Roj: **SAN 4828/2021** - **ECLI:ES:AN:2021:4828**

Id Cendoj: **28079230062021100495**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **12/11/2021**
Nº de Recurso: **91/2016**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000091 /2016

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **762/2016**

Demandante: **ABC ARQUITECTURA MODULAR, S.L.**

Procurador: **D. GABRIEL DE DIEGO QUEVEDO**

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA**

S E N T E N C I A Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. 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 doce de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **91/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y en representación de la mercantil **ABC ARQUITECTURA MODULAR, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 3 de diciembre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador NUM000 , CONSTRUCCIONES MODULARES, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 144.241 euros por la participación en la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala se dicte sentencia por cual se:

"...declare la nulidad de la sanción impuesta a ABC CONSTRUCCIONES MODULARES, S.A.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO: y subsidiariamente, que para el hipotético supuesto de que la Sala no dicte sentencia declarando la nulidad íntegra de la Resolución recurrida o de la sanción impuesta, procede limitar dicha infracción al periodo comprendido entre enero/febrero de 2009 y septiembre de 2009, reduciendo en consecuencia la multa, y siempre en términos que respondan al criterio de proporcionalidad, así como a los criterios establecidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

OTROSÍ TERCERO DIGO: subsidiariamente, que en el supuesto de la Sala no acogiese ninguno de los anteriores pedimentos, procede en todo caso reducir por desproporcionada la multa impuesta a mi mandante para adecuarla al principio de proporcionalidad y a los criterios establecidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ".

SEGUNDO. El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 15 de septiembre de 2021.

Siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, ABC ARQUITECTURA MODULAR, S.L. impugna la resolución dictada en fecha 3 de diciembre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM000 CONSTRUCCIONES MODULARES, que le impuso una sanción de multa por importe de 144.241 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en la participación en el cártel de reparto de las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, de reparto de clientes y fijación de precios para el suministro de construcciones modulares. Acuerdos que se han calificado como infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 por cuanto las conductas anticompetitivas realizadas por las empresas sancionadas están prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007 y en el artículo 101 del TFUE.

La parte dispositiva de la citada resolución, recaída en el expediente NUM000 CONSTRUCCIONES MODULARES, es 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 , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.*

SEGUNDO. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

1. ABC ARQUITECTURA MODULAR, S.L. (ABC) por su participación en el cártel de reparto de las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, de reparto de clientes y fijación de precios para el suministro de construcciones modulares en la zona Levante desde 2008 hasta enero de 2012.

(...)

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

1. ABC ARQUITECTURA MODULAR, S.L. una multa de 144.21 euros".

La CNMC ha considerado que las conductas sancionadas han tenido lugar entre empresas competidoras que operan en el mismo mercado como es el del suministro, venta y/o alquiler de construcciones modulares. Conductas que, según la CNMC, implican *"evidencias suficientes de la existencia de un plan común, desarrollado en cada una de las zonas territoriales afectadas, destinado a limitar la política comercial de las empresas participes, determinando sus pautas de acción o abstención en el mercado"*. Y esas evidencias suficientes, según refiere la resolución impugnada, se deducen de " *la existencia de múltiples contactos bilaterales o/*

y multilaterales entre los partícipes en el cártel, en forma de reuniones presenciales, llamadas o correos electrónicos, destinados a desvelar el comportamiento que se pretende seguir en el mercado del suministro de construcciones modulares, al objeto de manipular el normal desarrollo de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados así como repartirse clientes y fijar precios". Y se añade que: " *Estas evidencias incluyen la información aportada por ALGECO en su solicitud de exención recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de ABC, DRAGADOS, REMSA y BALAT, la información facilitada por BALAT en su solicitud de reducción y las contestaciones a los requerimientos de información realizados a las empresas incoadas, a organismos públicos, a clientes de las mercantiles incoadas y a otras empresas del sector"*.

Por todo ello, la CNMC considera que se ha acreditado la existencia de un cártel que operaba en las siguientes zonas:

-Zona de Levante en relación con las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como el reparto de clientes y la fijación de precios para el suministro de construcciones modulares desde 2008 a noviembre de 2012.

-Zona Sur en relación con las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como el reparto de clientes y la fijación de precios para el suministro de construcciones modulares desde 2008 hasta abril de 2013, con efectos hasta septiembre de 2013, dado el plazo de ejecución de la última licitación afectada.

-Zona de Cataluña vía acuerdos bilaterales entre dos empresas competidoras, ALGECO y DRAGADOS para la fijación de precios y el reparto de clientes públicos y privados en el año 2012.

-Zona Centro y Norte al objeto de fijar precios y repartir clientes públicos y privados desde 2010 hasta mayo de 2013 con efectos hasta junio de 2014, dado el plazo de ejecución de la última licitación afectada.

Y la CNMC destaca que en las conductas colusorias desarrolladas por las empresas competidoras se dan las notas de continuidad, complementariedad y coordinación entre sí que justifican que el conjunto de actuaciones y practicas desarrolladas por los partícipes en el cártel se califiquen como una infracción única y continuada que se prolonga desde 2008 hasta mayo de 2013, con efectos hasta junio de 2014.

