



Roj: **SAN 2924/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2924**

Id Cendoj: **28079230062021100299**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/06/2021**

Nº de Recurso: **518/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000518 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 5914/2016

**Demandante:** PROCOEX MUDANZAS S.A

**Procurador:** D<sup>a</sup> IRENE GUTIÉRREZ CARRILLO

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. 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 veintiuno de junio de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 518/16 promovido por la Procuradora D<sup>a</sup> Irene Gutiérrez Carrillo, en nombre y representación de **PROCOEX MUDANZAS S.A** contra la resolución de 6 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 33.879 euros €. por la comisión de 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.

Habiendo 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 ésta Sala, se dicte sentencia en el sentido de:

*"anular la sanción impuesta a PROCOEX MUDANZAS por la no participación de dicha empresa en las prácticas objeto de la sanción.*

*Subsidiariamente, y en el improbable caso de estimarse su participación se recalcule por parte del organismo sancionador la cuantía de dicha sanción por estimarla desproporcionada, arbitraria y discriminatoria, atendiendo a los criterios antes fijados por esta parte. y todo ello con expresa condena en costas causadas a la parte que se opusiera al presente recurso."*

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

**TERCERO.-** Mediante auto de 22 de mayo de 2017, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso como indeterminada, se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por la recurrente en sus escritos y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

**CUARTO.-** Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 30 de marzo de 2021, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 21 de abril de 2021, en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** Con fecha 22 de abril de 2021, se requirió a la CNMC para que aportase a la Sala una versión del expediente que permitiese el acceso a la documentación aportada por el solicitante de reducción de la multa, INTERDEAN SA y por CABALLERO MOVING, solicitud que fue cumplimentada por la CNMC.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 6 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 33.879 euros €. por la comisión de 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.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES, " 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:*

*13.PROCOEX MUDANZAS, S.L., por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 2007 y hasta noviembre de 2014.*

*(...).*

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

*12. PROCOEX MUDANZAS, S.L.: 33.879 euros*

*OCTAVO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."*

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. El día 17 de octubre de 2014, la Dirección de Competencia inició una información reservada, con el fin de determinar con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador por conductas anticompetitivas. En el marco de esa información reservada, la DC realizó una investigación interna, recopilando información de internet como es el caso de un tríptico publicitario de la empresa CABALLERO, el contenido de un blog en el que una funcionaria de un ministerio



describía su experiencia con las mudanzas, así como una relación informativa de empresas de mudanzas que habitualmente prestan sus servicios en la Administración General del Estado.

2. Los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2014, la DC, en el marco de dicha información reservada, llevó a cabo inspecciones domiciliarias simultáneas en las sedes de las cuatro siguientes empresas: SIT GRUPO EMPRESARIAL, S.L, CABALLERO MOVING, S.L, MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, S.L y TRANSFEREX, S.A y realizó diversos requerimientos de información a varias empresas de mudanzas.

3. El 20 de febrero de 2015, la Dirección de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador S/DC/0544/14 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., por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistentes en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el procedimiento de presentación de ofertas o presupuestos en el mercado español de prestación de servicios de mudanzas internacionales.

4. Durante la fase de instrucción del expediente sancionador, la DC realizó diversos requerimientos de información a empresas de mudanzas y diversos organismos públicos.

5. El 10 de junio de 2015 tuvo entrada solicitud verbal de reducción de importe de multa de la empresa INTERDEAN, ampliada posteriormente en fechas 17 y 30 de julio de 2015.

6. Con fecha 3 de diciembre de 2015, la Dirección de Competencia formuló el Pliego de Concreción de Hechos que fue debidamente notificado a las partes a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen oportunas.

7. Con fecha 8 de marzo de 2016, la Dirección de Competencia acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento.

8. El 14 de marzo de 2016, la Dirección de Competencia formuló Propuesta de Resolución, siendo notificada a las partes interesadas.

9. El día 11 de abril de 2016, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución y se remitió el expediente al mismo para su resolución.

10. El 19 de mayo de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información relativo al volumen de negocios de ORTEGA, INTERDEAN, PROCOEX y DÁVILA que fueron aportados.

