



Roj: **SAN 2947/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2947**

Id Cendoj: **28079230062021100308**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/06/2021**

Nº de Recurso: **523/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000523 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 5962/2016

Demandante: AGS MUDANZAS INTERNACIONALES S.L.,

Procurador: D^a IRENE GUTIÉRREZ CARRILLO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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 dieciocho de junio de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 523/16 promovido por la Procuradora D^a Irene Gutiérrez Carrillo en nombre y representación de **AGS MUDANZAS INTERNACIONALES S.L.**, contra la resolución de 6 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0544/MUDANZAS INTERNACIONALES, mediante la cual se le impuso una sanción de 176.284 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave. 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 se dicte sentencia por la que se revoque el acuerdo sancionador recurrido.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 14 de abril de 2021, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna en este proceso la mercantil AGS MUDANZAS INTERNACIONALES, S.L., (AGS) la resolución de 6 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0544/MUDANZAS INTERNACIONALES, cuya parte dispositiva era 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:

(...)

1. AGS MUDANZAS INTERNACIONALES, 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:

(...)

1. AGS MUDANZAS INTERNACIONALES, S.L.: 176. 284 euros.

(...)

SÉPTIMO.- Intimar a las empresas sancionadas para que en el futuro se abstengan de realizar conductas iguales o semejantes, del tenor de las anteriormente descritas

(...)"

Los antecedentes que precedieron al dictado de la resolución recurrida pueden resumirse de este modo:

1. Tras acordar con fecha 17 de octubre de 2014 el inicio de una información reservada al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la Dirección de Competencia (DC) realizó los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2014 inspecciones domiciliarias simultáneas en las sedes de las empresas SIT GRUPO EMPRESARIAL, S.L., CABALLERO MOVING, S.L., MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, S.L. y TRANSFEREX, S.A.

2.- Incorporada en esa fase la información que refleja el expediente, el 20 de febrero de 2015 la DC acordó la incoación de expediente sancionador contra SIT GRUPO EMPRESARIAL, S.L.; CABALLERO MOVING, S.L.; MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, S.L.; TRANSFEREX, S.A; MUDANZAS DAVILA, S.A.; EURO MONDE, S.L.; AGS MUDANZAS INTERNACIONALES, S.L.; LA TOLEDANA, S.L.; LA VASCONGADA, S.L.; SANCHO ORTEGA INT., S.A.; HASENKAMP RELOCATION SERVICES SPAIN, S.L.; INTERDEAN, S.A.; GIL STAUFFER MADRID, S.L.; MUDANZAS MERIDIONAL, S.L.; MUDANZAS MUNDIVAN, S.L.; TRANSPORTES FLUITERS, S.L.; MUDANZAS RUMBO, S.A.; GRUPO AMYGO, S.A.; EDICT, S.L. y PROCOEX MUDANZAS, S.L.. Y ello en relación a la existencia de 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.



3. Tras unir nueva información aportada como consecuencia de los requerimientos realizados, el 10 de junio de 2015 la empresa INTERDEAN solicitó verbalmente la reducción del importe de la multa. Y, realizadas las actuaciones que constan en el expediente, el día 3 de diciembre de 2015, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, la Dirección de Investigación formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), notificándose a las partes.

4. Formuladas alegaciones por los interesados, el día 8 de marzo de 2016, conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, la DC acordó el cierre de la fase de instrucción. Y el 14 de marzo siguiente, y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 50.4 de la LDC y 34.1 de su Reglamento, formuló Propuesta de Resolución, que fue notificada a las entidades interesadas, quienes presentaron las alegaciones que constan en el expediente administrativo.

5. Tras nuevos requerimientos de información acordados por la Sala de Competencia, y remitido el 19 de mayo de 2016 a la Comisión Europea el Informe Propuesta en los términos establecidos en el artículo 37.2 de la LDC, con la correspondiente suspensión del plazo máximo para resolver el expediente, con fecha 6 de septiembre de 2016 la Sala de Competencia, alzada la suspensión, deliberó y falló el asunto y dictó la resolución ahora recurrida.