Refiriendo, además, la resolución sancionadora que: *"...como resultado de los acuerdos alcanzados por las empresas participes en el cártel, las mismas gozan de un injustificado conocimiento respecto de elementos estratégicos de la oferta a realizar por sus teóricas rivales respecto de clientes públicos y privados, perjudicando a estos respecto de los costes que debían soportar a la hora de proveerse de las construcciones modulares que demandaban en el mercado. Los precios ofertados por las empresas participes eran elevados artificialmente en relación a los que hubieran ofrecido en ausencia de la coordinación previa que precedía a las licitaciones o reparto de clientes, al beneficiarse del conocimiento y la constatación de que otras empresas teóricamente competidoras iban a ofrecer condiciones específicamente acordadas para que la empresa previamente designada resultara adjudicataria de la licitación o lograra un determinado cliente"*.

En relación con la mercantil ahora recurrente, la resolución sancionadora le imputa una infracción única y continuada atendiendo a su participación en la zona Levante desde el año 2008 hasta 2013. Y añade que: *"ABC integra un grupo de empresas, siendo la sociedad matriz AGRO INMOBILIARIA, S.L., empresa holding a la que pertenece en un porcentaje del 76,93%. Con domicilio social en la Pobla de Vallbona (Valencia), ABC cuenta con 4 delegaciones: la Delegación Centro en Toledo, la Delegación Cataluña en Barcelona, la Delegación Alicante y la Delegación Baleares en Palma de Mallorca, concentrando su actividad en seis Comunidades Autónomas (Comunidad Valenciana, Murcia, Islas Baleares, Cataluña, Madrid y Castilla-La Mancha). Su objeto social es la fabricación, venta y alquiler de módulos prefabricados, contenedores, la construcción completa de todo tipo de edificios, la realización de instalaciones en general, etc."*.

SEGUNDO. Entendemos conveniente para un mejor análisis y entendimiento de la conducta infractora imputada destacar las razones recogidas en la resolución sancionadora en relación con el mercado de producto afectado y con el mercado geográfico afectado.

Así, según la CNMC: *"El mercado de producto relevante afectado por las conductas objeto de investigación en este expediente sancionador es el mercado del suministro, venta y alquiler de construcciones modulares. Las construcciones modulares son estructuras basadas en una unidad de construcción modular o módulo o en la combinación de varios módulos, que se utilizan como estancias temporales o permanentes. Tradicionalmente, las construcciones modulares eran adquiridas por las empresas constructoras para instalarlas a pie de obra y utilizarlas como oficinas o vestuarios temporales para trabajadores. Sin embargo, en la actualidad, las construcciones modulares se utilizan en una multiplicidad de actividades, dando respuesta a requerimientos de habitabilidad y uso de todo tipo, que van desde las tradicionales construcciones (temporales o definitivas) en el marco de obras, a las construcciones destinadas a colegios, oficinas de negocios, hoteles, espacios sociales, alojamientos, almacenes, hospitales, barracones para el ejército, etc., pues ofrecen una mayor flexibilidad al*

usuario, un periodo de instalación o construcción inferior y la posibilidad de reutilizarlas en otros lugares y para finalidades distintas de las inicialmente previstas. (...) La construcción modular se caracteriza porque se puede desmontar y reubicar, de ahí que las empresas en dicho sector no sólo se dediquen a su construcción, sino también a su venta y alquiler, dadas las posibilidades de reutilización. El sistema de pre-ensamblaje de la construcción modular permite que pueda ser trasladada y ensamblada a otra ubicación, con un mínimo impacto. El alquiler de módulos de construcciones modulares normalmente está estandarizado en varios modelos como oficinas, vestuarios, sanitarios, y se dispone de una tarifa de precios diferente tanto por cliente como por zona geográfica o duración del alquiler. Por todo ello, el mercado de las construcciones modulares incluye su suministro (venta) así como el alquiler".

En cuanto a la determinación del mercado geográfico afectado, la resolución sancionadora expone: *"El concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. En los precedentes nacionales se incidía en aspectos que determinaban un ámbito geográfico nacional, pues los principales oferentes del mercado suministran estos productos por todo el territorio español a través de delegaciones/depósitos y que gran parte de los clientes contratan a nivel nacional, entre ellos y especialmente, las Administraciones Públicas por medio de licitaciones públicas, tanto el suministro (venta) como el alquiler de módulos para construcciones modulares. Sin embargo, dado que las diferentes Administraciones Públicas al publicitar sus licitaciones establecen condiciones de licitación y técnicas que difieren de unas Comunidades Autónomas (CCAA) a otras y que para las empresas que operan sólo a nivel regional es un elemento determinante el coste añadido que supone el traslado de módulos de una región a otra, en régimen de compra o alquiler, los hechos acreditados constatan que el cártel se estructuró en zonas, en función precisamente de los acuerdos de reparto de licitaciones y clientes adoptados por las empresas participantes en el cártel. No obstante, aunque el mercado está atomizado y en cada región actúan varias empresas locales o regionales que disponen de parque de alquiler propio y venden y/o alquilan módulos en una zona geográfica concreta, debido a los costes de transporte que supone desplazar los módulos de una región a otra, existen empresas que venden y alquilan por todo el territorio nacional, a través de delegaciones, operando dichas empresas en todo o gran parte del mercado nacional, sin que sus actividades se vean limitadas a un único mercado regional. En concreto, respecto de las empresas incoadas, de acuerdo con la información aportada por éstas en contestación a los requerimientos de información realizados y la información pública incorporada a este expediente, se constata que:*

-ABC concentra sus actividades en seis CCAA: Valencia, Murcia, Islas Baleares, Cataluña, Madrid y Castilla-La Mancha.