11. El 19 de mayo de 2016, se acordó por la Sala de Competencia de la CNMC, la remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta, la cual tuvo lugar el 20 de mayo de 2016, lo que supuso la suspensión con tal fecha del plazo máximo para resolver el expediente, lo cual fue notificado a las interesadas. Superado el plazo previsto en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, la suspensión acordada se levantó con fecha 20 de junio de 2016, continuando el cómputo del plazo para dictar resolución.

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

**SEGUNDO.-** En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, PROCO EX MUDANZAS S.L., del siguiente modo:

PROCOEX MUDANZAS, S.L. (PROCOEX) tiene como objeto social la recepción y envío de mercancías procedentes o destinadas al extranjero por cuenta de terceras personas por cualquier vía de comunicación, comisionistas de tránsito, transportes nacionales e internacionales con medios propios y ajenos, embalajes, mudanzas nacionales e internacionales. De acuerdo con su página Web corporativa, la empresa radica en Madrid.

**TERCERO.-** Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución recurrida hace referencia al marco regulatorio y, seguidamente, en cuanto al mercado de producto, la resolución recurrida explica que:

Las conductas analizadas en el expediente sancionador 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, desde otro país hacia España o entre países distintos a España por las empresas incoadas que son los principales

operadores en España de prestación de servicios de mudanzas internacionales y ofrecen este servicio en cualquier parte del mundo y están localizadas en España.

La mudanza en sí misma incluye tres servicios principales: i) Embalaje y carga de los enseres del domicilio de origen de la mudanza, para lo que un equipo de operarios de la empresa de mudanzas internacionales o contratados por ella, emplea uno o más días. ii) Transporte hasta destino por vía aérea, marítima o terrestre, o una combinación de éstas. iii) Descarga y desembalaje en el domicilio de destino.

El servicio de guardamuebles, que consiste en almacenar los enseres embalados durante un tiempo, se combina de forma habitual con el servicio de mudanzas cuando hay un lapso de tiempo entre la recogida o la entrega y el transporte.

#### a) Gestión de los traslados por la Administración General del Estado.

La resolución recurrida explica que la Administración traslada anualmente a un grupo elevado de empleados adscritos a ella, a plazas vacantes en las oficinas en el exterior y para ello publica, a través del Boletín Oficial del Estado las convocatorias para la provisión de tales vacantes, generando una demanda del servicio de mudanzas por parte del empleado seleccionado. Dicho servicio es pagado por la Administración, estableciéndose una relación triangular entre Administración, empresa de mudanzas y empleado que se traslada.

La Administración, como pagador del servicio establece requisitos para las empresas de mudanzas, tales como garantías de solvencia para atender mudanzas en cualquier parte del mundo o criterios de evaluación de proveedores (medios, personal, seguro de responsabilidad civil, entre otros).

De este modo las Administraciones tienen disponible en la Intranet un listado con los datos de contacto de posibles empresas de mudanzas internacionales y las que no están en estos listados de los ministerios pueden trabajar también con la Administración, adjuntando, junto a los presupuestos que presenten, ciertos documentos que justifiquen su capacidad para prestar este tipo de servicio. Como regla general, la resolución recurrida describe el procedimiento que sigue la Administración y las empresas de mudanzas:

La Administración establece una serie de condiciones generales para el servicio de mudanzas, tales como que el cubicaje ha de ser real y no el máximo autorizado, que no se ha de iniciar el trabajo hasta que sea aprobado el presupuesto; y que las facturas por los servicios realizados han de ir a nombre de los comisionados. Dichas condiciones son transmitidas a las empresas de mudanzas por correo electrónico o en reuniones. Algunos ministerios como Defensa, Exteriores o Comercio convocan reuniones conjuntas con las empresas de mudanzas para aclarar y establecer el marco de gestión de los traslados del año entrante. Los Ministerios de Defensa y Exteriores solicitan a las diferentes empresas de mudanzas la remisión de los precios orientativos de traslados a distintos destinos en el extranjero, con el fin de poder establecer una tarifa máxima a pagar por dichos servicios de mudanza. A partir de las valoraciones realizadas por las distintas empresas y desglosadas por destinos y metros cúbicos, la Administración formará los precios máximos por los que efectuará el pago de los servicios de mudanzas, comunicando los mismos a las empresas prestadoras del servicio.