SEGUNDO.- Al referirse a las partes que intervienen en el expediente, la resolución recurrida describe a AGS como una empresa cuyo objeto social incluye las actividades de transporte terrestre de mercancías de cualquier proveniencia y destino, corretaje por vías terrestres, marítimas o aéreas, mantenimiento, mudanzas y almacenamiento de toda clase de mercancías, si bien aclara que, por propia manifestación de la recurrente, al tiempo de dictarse la resolución su actividad estaría limitada a la prestación de servicios de mudanza a todo tipo de particulares y empresas a nivel nacional e internacional incluyendo actividades de transporte y almacenamiento.

En cuanto a la caracterización del mercado, la CNMC relata que las conductas analizadas en este expediente se refieren a la prestación de servicios de mudanzas internacionales para el 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.

Cita la normativa a la que se somete la contratación de mudanzas por parte de la Administración en los traslados de su personal y, específicamente, las licitaciones públicas, así como los requisitos y condiciones aplicables a las mismas, con particular referencia a las mudanzas internacionales.

Todo lo cual le permite abordar ya el relato de hechos acreditados (apartado IV de la resolución) que resume el reflejado en el pliego de concreción de hechos y en la propuesta de resolución, y que se sostendría en la documentación recabada en las inspecciones realizadas los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2014 en las sedes de las empresas SIT, CABALLERO, FLIPPERS y TRANSFEREX, en la información facilitada por INTERDEAN en su solicitud de reducción del importe de la multa, así como en las contestaciones a los requerimientos de información a las empresas incoadas y a terceras empresas y departamentos ministeriales.

Del análisis de toda esta documentación concluye que se habría acreditado la existencia de un acuerdo de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto del mercado de la prestación de servicios de mudanzas internacionales - que denomina en lo sucesivo "el Acuerdo de mudanzas" o "el Acuerdo"-, mediante el establecimiento de cuotas, el respeto de traslados y de clientes, y el intercambio de información sensible para la manipulación del proceso de presentación de ofertas de mudanzas.

Precisa que, si bien el Acuerdo se habría aplicado fundamentalmente a los ministerios con mayor número de plazas en el exterior -Exteriores (AECID), Defensa (CNI, Policía Nacional, Guardia Civil), Educación (Instituto Cervantes) y Comercio-, también abarcaba otros ministerios como 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.

E indica literalmente que el Acuerdo de mudanzas *"... ha centrado su actuación en los servicios de 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"*.

Como hemos visto, la resolución atribuye a AGS la participación en el cártel desde, al menos, octubre de 2004, y hasta noviembre de 2014.



Y, en cuanto al material probatorio que sustentaría dicha imputación, la resolución recurrida relaciona los distintos documentos -correos, cuentas webmail, hojas de Excel,- que implican a las entidades en los acuerdos sancionados con singular mención a cada una de ellas y también, como veremos después, a AGS.

TERCERO- En relación con todo ello, argumenta AGS que de la referida información no puede desprenderse que hubiera formado parte del Acuerdo de mudanzas. Antes al contrario, sostiene que, desde mayo de 2006 hasta, al menos, mayo de 2011, la prueba existente en el expediente y a la que se refiere evidenciaría el enfrentamiento entre las empresas del grupo de mudanzas partícipes en el Acuerdo y AGS, y así, y respecto del año 2006, pone de relieve que *"Como demuestra la documentación obrante en el expediente administrativo, las empresas del GMI adoptaron decisiones contra AGS por cargar precios especialmente bajos. Debe precisarse que AGS no acordó previamente unos precios mínimos en el seno del Acuerdo de mudanzas, sino que nunca fue parte de dicho acuerdo"*.

En cuanto al 2008, aduce que las empresas de la asociación GMI intervenían activamente en contactos con el Ministerio de Defensa para que se excluyera a AGS de la lista de empresas que el Ministerio facilitaba a sus funcionarios para que AGS no pudiera participar en las licitaciones.

