



Roj: **SAN 2948/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2948**

Id Cendoj: **28079230062021100309**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/06/2021**

Nº de Recurso: **528/2016**

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: 0000528 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 5974/2016

Demandante: MUDANZAS LA TOLEDANA, S.L.

Procurador: D. DAVID GARCÍA RIQUELME,

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

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. 528/16 promovido por el Procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de **MUDANZAS LA TOLEDANA, S.L.** 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 116.250 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 por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia:

"por la que declare no ser conforme a Derecho la Resolución del CONSEJO CNMC, de 06.09.2016 (Expte. S/ DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES) objeto de la misma y, en consecuencia, la anule, dictando otra en su lugar por la que declare que MUDANZAS LA TOLEDANA no es responsable de las conductas que se declaran existentes por CNMC, y, subsidiariamente, para el improbable caso de considerarse aplicables el artículo 1 LDC o/y el artículo 101 TFUE, por aplicación del artículo 4 LDC, se anule la Resolución impugnada por infracción del Principio de confianza legítima y/o del Principio de Proporcionalidad y/o la Doctrina Inability to pay, dictando otra más conforme a Derecho por la que se declare que la sanción a imponer habrá de ser CERO o MÍNIMA.

Todo ello con expresa imposición de las costas causadas."

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 24 de mayo de 2017, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 116.250 euros, 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.

QUINTO.- Seguidamente, mediante providencia de 30 de marzo de 2021, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 14 de abril de 2021, en que tuvo lugar

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 116.250 € 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:

MUDANZAS LA TOLEDANA, 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:

9. MUDANZAS LA TOLEDANA, S.L.: 116.250 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 que 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, MUDANZAS LA TOLEDANA, S.L., del siguiente modo:

La actividad principal de TOLEDANA es el transporte de mercancías, servicios de mudanzas, ambos con ámbito nacional e internacional, y desarrollo de las actividades de agencia de transporte y de almacenista-distribuidor, así como las de custodia, conservación y guarda de todo tipo de bienes muebles. Su domicilio social se encuentra en Madrid. El 25 de febrero de 2015 TOLEDANA aportó documentación en virtud de la cual la DC entiende que todas las actuaciones realizadas en el marco del expediente de referencia en relación con LA TOLEDANA, S.L. se entenderán realizadas con MUDANZAS LA TOLEDANA, S.L.

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 (m³), 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 ubicar 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 cliente¹¹ 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 de ellas 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 plantea los siguientes motivos impugnatorios.

En primer lugar, entiende que la resolución recurrida define erróneamente el mercado afectado pues éste es únicamente el de mudanzas internacionales en relación con traslados de funcionarios con origen/destino España en donde la Administración (por medio de los Ministerios de Defensa, Exteriores, Educación y la Agencia EFE), juega un papel determinante.

A ello se refería la Orden de Investigación de 27 de octubre de 2014, cuya finalidad y objeto concretos, eran "*su posible participación en acuerdos o prácticas concertadas anticompetitivas que suponen una violación del art. 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, en el mercado relacionado con la prestación de mudanzas internacionales con destino/origen España, al adoptar acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto sería la fijación de precios y/u otras condiciones comerciales, el reparto de mercado y u el intercambio de información comercial sensible*".

El Consejo de la CNMC se excede del mercado investigado, al concluir que el mercado afectado por la infracción son los servicios de mudanzas internacionales tanto las de origen/destino España como entre países distintos de España prestados tanto a funcionarios de la administración española como a empleados de organismos internacionales y de administraciones extranjeras, así como empresas privadas y particulares.

A su juicio, ello incide directamente en una violación del principio de proporcionalidad, al ser el mercado afectado por las presuntas prácticas mucho más acotado, en concreto, el de traslados internacionales de determinados funcionarios con origen/destino España, relacionado exclusivamente con las actuaciones de los Ministerios, lo que tiene su incidencia en la responsabilidad de la Administración y el principio de confianza legítima.

Explica que los servicios de particulares o empresas no están sometidos a la normativa descrita en el PCH, que tienen características diferentes en términos de volumen y temporalidad, para los cuales ni existe un precio máximo del servicio ni se solicitan tres presupuestos, se ven afectadas por el precio y representan menos del 1% de las evidencias utilizadas por la CNMC.

LA TOLEDANA es una empresa multiproducto, respecto de la cual, la actividad que pudiera resultar subsumible dentro de las conductas o acuerdos ilícitos, esto es, el mercado afectado, se reduce a un 41% de la facturación total en el año 2014.

Por el contrario, la actividad de traslados privados de oficinas a nivel local y nacional es la fuente principal de ingresos de LA TOLEDANA, correspondiendo un 59% de la facturación total del año 2014 a estos servicios, como quedó constatado con el documento 2 acompañado al escrito de alegaciones de esta parte al PCH y el Informe Pericial adjuntado al escrito de alegaciones a la PR como documento 1.

En segundo lugar, que no existe una infracción única, sino que el presunto cártel debe descomponerse en múltiples acuerdos y prácticas concertadas, que deben tratarse de manera individualizada como acuerdos o cárteles distintos y no como si fueran uno solo.

Al tratarse por la CNMC como una infracción única y continuada se amplía injustificadamente el mercado de producto y geográfico afectado por la infracción, lo que, redundando en el cálculo del importe de la sanción e impide apreciar la prescripción de las conductas.

En el presente caso todos los acuerdos tenían distintos integrantes, distintos *modus operandi*, distinta naturaleza y distinta duración en el tiempo, sin que exista constancia de la vinculación entre unos y otros, y sin embargo la CNMC considera que todos perseguían el "objetivo común" de restringir la competencia.

En tercer lugar, rechaza la existencia de una infracción de los arts 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE porque en todo caso, se trataría de un conjunto de acuerdos bilaterales entre distintas empresas encaminados a cumplir lo que la propia inercia y usos del mercado les requerían, con total conocimiento, participación e incluso instigación de la Administración.