-ALGECO tiene delegaciones en Galicia, Madrid, Vizcaya, Cataluña, Valencia, Andalucía, Islas Baleares y Canarias, dando cobertura a todo el territorio nacional.

- BALAT posee una red comercial que abarca casi todo el territorio nacional con delegaciones en Cataluña, Andalucía, Galicia, Madrid, Navarra, Valencia, País Vasco y Aragón.

-DRAGADOS realiza las actividades referentes a la construcción modular desde la delegación CARACOLA, con implantación en Madrid, Andalucía, Cataluña y Valencia.

-ALQUIBARSA, con sede en MURCIA, desarrolla su actividad en la zona centro, seguido de manera residual en Andalucía y Cataluña.

-REMSA si bien centra el 80% de su facturación en Andalucía y Extremadura, ha ampliado su ámbito de actuación a Castilla-La Mancha y Valencia.

-BRUN, con sede en Asturias y delegaciones en Galicia y Santander, opera a nivel nacional.

-Centran su actividad en la zona Norte las empresas ARLAN, ETXEKIT, NORTE y SISTEMAS MODULARES GOIKOA.

Teniendo en cuenta las conductas colusorias analizadas se delimita el ámbito de estas prácticas por las zonas demarcadas por las empresas participantes en este cártel, distinguiéndose las siguientes zonas:

a) Levante, que incluye las CCAA de Valencia y Murcia, en la que actúan ABC, ALGECO, ALQUIBARSA, BALAT, DRAGADOS, SUMINISTROS MIRCOMAR, S.L. (MIRCOMAR), MIRCOMODUL, NORMETAL, JAHUEL, S.L. (JAHUEL) y REMSA.

b) Zona Sur (Andalucía), en la que actúan ALGECO, BALAT, DRAGADOS y REMSA.

c) Cataluña, en la que actúan ALGECO, DRAGADOS y HUNE.

d) Zona Norte y Centro, que incluye las CCAA de Galicia, País Vasco, Aragón y Castilla-La Mancha, en la que actúan ABC, ALGECO, ARLAN, BALAT, BRUN, DRAGADOS, ETXEKIT, SISTEMAS MODULARES GOIKOA y NORTE.

Así pues, en este expediente el mercado geográfico afectado se circunscribe al mercado español, teniendo en cuenta las prácticas anticompetitivas consistentes en el reparto de las adjudicaciones de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como el reparto de clientes y la fijación de precios para el suministro, venta y/o alquiler, de construcciones modulares en las CCAA de Valencia, Murcia, Cataluña, Aragón, Galicia, País Vasco, Andalucía y Castilla-La Mancha".

TERCERO. En el escrito de demanda presentado por la parte recurrente se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada y ello en virtud de los siguientes razonamientos.

1. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia. No hay pruebas evidentes de que participara en la adopción de los acuerdos colusorios sancionados ni de que conociera la existencia de los pactos ilícitos sancionados y ello porque, a su juicio, la CNMC apoya su imputación en las declaraciones y en los documentos aportados por el solicitante de clemencia. En este sentido refiere que la declaración del solicitante de clemencia carece de virtualidad para fundamentar su participación en el cártel ya que su única finalidad es la de obtener la exención en la sanción de multa y, por ello, la prueba aportada puede no ser coincidente con lo realmente sucedido. Asimismo, destaca que el valor probatorio queda, además, disminuido, en este caso, porque las manifestaciones y declaraciones ante la DC se realizaron por el abogado de ALGECO y no por los directivos que presuntamente fueron los que intervinieron en las conversaciones y acuerdos.

2. La zonificación geográfica realizada por la CNMC es, a su juicio, incorrecta. Entiende que hubiera sido más ajustado a la realidad establecer esas zonas por Comunidades Autónomas y, en su caso, debería quedar fuera de la zona de Levante la Región de Murcia pues su imputación afecta únicamente a la zona de Valencia.

3. Inexistencia de una infracción única y continuada porque niega la existencia de un plan conjunto y preconcebido. En este sentido sostiene que su imputación ha sido por comportamientos autónomos de reparto de dimensión regional - Generalitat de Valencia- acordados en reuniones diferentes y sin conexión entre ellas.

4. No hay prueba de su participación en esa infracción única y continuada y, en su caso, es erróneo el periodo de imputación que le ha atribuido la CNMC que debería ser exclusivamente desde el mes de enero/febrero de 2009 hasta septiembre de 2009.

5. Indefensión porque en la propuesta de resolución no se le ha notificado la cuantía de la sanción de multa propuesta.

6. Caducidad del expediente sancionador porque no atribuye efectos suspensivos a la suspensión acordada por la DC en fecha 23 de mayo de 2014.

7. Finaliza refiriendo irregularidades en la determinación de la cuantía de la multa porque debió tenerse en cuenta el volumen de negocios de la empresa exclusivamente en cuanto afecta al mercado de la zona geográfica imputada.

8. Ausencia de proporcionalidad en la determinación del tipo sancionador realizando comparaciones en relación al fijado para otra empresa -ALQUIBALAT-.