Exclusión que se habría prolongado durante los años 2009 a 2011, de lo que concluye que la situación de enfrentamiento en el mercado entre las empresas de la asociación GMI y AGS se prolongó desde mayo de 2006 al menos hasta mayo de 2011.

Por otra parte, explica sus contactos en el período 2008-2014 con CABALLERO y EUROMENDE, empresas implicadas en el Acuerdo, contactos que califica de puntuales y de contenido no ilícito.

Y destaca además que las conductas que describe la resolución acerca de tales relaciones se limitaron al período 2008-2014 ya que en este último año *"... ha cesado en la prestación de apoyos con CABALLERO y EUROMONDE y se encuentra realizando en la actualidad un riguroso programa de cumplimiento con el Derecho de la Competencia"*.

Frente a estas alegaciones resultan, sin embargo, concluyentes las pruebas acumuladas en el expediente que revelan la participación de AGS en las prácticas sancionadas.

Entre otros, son expresivas de su intervención las siguientes:

- Correo de 12 de diciembre de 2011, obrante a los folios 11972 y 11973, remitido por AGS a CABALLERO con el siguiente texto: *"La reunion sera a las 9.30 en el Hotel Melia de la avenida de America, posteriormente a las 11 empezara la de gmi en el otro hotel. Yo no voy a poder asistir ese dia, pero ya comentamos despues, un abrazo"*. Referido a la reunión de diciembre de 2011, que tuvo lugar, al menos entre SIT, CABALLERO, INTERDEAN, recabado de la inspección en la sede de CABALLERO.

- Correo de 30 de noviembre de 2012, obrante a los folios 2600 y 9441, relativo a la reunión de 18 de diciembre siguiente con el 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 a dicha reunión.

- Correos de mayo 2009, folio 13373, entre directivos de CABALLERO con el asunto "Reflexiones", sobre AGS y Euromonde, con el texto siguiente: *"Sabemos que tanto AGS como Euromonde, no se de los demás, han realizado un gran esfuerzo comercial ya que os los habéis cruzado en vuestros viajes con la cuenta de defensa, si se quedan fuera nos van solicitar apoyo, ya que hasta ahora hemos tenido con ellos muy buenas relaciones de reciprocidad en este asunto (...) No nos cerraremos puertas en nuestra línea blanca con AGS, y con otros colegas del sector, a favor de un grupo que dicta normas"*.

- Correos de abril y junio de 2009, folios 13272 y 13680, entre las cuentas Webmail de AGS y CABALLERO, recabados en la inspección en la sede de CABALLERO en el que AGS indica a CABALLERO: *"Lo siento, pero al tener filial en Moscu, esta vez no va a poder ser"* o *"Lo siento no te puedo apoyar cuando AGS tiene filiales en origen y destino."* (folios 13272 y 13680, respectivamente).

- Archivo Excel recabado en la inspección de FLIPPERS de nombre "AYUDAS a cada MINISTERIO Febrero 2012", y obrante al folio 16736, en el que se recogen los acuerdos entre FLIPPERS y 10 empresas del Acuerdo de mudanzas a las que se refiere por sus nombres en clave; y, en relación con él, otro archivo Excel designado "nombres en clave de empresas apoyos.xls" del año 2009, en el que FLIPPERS asigna nombres en clave a las empresas de mudanzas del Acuerdo (folio 16802, también recabado en la inspección de la sede de FLIPPERS). En esa relación, a la entidad actora, AGS, se le asigna el nombre en clave AFRICA.