Recuerda que la existencia de un cártel requiere un plan conjunto con la finalidad de pactar precios, repartirse el mercado o limitar la producción. La CNMC da por supuesta la existencia de ese plan conjunto, pero de los documentos existentes en el EA no es posible dar por acreditada la existencia de ese plan conjunto que



supuestamente sostiene el denominado "Acuerdo de mudanzas", como hace la CNMC sin caer en falta de motivación, y lo que es más grave, en falta de elementos probatorios, ni tan siquiera indiciarios.

El funcionamiento del mercado en los servicios de mudanza internacional viene impuesto por los propios funcionarios españoles, esto es, por la propia Administración.

En el caso de la mudanza internacional de un funcionario, es el propio funcionario el que se dirige a la empresa de mudanzas, de las previamente seleccionadas por la propia Administración, y le solicita su presupuesto, pidiéndole a la vez a esa empresa que le proporcione los dos presupuestos de otras tantas empresas pues así lo exigen las normas de contratación pública.

Ese mecanismo, no pretende encarecer los precios de la mudanza porque las propias reglas que regulan la contratación pública tienen previsto el mecanismo para evitar abusos y, por ende, acuerdos colusorios entre las empresas prestatarias del servicio. Ello quedó constatado con el Informe pericial aportado por esta parte como documento uno de su escrito de alegaciones a la PR.

Si la Administración, encargada de pagar las mudanzas, detecta un precio elevado, puede solicitar un cuarto e incluso un quinto presupuesto. Y en este caso no solicita a la empresa a la que se ha dirigido en primer lugar el funcionario (o la propia Administración) para que le gestione el presupuesto, sino que se dirige a otras empresas directamente.

El hecho que sea la empresa a quien en primer lugar se dirige el solicitante del servicio la que presente otros dos presupuestos que denominan "de apoyo" carece de virtualidad anticompetitiva, y obedece a que el funcionario, sea aquél a quien se presta el servicio, sea el encargado de buscar la empresa de mudanzas, ve facilitada de esta manera su labor. Ello, no obstante, si se detecta cualquier precio desproporcionado, presuntamente motivado por un acuerdo, la Administración solicita directamente un cuarto y hasta un quinto presupuesto.

Tampoco puede hablarse de reparto de mercado o de fijación de tarifas pues ello requeriría un mecanismo de asignación de clientes establecido por el pretendido cártel, y eso no ocurre nunca ni resulta acreditado claramente en el expediente. Además, en el Ministerio de Defensa y en el MAEX, la empresa a la que se le encarga la búsqueda de presupuestos de apoyo es elegida libremente por el funcionario a quien se le presta el servicio. No resulta pues elegida por las propias empresas de mudanzas.

Si los acuerdos no tienen repercusiones en los precios ni en la asignación de clientes no puede hablarse de cartel que, además, no reúne el carácter de secreto como exige la Disposición Adicional Cuarta, 2, de la LDC porque el pretendido acuerdo era conocido y propiciado por las Administraciones públicas. La creación de cuentas de webmail, que LA TOLEDANA desconoce, no perseguían revestir este tipo de prácticas de apoyo de un carácter secreto. Prueba de ello es que otras empresas que participaban en las solicitudes de presupuestos de apoyo emplearon directamente sus correos corporativos (no una cuenta de webmail), desde los que enviaban o recibían correos electrónicos de las cuentas de webmail de otras empresas que les prestaban apoyo.

En realidad, MUDANZAS LA TOLEDANA SL simplemente facilitaba lo que se denominan "presupuestos de apoyo", para cumplir con el requisito legal de presentar tres presupuestos por mudanza pero que no tenían por objeto, ni efecto, restringir la competencia fijando los precios o repartir el mercado.

Existe una ausencia total de pruebas directas o indirectas suficientes para concluir que LA TOLEDANA participó de forma continua y sistemática en todas y cada una de las conductas que configurarían un cártel único y continuado, en el periodo imputado a ésta (2004 a 2014), incurriendo la resolución recurrida en una vulneración del derecho a la presunción de inocencia de LA TOLEDANA, y una incorrecta aplicación de la prueba de presunciones para alcanzar su conclusión.

Por otra parte, los presuntos "acuerdos" estarían faltos de toda racionalidad económica, como quedó demostrado con el Informe pericial aportado por esta parte y que demuestra que LA TOLEDANA no habría obtenido ningún beneficio ilícito de las presuntas prácticas llevadas a cabo, como resulta que no existe un sobreprecio en el mercado teóricamente afectado por la sanción, esto es, el traslado internacional de funcionarios públicos.

Ignora cuál era sería el provecho obtenido por los miembros individuales de ese presunto cártel, pues evidentemente el cliente (la Administración) siempre acabaría escogiendo el presupuesto más barato o que mejores condiciones -o incluso regalos- le reportara, y por lo tanto tan solo sería el funcionario el que resultaría beneficiado, no los miembros de ese supuesto cártel.

Denuncia la falta de efectos en el mercado de las conductas de MUDANZAS LA TOLEDANA. El único culpable real de que las licitaciones de mudanzas internacionales no fuesen más competitivas es la propia Administración que establece un sistema de licitación donde el funcionario tenía que presentar tres presupuestos.



El informe pericial aportado por esta parte como documento uno al escrito de alegaciones a la PR, el precio máximo y los 4º y 5º presupuestos en conjunción con la brutal competencia en la fase de preselección, genera que los Ministerios donde supuestamente se practicó el cártel hayan sido más competitivos de media en precio que los Ministerios "sanos", existiendo por todo lo dicho una explicación alternativa plausible que exculpa a mi mandante de toda práctica ilícita.

La ausencia de obtención de beneficio y la aplicación de la doctrina comunitaria referente a la "inability to pay" deben dar lugar a la imposición de una sanción CERO o en todo caso MÍNIMA a LA TOLEDANA.