CUARTO. Centrado el objeto y vistas las alegaciones de la recurrente entendemos oportuno analizar previamente los defectos formales invocados pues su estimación podría hacer innecesario el examen del resto de las alegaciones.

En primer lugar, invoca la caducidad del procedimiento porque se ha superado el plazo de los 18 meses de duración del procedimiento fijado en el artículo 36.1 de la LDC ya que no reconoce efectos suspensivos a la suspensión acordada en fecha 23 de mayo de 2014 como consecuencia del recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil BALAT contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 17 de enero de 2014 que no calificaba como comunicaciones abogado externo-cliente cierta documentación recabada en la inspección desarrollada en su sede. Suspensión que la DC acordó hasta que se resolviera por la Audiencia Nacional el incidente cautelar planteado en virtud de ese recurso contencioso administrativo. Suspensión que quedó sin efecto en fecha 8 de enero de 2015 cuando se notificó a los interesados el acuerdo de levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento tras desestimarse el recurso contencioso administrativo interpuesto por BALAT.

La postura de la recurrente es que esa suspensión implica infracción del artículo 37 de la LDC y no debe tenerse en cuenta a los efectos del cómputo del plazo máximo.

No compartimos la alegación de la recurrente porque no apreciamos ninguna irregularidad en la suspensión acordada toda vez que, el artículo 37.1.d) de la LDC permite acordar la suspensión en los casos de interposición

de un recurso contencioso administrativo. Recurso que finalizó con sentencia desestimatoria considerando que no se había vulnerado el derecho constitucional a la privacidad, secreto y confidencialidad del derecho de defensa y comunicación cliente- abogado y que la documentación recabada en la inspección realizada en la sede de BALAT no se encontraba amparada por la protección de las comunicaciones abogado-cliente y debía ser incorporada al expediente. Alzándose en este momento la suspensión acordada.

No apreciamos que la suspensión acordada por la DC haya sido abusiva; al contrario, entendemos que fue prudente que la DC acordara la suspensión a la espera de que la Sala de la Audiencia Nacional se pronunciara sobre la posibilidad de incorporar diversa documentación al procedimiento administrativo respecto de la cual se discutía su carácter confidencial. Por otra parte, es difícil concluir que la suspensión fue innecesaria y abusiva porque la DC no mantuvo la suspensión durante la tramitación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo interpuesto por BALAT contra la sentencia desestimatoria del recurso contencioso administrativo. Como ya hemos indicado el articulo 37.1.d) de la LDC solo menciona como supuesto que permite acordar la suspensión del procedimiento analizado en los casos de interposición de un recurso contencioso administrativo. Por tanto, no existe ningún dato que permita concluir que esa suspensión pueda calificarse como abusiva y, por tanto, puede producir efectos suspensivos.

QUINTO. Asimismo, invoca como defecto formal determinante de nulidad de la resolución sancionadora la vulneración de su derecho de defensa, en su vertiente del derecho a ser informado de la acusación, porque en la propuesta de resolución no se ha indicado cual era la sanción específica que se le podía imponer, privándole, con ello, de la posibilidad de alegar en cuanto a tal circunstancia.

Esta alegación tampoco puede prosperar. El artículo 34 del Reglamento de Defensa de la Competencia no exige que la propuesta de resolución contemple una sanción concreta. La determinación de la multa es una competencia que corresponde exclusivamente al órgano sancionador, y en ningún caso a la Dirección de Investigación que es el órgano instructor del expediente al que le corresponde elaborar una propuesta cuyo contenido determina el artículo 34 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia que señala que la *"propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio . Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución"*.

SEXTO. En cuanto al fondo debemos ahora relatar cual ha sido el mecanismo de actuación de las empresas competidoras que han sido sancionadas para luego analizar si esas conductas integran o no una infracción única y continuada que la mercantil recurrente niega porque, a su juicio, la CNMC no ha acreditado la existencia de un plan conjunto y preconcebido entre las empresas sancionadas. La recurrente señala, incluso, que la fijación por parte de la CNMC de zonas geográficas de actuación revela precisamente la falta de conexión entre las distintas zonas y ello impide apreciar una inflación única y continuada.

El mecanismo de actuación de las empresas sancionadas según ha constatado la CNMC, y que esta Sala acepta, permite anticipar que, aunque la responsabilidad se ha distribuido por zonas geográficas de actuación ello no impide que pueda apreciarse coincidencia en la forma de actuación de las empresas en las distintas zonas porque utilizan en todas ellas unos parámetros de actuación idénticos propiciados porque algunas de las empresas participantes, como ALGECO, DRAGADOS, BALAT y ABC, tenían delegaciones en todas o en casi todas las zonas geográficas lo que permitía establecer esa conexión que implica una actuación concertada con arreglo a un plan común.

En este sentido, entendemos que las empresas sancionadas (ABC, ALGECO CONSTRUCCIONES MODULARES, ALQUIBALAT, ALQUIBARSA, ARLEN, DRAGADOS y REMSA) aunque, su ámbito de actuación haya tenido lugar en distintas zonas geográficas que afectan a territorios de diversas Comunidades Autónomas (Valencia, Murcia, Andalucía, Cataluña, País Vasco, Aragón y Castilla-La Mancha), lo cierto es que han contribuido con su actuación a materializar un plan común fijado a través de los diversos y variados contactos mantenidos entre las empresas competidoras mediante la celebración de reuniones, o a través de correos electrónicos o llamadas de teléfono. Y ello con la finalidad de adoptar acuerdos relativos a los descuentos que podían aplicar o a las condiciones técnicas que podían presentar en las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados con el objetivo de que resultasen adjudicatarias de acuerdo con la estrategia adoptada por las empresas. Acuerdos que implicaban el reparto de clientes, la fijación de precios para el suministro, venta y/o alquiler de construcciones modulares, así como el pacto de no agresión para repartirse el mercado.