Tras la recepción de los tres o más presupuestos de un expediente concreto de traslado, la unidad de la Administración encargada de esta tramitación adjudica el servicio de mudanza a una empresa por el importe más económico de los presupuestos presentados, y así se lo comunica al funcionario, que puede elegir otra empresa, ajustándose al presupuesto aprobado o, en su caso, pagando la diferencia si el presupuesto elegido fuera mayor. En otras ocasiones, son las empresas de mudanzas las que avisan al interesado de que se le ha asignado ese servicio de mudanza.

La Administración puede solicitar presupuestos adicionales a empresas de mudanzas diferentes a las emisoras de los tres primeros presupuestos para un traslado. En este caso, la Administración suele solicitar estas ofertas adicionales directamente a las empresas de mudanzas, detallando al menos el trayecto o itinerario, volumen (m<sup>3</sup>), o bien el importe del seguro para un valor de mobiliario a trasladar, o bien adjuntando la relación de mobiliario valorada o inventario elaborado por el trasladado para el cálculo del importe del seguro. La Administración puede comunicar al funcionario que ha solicitado un cuarto presupuesto o presupuestos adicionales a otras empresas de mudanzas.

#### b) Gestión por las empresas de mudanzas.

Las empresas de mudanzas, elaboran para el posible cliente un presupuesto que incluye todos los servicios prestados y el seguro contratado, lo que constituye la oferta que se le hace al posible cliente para que éste contrate en firme el servicio de mudanza con dicha empresa.



Las empresas, contactan vía correo electrónico individualmente con cada posible trasladado o de forma colectiva empleando el correo general de las embajadas, consulados, conserjerías, oficinas de distintos organismos, para presentarse y ofrecer sus servicios de mudanzas.

Una vez visitado el domicilio, elaborado el presupuesto y remitido al trasladado o a la Administración, las empresas de mudanzas hacen el seguimiento de los presupuestos que han emitido para diferentes traslados y a quienes, para confirmar si la Administración correspondiente ha resuelto la adjudicación del traslado.

El trasladado puede elegir otra empresa distinta a la adjudicada por el importe máximo aprobado por la Administración, por lo que, en el correo de remisión del presupuesto al empleado, o en el mismo correo en el que la empresa se interesa por su elección, ésta hace un intento para recuperar al cliente, asumiendo la diferencia o negociando con él en el caso de que éste prefiera realizar el traslado con esa empresa diferente de la adjudicataria. Si el cliente manifiesta su preferencia por una empresa cuyo presupuesto no ha sido el adjudicado para la mudanza, ésta le confirma al cliente si asume la diferencia y solicita al empleado que remita una comunicación a la Administración informando del cambio de empresa, facilitando un borrador al empleado. Las empresas de mudanzas también informan a los posibles clientes de los trámites y pasos a seguir.

C) Mudanzas de regreso. Cuando se trata de mudanzas de vuelta a España o de traslados de clientes en terceros países o países de la Unión Europea realizados por empresas de mudanzas, la empresa de mudanzas suele trabajar con agentes locales del país de origen o corresponsales en destino, para que lleven a cabo las visitas y cubicar los enseres. A los corresponsales, las empresas de mudanzas les solicitan cotización en destino para elaborar el presupuesto que se le presenta al cliente. También pueden operar con agentes locales nacionales.

Los corresponsales facilitan a las personas que se trasladan de residencia la información sobre los servicios en origen que prestan en relación a la mudanza prevista. Las empresas de mudanzas solicitan a los agentes en destino mejores ofertas para ser más competitivos en precios, por ejemplo SIT trabaja con agentes a los que pide ajuste en sus cotizaciones. Ciertas empresas de mudanzas trabajan como corresponsales de otras en terceros países, por tener una red bien establecida en esos destinos y/o estar especialmente habituadas a los trámites burocráticos que se exigen.

En cuanto al mercado geográfico, la resolución recurrida destaca que las prácticas analizadas tienen alcance nacional y son susceptibles de tener efectos sobre el comercio intracomunitario por lo que también resulta aplicable el artículo 101 del TFUE.

