mercantil CABALLERO cuando así lo requerían mudanzas concretas por lo que entendía que estaba ante una subcontratación.

3. Se ha vulnerado el principio de confianza legítima porque entendió que la aportación de los presupuestos de acompañamiento estaba validada por la actuación de la Administración respecto del funcionamiento de las mudanzas de su personal.

4. Desproporción entre las conductas imputadas y la aplicación del elevado tipo sancionador del 5%.

5. Subsidiariamente, solicita que se reduzca el importe de la multa impuesta porque entiende que se le debe aplicar de forma analógica la circunstancia atenuante prevista en el artículo 31. quater, letra d) del Código Penal. Dicho precepto establece como circunstancia atenuante la adopción, antes del inicio del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Y dice la recurrente que, tras conocer la incoación del expediente sancionador S/DC/0544/14, decidió implantar un programa de cumplimiento normativo y modelo



de prevención de delitos (Compliance) para prevenir eventuales situaciones futuras. Programa que se aprobó en fecha 3 de enero de 2017 por el órgano de administración de la mercantil ahora recurrente.

QUINTO.- Co rresponde ahora a esta Sala analizar si existe o no prueba que acredite la participación de la recurrente en las actuaciones que se le han imputado y que se han calificado como infracción única y continuada como integrantes de un plan preconcebido organizado por las empresas competidoras en la prestación de servicios en el mercado de mudanzas internacionales dirigido a controlar el mercado a través de actuaciones anticompetitivas.

La CNMC ha sancionado a la mercantil recurrente HASENKAMP RELOCATION SERVICES SPAIN, S.L. por su participación desde el mes de octubre de 2010 hasta noviembre de 2014 en los acuerdos adoptados entre las empresas competidoras en el mercado de prestación de servicios de mudanzas internacionales para el reparto de mercado, la fijación de precios y otras condiciones comerciales así como en 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.

Mientras la recurrente sostiene que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque entiende que se le ha sancionado a pesar de que no hay constancia de que hubiera participado en ninguna reunión en las que se han adoptado los acuerdos colusorios sancionados, la CNMC, sin embargo, apoya la imputación a la mercantil recurrente por su participación en el cártel desde octubre de 2010 porque conocía la existencia de los acuerdos colusorios y participaba en su cumplimiento con la aportación de los presupuestos de acompañamiento.

En relación con la acreditación de la participación de la recurrente en el cártel antes expuesto, como ya decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016 (recurso nº 551/13) es difícil en este tipo de actuaciones encontrar pruebas directas que permitan acreditar tanto la participación de la recurrente en un plan común como la existencia de ese plan conjunto. Por ello para poder acreditar ambas situaciones debemos acudir a la prueba de indicios aceptada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, eso sí siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador y se encuentren en directa relación con las consecuencias que pretenden extraerse de los mismos. Hasta el punto de que para que la prueba de presunciones pueda desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que los indicios no se basen en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Esta Sala destaca que, la actuación conjunta de las empresas competidoras que implica la existencia de un plan preconcebido para la adopción de acuerdos anticompetitivos, no exige la participación de todas las empresas en la adopción de todos los acuerdos colusorios, pero si se exige su conocimiento y consentimiento en cuanto ello permite a todas las empresas alcanzar un objetivo común en ese mercado. Y precisamente por ello, para poder entender que se ha participado en un cártel, es suficiente con acreditar que se conocía, por cualquier medio, la existencia de los acuerdos colusorios y que, a pesar de ese conocimiento, no se ha apartado de su cumplimiento y seguimiento de forma expresa y publica.

En el caso analizado es cierto que la recurrente no participó en las reuniones iniciales en las que se adoptaron los acuerdos llamados de mudanzas; sin embargo, si consta que, con posterioridad a su adopción, conoció su existencia como así se aprecia del contenido de los correos electrónicos que en fecha 28 de enero de 2010 se intercambian la recurrente y la mercantil también sancionada, Caballero, que figuran en los folios 12058 y 12059 del expediente administrativo en los que la recurrente comenta a Caballero: *"Todo lo que sea optimizar, llevarnos el gato al agua y ganar pasta" y "De momento te digo que hemos recibido hoy un listado del MEC con una petición desde Madrid (Las Rozas) hasta Stuttgart (Alemania)".* Correo que se responde por Caballero diciendo: *"¿Por qué no ponemos en común de una vez los listados del MEC? Estoy seguro de que hay combinables y así podemos optimizar tarifas".*

Y a pesar de que la recurrente conocía los acuerdos anticompetitivos, sin embargo, no consta que rechazara de forma expresa y publica la recepción de los datos que le permitían conocer la ilicitud de los acuerdos lo cual permite, al menos, presumir que ha aceptado la información recibida y que, en consecuencia, ha podido adaptar su conducta en el mercado del producto afectado a la vista de los datos proporcionados por las empresas competidoras.