El mecanismo de actuación utilizado por las empresas sancionadas era análogo en todas las zonas afectadas. Cuando las empresas competidoras tienen conocimiento de las demandas de compra o de alquiler de construcciones modulares, bien por parte de las Administraciones Publicas o bien por parte de los operadores privados, inician los contactos a través de reuniones, con correos electrónicos o con llamadas de teléfono con el único objetivo de pactar los descuentos y/o las condiciones técnicas a ofertar para resultar adjudicatarios de las licitaciones públicas derivadas de las demandas por los operadores públicos o en las demandas efectuadas por los operadores privados. De esa forma se repartían el número de módulos a suministrar, garantizaban sus cuotas de mercado, pactaban precios mínimos y establecían acuerdos para repartirse clientes y garantizarse así su cuota de mercado, al menos, desde el año 2008 hasta el año 2013.

Conclusión ésta que alcanzamos a la vista del contenido de algunas de las reuniones celebradas entre las empresas sancionadas, así como del contenido de algunos de los correos electrónicos enviados. En este sentido destacamos los siguientes documentos:

- Correo electrónico enviado el 3 de junio de 2009 por ABC a ALGECO en el que se habla de "reparto de colegios 2009, "reparto indecente". Al que, además, se le acompaña un cuadro en el que consta el reparto de módulos entre ABC; ALGECO; BALAT; DRAGADOS; y REMSA (folios 815 y 816 del expediente administrativo).

-Reunión celebrada el 18 de junio de 2009 entre ABC y BALAT en la que se informa a BALAT del consenso entre ABC, ALGECO, DRAGADOS y REMSA aceptando que BALAT, dado el descuento presentado del 20% y por el que resultó seleccionada como firmante del Acuerdo Marco, identificara aquellos colegios y/o institutos públicos en los que estuviese interesada. (Folios 2305 y 13439 del expediente administrativo).

-Reunión celebrada en junio de 2009 entre el Director General de ALGECO con el Director General de ABC y con el responsable de construcciones modulares de DRAGADOS quienes se pusieron en contacto telefónico con el Director Territorial de la zona de Levante de ALGECO para trasladarle el acuerdo de reparto de centros escolares y que debía ponerse en contacto con los delegados territoriales de ABC, REMSA, DRAGADOS y BALAT para coordinarse con éstos a los efectos de repartirse los contratos de forma que cada empresa mantuviese su cuota de mercado (folios 1209 y 1210).

-Correo electrónico interno de la empresa ABC emitido en fecha 17 de julio de 2009, tras la publicación de la licitación de nuevos colegios el 15 de julio de 2009, en el que se valora el reparto de colegios por empresas y las bajas a aplicar en función de los acuerdos adoptados por el cártel diciendo:

"Lunes - Valencia 103 para ALGECO. Drace va con un 15% de baja.

Lunes - Soto Micó para ALGECO. Drace va con un 15% de baja.

Lunes - Héctor para DRACE. Drace va con un 19% de baja.

Lunes - Alcasset o para ABC o BALAT. Drace va con un 5% de baja.

Lunes - Faura. o para ABC o BALAT Drace va con un 5% de baja.

Lunes - Enová o para ABC o BALAT, Drace va con un 5 % de baja". (Folio 2001 del expediente administrativo)

-En los documentos "Desarrollo objetivo comercial 2009" de 29 de junio de 2009, y el "Informe Comercial", fechado el 28 de septiembre de 2009, se confirma el acuerdo alcanzado entre las empresas ABC, ALGECO, BALAT, REMSA y DRAGADOS al decir:

"DESARROLLO OBJETIVO COMERCIAL 2009"

(...) CIEGSA

ESTÁN EJECUTÁNDOSE RECOGIDAS POR FIN DE CONTRATO Y ALGUNAS DE ELLAS IMPORTANTES.

NOS HEMOS FIJADO UN OBJETIVO PARTICULAR EN ESTE CLIENTE:

1) COLOCAR AL MENOS MÁS DE 500 MÓDULOS EN EL NUEVO CONTRATO MARCO AL QUE HEMOS CONCURRIDO.

2) AUMENTAR LA RENTABILIDAD DE CADA ADJUDICACIÓN QUE NOS DEN MEDIANTE LA MENOR OFERTA DE MEJORAS EN LOS MONTAJES Y MENORES BAJAS EN LAS LICITACIONES.

PARA ELLO, POR PARTE DE ESTA DIRECCIÓN COMERCIAL, SE HA CONVOCADO DESDE PRINCIPIOS DE AÑO DIVERSAS REUNIONES CON SUS HOMÓNIMOS DE LAS DIFERENTES EMPRESAS QUE CONCURREN A DICHO ACUERDO MARCO: ALGECO, ALQUIBALAT, S.E.I.S., REMSA, NORMETAL Y MIRCOMÓDUL.