Subsidiariamente solicita la anulabilidad de la resolución recurrida, por la infracción del principio de confianza legítima pues LA TOLEDANA en todo momento consideró estar cumpliendo con las exigencias legales, dada la intervención de la Administración y su papel activo en el conflicto y en la adopción de las medidas que se consideraban solucionaban el mismo, con el respaldo de un consolidado marco regulatorio.

Finalmente, denuncia la desproporción de la sanción al imponerle una sanción de 116.250 € equivalente a la aplicación de un 5% de tipo sancionador por cuanto, no existe prueba de cargo directa que implique a mi representada, así como ha quedado demostrado que mi mandante ni creó ni fue instigador del presunto cártel, ni ha obtenido ningún beneficio ilícito por las supuestas prácticas concertadas que se le atribuyen, y porque en todo caso éstas prácticas habrían prescrito en todo o en parte. Y ello frente a la minoración de la sanción a la sociedad GIL STAUFFER.

Al ser una empresa multiproducto debería haberse tenido en cuenta para individualizar su importe en este caso concreto, pues tan sólo debería haberse atenderse al volumen de facturación o ventas de los servicios de mudanzas internacionales de funcionarios públicos, y más concretamente a los llevados a cabo en relación con los Ministerios de Educación, Defensa y Exteriores.

Ha de tenerse en cuenta que LA TOLEDANA no habría incrementado su volumen de negocio en este sector de mudanzas internacionales, Es más, *"la empresa ha perdido dinero desde 2011 a 2014 con lo que la tesis de obtención de beneficios ilícitos no es consistente."*

Se produce un agravio comparativo respecto a la sanción impuesta a GIL STAUFFER, tratándose de empresas con una cuota de mercado prácticamente idéntica y una escasa participación en las prácticas, superando con creces el límite de proporcionalidad por lo que debería fijarse la sanción en 13.000 € como para GIL STAUFFER.

Discrepa del porcentaje del 5-10% que se le atribuye como beneficio ilícito, por la falta de motivación y por la demostrada falta de obtención de beneficio ilícito constatado por el Informe pericial aportado al EA.

Por todo lo anterior, el beneficio ilícito determinado por la RESOLUCIÓN 06.09.16 es absolutamente irracional y desmedido, teniendo en cuenta el sector y las circunstancias objeto de la sanción.

La resolución no toma en consideración los restantes criterios previstos en el artículo 64 LDC, y debió haber aplicado la atenuante de no aplicación efectiva de las conductas prohibidas ni la obtención de beneficio ilícito, ello en atención a los datos contenidos en el informe pericial aportado por esta parte al EA.

SEPTIMO. - Entrando en el análisis del primer motivo del recurso debemos rechazar que la resolución recurrida se haya excedido de la Orden de Investigación y el objeto inicial por el cual se incoó el expediente, provocando indefensión a la actora.

El art. 49.2 de la Ley 15/2007 establece que *" Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliar de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador"*.

En el presente caso la información reservada puso de manifiesto indiciariamente posibles prácticas colusorias de las empresas que realizaban mudanzas internacionales para la Administración General del Estado y de ahí que la Orden de investigación tuviera ese objeto más limitado que fue ampliado en el curso de la instrucción del procedimiento al constatarse que las citadas prácticas se extendían también a mudanzas realizadas 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 así como a mudanzas de empleados de empresas privadas, e incluso de particulares.

Por lo tanto, la delimitación del mercado es correcta atendida la prueba practicada y el resultado de la investigación.

OCTAVO.- Denuncia la actora la ausencia total de pruebas directas o indirectas suficientes para concluir que LA TOLEDANA participó de forma continua y sistemática en todas y cada una de las conductas que configurarían

un cartel único y continuado, en el periodo imputado a ésta (2004 a 2014), incurriendo por tanto la resolución recurrida en una vulneración del derecho a la presunción de inocencia de la TOLEDANA, y una incorrecta aplicación de la prueba de presunciones para alcanzar su conclusión.

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 multa, de la documentación obtenida en las inspecciones realizadas y de las contestaciones a los requerimientos de información realizados.

De la prueba obrante en el expediente que refleja la participación de MUDANZAS LA TOLEDANA podemos citar:

El resumen de presupuestos de 1999 y 2000 de los ministerios de Exteriores, Defensa y Comercio solicitados por SIT a otras empresas del Acuerdo como Fluiters, TOLEDANA, INTERDEAN, TAMEX, Mundivan, Dávila, FLIPPERS, S. Ortega y EDICT (folios 411, 416, 423, 425, 426, 429, 431, 438,440 y 450).

TOLEDANA está en la reunión se 7 de septiembre de 2009, 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) en el caso de TOLEDANA es BOLOS

A cada empresa del Acuerdo de mudanzas, según documentos recabados en la inspección de la sede de SIT se le asignaba un porcentaje de participación, en concreto a TOLEDANA, un 8,8%(folios 489, 491, 496, 497).

Consta en el expediente que se celebraron reuniones entre las empresas del Acuerdo, al menos entre los años 2003 y 2014, así como diversos contactos y reuniones en grupos más reducidos. Se destacan las siguientes reuniones en las que participó TOLEDANA:

- Re unión de 7 de septiembre de 2009, entre SIT, INTERDEAN, FLIPPERS, TOLEDANA, S. Ortega, Vascongada, G. Stauffer, Dávila y CABALLERO, según documento "reunion.doc" que lleva el título "*REUNION CELEBRADA EL 07/09/2009 ENTRE LAS EMPRESAS SELECCIONADAS POR DEFENSA*", recabado en la inspección llevada a cabo en la sede de CABALLERO (folios 13368-13370).

