



Roj: **SAN 2949/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2949**

Id Cendoj: **28079230062021100310**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/06/2021**

Nº de Recurso: **529/2016**

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: 0000529 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 5979/2016

Demandante: MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, S.L.

Procurador: D. GUILLERMO GARCÍA SAN MIGUEL HOOVER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de junio de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 529/16 promovido por el Procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover en nombre y representación de **MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, 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 308.422 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 21 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 MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, S.L., (FLIPPERS) 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:

(...)

9. MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, S.L., por su participación en el cartel desde al menos octubre de 2004 y hasta noviembre de 2014.

(...)

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

(...)

8. MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, S.L.: 308.422 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 FLIPPERS como una empresa cuyo objeto social es la prestación de servicios de mudanzas, nacionales e internacionales, guardamuebles y embalajes, y cuya sede social se encuentra en San Andrés de la Barca, (Barcelona) actuando bajo las denominaciones MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL y FLIPPERS RELOCATION LOGISTICS.

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 FLIPPERS 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 FLIPPERS.

TERCERO.- El primero de los motivos de la demanda denuncia la nulidad de las órdenes de investigación que posibilitaron la entrada en las sedes de las empresas inspeccionadas "... por ser excesivamente genéricas, resultando en una vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio".

En particular, se refiere a la orden de investigación de la DC de 27 de octubre de 2014 con referencia DP/0041/14, en virtud de la cual la DC llevó a cabo la inspección domiciliaria en la sede de FLIPPERS, de la que transcribe algún pasaje, y pone de manifiesto que el objeto definido en la misma resulta "sumamente amplio y genérico" toda vez que "... utiliza fórmulas tales como "en general" o "así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir a la distorsión de la competencia" que permiten que la actividad inspectora puede abarcar cualquier práctica anticompetitiva de cualquier índole, dado que toda práctica anticompetitiva puede contribuir por definición legal a la "distorsión de la competencia"; y no concreta los mercados que pueden ser objeto de investigación, sino que se refiere a cualesquiera de los mercados "relacionados con" los servicios de mudanzas internacionales con origen/destino España".

A su juicio, se incumple con ello la doctrina del Tribunal Supremo recogida en sentencia de 10 de diciembre de 2014, dictada en el asunto *Unesa*, núm. de recurso 4201/2011, así como en las sentencias de 1 de junio de 2015, recursos núm. 1994/2014 y 874/2014, y 27 de febrero de 2015, recurso núm. 1292/2012, asunto *Transmediterránea*.

Rechaza que el consentimiento prestado en su momento por FLIPPERS a la inspección pudiera validar automáticamente los defectos de la orden, lo que a su juicio vulnera lo dispuesto en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero de, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, y la jurisprudencia que cita al respecto, invocando en particular la recogida en la mencionada sentencia *Unesa*.

Razona acerca de las diferencias existentes entre las órdenes de investigación dictadas en este asunto y las que han sido validadas en otros casos por la Audiencia Nacional y concluye de todo ello que "... resulta evidente que la Orden de Investigación así como las del resto de empresas inspeccionadas en el expediente objeto del presente curso, vulneraron el derecho a la inviolabilidad del domicilio de mi mandante así como del resto de empresas inspeccionadas, protegido por el artículo 18.2 de la Constitución al carecer de los requisitos mínimos de concreción respecto al objeto de la inspección exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los asuntos *Unesa* y *Transmediterránea* antes citada".

Para abordar esta alegación resulta imprescindible hacer referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, recurso núm. 3997/2019 que, a su vez, acoge la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 8/2000, y analiza desde la perspectiva de dicha doctrina la posible vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria cuando la entrada en el domicilio se ha autorizado por el órgano judicial competente para autorizar las entradas y registros domiciliarios, como es, en estos casos, el Juez de lo Contencioso-Administrativo.

Razona el Tribunal Supremo de este modo:

"El primer motivo del recurso invoca la causa de nulidad descrita en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 (artículo 47.1.a de la Ley 39/2015), por haber lesionado la orden de investigación su derecho a la inviolabilidad del domicilio, susceptible de amparo constitucional.

Aunque la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho fundamental de carácter instrumental, establecido para defender y garantizar el ámbito de privacidad de la persona, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ya desde la sentencia 137/1985, ha reconocido también su titularidad a las personas jurídicas, aunque con una intensidad menor de protección según indica la STC 69/1999 (FJ 2), con matices que no vienen al caso.

La inviolabilidad del domicilio se concreta en la interdicción de la entrada y registro domiciliario, de forma que fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (STC 22/2003, FD 3, y las que allí se citan).