EL ACUERDO ENTRE LOS QUE HEMOS QUEDADO DENTRO DEL ACUERDO MARCO HA SIDO CONCRETAR QUÉ CENTROS DOCENTES NOS PREADJUDICAMOS ENTRE NOSOTROS, QUEDANDO REFLE JADO EN EL CUADRO ADJUNTO A FECHA DE HOY TODOS VAN CUMPLIENDO (...)".(Folios 1994 a 1999).

-Correo electrónico interno de DRAGADOS emitido en fecha 30 de marzo de 2010 que permite constatar los contactos entre ALGECO, ABC, BALAT, REMSA, MIRCOMODUL y DRAGADOS y los acuerdos adoptados por dichas empresas: *"En conversaciones con nuestra competencia paso a detallarte lo hablado, Empresas asistentes: Algeco, Balat, Abc, Remsa, Mircomodul, Seis.*

Se ha comentado que para entregar los sobres quedar el día 15-04-2010 con ellos abiertos para garantizar la trasparencia de lo que se va entregar y luego presentarlos juntos. En cuanto a lo ofertado se habla de entre 0% y 1% de baja y máximo 7 puntos en el técnico.

Yo propondría un segundo sobre por si ese día alguno se salta lo hablado poder presentar otro

Luego si esto sale negociaríamos volumen de módulos aunque más o menos se habla del mismo que el año pasado.

Te ruego lo comuniques a quién corresponda para que nos autorice o no, a entrar en esta negociación teniendo en cuenta la fecha del 15-04-2010."

-Correo electrónico interno de REMSA emitido en fecha 14 de junio de 2010 trasladando el contenido de la reunión celebrada ese mismo día: *"(...) te resumo la reunión celebrada hoy en Paterna.*

Asistentes.: JAHUEL, ABC, BALAT, ALGECO, MIRCOMUDUL, REMSA.

SEIS no ha asistido aunque respeta el acuerdo.

NORMETAL: No ha asistido y no participa en el acuerdo, quieren meter unos 250 módulos como sea.

Según [Directivo de ALGECO], este verano van a haber menos colegios para concursar, será a partir de Enero 2011 cuando saldrá un mayor volumen de aulas para concursar.

El acuerdo entre los asistentes ha sido el de cada vez que salga un colegio para concursar, bien reunirse o llamarnos para llegar a un acuerdo para el reparto".

-Reunión celebrada el 23 de noviembre de 2009, reflejándose en el correo electrónico interno de REMSA remitido ese mismo día tras dicha reunión los acuerdos adoptados respecto al alquiler de módulos, incluido el nombramiento del delegado en Valencia de ABC como mediador en el supuesto de incumplimiento de los acordado por dichas empresas, así como la entrada en vigor de este acuerdo con fecha 1 de diciembre de 2009:

"Buenas Tardes:

Os informo de la reunión mantenida esta mañana con ALGECO, ABC y BALAT y de los acuerdos adoptados.

Se ha comentado la problemática de los precios de alquiler que se están aplicando y que no llevan a ningún sitio, entrando en una guerra de precios absurda con una pérdida de rentabilidad y desgaste para todas las partes. Nadie está de acuerdo en entrar en dicha guerra, pero se deja claro por parte de todos que si no se llega a un acuerdo favorable para todas las partes, nadie se va a quedar con los brazos cruzados.

Al final y después de exponer cada cual sus puntos de vista, se llega a un acuerdo por parte de todos.

Se han tomado los siguientes acuerdos a falta de consultarlos y ratificarlos:

Se marcan unos precios mínimos por consenso de todas las partes que son los siguientes:

Precio mínimo alquiler módulo de 6 metros con y sin a/a vent. 90,00€/mes

Precio mínimo porte 98,00€

Precio mínimo montaje y desmontaje ensamble por módulo. 315,00€

Se nombra por acuerdo de todas las partes a [Delegado de ABC en Valencia], como persona mediadora, ante la noticia de una oferta más baja de lo acordado, para que se solucione dicha falta y llame al orden a la persona transgresora del acuerdo.

El acuerdo entraría en vigor el 1 de Diciembre, una vez ratificado por todas las partes y volveríamos a reunirnos a mediados de Marzo de 2.010 para ver cómo ha funcionado, mejorarlo si es posible y continuarlo.

En estos precios no entrarían los Acuerdos Marcos ya establecidos y en vigor, como son Bm3 con Algeco y Grupo San José con Alquibalat.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Con estos precios mínimos se ha valorado también la posibilidad de que otros alquiladores se aprovechen de la situación de estos precios para alquilar ellos a precios más bajos, los únicos que pueden entrar serían Alco y Cabisuar y si esto ocurriera ya se está pensando en hablar con ellos para intentar que entraran en el acuerdo y sacar mayor rentabilidad todos.

Si veis bien y conveniente el presente acuerdo o queréis realizar alguna matización al mismo, me gustaría me lo comentaseis para poderlo transmitir y para tratar de ratificar el mismo y que entrara en vigor en la fecha acordada."