**CUARTO.**- La resolución recurrida entiende probada 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.

A su juicio, los acuerdos e intercambios de información se realizaron no como conductas autónomas sino de una forma conectada entre sí, con vinculación de objetivos, partícipes, métodos y operativa empleados, con el objetivo común de restringir la competencia en los precios de los servicios de mudanzas internacionales prestados, con el efecto de elevar los mismos

Entiende por ello acreditada la existencia de una infracción 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 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.

La resolución recurrida entiende acreditados los siguientes hechos:

(i) reparto de mercado: establecimiento de cuotas, respeto de traslados, respeto de clientes .

Según explica la resolución recurrida, las empresas sancionadas se repartieron el mercado de mudanzas internacionales mediante distintas formas desde el año 1997 y, al menos, hasta noviembre de 2014.

En primer lugar, según una cuota preestablecida y en función de las mudanzas realmente realizadas por cada empresa del Acuerdo de mudanzas. Cada empresa del Acuerdo tenía asignado un porcentaje que se modulaba en función de las circunstancias en las que cada una conseguía la adjudicación de los traslados, por ejemplo,

si sólo presupuestaban frente a empresas del Acuerdo permitía precios más altos y si había empresas de fuera del Acuerdo que obligaban a una oferta de precios más ajustada. 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.

En segundo lugar, mediante pactos entre las empresas participantes del Acuerdo de mudanzas para respetarse los traslados de la Administración, al menos desde 1999 y hasta noviembre de 2014, que se fueron adaptando a lo largo del periodo de duración del Acuerdo, en función de las afinidades entre las empresas participantes del Acuerdo, los conflictos puntuales que surgían entre ellas o como reacción a los requisitos que las Administraciones iban exigiendo a las empresas de mudanzas con las que habitualmente trabajaban.

Asimismo, el reparto del mercado de mudanzas internacionales entre las empresas partícipes del Acuerdo se realizaba mediante el respeto de clientes. Las empresas del Acuerdo acordaban respetarse mutuamente ciertos clientes, habitualmente si (i) un determinado cliente había realizado una mudanza anterior con una empresa del Acuerdo o (ii) si una empresa del Acuerdo había presupuestado inicialmente uno de los tres presupuestos aportados por el cliente<sup>11</sup> o (iii) 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

(ii) fijación de precios .

Según la resolución recurrida, las empresas del Acuerdo de mudanzas acordaban, en reuniones o telefónicamente, fijar el precio al que se tenía que realizar un traslado o mudanza o el precio mínimo por encima del cual se debían presentar los presupuestos de acompañamiento, al ser el precio el único criterio que sigue la Administración para aprobar el gasto entre las ofertas recibidas de las empresas de mudanzas para un traslado.

Cuando a una empresa del Acuerdo se le asignaba o respetaba un traslado o cliente, 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 las adjudicatarias de esos expedientes y generar la apariencia de que la oferta del adjudicatario era la más competitiva. A título de ejemplo de fijación de precios mínimos, el correo de 5 de julio de 2010 de CABALLERO a EDICT, recabado en la inspección de la sede de CABALLERO: " *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).

Explica la resolución recurrida que las empresas del Acuerdo de mudanzas se fueron adaptando a las situaciones que fueron surgiendo en la gestión de las contrataciones. Así, los Ministerios de Educación y Defensa, para optimizar la gestión de las ofertas hicieron agrupaciones de empresas por lo que las empresas de mudanzas de fuera del Acuerdo entraban en los grupos formados por los ministerios y presentaban ofertas más económicas que las de las empresas del Acuerdo, ganando las adjudicaciones.

Las empresas del Acuerdo reaccionaron para mantener el control del Acuerdo, denunciando a tales empresas de mudanzas ante los departamentos ministeriales, y/o haciendo excepciones a la fijación de precios mínimos acordados, permitiendo a las empresas del Acuerdo interesadas en esos traslados ofertar más barato para tener opciones de resultar adjudicatarias de los mismos.

En 2014 y con el fin de reducir el gasto de las mudanzas, ciertos ministerios como Exteriores y Defensa establecieron un marco de precios máximos anual a pagar por traslado según origen/destino y tramos de cubillaje, es decir, el ministerio pagaba como máximo el precio establecido en ese marco anual.