Frente al criterio de la recurrente, la jurisprudencia del TJUE es constante al declarar que se forma parte de un cártel, aunque no se participe en todas las reuniones o encuentros celebrados a lo largo de los años, pues es suficiente con tener conocimiento de su celebración y no manifestar de forma pública y expresa su rechazo a esa práctica ni manifestar su decisión de abandonar esos pactos comunes. Situación está que se da en el

caso de la recurrente pues consta que conocía los acuerdos sin mostrar pública discrepancia a ello por lo que se benefició del citado sistema de pactos y de acuerdos comunes.

Esa doctrina jurisprudencial comunitaria referida se refleja entre otras en la sentencia de 24 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia en la que se dice: *"En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente solo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de esta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43 y jurisprudencia citada)".*

Igualmente destacamos en esta misma línea la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia del Asunto T-Mobile cuando destaca en sus párrafos 53, 61 y 62 que:

" (53). A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.

(61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado.

(63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

Esta Sala, por tanto, concluye que la recurrente si conocía la existencia de los acuerdos adoptados entre las empresas competidoras en el mercado de mudanzas internacionales y, además, conocía su funcionamiento porque reconoce que presentaba los llamados presupuestos de apoyo o de acompañamiento que se ajustaban a la mecánica operativa del cártel al que se refiere la resolución sancionadora cuando dice que: *"El Acuerdo de mudanzas para la fijación de precios y condiciones comerciales y el 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".* Y añade la CNMC que precisamente *"mediante el sistema de petición de presupuestos de apoyo u ofertas de acompañamiento, por el cual, a partir de la base del reparto del mercado, una empresa del Acuerdo solicitaba a otras dos empresas participantes del mismo dos presupuestos de acompañamiento a su oferta y les comunicaba el precio de su presupuesto por encima del cual tenían que ofertar".*

La CNMC entiende así que la aportación de presupuestos de apoyo o de acompañamiento tenían como finalidad contribuir al reparto del mercado, conducta ésta integrada en la infracción única y continuada que se sanciona.

Sin embargo, la recurrente ofrece una explicación alternativa a los presupuestos de acompañamiento que reconoce que aporta a solicitud de la mercantil CABALLERO y que, a su juicio, determina que no sea ilícita su presentación. En este sentido refiere que se aportaban en momentos muy concretos en los que Caballero tenía un exceso de trabajo que no podía atender por si solo y entonces le reclamaba su participación pidiéndole



que le presentara los presupuestos de colaboración, pero desconocía quien era el cliente al que Caballero le remitía luego ese presupuesto.

Esta Sala no entiende razonable la explicación alternativa que ofrece para justificar la validez de los presupuestos de acompañamiento ya que la relación comercial entre empresas competidoras sería admisible en el sentido indicado por la recurrente siempre que se hubiera demostrado que efectivamente los presupuestos de apoyo que aportaba a la mercantil Caballero tenían esa finalidad lo cual de ser cierta esa relación comercial hubiera dejado un rastro documental de contratos, facturas, clientes... que no solo no se ha aportado sino que, además, con su aportación por la recurrente demuestra que conocía el funcionamiento y mecánica de actuación del cártel como así se aprecia en numerosos correos electrónicos de los que se deduce que conocía la finalidad ilícita de su presentación como se aprecia, entre otros, en el correo electrónico de 16 de abril de 2013 de HASENKAMP a CABALLERO en el que dice " ... *¿a qué prima ponéis el seguro para terrestre? Si vuestro precio para la mudanza son 16.100 y debemos ir por encima de 18.500 ¿porque tengo que subirlo tanto? Me parece excesivo ¿¿¿¿Os serviría 16.450 +seguro????*" (folio 5740, recabado en la inspección en la sede de CABALLERO). Además, consta en el expediente que todas las demás empresas sancionadas contaban con la participación de la recurrente a través de los presupuestos de apoyo no solo porque se le designaba con un nombre clave sino porque, en algunas ocasiones, se le criticaba por otros competidores porque sus tarifas no se ajustasen a lo acordado, como se aprecia en el correo de 14 de noviembre de 2012 " *sin asunto, de SIT a Euromonde con el adjunto "MEC 2012 ISABEL.xls"* en el que se dice : "*Ad junto el listado a fecha de hoy, como puedes ver vosotros y HK [HASENKAMP] seguís haciendo lo mismo y no teniendo en cuenta a los demás, confírmame si seguiréis así o por el contrario cumpliréis lo hablado. Siento ser tan franca pero no estoy dispuesta a pelearme con vosotros todos los días y tener que desconfiar de la palabra constantemente. O nos favorecemos todos o ninguno.*" (folios 2802 y 2803 del expediente). Finalmente, consta que también se le incluía en las tablas excell de reparto del mercado (folios 5718 y 16736, entre otros).

En consecuencia, las pruebas obtenidas en torno a la intervención de la entidad recurrente en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo y, por otro, por la intervención de la sancionada, permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en la infracción única y continuada, de carácter complejo, que se le imputa. Y ello implica que se le puede sancionar por su participación en dicho plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único, aunque no haya participado desde el inicio, ni en todas las reuniones ni en todos los ámbitos de las conductas imputadas porque no consta que haya manifestado expresamente de forma pública su intención de abandonar el plan común.