- Re unión de 10 de diciembre de 2009 entre SIT, S. Ortega, FLIPPERS, Dávila, TOLEDANA, Vascongada y CABALLERO, según correo de 30 de noviembre de 2009 con el asunto "*Comida navidad*" recabado en la inspección llevada a cabo en la sede de CABALLERO, de SIT al resto de empresas: "*Hecha reserva en Restaurante Ferreiro en Paseo de la Florida 15, 28008 Madrid para max. 20 personas, precio menu 40€ todo incluido, Dia 10 de diciembre a las 14h. Necesito confirmación de asistentes de cada empresa y alguien que llame a XXX [Grupo AMYGO] y XXX [Fluiters], yo llamo a XXX [INTERDEAN]. XXX no contesta, insistiré mas tarde y os cuento.*" (folio 14993), y según correo de 11 de diciembre de 2009 sin asunto que CABALLERO circula entre sus directivos, con el resumen de la reunión entre INTERDEAN, DAVILA, FLIPPERS, Grupo AMYGO, TOLEDANA, Vascongada, Fluiters y CABALLERO: "*Paso a comentaros comida de ayer, según asistentes*" (folio 15024).

- Re unión de 30 de enero de 2010, convocada por SIT, según correo de 23 de noviembre de 2009 sin asunto recabado en la inspección llevada a cabo en la sede de CABALLERO, de SIT para S. Ortega, FLIPPERS, TOLEDANA, Vascongada, Dávila y CABALLERO: "*Es necesario que nos reunamos el proximo dia 30 a las 9.30h donde siempre, si alguien no puede que lo comente.*" Dávila responde: "*NOS VEMOS EL DIA LUNES 25 DE ENERO DONDE SIEMPRE (EN LA "PECERA") 9 AM.*"

FLIPPERS informa el 20 de enero de 2010 de que no puede asistir y llamará a SIT por teléfono: "*Yo no puedo asistir por lo que XXX te pido que me cuentes por teléfono. Te llamaré el lunes por la tarde.*" (folio 12054).

CABALLERO pide una aclaración respecto de la hora de la convocatoria: "*XXX, te reenvió los mail recibidos respecto a la reunión de esta mañana. En el primero citas tú a las 09:30 y en el segundo (que yo entiendo es una contestación de XXX [Dávila] a todos, hace referencia a las 09:00).*", a lo que SIT aclara que Dávila escribió en un correo de noviembre sin quitar el texto: "*Por lo que veo XXX escribio en un email del mes de noviembre y lo reenvio sin quitar el texto*" [aclaraciones añadidas] (folio 12053).

- Re unión de diciembre de 2011, al menos entre SIT, CABALLERO, INTERDEAN y AGS según correos de 12 de diciembre de 2011 con el asunto "*reunion*", entre directivo de CABALLERO y directivo de AGS, recabado de la inspección en la sede de CABALLERO: [AGS] "*La reunión será 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.*"; [CABALLERO]-"*Por cierto XXX todas las empresas implicadas han dado suOk incluida Interdean?*"; [AGS]-"*Creo que de ese tema hay q hablarlo en la reunión, XXX [de SIT] iba a hablar con ellos...*" [subrayado y aclaraciones añadidas] (folios 11971-11973).

- Re unión de 18 de diciembre de 2012, según correo de 30 de noviembre de asunto "*comida de navidad*" recabado en la inspección en la sede de SIT y también en la de CABALLERO, en el que INTERDEAN convoca



a FLIPPERS, Euromonde, CABALLERO, AGS, TOLEDANA, Vascongada, S. Ortega, SIT y Fluiters: [INTERDEAN] "Según comentamos algunos a la salida del ministerio, sería interesante, tener una reunión para analizar las propuestas que allí se nos hicieron. Y de paso aprovechar para tener también nuestra tradicional comida de navidad (...) En ese sentido, y aunque ya os he comentado telefónicamente con algunos de vosotros, he reservado en Braseró de D. Ildefonso el día 18, martes, en nuestro salón tradicional. (...) Creo que en este email he copiado a todos; pero si me he dejado a alguien del ministerio sentirnos libres de invitarlo claro. D. Ildefonso nos ha dejado el salón desde la una (13 horas) para tener una pequeña reunión previa. De tal forma que los que estéis interesados en asistir a esa reunión os espero a la una (entiendo que a esa reunión no sería bueno invitar a empleados, conyuges y otras empresas que no trabajan en ministerio de defensa)" (folios 2600 y 9441, respectivamente).

En relación a esta reunión, FLIPPERS confirma su asistencia a la reunión previa que se menciona en el correo de INTERDEAN (9443); directivos de CABALLERO comentan que INTERDEAN no ha incluido a HASENKAMP en el correo: "Obvia a XXX [XXX] en su envío" [aclaración añadida] (folio 9442); y, posteriormente, CABALLERO reenvía la convocatoria de reunión a Euromonde (folio 9445).

Recabado en la inspección en la sede de CABALLERO, entre directivos y personal de CABALLERO y Euromonde se comenta un problema que surgió en la citada reunión por falta de un presupuesto de acompañamiento de TOLEDANA a Euromonde : [CABALLERO] "Ha surgido hoy a las 15.50 PM cuando estábamos todos juntos con la comida de Navidad."; "...si XXX [Euromonde] lo recibe por mail tenía en ese momento (...) a XXX Toledana sentado al lado. En cualquier caso creo que XXX se iba a ir hoy directamente a las oficinas de estos pájaros a sacarles los colores porque, al parecer, EM [Euromonde] ha ayudado a La Toledana en bastantes cuartos esta temporada pasada." [aclaraciones añadidas] (folios 9504 y 9505).

A raíz de la convocatoria anterior, surgen otras reuniones previas con grupos de empresas más reducidos :

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

La reunión de las 14h queda confirmada por SIT, según correo de 5 de diciembre de 2012 de asunto "comida de hoy" entre el directivo de INTERDEAN y la directiva de SIT, recabado en la inspección en la sede de SIT : [SIT] "Si a las 14 estaremos allí y somos 5 mas Tu [INTERDEAN]." [aclaración añadida] (folio 2814).

