



Roj: **SAN 2925/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2925**

Id Cendoj: **28079230062021100300**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/06/2021**

Nº de Recurso: **498/2016**

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: 0000498 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 5816/2016

Demandante: TRANSFEREX S.A

Procurador: D. FERNANDO GARCÍA SEVILLA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE 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. 498/16 promovido por el Procurador D. Fernando García Sevilla, en nombre y representación de **TRANSFEREX S.A** contra la resolución de 6 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 190.733 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 anule la resolución que se combate y especialmente la multa impuesta a nuestra representada, por ser disconforme a Derecho, con orden de devolución de la cantidad abonada por mi representada en concepto de multa (190.733 €) más los intereses correspondientes, y todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la CNMC por imperativo legal y por temeridad y mala fe."

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 25 de abril de 2017, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, 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.

Mediante diligencia de ordenación de la misma fecha se fijó la cuantía del recurso en 190.733 euros.

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

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

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 190.733 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:

16. TRANSFEREX, S.A., 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:

TRANSFEREX, S.A.: 190.733 euros

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

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

1. El día 17 de octubre de 2014, la Dirección de Competencia inició una información reservada, con el fin de determinar con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador por conductas anticompetitivas. En el marco de esa información reservada, la DC realizó una investigación interna, recopilando información de internet como es el caso de un tríptico publicitario de la empresa CABALLERO, el contenido de un blog en el que una funcionaria de un ministerio describía su experiencia con las mudanzas, así como una relación informativa de empresas de mudanzas que habitualmente prestan sus servicios en la Administración General del Estado.

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



3. El 20 de febrero de 2015, la Dirección de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador S/DC/0544/14 contra SIT GRUPO EMPRESARIAL, S.L.; CABALLERO MOVING, S.L.; MUDANZAS FLIPPERS INTERNACIONAL, S.L.; TRANSFEREX, S.A.; MUDANZAS DAVILA, S.A.; EURO MONDE, S.L.; AGS MUDANZAS INTERNACIONALES, S.L.; LA TOLEDANA, S.L.; LA VASCONGADA, S.L.; SANCHO ORTEGA INT., S.A.; HASENKAMP RELOCATION SERVICES SPAIN, S.L.; INTERDEAN, S.A.; GIL STAUFFER MADRID, S.L.; MUDANZAS MERIDIONAL, S.L.; MUDANZAS MUNDIVAN, S.L.; TRANSPORTES FLUITERS, S.L.; MUDANZAS RUMBO, S.A.; GRUPO AMYGO, S.A.; EDICT, S.L. y PROCOEX MUDANZAS, S.L., por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistentes en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el procedimiento de presentación de ofertas o presupuestos en el mercado español de prestación de servicios de mudanzas internacionales.
4. Durante la fase de instrucción del expediente sancionador, la DC realizó diversos requerimientos de información a empresas de mudanzas y diversos organismos públicos.
5. El 10 de junio de 2015, tuvo entrada solicitud verbal de reducción de importe de multa de la empresa INTERDEAN, ampliada posteriormente en fechas 17 y 30 de julio de 2015.
6. Con fecha 3 de diciembre de 2015, la Dirección de Competencia formuló el Pliego de Concreción de Hechos que fue debidamente notificado a las partes a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen oportunas.
7. Con fecha 8 de marzo de 2016, la Dirección de Competencia acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento.
8. El 14 de marzo de 2016, la Dirección de Competencia formuló Propuesta de Resolución, siendo notificada a las partes interesadas.
9. El día 11 de abril de 2016, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución y se remitió el expediente al mismo para su resolución.
10. El 19 de mayo de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información relativo al volumen de negocios de ORTEGA, INTERDEAN, PROCOEX y DÁVILA que fueron aportados.
11. El 19 de mayo de 2016, se acordó por la Sala de Competencia de la CNMC, la remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta, la cual tuvo lugar el 20 de mayo de 2016, lo que supuso la suspensión con tal fecha del plazo máximo para resolver el expediente, lo cual fue notificado a las interesadas. Superado el plazo previsto en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, la suspensión acordada se levantó con fecha 20 de junio de 2016, continuando el cómputo del plazo para dictar resolución.
12. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 6 de septiembre de 2016.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, TRANSFEREX, del siguiente modo:

TRANSFEREX tiene por objeto social, entre otros, actuar como agente de transporte de mercancías, utilizando a tal fin todos los medios necesarios, ser expedidores y receptores de toda clase de mercancías, y actuar como estibadores, consignatarios, y en general realizar todas las operaciones relacionadas con el transporte de mercancías, sin perjuicio de la obtención de las autorizaciones administrativas que en su caso procedan. Realizar servicios de mudanza y guardamuebles, ser subastadores, importadores o exportadores, y suministrar, bien como empresarios o como agentes, toda clase de servicios relacionados directa o indirectamente con el transporte y la negociación de mercancías de todo tipo.