Al reducirse el gasto de mudanzas por parte de la Administración, las empresas del Acuerdo de mudanzas reaccionaron pactando de antemano los precios que cada una iba a presentar al ministerio. Al recibir la comunicación de los ministerios para remitir los precios por origen/destino y cubillaje, se ponían en contacto entre ellas para acordar de forma conjunta los precios que finalmente cada una remitiría posteriormente al ministerio.

(iii) fijación de condiciones comerciales

Explica la resolución sancionadora que las empresas del cártel pactaban ofertar a los ministerios al margen de lo que el pagador establecía como condiciones de pago y gastos vinculados al concepto de transporte servicios 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. Documento número 16 - "QU SE PUEDE OFRECER a cada MINISTERIO.xls", fichero de fecha 08/11/2012 11:41:16 procedente de los documentos de 2012 recabados del ordenador del gerente de FLIPPERS, según se constata en la información del listado Anexo V Documentos\_2012\_FLIPPERS.pdf (folio 15895.6).

Y ello pese a que los ministerios indicaban expresamente que el cubicaje de los presupuestos tenía que ser el real y no el máximo autorizado, así como los conceptos exclusivamente incluidos y los no incluidos (Correo de 20 de junio de 2014 de Defensa a varias empresas de mudanzas, folios 601-611 de CABALLERO ó 16011-16013 de FLIPPERS).

(iii) intercambio de información comercial sensible

Explica la resolución recurrida que ese intercambio de información entre las empresas partícipes del acuerdo de mudanzas era el medio de manipular el proceso de presentación de presupuestos de mudanzas internacionales. Y cita numerosos ejemplos,

"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 es (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 benjamin. Les han pedido el 4 presup*" (folio 19254, recabado en la inspección en la sede de TRANSFEREX).

Explica finalmente la resolución recurrida que la operativa del cártel se materializó a través de instrumentos específicos como compensaciones dinerarias entre las empresas del Acuerdo que 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; de 35.000 pts cuando se pedían visitas a domicilio y 15.000 pts cuando se solicitaba un presupuesto ("papeles", folio 396) y no dinerarias que consistían en adjudicaciones de servicios de mudanzas o reciprocidad de presupuestos (folio 391).

En segundo lugar, mediante el empleo de cuentas Webmail creadas a tal efecto. (Folio 669 recabado en la inspección en la sede de CABALLERO; folios 17998, 18025, 18285, 18297 y 18885, recabados en la inspección en la sede de TRANSFEREX, entre otros ejemplos).

Finalmente, a través de un sistema de gestión, control y seguimiento de las actuaciones de las empresas del cártel. Así, el Gestor del acuerdo remitía lo que las empresas del Acuerdo denominaban "la lista" o "el listado" (folios 452-456) al resto de empresas para su comprobación. El Gestor (Sit) anotaba si otras empresas tenían o no tenían "la lista" (folio 411), explicaba el acuerdo conforme al cual se pagaba dinero por visita y/ o por presupuesto, ajustaba los pagos por empresas y compensaba pagos o "arreglos". En cualquier caso, la "lista" se circulaba entre las empresas del Acuerdo para que, a partir de esos listados, cada una ella efectuara la liquidación correspondiente según cantidad acordada por visita o por presupuesto a las empresas del Acuerdo que hubieran ayudado a conseguir la adjudicación de cada uno de los traslados realizados en firme (folio 442).

Además, la resolución recoge ejemplos de la existencia de actuaciones de boicot, represalia y presión, llevadas a cabo contra empresas no participantes del Acuerdo o bien utilizadas cuando ciertas empresas del cártel puntualmente no respetaban el acuerdo de precio mínimo, como instrumento para mantener las condiciones impuestas por el cártel. Las empresas del Acuerdo se denunciaban unas a otras en correos y reuniones del Acuerdo cuando alguna se salía de lo acordado respecto a la fijación de precio mínimo, el reparto de mercado o las condiciones comerciales que se podían ofrecer a los interesados en un traslado (folios 5107 y 5114).

**QUINTO.-** Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la resolución de la CNMC en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una práctica 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.