- Reunión de 5 de diciembre de 2012, según correo de 30 de noviembre de 2012 del directivo de INTERDEAN a la directiva de SIT, recabado en la inspección en la Sede de SIT: [INTERDEAN] "XXX ya he reservado también para nosotros el día 5 en la pizzería Roma Avda. Europa número 15. viendo por dónde van los tiros. Alas 14 horas Te agradecería que de paso que invitas al núcleo duro les pases este video para que vayan viendo por donde van los tiros." (folio 2600). En relación a un enlace que INTERDEAN incluía en el correo anterior, en un correo de 17 de enero de 2013, recabado en la inspección en la sede de SIT, TOLEDANA le solicita que se lo reenvíe: "Buenos días XXX [de INTERDEAN]: (...) Disculpa las molestias, pero me dirijo a ti, para solicitarte si pudieras, me enviaras el video del prisionero que en varias ocasiones nos has comentado." (folio 2602), a lo que INTERDEAN se lo remite a TOLEDANA, SIT y Vascongada: "Querido XXX [TOLEDANA] Este es el link <http://youtu.be/g5MeC3GDx74> perdona por el error, lo copia ahora al resto también" [aclaraciones añadidas] (folio 2602).

-Asimismo, en un correo de 18 diciembre de 2012, de asunto "Toledana", recabado en la inspección en la sede de CABALLERO, entre directivos y personal de CABALLERO y Euromonde se comenta un problema que surgió en la citada reunión por falta de un presupuesto de acompañamiento de TOLEDANA a Euromonde : [CABALLERO] "Ha surgido hoy a las 15.50 PM cuando estábamos todos juntos con la comida de Navidad."; "...si XXX [Euromonde] lo recibe por mail tenía en ese momento (...) a XXX Toledana sentado al lado. En cualquier caso creo que XXX se iba a ir hoy directamente a las oficinas de estos pájaros a sacarles los colores porque, al parecer, EM [Euromonde] ha ayudado a La Toledana en bastantes cuartos esta temporada pasada." [aclaraciones añadidas] (folios 9504 y 9505).

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); para Comercio y Ministerio de Exteriores a FLIPPERS, TOLEDANA, S. Ortega, Dávila, TRANSFEREX, INTERDEAN (folios 324 y 325, respectivamente) y en el caso de otros organismos : "SE COMBINAN APOYOS "OFICIALES" Y ALGUNOS DEL "CAJON" (ESTEBARANZ/EXPEDICION)" (folio 324).

Un ejemplo de la actuación de las empresas del cártel imponiendo reglas para mantener el respeto del cliente:



" Se decide que, ante solicitud de cuarto presupuesto por parte del Ministerio a otra empresa/s del grupo, por parte de estas se "deberá" localizar a la empresa que teóricamente es "dueña" de ese cliente para así proceder a apoyarla y que se lleve oferta (...) por fin, hemos llegado a establecer un criterio con respecto a los cuartos/ quintos presupuestos" Documento recabado en la inspección de la sede de CABALLERO "reunion.doc", adjunto a correo de 8 de mayo de 2009 del directivo de CABALLERO a directivos y comerciales de esta empresa, en relación a la reunión mantenida el 7 de septiembre de 2009 por SIT, INTERDEAN, FLIPPERS, TOLEDANA, S. Ortega, Vascongada, G. Stauffer, Dávila y CABALLERO (folios 13368-13370).

Archivo Excel "AYUDAS a cada MINISTERIO Febrero 2012.xls" en el que se recogen los acuerdos entre FLIPPERS y AGS, CABALLERO DAVILA, EUROMONDE, GIL STAUFFER, HASENKAMP, LA TOLEDANA, LA VASCONGADA, SANCHO ORTEGA, SIT y TRANSFEREX todas ellas denominadas en clave para ocultar su identidad con respecto a diferentes clientes públicos (AECID, Ministerio de Defensa, Centro Nacional de Inteligencia (CNI), Ministerio de Comercio, Medio Ambiente, Trabajo, Ministerio Asuntos Exteriores, Dirección General de la Policía y Guardia Civil), entre los años 2011 y 2012 Archivo Excell recabado en la inspección de FLIPPERS (folio 16736).

Correo de 23 de junio de 2014, entre comercial y directiva de TRANSFEREX de asunto "LLAMADA DE XXX DE LA TOLEDANA", recabado en la inspección en la sede de TRANSFEREX (folio 18185):

"1.- ofrece apoyo sin problemas, que si llamamos y él no está podemos preguntar por XXX y enviar los datos por fax al 91 402 46 88.

2.- Que necesitaba apoyo para dos clientes, uno del MAEC y uno de la policía, comprobé y le dije que si que mande los datos."

En el expediente consta que en el seno de la asociación de empresas de mudanzas GMI, algunas de las partícipes del Acuerdo como SIT, CABALLERO, FLIPPERS Vascongada, Mundivan, TOLEDANA, Sancho O., o Dávila, promovieron actuaciones encaminadas a dirigir la actuación de los ministerios en contra de empresas de mudanzas de fuera del Acuerdo como CROWN WORLDWIDE MOVERS, S.L. (Crown), o en contra de empresas partícipes del Acuerdo, como HASENKAMP, AGS o INTERDEAN que ofrecían presupuestos por debajo del marco de precios mínimos acordado.

CABALLERO continúa (folio 12196): "La reacción de XXX denota nuevamente que existe cierta relación entre él y Crown, porque sino, yo al menos, no le daría importancia al hecho de no haber recibido el informe. (...) Yo daría los siguientes pasos:

1.- Redacción de un escrito de denuncia.

2.- Firma de dicho escrito por todos y cada uno de los 8 (Vascongada, Mundivan, Toledana, Sancho O., Sit, Caballero, Flippers y Dávila)

3.- Remisión del escrito junto con las pruebas a la Junta Consultiva.

4.- Remisión del escrito sellado por la Junta, del propio escrito de denuncia y de las pruebas a Abogacía del Estado en el MAEC y en Defensa."