- Correo de 28 de enero de 2013, -folio 5581- obtenido en la inspección llevada a cabo en la sede de CABALLERO, en el que esta empresa prepara un texto para que Euromonde se lo remita a la entidad aquí demandante, AGS,



con el fin de coordinar estrategias de reparto de mudanzas con AGS en los casos en los que un interesado del Ministerio de Exteriores solicite presupuestos a CABALLERO y Euromonde y, además, el destino sea un punto donde AGS tiene delegación, de forma que entre las tres empresas se repartan tramos del traslado. En el mismo se indica literalmente que "El expediente ante el MAEC, evidentemente lo presenta AGS, pero con el compromiso de que nosotros intervengamos en algo. ¿Que te parece? Lo mismo, evidentemente puede ocurrir en aquellos expedientes en que sean de alguna de las dos empresas y a ti se te pida apoyo y tu tengas Delegación, aunque esto tu ya sabes que cenismo haciendolo asi".

- Correo de 11 de abril de 2013, folio 5718, con el asunto "APOYOS" entre directivos y comerciales de las empresas Euromonde y CABALLERO, recabado en la inspección en la sede de CABALLERO: *"También hablé con [E] de Fluiters, y tampoco sabía nada, pero lo iba a hablar con [E]. Resumiendo, tenemos colaboración en 3x3 de: AGS. Hasenkamp, Flippers, Cabllero, Vascongada (esporádicamente) y Fluiters. Y en los 4º presupuestos de todos menos Interdean"*.

- Correo de 19 de abril de 2013, folio 5756, obtenido en la inspección en la sede de CABALLERO, de la cuenta Webmail de AGS a la de CABALLERO en relación a los presupuestos de acompañamiento de terceros y cuartos presupuestos, que resulta especialmente explícito en cuanto al acuerdo de precios.

- Correo de 2009 de CABALLERO a FLIPPERS, Euromonde, AGS y SIT en relación con un cuarto presupuesto solicitado por el Ministerio de Exteriores, a las que pregunta si el cliente es de alguna de ellas (folios 14041, 14042 y 14051- 14053).

- Intercambio de correos en 2014 entre TRANSFEREX a AGS (folio 18203).

- Correos de 16 y de 17 de julio de 2013, folios 6801 y 6802, en los que AGS se dirige a CABALLERO/Euromonde indicando : *" Tal como hemos comentado, solicito vuestro mejor precio para combinar con las mudanzas de los diplomaticos de M Educacion",* a lo que CABALLERO responde *"Te explico las opciones que te podemos realizar y en que condiciones..(Para esta opcion deberias cedernos el cliente de la oferta proxima del 18/Julio, osea mañana...y ponerle un precio por encima de 3.800€ para que podamos cogerlo nosotros y asi, poder combinarte este..)",* y añade también que *"... Ahora que tienes la información, espero que nos respetes el cliente de mañana porfi, y a ver si podemos colaborar un poquito más"*.

- Correo de 25 de mayo de 2006, folio 488: *"...desgraciadamente no te puedo dejar ningún transporte desde Bogotá, ya que según mis datos Vds. [SIT] han realizado "sin outsiders" ya dos servicios sin embargo ni AGS, ni Tamex ni nosotros [Vascongada] hemos hecho nada."*

- Cruce de correos de 23 de julio 2014 de asunto "apoyos" entre directivos de CABALLERO y AGS, en relación a la petición de un presupuesto de acompañamiento, folios 5107 y 5114.

- Correo de 2011 de CABALLERO, folios 11865-11873 y 11874-11882, donde le adjunta a un cliente el presupuesto de apoyo e inventarios recibidos de AGS previamente.

- Correo de agosto de 2013, folio 6951, en el que Euromonde consulta a CABALLERO si puede hacer el presupuesto de apoyo que le solicita AGS: *"Oye puedo ayudar a AGS?"*.

Documentos todos que evidencian, como decimos, la intervención de AGS en un cártel que incluye entre las conductas acreditadas el reparto del mercado de prestación de servicios de mudanzas internacionales, y que se caracteriza por la utilización de los mecanismos que describe la resolución sancionadora.

La entidad recurrente no aporta una explicación alternativa plausible que posibilite una interpretación distinta de su conducta de la que acoge la CNMC, dada la expresividad de los comunicados reflejados en los correos y en el resto de las pruebas.