**SEXTO.**- En su demanda, la parte recurrente mediante la cita de los arts 9.3 24.1, 103 y 106 de la Constitución denuncia, en definitiva la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia destacando la ausencia de prueba de su participación en la infracción apreciada por la CNMC.

En primer lugar, cuestiona el documento elaborado por FLIPPERS (folio 20.084) en el que esta incluye como supuestos apoyos a quien tuvo por conveniente sin que ese dato resulte corroborado por otras pruebas ya que no hay relación entre ambas entidades ni documentación alguna que confirme esa afirmación.

Destaca que en la documentación incriminatoria no aparece nunca PROCOEX. En la solicitud de reducción de la multa formulada por INTERDEAN se indica (folio 2315) que el acuerdo de reparto de mudanzas lo formaban diez empresas y en 2006 el Ministerio de Educación amplía la lista de mudanzas del Ministerio sin que PROCOEX figure entre ellas (folio 2317).

PROCOEX no resulta citada en los 8 documentos que menciona el PCH y tampoco como empresa firmante del documento que insta a presentar una denuncia por supuesta competencia desleal contra INTERDEAN que firman 8 empresas (página 61 del PCH).

Tampoco aparece en las 7 reuniones celebradas entre el 7 de septiembre de 2009 y el 5 de diciembre de 2012 "organización acuerdo de mudanzas" (folio 29.028). PROCOEX tampoco participó en las reuniones citadas en las notas 34, 35 y 36 de la resolución sancionadora.

PROCOEX no forma parte del acuerdo de reparto de mercado (folio 29.033). No aparece en las tablas de FLIPPERS (folio 29.035). Tampoco en el acuerdo de fijación de precios (folios 29.038 a 29.049).

No aparece en el listado de Educación y Defensa (folios 29.048 a 29.049).

Tampoco en el documento (folios 29.049 a 29.050) sobre fijación de condiciones comerciales. Recuerda que solicitó al presidente del GMI una certificación acreditativa de la no pertenencia de PROCOEX a dicha asociación. (folio 23.829)

Explica que PROCOEX solo aparece en 26 presupuestos de apoyo y exclusivamente respecto de CABALLERO MOVING con la que tiene una relación de muchos años. PROCOEX con su membrete, utilizando su correo corporativo emite oferta de colaboración a CABALLERO. Los presupuestos siempre se cuantifican a precios de mercado y según las propias tarifas de PROCOEX. Se realizaron fundamentalmente en 2011 y al ver que ninguna oferta era atendida ni se colaboraba en la ejecución del servicio con CABALLERO a partir de 2012 dejaron de atenderse las solicitudes recibidas extinguiéndose la colaboración con CABALLERO.

Ningún presupuesto fue aceptado y no existe facturación a Caballero ni a ninguna institución pública.

Tras reseñar la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de infracción única y continuada destaca que en la conducta imputada a PROCOEX no se razona en la resolución recurrida su intervención en un plan conjunto, objeto idéntico ni vínculo de complementariedad.

No ha participado en las conductas descritas y tampoco ha intervenido en el establecimiento de un sistema de compensación ni tampoco de seguimiento y control del acuerdo de mudanzas.

PROCOEX ha podido realizar acciones inocentes por la elaboración de presupuestos solicitados por CABALLERO que PROCOEX consideraba interesantes como subcontrata, pero ello no supone vínculo de complementariedad alguno con las conductas colusorias descritas.

En cuanto a la sanción en el periodo que se le imputa no se acredita beneficio ilícito alguno antes al contrario (folios 23.816 y 23.817) se constata un detrimento y minoración de la facturación.

En todo caso, sostiene que la sanción es desproporcionada y debe reducirse atendiendo a la reducida cuota de mercado estimada de PROCOEX inferior al 0,30%. pues su facturación en el sector de mudanzas internacionales no alcanza el 10% del total de volumen de la entidad. Debe tenerse en cuenta la ausencia de efectos de las conductas y de contribución de PROCOEX, la duración limitada de su conducta y la falta de obtención de beneficio ilícito alguno.