Por otra parte, refleja el expediente que transcurrido un tiempo y en una situación de reducción del gasto de mudanzas por parte de la Administración, las empresas del Acuerdo de mudanzas pactaron de antemano los precios que cada una iba a presentar al ministerio. Al recibir las empresas del Acuerdo la comunicación de los ministerios para remitir los precios por origen/destino y cubicaje, se ponían en contacto entre ellas por correo electrónico para llevar a cabo reuniones o intercambios de información sobre los precios aplicados por cada una, para acordar de forma conjunta los que finalmente cada una remitiría posteriormente al ministerio.

En el expediente queda acreditado que SIT planificaba reuniones al respecto con Vascongada, Fluiters, TOLEDANA y S. Ortega, según el documento en papel recabado de la inspección de la sede de SIT de la mesa de despacho de su vicepresidenta "CALENDARIO PROYECTO A EFECTOS DE SIT" con la siguiente información (folio 483):

"- Entrevista por separado con FLU, TOL y SAN antes de que reciban la primera carta del MAEC.

- Entrevista conjunta con FLU, TOL y SAN antes de que contesten al MAEC.¿Hablar de %?.

- Entrevista primera con VAS después de que hayamos valorado las respuestas.

- *Entrevista conjunta con VAS, FLU, TOL y SAN: Hablar de %, comisión*

1,5%, acuerdo tarifas parecidas, cartas firmadas delante".

Este calendario de reuniones con SIT queda acreditado en los documentos en papel recabados de la mesa de trabajo de su vicepresidenta, que contienen cuadros de "tarifas impor-expor 2013" y "Tarifas orientativas ministerio defensa año 2013" y varias anotaciones manuscritas, en relación a precios por destinos y cubicajes de empresas del Acuerdo como TOLEDANA y Vascongada (folios 457-465).

NOVENO.- A juicio de la Sala, la resolución recurrida ha desvirtuado plenamente la presunción de inocencia que amparaba inicialmente a la entidad recurrente pues la descripción de la conducta realizada por MUDANZAS LA TOLEDANA confirmada por los elementos probatorios descritos (correos electrónicos en los que interviene y asistencia a reuniones, asignación de porcentaje de participación, etc revela que tuvo una participación plena en los acuerdos de reparto de mercado y fijación de precios que constituía la actividad esencial del cartel de empresas de mudanzas que prestaban servicios de transporte del ámbito geográfico donde operaba.

Se ha acreditado pues, la plena participación de la parte recurrente en una conducta antijurídica, por contraria a las normas de competencia y constitutiva de un cartel de empresas a tenor de lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, en su apartado 2, infracción muy grave que justifica la imposición de la sanción correspondiente conforme a lo dispuesto en los arts 63 y 64 de la Ley 15/2007.

La valoración de la prueba existente lleva al rechazo de las alegaciones de la parte actora.

Sostiene esta que solo realizaba presupuestos de apoyo olvidando que la aportación de tales presupuestos a las empresas competidoras era el mecanismo diseñado para realizar el reparto del mercado de mudanzas internacionales entre las empresas partícipes del Acuerdo se realizaba mediante el respeto de clientes. Esa práctica solo tiene sentido para repartirse el mercado y fijar de antemano los precios del servicio.

Un ejemplo de ello lo refleja el Documento recabado en la inspección de la sede de CABALLERO "reunion.doc", adjunto a correo de 8 de mayo de 2009 del directivo de CABALLERO a directivos y comerciales de esta empresa, en relación a la reunión mantenida el 7 de septiembre de 2009 por SIT, INTERDEAN, FLIPPERS, TOLEDANA, S. Ortega, Vascongada, G. Stauffer, Dávila y CABALLERO (folios 13368-13370) en el que se lee:

" Se decide que, ante solicitud de cuarto presupuesto por parte del Ministerio a otra empresa/s del grupo, por parte de estas se "deberá" localizar a la empresa que teóricamente es "dueña" de ese cliente para así proceder a apoyarla y que se lleve oferta (...) por fin, hemos llegado a establecer un criterio con respecto a los cuartos/ quintos presupuestos".

Otra prueba de la plena implicación de MUDANZAS TOLEDANA en el cartel es su reacción al propósito de los Ministerios de reducir el gasto en mudanzas poniéndose de acuerdo para acordar de forma conjunta los que finalmente cada una remitiría posteriormente al ministerio al que antes hemos hecho referencia así como el calendario de reuniones con SIT queda acreditado en los documentos en papel recabados de la mesa de trabajo de su vicepresidenta, que contienen cuadros de "tarifas impor-expor 2013" y "Tarifas orientativas ministerio defensa año 2013" y varias anotaciones manuscritas, en relación a precios por destinos y cubicajes de empresas del Acuerdo como TOLEDANA y Vascongada (folios 457- 465):

Asimismo, el intercambio de listados del Ministerio de Educación:

Correo de 3 de noviembre de 2009 recabado en la inspección en la sede de SIT, de SIT a S. Ortega, FLIPPERS, Dávila y TOLEDANA, adjuntado la plantilla base de estudio de los precios por origen/destino y cubicaje con el nombre de "hoja Excel", con la observación de que se incluya en el estudio 2 meses de guarda muebles, montamuebles y permiso de aparcamiento (folio 3095).

Correo de 31 de enero de 2013, de asunto "TARIFAS", de SIT a TOLEDANA, recabado en la inspección en la sede de SIT, adjuntando este archivo Excel "Libro Jose Luis.xls" (folio 2611).

Intercambio de listados del Ministerio de Defensa:

-Correo de 6 de noviembre de 2009, sin asunto, de SIT a S. Ortega, CABALLERO, Dávila, TOLEDANA y Vascongada, con el archivo Excel adjunto "cuadro tarifas Defensa.xls", recabado en la inspección en la sede de CABALLERO: *"Adjunto un nuevocuadro incluyendo todos los destinos para las tarifas dada la petición de algunos devosotros. (...) Os agradezco la confirmación de llegada de este email."* (folios 14792, 14793). A este correo inicial de SIT, respondieron, al menos, CABALLERO y S. Ortega (folios 14792 y 14795, respectivamente).