El hecho, destacado en la demanda, de no haber participado en las reuniones a las que se refiere la resolución, al margen de contradecir alguna de las pruebas expuestas -correos de 12 de diciembre de 2011, obrante a los folios 11972 y 11973, y de 30 de noviembre de 2012, folios 2600 y 9441, relativos, respectivamente, a las reuniones de diciembre de 2011 y diciembre de 2012- no le exime de responsabilidad cuando está acreditada su participación en el mecanismo de los presupuestos de apoyo o acompañamiento, a los que aludíamos antes, y cuya utilización, al margen de no ser explicado de manera creíble por AGS, encuentra prueba sobrada en los correos mencionados.

Del mismo modo, la confrontación entre AGS y las empresas integrantes del denominado Acuerdo de mudanzas a la que se refiere la misma recurrente, y que puede advertirse en alguno de los correos citados por AGS, no enerva la eficacia inculpatoria del resto de las pruebas acopiadas y que hemos relacionado antes.

Por otra parte, es particularmente ilustrativo del conocimiento por parte de los participantes en el cártel de la ilicitud de sus conductas la designación en clave de los nombres de las empresas implicadas y que aparece en

el documento designado "nombres en clave de empresas apoyos.xls" del año 2009, recabado en la inspección de FLIPPERS (folio 16802).

La Sala, en definitiva, y en el ejercicio de las facultades que le asisten en orden a la libre valoración de la prueba, considera que la que recoge el expediente administrativo, de la que afecta a la entidad actora de manera directa la que se ha relacionado más arriba, pone de manifiesto la participación de AGS en el cártel tal y como lo ha definido la resolución recurrida, que atribuye a las empresas intervinientes la comisión de una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, constitutiva de cártel, consistente en la adopción de acuerdos entre las empresas incoadas para el reparto del 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 de servicios de mudanzas internacionales.

CUARTO.- Si la base fáctica de la sanción la constituye, de manera eficaz, la prueba descrita, procede plantearse si la conducta de AGS se ajusta o no la infracción imputada, es decir, si puede o no ser calificada como una infracción única y continuada prevista en los referidos artículos, lo que la recurrente niega de manera expresa en su demanda.

Conviene recordar que la imputación de esta modalidad infractora requiere: (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, por todas la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Puffers International NV, (apartados 34 y 35).

Se destaca de este concepto la idea de unicidad y la 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. II3435, (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.

Por lo que respecta a la continuidad, señala la STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156) 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).

Para que las prácticas colusorias puedan ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia, es necesario «[q]ue se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo [...]» - STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95, T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T10 4/95, Rec. p. II491, (apartados 4027 y 4112)-.

En el presente caso, y a la luz de la actividad probatoria llevada a cabo por la Administración, se ha constatado la existencia de varias comunicaciones y de reuniones concretamente identificadas que tenían como principal objetivo establecer unos acuerdos entre competidores para el reparto del mercado, que alcanzaban además a la determinación del precio, en clara transgresión de las reglas de competencia.

En el caso concreto de la actora, no hay ninguna interpretación lógica que, acreditada la mecánica del cártel y su finalidad, permita suponer que AGS desconocía su existencia, a la vista de manifestaciones tan claras como las que resultan de los correos descritos, de su convocatoria a las reuniones citadas o de los presupuestos de apoyo que igualmente consta que aportó.



Es impensable, a la vista de la prueba, que la actora ignorase la actuación conjunta de las empresas del sector en relación a las mudanzas internacionales de funcionarios, y que dicha actuación obedecía además a un plan preconcebido. Y ese conocimiento se desvela con su participación, sin duda intencional, en el reparto del mercado y en la determinación de precios, como lo demuestran con claridad, por ejemplo, los antes mencionados correos de 16 y de 17 de julio de 2013, folios 6801 y 6802 del expediente administrativo, en los que AGS se dirige a CABALLERO/Euromonde indicando: *"Tal como hemos comentado, solicito vuestro mejor precio para combinar con las mudanzas de los diplomaticos de M Educacion"*, a lo que CABALLERO responde *"Te explico las opciones que te podemos realizar y en que condiciones..(Para esta opcion deberias cedernos el cliente de la oferta proxima del 18/Julio, osea manana...y ponerle un precio por encima de 3.800€ para que podamos cogerlo nosotros y asi, poder combinarte este..)"*; y añade que *"... Ahora que tienes la información, espero que nos respetes el cliente de mañana porfi, y a ver si podemos colaborar un poquito más"*.