Por tanto, al margen de los casos de flagrancia y consentimiento del titular, el registro será constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial (STC 8/2000, FD 4), que cumpla los parámetros exigidos constitucionalmente.

En este caso, la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente fue acordada por la Orden de inspección del Director de Investigación de la AVC, de fecha 24 de junio de 2016 y contó con autorización judicial acordada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 2 de Bilbao, en auto de 27 de junio de 2016, que obra en el expediente.



El auto de autorización de entrada y registro fue recurrido en apelación por la empresa impugnada, que alegó diversos motivos de impugnación, como la falta de competencia de la AVC en el procedimiento de inspección, de la que ya hemos tratado en esta sentencia, la falta de justificación de las razones por las que se inició la inspección y se ordenó el registro y la ausencia de delimitación respecto del objeto de investigación, entre otros motivos, y el recurso fue desestimado por sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco, de 22 de diciembre de 2016, que examinó y rechazó todos los motivos de impugnación.

En este caso una Jueza de lo Contencioso Administrativo, competente para ello, en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la empresa recurrente, dictó un auto de autorización de la entrada y registro, sin que en el recurso de apelación contra dicha resolución se apreciaran motivos de nulidad.

Cabe concluir, entonces, que esta resolución judicial es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE, sin que pueda apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado".

Como decíamos, se remite además de modo expreso al fundamento de derecho cuarto de la sentencia 8/2000 del Tribunal Constitucional que incide sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y que declara, como principio general, el de la legitimidad constitucional de los registros domiciliarios autorizados por resolución judicial.

En el caso que enjuiciamos, el auto dictado en fecha 30 de octubre de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 23 de los de Madrid (folios 76 a 80) refleja en su fundamentación jurídica la habilitación que le confiere el artículo 8.6 de la LJCA y, en cuanto a la naturaleza de la autorización, precisa que *"La justificación última se sitúa en el entorno común de las autorizaciones judiciales para la incidencia administrativa en la esfera de la libertad personal y de los derechos fundamentales"*, remitiéndose a la previsión del artículo 40.2 de la LDC. Además, recuerda el carácter supletorio de la autorización judicial respecto de la prestación del consentimiento por el interesado a la actuación inspectora y al acceso al domicilio a los efectos de llevarla a cabo.

La existencia del auto nos sitúa, por tanto, en el supuesto de hecho al que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, cuya doctrina tiene entonces plena aplicación en este caso.

A ello debe añadirse una importante consideración, cual es que FLIPPERS prestó su consentimiento expreso a la inspección y a la entrada de los funcionarios de la CNMC que habían de realizarla. Así lo reconoce en su demanda, y resulta acreditado a los folios 88 y siguientes del expediente administrativo que incorporan copia del acta de la inspección.

De dicha acta resultan relevantes, a los efectos que ahora analizamos, los siguientes pasajes:

"(5) Se informa a la empresa que la inspección se realiza en el marco de una información reservada de las previstas en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), sin que exista expediente sancionador incoado, cuyo fin es determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador.

(...)

(10) Los inspectores informan que la inspección ha sido ordenada mediante una Orden de Investigación de fecha 27 de octubre de 2014, expedida por el Director de Competencia de la CNMC, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la LCNMC.

A las 10:02 horas, los inspectores hacen entrega a D. Victoriano de la Orden de Investigación antes citada y requieren su consentimiento para la realización de la inspección, así como al ejercicio de las facultades de inspección señaladas en la Ley, facilitándole un recibo y solicitando la firma del mismo.

(12) El Sr. Victoriano lee detenidamente la Orden de Investigación y pregunta si puede llamar al Administrador de la empresa, D. Luis Manuel, que se encuentra en la sede de la empresa en Barcelona...

(...)

(14) Una vez informado del objeto y contenido de la Orden de Investigación, a las 10:17 horas, el Sr. Victoriano, siguiendo las instrucciones del Sr. Luis Manuel, procede a firmar el recibo y conforme de la Orden de Investigación, accediendo a la práctica de la inspección. Se informa a los representantes de la empresa que, como consta en la citada Orden, esta puede ser recurrida en el plazo de diez días ante el Consejo de la CNMC.

Se explica de nuevo al Sr. Victoriano que el objeto de la inspección se produce en relación con lo señalado en la Orden de Investigación ..."



En consecuencia, la representación de la empresa accedió a la realización de la inspección una vez comprobado el contenido de la orden, respecto de la cual se dice en el acta que fue leída detenidamente antes de firmar el recibido y conforme.

Por lo tanto, no puede apreciarse la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio -que es el invocado, insistimos, con cita del artículo 18.2 de la Constitución- por defectos de concreción del objeto de la inspección cuando es lo cierto que la orden de investigación fue examinada en el acto de la inspección y no mereció objeción alguna por parte de la empresa, al punto de que autorizó de manera expresa la entrada y registro.