**SÉPTIMO.**- Entrando en el análisis del primer motivo del recurso conviene recordar que el derecho a la presunción de inocencia constituye un principio general del Derecho de la Unión, establecido también en el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480) (véase, en este sentido, la sentencia E.ON Energie/Comisión [ TJCE 2012, 352], C-89/11 P, EU:C:2012:738, apartado 72) que los Estados miembros deben respetar cuando aplican el Derecho de competencia de la Unión



(véanse, en este sentido, las sentencias VEBIC [TJCE 2010, 370] , C-439/08, EU:C:2010:739, apartado 63, y N., C-604/12, EU:C:2014:302, apartado 41).

Además, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una práctica concertada o de un acuerdo debe inferirse, en la mayoría de los casos, de diversas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (véase, en este sentido, la sentencia Total Marketing Services/Comisión, C-634/13 C-634/13 P, EU:C:2015:614, apartado 26 y jurisprudencia citada).

El TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar ( sentencias del TJUE 31 de marzo de 1993, Altros/Osakeyhtiö y otros, C-89- 5, C-114/85, C- 116/85, C- 117/85, Y C- 125/85 a C-129/85, REC. P1-1307, apartado 127, del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen Comisión T 62/98, Rec. p 1-2707, apartados 43 y 72. Y también ha declarado que la prueba de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión pueda aportarse no sólo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que éstos sean objetivos y concordantes.

En el presente caso, la resolución recurrida explica que la prueba de cargo utilizada, es decir, la que presenta suficiente fuerza incriminatoria para destruir la presunción de inocencia procede de la información aportada por el solicitante de reducción de la sanción, de la documentación obtenida en las inspecciones realizadas y de las contestaciones a los requerimientos de información efectuados.

En lo que se refiere a la actora, la resolución recurrida dice que el Acuerdo de mudanzas se fue ampliando a otras empresas incoadas en este expediente como PROCOEX que se incorporó, desde 2007 y al menos hasta mayo de 2012.

Para hacer esa afirmación se basa en un archivo de 2007 "*apoyos direcciones y personas de contacto*" recabado en la inspección de FLIPPERS que resume condiciones y datos de contacto de varias empresas entre ellas PROCOEX para la práctica del acuerdo de competencia en varios ministerios (folios 16990-16993 y 16996 y 16997).

El folio 16990 y 16997 solo contempla en relación al Ministerio de Defensa la existencia de APOYOS de diversas empresas de mudanzas y en cuanto a PROCOEX únicamente dice:

*"PR OCOEX. Hablamos con Tamara solo para 4º y 5º presupuestos."*

Sin embargo, la resolución solo menciona a la actora en la página 33 cuando dice que

*"La existencia de pactos de reparto del mercado queda acreditada en el expediente sancionador en curso por las referencias que las empresas del Acuerdo hacían a ellos en correos y documentos entre 1999 y 2014, destacando, entre otros, los siguientes:*

Documento en papel recabado en la inspección en la sede de SIT del área de trabajo del responsable del departamento diplomático, que recoge tareas para distintos ministerios, entre las que se indica que para el Ministerio de Defensa se pueden pedir apoyos a FLIPPERS, TOLEDANA, S. Ortega, DÁVILA, TRANSFEREX, INTERDEAN, PROCOEX, EUROMONDE (folio 323).

Se basa en un archivo de 2007 "*apoyos direcciones y personas de contacto*" recabado en la inspección de FLIPPERS que resume condiciones y datos de contacto de varias empresas entre ellas PROCOEX para la práctica del acuerdo de competencia en varios ministerios 16990-16993 y 16996 y 16997

Sin embargo, la resolución no se explica qué relación existe entre SIT, FLIPPERS y las demás empresas antes citadas con PROCOEX. Y ello es determinante porque la actora no aparece mencionada en ninguno de los correos convocando a reuniones en las que se fijaban los acuerdos ni aparece como remitente o destinataria de correos con presupuestos de apoyo. La propia resolución impugnada reconoce que PROCOEX carecía, a diferencia de las empresas integrantes del acuerdo de mudanzas de cuenta de webmail creada específicamente para la consulta y obtención de presupuestos de acompañamiento.