En suma, no nos ofrece duda alguna que AGS participó de manera intencional en los acuerdos que constituyen el núcleo del cártel descrito y sancionado por la CNMC.

QUINTO.- Aborda a continuación la demanda la cuestión relativa al alcance de la sanción, y discute AGS en primer lugar el lapso temporal por el cual la resolución recurrida le atribuye su participación en la infracción, desde octubre de 2004 hasta noviembre de 2014, pues considera que no existe ninguna prueba incriminatoria hasta julio de 2006, por lo que propone que *"la duración que la CNMC impone a AGS debería limitarse a su inicio en 2006 y no antes como así se ha hecho y sancionado erróneamente por la CNMC"*.

Pues bien, ha de coincidir en este punto con la recurrente en que, cronológicamente, no hay ninguna mención a su participación hasta el correo de 25 de mayo de 2006, folio 488 del expediente, al que aludimos antes al relacionar la prueba inculpatoria de AGS.

También merece destacarse que, en la contestación a la demanda, el Abogado del Estado no hace objeción concreta a esta alegación, ni apercibe de la existencia de otras pruebas que pudieran demostrar una participación anterior y, en todo caso, producida desde octubre de 2004, que es lo que le imputa la CNMC, quien toma ese momento como el de inicio de la participación de AGS, calculando la sanción con arreglo al período resultante.

Por tanto, es obligado concluir que no puede suponerse acreditada la intervención de la entidad actora en el cártel desde ese momento, sino desde mayo de 2006, lo que ha de tener su consecuencia en el cálculo de la sanción al ser, precisamente, la duración de la conducta infractora uno de los criterios seguidos para cuantificarla.

Procede entonces estimar parcialmente el recurso y anular la resolución recurrida en el particular relativo a la cuantificación de la multa, y ello a fin de que la CNMC recalcule su importe tomando como período infractor imputable a AGS el comprendido entre mayo de 2006 y noviembre de 2014.

SEXTO.- En cuanto a las restantes alegaciones relacionadas con la cuantificación de la sanción, se refieren a la falta de acreditación de los beneficios ilícitos que pudiera haber obtenido AGS como consecuencia de su supuesta participación en el cártel; a lo que califica como *"significativa menor participación de AGS en las conductas sancionadas"*; a la necesaria consideración como atenuante de la *"ejecución por AGS de un Plan de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia"*; y a la incorrecta aplicación de los artículos 63 y 64 respecto de la doctrina fijada al efecto por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de febrero de 2015, como lo habría apreciado también uno de los vocales del Consejo, que formuló voto particular en tal sentido.

Estas alegaciones reconducen, en definitiva, el análisis a la determinación de si la cuantificación de la multa tiene una motivación suficiente y fundada y de si, como sostiene la recurrente, resulta desproporcionada.

Sobre esta cuestión ha de decirse que el sistema seguido aquí por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros casos análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores; y 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, el Tribunal Supremo 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 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, deben 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.

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 gravedad de la conducta y así señala que *"... a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas objeto de esta resolución, la cuota del mercado de mudanzas internacionales afectado por la infracción ha sido significativa, aunque había otras empresas de mudanzas disponibles de las que no se ha acreditado que participaran en la infracción. En cualquier caso, se ha acreditado efectivamente que el cártel incrementó los precios y mantuvo un nivel de precios elevados en este mercado durante los años de vigencia de los acuerdos. Según consta en el expediente, llegaron a aplicar un margen consensuado de hasta 12.000 euros de beneficio neto por operación al menos hasta 2009, y, en general, márgenes elevados de beneficio que llegaron a superar el 50% del precio presupuestado. Las propias empresas infractoras eran conscientes de que su conducta reducía "drásticamente la competencia", como se ha acreditado en sus intercambios de información"*.