No desconoce la Sala el criterio acogido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de diciembre de 2014, recurso núm. 4201/2011, asunto *Unesa*, que invoca la recurrente, en la que se enjuicia y, finalmente, se declara, la vulneración del artículo 18.2 de la Constitución y, en consecuencia, del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por la falta de concreción de la orden de investigación; y ello pese a que en aquel supuesto existía un auto dictado por el Juzgado de la Contencioso Administrativo que había autorizado la entrada a la vista de la misma orden.

Dicho criterio no es fácil de conciliar con el que expone la antes citada sentencia de 13 de octubre de 2020, recurso núm. 3997/2019, en la que se afirma literalmente, como vimos, que, dictado el auto de autorización de entrada por el Juez de lo Contencioso Administrativo competente, "*Cabe concluir (...) que esta resolución judicial es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE, sin que pueda apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado*".

En todo caso, consideramos que la circunstancia expuesta del conocimiento previo de la orden de investigación y la autorización explícita, a su vista, por parte de la empresa inspeccionada para llevar a cabo la inspección, permiten considerar que no se ha producido la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio que denuncia en este motivo FLIPPERS.

CUARTO.- Cuestiona además la actora que las conductas sancionadas puedan calificarse como cártel al no concurrir el presupuesto del carácter secreto de los acuerdos.

Y, por otra parte, no admite eficacia probatoria alguna a la información aportada por la empresa solicitante de clemencia, INTERDEAN, S.A., en la medida en que "*... supone una corroboración de los documentos probatorios contenidos en el expediente y obtenidos ilícitamente en las sedes de las empresas inspeccionadas*".

Respecto de esto último, y puesto que se anuda a la pretendida ilegalidad de las inspecciones y de los documentos recabados en las mismas, baste lo ya dicho en el fundamento anterior.

Y en cuanto a que los acuerdos sancionados no pueden ser constitutivos de un cártel al no tener carácter secreto, este requisito aparecía mencionado, en efecto, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 2, de la Ley 15/2007 -en su redacción aquí aplicable, pues la referencia al carácter secreto del cártel ha desaparecido tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo-, sobre Definiciones, que debe interpretarse en relación con el contexto en el que se desenvuelven las prácticas anticompetitivas, determinando en cada caso para quienes de los intervinientes en el mercado ha de permanecer secreto el cártel con el fin de preservar la eficacia perseguida por las empresas que lo integran.

En este supuesto, la confidencialidad de los acuerdos pretende preservarse frente a cualesquiera otros competidores que no formasen parte del cártel y, obviamente, respecto de las autoridades de competencia, por ser plenamente conscientes las incoadas del carácter ilícito de los acuerdos.

Sobre los pactos acerca de la necesaria confidencialidad existe prueba en el expediente pues, como pone de manifiesto la misma resolución, "*... algunas de las empresas tenían una cuenta de Webmail creada para tratar los presupuestos de apoyos con otras empresas del cártel y eran conocedoras de la práctica ilícita, como demuestran las numerosas comunicaciones realizadas por las empresas miembros del cártel con nombres en clave mediante el uso de tales cuentas Webmail, para realizar las prácticas relativas a los "apoyos" u ofertas de acompañamiento en las licitaciones de los servicios de mudanzas internacionales*".

Así, y respecto a FLIPPERS, cita el correo de 18 de abril de 2008 entre cuentas Webmail de la actora y CABALLERO con el contenido siguiente: "XXX sólo pedirte que por favor nos envíes las solicitudes de ayuda a invierno.invierno@gmail.com y no a ministerios@flipper s.es" (folio 15154).

Como igualmente pone de manifiesto la CNMC, constan también evidencias en el expediente administrativo de las medidas adoptadas por las incoadas para ocultar su actuación y dificultar su detección o conocimiento por parte del resto de agentes del mercado (empresas de mudanzas no participantes, clientes, etc.), y prueba de ello es el correo de 14 de junio de 2010 recabado en la inspección en la sede de CABALLERO, que SIT dirige a FLIPPERS, G. Stauffer, Vascongada, Dávila, HASENKAMP, S. Ortega, TRANSFEREX y CABALLERO (obran



al folio 12025, aunque en la resolución se menciona el folio 1205) y en el que SIT comunica a las empresas competidoras la suspensión del uso de correos electrónicos y la utilización a partir de entonces y de manera exclusiva de las comunicaciones telefónicas:

"POR SEGURIDAD, QUEDAN SUSPENDIDAS DEFINITIVAMENTE TODAS LAS COMUNICACIONES POR ESTA VIA. EN LO SUCESIVO CUALQUIER COMUNICACION MUTUA SE HARA VIA TELEFONO. GRACIAS + SALUDOS"