-En fecha 23 de noviembre de 2009, BALAT reporta a través de un correo interno lo acordado en dicha reunión y el 1 de diciembre de 2009, fecha de inicio de implantación de los acuerdos adoptados, ABC envió un correo electrónico a BALAT para convocarle a una reunión al día siguiente al objeto de definir los precios a aplicar, siguiendo lo acordado en la reunión de 23 de noviembre:

"(...) mañana a las 16:30 horas, nos reuniremos para definir los precios que empezaremos a aplicar. Ya hable con [Técnico Comercial delegación Valencia de BALAT] confirmando fecha y hora.

Los precios serán los siguientes:

Módulos diáfanos de 6 metros con o sin aire: 70,00 euros

Módulos de 6 metros con aseos y/o ducha, sin importar la cantidad que lleve cada módulo: 90,00 euros.

Porte unitario: 98,00 (entrega y recogida seria el doble)

Ensamble y desensamble de 2 módulos: 630,00 euros.

Ensamble y desensamble de 3 módulos: 1.050,00 euros.

Los demás ensambles se calcularían proporcionalmente.

Si tienes cualquier duda llámame"

No cabe duda de que el contenido de los documentos antes reflejados es muy representativo y existen, por tanto, suficientes evidencias de la existencia de un plan común destinado a limitar la política comercial de las empresas partícipes, determinando sus pautas de acción o abstención en el mercado al objeto de manipular el normal desarrollo de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como repartirse clientes y fijar precios.

Y ello permite concluir que los contactos entre las empresas competidoras tenían como finalidad seguir una estrategia común de actuación que les beneficiaba en cuanto que, en las adjudicaciones de las licitaciones se repartían los clientes de las construcciones modulares una vez que habían establecido y ponían en común que precios y condiciones técnicas iban a presentar a las licitaciones. Actuación concertada entre empresas competidoras que limita la libertad de empresa, así como la competencia entre ellos que permite calificarse como una actuación colusoria prohibida en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE.

Por otra parte, al igual que la CNMC, destacamos el carácter secreto de los acuerdos y contactos como así se aprecia en las expresiones utilizadas en algunos correos electrónicos en los que se menciona expresamente la necesidad de mantener " *discreción con estos temas*" o que ciertas bajas excesivamente coincidentes (16,20% y 16, 71%) podrían llamar la atención.

Además, en la metodología seguida se impuso un control y seguimiento del cumplimiento efectivo por los partícipes de lo acordado. Consta en este sentido acreditado el acuerdo de nombrar a una de las empresas partícipes como responsable de que *"ante la noticia de una oferta más baja de lo acordado, [...] se solucione dicha falta y llame al orden a la persona transgresora del acuerdo*".

En definitiva, las conductas y acuerdos adoptados por las empresas ahora sancionadas son anticompetitivas y encajan en el concepto de cártel.

SÉPTIMO. Como hemos reflejado anteriormente, la CNMC ha entendido que esas prácticas colusorias constituían, además, una infracción única y continuada llevada a cabo por diversas empresas que aunque tuvieran su ámbito operativo en determinadas zonas geográficas ello no les impedía que estuvieran conectadas entre sí al coincidir la metodología de actuación lo que, a su entender, implicaba la existencia de un plan común, concertado y preconcebido para seguir una actuación conjunta colusoria que les beneficiaba en su ámbito geográfico de actuación.

La CNMC, en la resolución sancionadora, específica sobre este extremo lo siguiente:

"Respecto del mercado geográfico afectado por la conducta infractora, la DC ha expuesto con detalle evidencias que ponen de manifiesto que el cártel se estructuró por zonas, en función de la presencia en las mismas de

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

las mercantiles partícipes y de los acuerdos de reparto de licitaciones y clientes adoptados, lo que determina el mercado geográfico afectado. Para cada zona, la DC ha especificado la concreta intervención de las empresas partícipes, con independencia de que algunas de ellas operen a nivel nacional (DRAGADOS, ALGECO), con delegaciones en más de seis o siete CCAA (BALAT o ABC), o con carácter regional o local.

La infracción está constituida por la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios, reparto de clientes y reparto de licitaciones entre las empresas ABC, ALGECO CONSTRUCCIONES MODULARES, ALQUIBALAT, ALQUIBARSA, ARLAN, DRAGADOS y REMSA".

Y añade la CNMC: *"La DC en su instrucción ha puesto de manifiesto circunstancias que revelan el vínculo de complementariedad de las diferentes actuaciones de las empresas incoadas en el período de duración de la conducta que se les imputa, siendo la metodología empleada análoga y el objetivo perseguido común. Cada una de las empresas partícipes era conocedora de que con su comportamiento se integraba en un acuerdo secreto entre competidores cuyo objeto era la fijación de precios y el mantenimiento de cuotas de mercado existentes, con unas características comunes y un alcance determinado. El conocimiento de cada empresa respecto de los acuerdos realizados en la zona geográfica en la que operaba era elemento constitutivo e imprescindible del acuerdo, y si bien posibilita individualizar la responsabilidad de las mismas, también permite concluir que las partícipes sabían o deberían haber sabido que con dicho comportamiento se integraban en un cártel con una dimensión geográfica y temporal en algunos casos superior a la de su concreta conducta.*

En función de todo lo anterior, esta Sala de Competencia considera acreditada la existencia de un cártel que operaba en las siguientes zonas:

- en la zona de Levante en relación con las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como el reparto de clientes y la fijación de precios para el suministro de construcciones modulares, desde 2008 a noviembre de 2012.