SEXTO.- La recurrente sostiene de forma subsidiaria que la sanción debe anularse por cuanto entiende que actuó bajo la confianza legítima de que las actuaciones sancionadas, y especialmente la aportación de los presupuestos de apoyo, eran conocidos y tolerados por los distintos Ministerios a los que se presentaban las ofertas.

El Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 26 de diciembre de 2007 (recurso casación 1907/2005) ha indicado que para la aplicación del principio de confianza legítima se exige que la Administración haya dado al particular que la invoca garantías concretas que fundadamente le hacen concebir esperanzas fundadas y su admisión debe basarse en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes.

En este caso no existen esas garantías concretas o esos signos externos suficientemente concluyentes producidos por la Administración ya que no existe ninguna autorización concreta o recomendación expresa por parte de la Administración para la realización de la conducta sancionada. Es decir, no existe ningún signo externo que muestre la conformidad de las Administraciones contratantes a las prácticas ilícitas objeto de este expediente puesto que la Administración no conocía ni podía conocer, dado el carácter secreto en la actuación de las empresas sancionadas, que la aportación exigida de un tercer y de un cuarto presupuesto para la obtención de una mejor oferta económica estuviera pactada entre las empresas que presentaban las ofertas. Incluso las propias empresas actuaban tratando de evitar que trascendiera al Ministerio afectado la concertación en la aportación de esos presupuestos como se aprecia al comunicarse entre ellas que " *No podía ni quería decirte por el email del MAEC que te enviaría los 3 presupuestos, Tu ya me entiendes, Nunca se sabe quién los lee*"; o " *Acuérdate que los emails nunca se sabe quién los lee, así que es mejor que cualquier comentario de los 3 presupuestos e incluso una petición de un posible 4º presupuesto, me lo comentes desde tu email privado*".

SÉPTIMO.- Aduce también la entidad actora que el sistema de determinación de la sanción no se ajusta a derecho puesto que la CNMC debería haber tomado en consideración, razonadamente, los criterios establecidos en el artículo 64 de la LDC para la determinación del importe de las multas, denunciando por ello la falta de motivación suficiente de la sanción y su desproporción.



Sobre tal cuestión ha de decirse que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando el Tribunal Supremo que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, han de concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma, precepto que interpreta en el sentido de que *"... el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o no puede, simultáneamente operar en otros mercados"*.

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2015, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como "respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría". En consecuencia, analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso.

En esa labor, pone de manifiesto que existen factores que permiten considerar la conducta como "especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC": la cuota del mercado de mudanzas internacionales afectado por la infracción ha sido significativa y se ha acreditado que el cártel incrementó los precios y mantuvo un nivel de precios elevados en ese mercado durante los años de vigencia de los acuerdos; y añade a esa gravedad el plus que implica que el encarecimiento del coste se haya soportado por la Administración y en última instancia por los ciudadanos que también resultan perjudicados como contribuyentes. Y esas razones son las que la CNMC recoge en la resolución para justificar que el tipo sancionador global debe situarse con carácter general en este expediente en el 5%.

Y es a partir de ello como, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores le permite concretar, dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios de cada sujeto responsable en 2015, la valoración de la densidad antijurídica de la conducta, teniendo presente, que el reproche sancionador en este expediente debe ser efectivamente disuasorio, si bien el principio de proporcionalidad exige que la sanción no se sitúe en el tramo superior de la escala, y que los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer en la fase de determinación de las sanciones ha de atender a la conducta de cada empresa.

La resolución individualiza las multas, tomando en consideración, como factor determinante y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción. Y determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas que consigna en las tablas correspondientes las cuales incluyen, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2015 (2.930.000 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (5%), y la multa (146.500 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.



En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la participación de un cártel consistente en la adopción de acuerdos para el reparto del mercado, para la fijación de precios y para el intercambio de información comercialmente sensible. Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a la duración del cártel y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 5 %.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea , proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador y como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)."

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

Finalmente, esta Sala rechaza la alegación de la recurrente de que se le aplique como circunstancia atenuante la situación prevista en el artículo 31 quater d) del Código Penal porque refiere que con posterioridad a la incoación del expediente sancionador ha implementado un programa de cumplimiento normativo (compliance) con la normativa de competencia. No podemos atender a esa consideración ya que, en su caso, la adopción de ese programa se produjo en fecha 3 de enero de 2017 y, por tanto, con posterioridad a la resolución sancionadora que revisamos por lo que la CNMC no pudo valorar la aplicación de esa circunstancia atenuante.

OCTAVO.- Toda vez que se ha desestimado el presente recurso contencioso administrativo ello implica que se impongan a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **491/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Antonio García Martínez, en nombre y en representación de la mercantil HASENKAMP RELOCATION SERVICES SPAIN, S.L., contra la Resolución dictada en fecha 6 de septiembre de 2016 por la Sala



de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador S/DC/0544/14, MUDANZAS INTERNACIONALES, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 146.500 euros que ahora confirmamos por entender que es conforme al ordenamiento jurídico.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