Sobre la fijación de un acuerdo sobre condiciones comerciales a añadir a los presupuestos de apoyo puede citarse el punto 5 del documento de 2009 "reunion.doc" recabado en la inspección en la sede de CABALLERO,

en el que se menciona la elaboración de un " catálogo de prácticas prohibidas" de atenciones aceptadas o prohibidas en el seno del Acuerdo de mudanzas (folios 13368-13370):

"5.- TERCER PUNTO TRATADO: ATENCIONES COMERCIALES

[...]

En resumidas cuentas, se decidió que cualquier hecho que trascienda lo lógico en un servicio de mudanza, será tenido como práctica prohibida, si bien se va a proceder en un breve plazo a confeccionar un catálogo explícito al respecto. [...]

En el correo 3 de diciembre de 2009 de asunto "Comida navidad" de FLIPPERS a SIT, S. Ortega, Dávila, TOLEDANA, Vascongada y CABALLERO, recabado en la inspección en la sede de CABALLERO:

" Nosotros le hemos dicho que sólo podemos considerar 2 meses de guardamuebles gratis".

Procede rechazar, insistimos la denuncia de infracción del principio de presunción de inocencia que amparaba inicialmente a MUDANZAS LA TOLEDANA.

DÉCIMO.- Como la actora denuncia la inexistencia de una infracción única y continuada podemos citar la sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012 (dictada en el asunto C-441/11 P Comisión Europea frente a Verhuizingen Coppens NV) que sintetiza los elementos que caracterizan este tipo de infracciones:

"41 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo 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. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Participazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258). Posteriormente, sentencia TJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013 , (apartado 156).

42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Participazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).

43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad.

44 Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cartel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los citados participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los



que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo.

45 No obstante, eso no puede llevar a exonerar a dicha empresa de su responsabilidad por los comportamientos en los que consta que participó o de los que efectivamente puede ser considerada responsable. En efecto, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción, dado que únicamente procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 90, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 86)2."

En definitiva, estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que evidencien: (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, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

El carácter único de la infracción ha de apreciarse cuando se produzca: identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, STG de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T21/99, Rec. p. II16 81, apartado 67, STJUE de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C11 3/04 P, Rec. p. I8831, apartados 170 y 171, y la STG de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T43 /02, Rec. p. II3435, (apartado 312); 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, (apartados 118, 119 y 124), y STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); identidad de las empresas que han participado en la infracción STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); e identidad de sus formas de ejecución STG Dansk Rørindustri/Comisión, (apartado 68).

Al propio tiempo, 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, T10 3/95 y T104/95, Rec. p. II49 1, (apartados 4027 y 4112)."

Y para probar la participación de una empresa en un acuerdo anticompetitivo es necesario que las autoridades de defensa de la competencia acrediten que la interesada "... intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por la totalidad de los participantes, y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos, o que podía de forma razonable preverlos y que estaba dispuesta a asumir el riesgo" (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 Comisión / Anic).

No ofrece duda, a la vista de la prueba obrante en el expediente la plena participación de MUDANZAS LA TOLEDANA en una infracción única y continuada pues formaba parte del acuerdo de mudanzas, conocía y participaba activamente de la mecánica del cartel facilitando presupuestos de apoyo y respetando los clientes de las demás partícipes con el fin de repartir el mercado. Las conductas descritas integran una infracción única y continuada consistente en acuerdos de reparto y fijación de precios, objetivo común que perseguían las empresas sancionadas, entre ellas TOLEDANA. Conocía, además, las cuentas Webmail creadas por otras empresas del cártel para ocultar las prácticas citadas, recibiendo y remitiendo correos a esas cuentas.

DECIMOPRIMERO.- En cuanto a la infracción del principio de confianza legítima, sostiene la actora que no se ha valorado la contribución de la Administración a la realización de las conductas sancionadas porque se trata de funcionarios públicos, es decir, de representantes de la Administración, y el hecho de que de ellos parta la iniciativa de solicitar a la empresa de mudanzas que le gestione los tres presupuestos constituye un razonamiento suficiente para generar en la empresa la creencia de que está haciendo lo correcto, pues de no ser así, el funcionario no permitiría ni mucho menos incitaría a esa conducta.

El argumento no puede acogerse pues, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, rec. 2468/2015, precisamente en el ámbito del Derecho de la Competencia y conforme " con reiterada jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea, recogida en las sentencias de 18 de junio de 2010 (asunto T549/08 , apartado 71), 16 de septiembre de 2013 (asunto T-3/07 , apartado 53) y 18 de junio de 2014 (asunto T-260/11 , apartado 84), y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expresada en sentencias de 18 de julio de 2007 (asunto C213/06, apartado 33) y 26 de enero de 2017 (asunto C-611/13 , apartado 44), que ha



sido seguida por esta sala en sentencias de 7 de noviembre de 2016 (recurso 1047/2016) y 28 de noviembre de 2016 (recurso 699/2016), el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima exige que concurren tres requisitos acumulativos, en primer lugar, la Administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes que emanen de fuentes autorizadas y fiables, en segundo lugar, estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen, y en tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables."

En el presente caso es evidente que las prácticas realizadas no eran conformes con las normas de competencia cuando había que ocultarlas mediante el empleo de cuentas de correo Webmail, creadas expresamente para la gestión secreta del sistema de apoyos. Otro dato que lo revela era la petición de que el presupuesto de apoyo remitido entre las empresas fuera en correo distinto al correo que éstas remitían al ministerio de que se tratase.

Por lo tanto, en ningún caso puede afirmarse que las conductas sancionadas tuvieron amparo alguno en actuaciones o signos proporcionados por la Administración pues no podía conocer dado el carácter secreto de su actuación que la aportación de un tercer o cuarto presupuesto para la consecución de una mejor oferta económica estuviera pactada de antemano.

DECIMOSEGUNDO.- Finalmente, denuncia la falta de motivación y de proporcionalidad de la sanción.

La resolución sancionadora parte de los criterios sentados en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013.