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 cubir 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 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 cubicaje, 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 cubicaje, 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).

(IV) 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 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.- De limitado 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.

En el caso de TRANSFEREX, S.A., se le imputa su participación en el cártel desde al menos octubre de 2004 y hasta noviembre de 2014.

SEXTO.- En su demanda, la parte recurrente plantea los siguientes motivos impugnatorios.

En primer lugar, denuncia la caducidad del procedimiento sancionador conforme al art. 38.1 de la Ley 15/2007, por falta de motivación y justificación del acuerdo de 19 de mayo de 2016, relativo a la suspensión del plazo para resolver ante la remisión a la Comisión Europea del informe propuesta.

Expone que, si la incoación del expediente sancionador se produjo el 20 de febrero de 2015, la resolución final del mismo debió adoptarse como fecha límite el 20 de agosto de 2016 (18 meses) siendo así que la resolución de 6 de septiembre de 2016 que puso fin al procedimiento sancionador se le notificó el 13 de septiembre de 2016.

A su juicio, los 30 días de suspensión desde el Acuerdo de 19 de mayo de 2016 por el cual se acordaba remitir a la Comisión Europea el informe propuesta no interrumpen el plazo para que entre en juego el instituto de la caducidad porque la remisión a la Comisión Europea de dicho informe no es necesaria ni preceptiva en este tipo de procedimientos, de ahí que no tuviera contestación alguna por aquella. Además, en el Acuerdo de suspensión se alega en contra de lo previsto en el art. 37.2 c), los arts. 101 y 102 del Tratado y no los preceptos 81 y 82 del mismo y carece de motivación alguna que justifique la suspensión del procedimiento.

En segundo lugar, entiende que se ha producido la caducidad del expediente sancionador por el tiempo transcurrido entre el inicio de la información reservada y el acuerdo de incoación del expediente ya que en realidad, la labor instructora de la CNMC se inicia el 17 de octubre de 2014, fecha en la cual por la Dirección de Competencia se inicia la "información reservada", que finaliza el 20 de febrero de 2015, cuando la CNMC después de haber realizado la casi totalidad de la investigación e instrucción del presente expediente, procede a acordar la incoación del expediente sancionador.



Reconoce que el art. 38.1 en relación con el 36.1 de la Ley 15/2007, establece que el plazo máximo para resolver se cuenta a partir de la fecha del Acuerdo de incoación del expediente, pero obviamente entendemos que dicho supuesto es de aplicación para casos en los que la denominada "información reservada" se realiza en breves periodos de tiempo, y no cuando se sobrepasan los cuatro meses en dicho trámite como aquí ha sucedido.

En cuanto al fondo, censura la resolución recurrida porque la cuantía de la multa se ha fijado con arreglo a los criterios establecidos en la "comunicación de sanciones de 2009", y por tanto, siguiendo un método de cálculo no conforme a Derecho con arreglo al criterio adoptado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015, rec. 2872/13, reiterado en otras posteriores.

Por ello, la multa impuesta es ilegal y nula, al no haberse aplicado correctamente los arts. 62, 63 y 64 de la Ley 15/2007 en su interpretación establecida por el Tribunal Supremo.

Considera que el método utilizado por la CNMC establece un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente solo a modo de correctivo el correspondiente porcentaje del volumen de negocios, y por lo tanto en contra del criterio del TS, la CNMC sigue aplicando su comunicación de 6 de febrero de 2009 a la hora de cuantificar las sanciones.

Además, no se ha tenido en cuenta el periodo temporal en que "TRANSFEREX S.A." ha formado parte del cártel y ha permanecido en el mismo, ni tampoco la importancia y grado de actividad de la empresa. El beneficio ilícito se ha determinado mediante una mera presunción.

SEPTIMO. - Entrando en el análisis del primer motivo del recurso no cabe apreciar la caducidad del procedimiento sancionador por ninguno de los dos motivos invocados.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de abril de 2018, rec. 608/2016 ha rechazado "las suspensiones ficticias, aquellas que se utilizan "como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente".

Pero, en este caso, no existen elementos que permitan sostener que la información solicitada, y la consiguiente suspensión acordada, fuese fraudulenta por entender que tan solo trataba de alargar el plazo de resolución del procedimiento para evitar la caducidad del procedimiento.