Es ilustrativa de la prevención de las empresas intervinientes hacia la difusión de sus acuerdos la conversación mantenida entre directivos de SIT, folio 2725, por cuanto pone de manifiesto la certeza de que actuaban ilícitamente y la necesidad de mantenerlo en secreto, por las consecuencias que podría acarrear su conocimiento:

"Hay que decirlo de otra forma porque las palabras "competencia", "competencia desleal" y similares harían entrar en liza a la Comisión Nacional de la Competencia, que tira del hilo por todos lados y por todos los organismos y nos podría perjudicar, y mucho, a todas las empresas porque las multas que impone son de elevada cuantía. (...) Sí podría filtrarse a la OCU el enlace de la web para que ésta actuara de "motu proprio" pero también corremos el riesgo de que investigue más de la cuenta y nos perjudique".

Otro ejemplo claro de ello es el ya citado archivo Excel "nombres en clave de empresas apoyos.xls" del año 2009, en el que la aquí recurrente, FLIPPERS asigna nombres en clave a las empresas de mudanzas del Acuerdo, y que obra al folio 16802.

Y en el mismo sentido puede citarse un correo entre las cuentas de FLIPPERS y TRANSFEREX (folio 17240), en el que esta le indica: *"...con el despiste habitual que tienen algunos, son capaces de reenviarnos al Ministerio tal cual y "nos cazan como a conejos", por lo que es preferible no ponernos en copia por si acaso".*

En consecuencia, no hay duda del carácter secreto del cártel en los términos en los que cabe interpretar esa condición que contemplaba la citada Disposición Adicional Cuarta de la LDC.

QUINTO.-Los restantes motivos de la demanda cuestionan la cuantificación de la sanción por entender que carece de motivación suficiente, resultando imposible conocer la metodología de cálculo empleada por la CNMC.

Y denuncian además que aplica incorrectamente el artículo 64, con la consecuencia de imponer una multa desproporcionada a FLIPPERS.

Pues bien, 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 por qué no aplica a FLIPPERS la pretendida atenuante derivada de la aportación de información sobre empresas que, con posterioridad al pliego de concreción de hechos, habrían mantenido la conducta que se sanciona, señalando al respecto que no es posible aplicar en este supuesto la atenuante por cuanto *"... aunque no se tratase de información requerida expresamente por la CNMC, se trata de documentación aportada en descargo de la propia FLIPPERS -aparece identificada en los correos electrónicos precitados como la única o de las únicas empresas que no proporciona los tres presupuestos-, por lo que no alcanza el grado de valor añadido significativo que permita calificarla como atenuante"*.

Téngase en cuenta, en este punto, que la recurrente no ha propuesto prueba alguna en el momento procesalmente oportuno para hacerlo con el fin de justificar el particular valor que habría de atribuirse a la documentación aportada.

Tampoco compartimos el criterio de la recurrente en cuanto a lo infundado de la agravante que la CNMC apreció en su conducta, obstrucción a la labor inspectora, *"... al no facilitar el acceso a las cuentas Webmail según se describe en el Acta de la inspección en su sede"*.

Obra al folio 101 del expediente copia del acta de inspección en la que se describe la reticencia por parte del personal de FLIPPERS a desvelar datos relativos a las cuentas de correos indicadas alegando el desconocimiento de las mismas, además de no facilitar el acceso a ellas a los Inspectores (apartados 46, 48, 53 y 60 a 63 del acta).

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 (5.317.623 euros en el caso de FLIPPERS), el tipo sancionador (5,80%) y la multa (308.422 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 5,80%.

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.

Y sin que la afirmación de que la CNMC ha considerado un volumen de negocios total en el mercado afectado erróneo -38.936,994 de euros, en lugar del que sostiene FLIPPERS que es el correcto, 38.474.993 de euros- posibilite una estimación siquiera parcial de la pretensión de anulación teniendo en cuenta la escasa diferencia relativa entre dichas cifras, razón por la cual su incidencia en el porcentaje de participación en la conducta, que es el dato a obtener a partir de aquel volumen, sería irrelevante si se advierte que, como de manera expresa se



indica en la resolución, dicho porcentaje de participación únicamente sirve para "...ajustar al alza el porcentaje de la sanción para aquellas empresas que hayan tenido una participación en la conducta superior al 5%", lo que sucedería en todo caso con FLIPPERS, aun de validar el dato de volumen de negocio que aporta.

SEXTO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte recurrente.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover en nombre y representación de **MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, 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 308.422 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave. Resolución que declaramos ajustada a Derecho.

Con expresa im posición de costas a la entidad actora.

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.