La citada sentencia interpreta el artículo 63.1 de la LDC de la siguiente manera:

El 10% al que se refiere la ley no debe interpretarse como un límite extrínseco que se aplica a posteriori, una vez calculada la sanción, ya que esta práctica genera un sesgo al alza al situarse muchas multas en el 10% del volumen de negocios total de la empresa, sino que constituye el límite superior de un arco sancionador dentro del cual se situará la multa en función de la gravedad de la conducta. Por lo tanto, el 10%, por tanto, debe quedar reservado a las infracciones más graves.

El volumen de negocios al que se refiere el artículo 63.1 de la LDC debe entenderse como el volumen de negocios total de la empresa infractora. Esto es, en todas las actividades económicas en las que la empresa participe, independientemente de cual sea el mercado de producto y geográfico afectado por la infracción buscando el necesario equilibrio entre la proporcionalidad y el carácter disuasorio de las sanciones.

Por lo tanto, a raíz de la sentencia del TS de 29 de enero de 2015 y otras posteriores, la CNMC tuvo que establecer un nuevo método de determinación de sanciones de acuerdo con los anteriores criterios.

En el presente caso tras destacar que la conducta constitutiva de cartel constituye una infracción muy grave advierte la resolución sancionadora, siguiendo al Tribunal Supremo que:

Como infracción muy grave le corresponde 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.

Tras determinar el volumen de negocios total de la empresa infractora en 2015, 2.325.002 euros, tiene en cuenta que el mercado afectado por la conducta infractora es el de servicios de mudanzas internacionales tanto las de origen/destino en España prestados a funcionarios de la Administración española, como las que tienen lugar entre países distintos de España, a empleados de organismos internacionales y de administraciones extranjeras, empresas privadas y particulares si bien estas en menor medida.

En cuanto al alcance de la conducta, la resolución valora que durante el periodo en que se han desarrollado las conductas infractoras, la cuota del mercado de mudanzas internacionales afectado por la infracción ha sido significativa porque se ha acreditado que el cártel incrementó los precios y mantuvo un nivel de precios elevados en este mercado durante los años de vigencia de los acuerdos. Explica que las empresas sancionadas 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.

Por otra parte, las prácticas analizadas tienen alcance nacional y son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario por el encarecimiento del coste que debe soportar la Administración y, en última instancia, los ciudadanos, que también resultan perjudicados como contribuyentes que deben asumir una mayor carga a través de sus impuestos.



Se refiere la resolución sancionadora a la forma de organización de los acuerdos, explicando que cada empresa participante en los acuerdos 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 participaban otras empresas del Acuerdo ello permitía precios más altos y si había empresas ajenas al cártel los precios eran más bajos. Los supuestos competidores, una vez designado el ganador para cada contrato previsto, presentaban ofertas por encima de un determinado importe acordado, generando así la apariencia de que la oferta del adjudicatario era la más competitiva. Además, la actuación del cártel se materializó, con compensaciones dinerarias y no dinerarias, empleo de cuentas de "webmail" creadas a tal efecto, y mediante un sistema de gestión, control y seguimiento de las actuaciones de las empresas del cártel. Se intentó también impedir o 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.

La resolución sancionadora tiene en cuenta estos factores -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, organización de los acuerdos, etc, para, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, establecer la densidad antijurídica de la conducta.

Considera así que el tipo sancionador global en este caso debe situarse con carácter general en el 5,0%, sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

A partir de ahí, para individualizar la sanción tiene en cuenta la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción, es decir, la facturación de las infractoras en el mercado de prestación de servicios de mudanzas internacionales, durante el periodo en el que se ha acreditado para cada empresa su participación como de la intensidad de su participación en ella, conforme al art. 64, 1, a y d de la Ley 15/2007.

En el caso de MUDANZAS LA TOLEDANA S.L. se le atribuye una cuota de participación en la conducta del 0,90% que es la que corresponde a su volumen de negocio en el mercado afectado por la infracción.

Se ha aplicado un beneficio ilícito potencial a partir de un hecho que la actora no cuestiona y es que el cártel incrementó los precios y los mantuvo 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.

Por lo demás, no contempla la ley 15/2007 que pretende un efecto disuasorio con la imposición de la sanción, la apreciación de atenuante alguna ante la situación financiera de la empresa.

Tampoco advertimos infracción alguna por no apreciar la atenuante de "La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas" pues estas se realizaron efectivamente y el hecho de atender los requerimientos de la CNMC durante la instrucción del procedimiento sancionador no supone sin más "la colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia" como atenuante para reducir la sanción.

Sostiene también la existencia de un trato discriminatorio respecto de GIL STAUFFER porque LA TOLEDANA, al igual que aquella, es una empresa multiproducto y ello debería haberse tenido en cuenta para individualizar su importe en este caso concreto, pues tan sólo debería atenderse al volumen de ventas de los servicios de mudanzas internacionales de funcionarios públicos, y más concretamente a los llevados a cabo en relación con los Ministerios de Educación, Defensa y Exteriores.

Sin embargo, no es eso lo que se deduce de la prueba practicada, como se ha expuesto y mientras que el volumen de negocio en el mercado afectado es de 95.510 euros en el caso de GIL STAUFFER, es de 3.770.199 euros en el caso de Toledana por lo que se asigna una cuota de participación en la conducta de 0,02% mientras que la de TOLEDANA es del 0,90%. Por esa razón, el tipo sancionador de una y otra es diferente y de ahí la sanción de 12.747 euros a GIL STAUFFER y de 116.250 euros a TOLEDANA.

No apreciamos, por ello, falta de motivación de la resolución sancionadora ni infracción de los criterios establecidos en el art. 64 a los que expresamente se sujeta porque hay en ella una referencia expresa a la configuración del mercado, a sus características y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de 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 5.0%.



En definitiva, no 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.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

DECIMOTERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de **MUDANZAS LA TOLEDANA, S.L.** 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 116.250 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 conforme a derecho en cuanto a la sanción impuesta a la actora.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

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.