Menciona también, incidiendo en esa gravedad, que la conducta *"... eludió las normas administrativas que garantizan la transparencia en la contratación administrativa y el acierto en la selección de la oferta más ventajosa, y tendió directamente a impedir su aplicación"* y que las empresas infractoras *"... las empresas infractoras trataron de mantener el control del mercado, intentando dificultar a las empresas que no participaban en el Acuerdo su contratación por parte de los ministerios, mediante cartas o denuncias contra tales empresas de mudanzas ante los departamentos ministeriales"*.

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, el tipo sancionador global de este expediente en el 5,00%, sin perjuicio de los ajustes que pudieran proceder atendiendo a la particular situación de cada empresa.

A continuación, expone los criterios de valoración de la conducta, entre ellos la participación en cada una de las conductas anticompetitivas detectadas, e 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. A tal efecto, incluye un cuadro en el que refleja el volumen de negocios de cada una de las incoadas en el mercado afectado, asignándole una cuota de participación.

Sobre esta base, justifica la aplicación de agravantes con arreglo a los criterios que enuncia -posición de responsables o instigadores del cártel, según el apartado 2.b) del artículo 64 de la LDC; adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de la conducta ilícita, según el apartado 2.c) del artículo 64 de la LDC; y obstrucción de la labor inspectora, según el apartado 2.d) del artículo 64 de la LDC-

Al propio tiempo, excluye de manera razonada la aplicación de atenuantes y, específicamente, justifica -de manera prolija- por qué no aplica a AGS la pretendida atenuante derivada de la implementación de un programa de cumplimiento normativo en materia de competencia.

Y concluye en este sentido que no es posible aplicar en este supuesto la atenuante por cuanto *"... más allá de la adopción a posteriori de los hechos de un programa de compliance, la valoración sobre la eficacia de este programa en concreto es compleja en el presente caso porque de su contenido no puede inferirse una aplicación eficaz y no se dispone de indicaciones sobre la valoración y consecuencia de aplicar tal programa a los hechos ahora investigados, en cuanto a la detección e indicación de las actividades en cuyo ámbito existe riesgo de que se cometan las infracciones objeto de este expediente"*.

Por último, determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas en la tabla correspondiente la cual incluye, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2015 (3.711.247 euros en el caso de AGS), el tipo sancionador (4,75%) y la multa (176.284 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.

Hay una referencia expresa a la configuración del mercado afectado 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 agravantes o 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 4,75%.

Se plantea la posible aplicación de agravantes o atenuantes, con referencia expresa y motivada, insistimos, a la atenuante que propone la recurrente y que rechaza por las razones expuestas. Y hace un análisis de la eventual estimación del beneficio ilícito precisamente como elemento para constar la posible desproporción de la sanción, lo que lleva a moderarla solo en el caso de una de las sancionadas, señalando que *"En el resto de las empresas no ha sido necesario realizar un ajuste de proporcionalidad semejante porque las sanciones resultantes de aplicar los tipos sancionadores que les corresponden, de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción, son siempre inferiores a los respectivos límites de proporcionalidad estimados con los mismos criterios prudentes"*.

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 aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, 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.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se hace expresa imposición de las costas atendido el pronunciamiento parcialmente estimatorio del recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,



FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Irene Gutiérrez Carrillo en nombre y representación de **AGS MUDANZAS INTERNACIONALES S.L.**, contra la resolución de 6 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0544/MUDANZAS INTERNACIONALES, mediante la cual se le impuso una sanción de 176.284 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave.

2.- Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

3.- Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije de nuevo la cuantía de la multa teniendo en cuenta lo resuelto en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia.

Sin hacer expresa im posición de costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.