Tampoco aparece en el Archivo Excel de FLIPPERS de nombre "*AYUDAS a cada MINISTERIO Febrero 2012.xls*", 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, para diferentes ministerios en relación al tema de las "*ayudas*" en los años 2012 y 2011 (folio 16703) y ello porque no consta en el Archivo Excel de nombre "*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, recabado en la inspección de la sede de FLIPPERS).

A juicio de la Sala no existe prueba alguna de la participación de la actora en la infracción única y continuada que describe. Recordemos que la infracción se compone de diversas conductas, reparto de mercado, fijación

de precios, de condiciones comerciales e intercambio de información sensible que se imputan conjuntamente a la actora entre 2007 y 2012 sin razonar exactamente qué participación tuvo en cada una de ellas.

Pudiera pensarse que su papel consistía en presentar presupuestos de apoyo como otras empresas de mudanzas igualmente sancionadas pues reconoce que remitió 26 presupuestos a CABALLERO pero, a diferencia de ellas, cuando la resolución recurrida se refiere al denominado Sistema de presupuestos de apoyo en el que a partir 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, no menciona en ningún momento a PROCOEX. Es más, la resolución sancionadora explica que CABALLERO y Euromonde, al menos desde 2011 hasta 2014, acordaron elaborar presupuestos de acompañamiento mutuo directamente en el formato o la plantilla de la otra empresa de forma que, además de intercambiarse los datos para elaborar el presupuesto de apoyo correspondiente, también se intercambiaban números de referencias o códigos consecutivos que incorporaban en dichos presupuestos e incluso se consultaban si podían elaborar presupuestos de acompañamiento o apoyo para otras empresas también del Acuerdo (folios 6864, 6740 y folio 6951).

Sin embargo, la resolución recurrida no menciona relación o apoyo de PROCOEX a CABALLERO lo cual es lógico porque aquella no formaba parte del acuerdo de mudanzas ni tenía asignado un porcentaje de participación en el reparto del mercado como estas.

Entiende por ello la Sala que el hecho de que en un archivo de FLIPPERS se indicase que podían pedirse 4º y 5º presupuestos a PROCOEX y que esta remitiese a CABALLERO 24 presupuestos sin otros datos (correos, asistencia de reuniones) no permite entender acreditado que aquella conociera el plan global de reparto de mercado al que se refieren las conductas descritas ni que hubiese participado en una infracción única y continuada durante el periodo que se le imputa y en los términos que describe las conductas que la integran.

Además, se expone una explicación alternativa razonable porque los 26 presupuestos de mudanzas ofertados por PROCOEX a CABALLERO MOVING sostiene la actora que responden a una oferta de colaboración como subcontrata o partícipe en la prestación. Dice que los citados presupuestos se hicieron a solicitud de CABALLERO y le fueron remitidos a este con su membrete, utilizando su correo corporativo y con sujeción a las tarifas de PROCOEX. Destaca que ningún presupuesto fue aceptado y que no existe facturación al respecto a CABALLERO ni a ninguna institución pública y que al no generarle negocio no le envió más presupuestos.

Estos datos no han sido cuestionados en la resolución recurrida y a ello debe añadirse primero, que los presupuestos de apoyo se prestaban indistintamente a todas las empresas del acuerdo no a una sola como ocurre con PROCOEX y que la actora no forma parte del acuerdo de mudanzas ni de la relación de empresas que fueron seleccionadas por Defensa como se deduce de la reunión de 7 de septiembre de 2009. Asimismo, se ha acreditado mediante certificación del Presidente del GMI que no formaba parte de dicho grupo (folio 23.829).

No hay prueba de que conociera el plan de reparto de mercado de las mudanzas internacionales ni que contribuyera intencionalmente a ese plan ni que conociera los comportamientos infractores de los demás participantes, como exige la jurisprudencia del TJUE, por todas, la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

Entiende por ello la Sala que no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que ampara a PROCOEX MUDANZAS, por lo que procede estimar el recurso y anular la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a la actora.

**OCTAVO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

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

## FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Irene Gutiérrez Carrillo, en nombre y representación de **PROCOEX MUDANZAS S.A** contra la resolución de 6 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 33.879 euros €. por la comisión de 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, resolución que declaramos contraria a derecho y anulamos únicamente en cuanto a la sanción impuesta a la actora.

Con imposición de costas a la Administración demandada.



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