Así, el art. 37.2 c) de la Ley 15/2007 establece la suspensión del procedimiento:

c) Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado con respecto a una propuesta de resolución en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

Eso es lo que hizo la CNMC mediante acuerdo de 19 de mayo de 2016, que dispuso remitir a la Comisión Europea la información citada, en el marco de la cooperación que el citado Reglamento impone a la autoridad nacional de competencia respecto de la Comisión poniendo a esta en antecedentes de la decisión que iba a adoptar. La Comisión dispone de un plazo de treinta días naturales para hacer cualquier sugerencia a la autoridad nacional, requerir información adicional etc. Se trata de una obligación que impone el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 y a la que da cobertura específica el art. 37.2 c) del Ley 15/2007 y no requiere por ello mayor motivación. Tampoco hay error en la cita de los preceptos, pues los arts 101 y 102 del TFUE invocados son los antiguos arts 81 y 82 del TCE.

Por esa razón, remitido el informe propuesta a la Comisión el plazo de tramitación del expediente sancionador queda en suspenso entre tanto, conforme a lo dispuesto en el art. 37.2.c) levantándose la suspensión el 20 de junio de 2016 y reanudándose el computo del plazo máximo de duración del procedimiento que finalizaba el 19 de septiembre de 2016 (folio 28969) y notificada la resolución sancionadora a la entidad recurrente el 13 de septiembre de 2016, (folio 29.237.10) es evidente que se hizo dentro de plazo.

Tampoco cabe computar el tiempo de duración de la información reservada a efectos del plazo máximo de caducidad del procedimiento sancionador.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2016, rec.617/2016 recuerda que " *los pronunciamientos jurisprudenciales de esta Sala, en la materia específica que nos ocupa de expedientes sancionadores seguidos por la CNC por conductas contrarias a la LDC, han mantenido el criterio de que el dies a quo del cómputo del plazo de caducidad debe situarse, de conformidad con lo que dispone el artículo 36.1 LDC , y con lo que establecía en igual sentido el artículo 56.1 LDC de 1989 (en la redacción dada por el artículo 100*



de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre), en la fecha de incoación del procedimiento, y no en el comienzo o en cualquier otro momento de la información reservada.

En este sentido, la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2007 (recurso 1907/2005), recuerda que el procedimiento sancionador propiamente dicho es el único sujeto a las exigencias de caducidad por la LDC, sin que sea admisible que la duración de la fase preliminar a la incoación del expediente sea acumulable a los plazos señalados por la LDC para el procedimiento.

En igual sentido, las sentencias de esta Sala de 14 de junio de 2013 (recurso 3568/2010) y 30 de septiembre de 2014 (recurso 4327/2011), reiteran que el día inicial del cómputo del plazo de caducidad es la fecha de incoación del procedimiento sancionador, y que el instituto de la caducidad no es aplicable a la fase preliminar de investigación.

A su vez, nuestra sentencia de 24 de noviembre de 2014 (recurso 4816/2011) señalaba que la " información reservada " tiene su propia regulación legal en el artículo 36.3 de la Ley 16/1989 (ahora en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007), como fase previa a la iniciación del expediente sancionador, y no queda sujeta a plazos de caducidad, sin que la voluntad legislativa de no imponer una duración máxima del plazo a este género de diligencias preliminares pueda ser combatida con la mera cita del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), pues aquel principio no se vulnera porque unas determinadas actuaciones de investigación se desarrollen durante un período temporal u otro, excluidas como están del régimen de caducidad aplicable a los verdaderos procedimientos sancionadores."

Por lo tanto, no se computa la información reservada en el plazo de caducidad siendo evidente que incoado el expediente sancionador el 20 de febrero de 2015, los 18 meses más las suspensiones hacían que el procedimiento finalizase el 19 de septiembre y la resolución sancionadora se dictó el 6 y notificó el 13 de septiembre dentro del plazo habilitado para ello.

OCTAVO.- La entidad recurrente no cuestiona los hechos antes descritos, su participación en ellos ni la calificación jurídica de la conducta. Únicamente la infracción de los arts 62, 63 y 64 LDC por inaplicación de los criterios fijados por el Tribunal Supremo en la cuantificación de la multa ya que considera que la sanción se ha impuesto con arreglo a la denominada Comunicación de multas de 2009 que fue anulada por aquel.

Lo cierto es que 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, 3.467.875 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 TRANSFEREX S.A. se le atribuye una cuota de participación en la conducta del 1,60% 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.

Se le ha aplicado por último una agravante, conforme al art. 64.2.d) de la Ley 15/2007 al no facilitar y borrar el contenido de las cuentas Webmail que empleaba para la realización de las conductas, según se describe en el Acta de la inspección en su sede (folios 123 y 125) que la actora no cuestiona pues se encuentra plenamente acreditada.

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 5.50%.



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.

NOVENO.- 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. Fernando García Sevilla, en nombre y representación de **TRANSFEREX S.A** contra la resolución de 6 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 190.733 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.