- en la zona Sur en relación con las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como el reparto de clientes y la fijación de precios para el suministro de construcciones modulares, desde 2008 hasta abril de 2013, con efectos hasta septiembre de 2013, dado el plazo de ejecución de la última licitación afectada.

- en la zona de Cataluña vía acuerdos bilaterales entre dos empresas competidoras, ALGECO y DRAGADOS, para la fijación de precios y el reparto de clientes públicos y privados en el año 2012.

- en la zona Centro y Norte al objeto de fijar precios y repartir clientes públicos y privados, desde 2010 hasta mayo de 2013, con efectos hasta junio de 2014, dado el plazo de ejecución de la última licitación afectada.

Si bien cada una de las conductas que se imputa a las incoadas tiene entidad para constituir una infracción del artículo 1 de la LDC , la Sala coincide con la DC en apreciar que se dan los elementos de continuidad, complementariedad y coordinación entre sí, que justifican que el conjunto de actuaciones y prácticas desarrolladas por los partícipes en el cártel objeto de este expediente y descritas en la presente resolución se califiquen como una infracción única y continuada, que se prolonga desde 2008 hasta 2013, con efectos hasta junio de 2014".

Por el contrario, la mercantil recurrente niega la existencia de una infracción única y continuada porque no existe un plan preconcebido y común de actuación de las empresas sancionadas toda vez que la CNMC ha realizado una zonificación geográfica de las conductas imputadas y ello no permite apreciar la complementariedad y conexión que exige la infracción única y continuada.

OCTAVO. Para comprender lo que implica la imputación de una infracción única y continuada, debemos acudir a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, en el que se indica:

"Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE , puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. 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 Partecipazioni, 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)".

En este mismo sentido, el Tribunal General dispuso en su sentencia de 6 de febrero de 2014 (asunto T-27/10 AC-Treuhand AG, apartados 240 y 241) que no podía identificarse de forma genérica el concepto "objetivo

único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (entre otras, la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, para calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada es necesario que presenten un vínculo de complementariedad que contribuyen, mediante una interacción, a la realización de un objetivo conjunto con efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores en el marco de un plan global del que tienen conocimiento (demostrado o presunto) todos los participantes de tal manera que, la empresa o bien sabia o bien debería saber que cuando participa en las practicas colusorias se integraba en el acuerdo único y se adhería al mismo. En este sentido, la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción se deduce de aspectos tales como la unidad de objetivos comunes entre las conductas realizadas, la identidad de los productos y servicios afectados, la identidad de las empresas que han participado en la infracción, los métodos empleados o la coincidencia temporal de ambas conductas. Elementos que deben considerarse a la hora de valorar la existencia de una infracción única o de dos infracciones distintas o autónomas.

Como venimos diciendo, la infracción única y continuada implica la existencia de un plan preconcebido que supone la actuación concertada de varias empresas, que son competidoras entre sí, en cuanto que adoptan acuerdos que no solo están prohibidos en el artículo 1 de la LDC, sino que, además, existe entre todas las conductas realizadas un vínculo de complementariedad que encajan dentro de un plan y objetivo común. Por ello, para poder calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada deben integrarse en un plan común que no puede consistir meramente en el objetivo de distorsionar la competencia, sino que debe ser más preciso ya que el objetivo de distorsionar la competencia es inherente a toda infracción de la LDC.

Asimismo, esa actuación conjunta que implica la existencia de un plan preconcebido para la adopción de acuerdos anticompetitivos exige conocimiento por parte de todos los implicados por cuanto se han beneficiado de ese plan común al conocer las estrategias de la competencia perjudicando, por el contrario, la competencia en ese mercado concreto. No obstante, esa actuación conjunta no implica la participación de todas las empresas en la adopción de todos los acuerdos colusorios, pero si exige su conocimiento y consentimiento en cuanto ello permite a todas las empresas alcanzar un objetivo común en ese mercado y en esa zona geográfica.

En esta línea, esta misma Sección en la Sentencia dictada en fecha 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013) ya decía:

"Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE , apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T- 208/06 , Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/ Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".

A juicio de esta Sala, en el caso analizado, si consta la acreditación de un elemento de cohesión o de vinculo de complementariedad entre las actuaciones llevadas a cabo por todas las empresas imputadas, con independencia de la zona geográfica de actuación, que permite encuadrar esas conductas dentro de la consecución de un objetivo común del plan acordado por las empresas imputadas. Y ello porque existe (i) unidad en la obtención de objetivos comunes entre las conductas realizadas toda vez que perseguían la misma finalidad, esto es, fijar una estrategia común para repartirse el mercado de las construcciones modulares; (ii) existe identidad en los productos y servicios afectados; (iii) existe identidad en las empresas que han participado en la infracción; (iv) existe identidad en cuanto que en todas las zonas se ha actuado con arreglo al mismo esquema de actuación en las que estaban empresas que tenían sede o bien en todas o en casi

todas las zonas geográficas que se han fijado por la CNMC; (v) existe identidad en los métodos de actuación y, finalmente, (vi) existe también coincidencia temporal en la realización de las conductas. Y la conclusión de todo ello no puede ser otra que la de considerar que se ha producido una actuación conjunta y coordinada entre las empresas que debe tener la consideración de infracción única y continuada ya que, existía una forma común de actuación acordando los descuentos y las condiciones técnicas en las ofertas que presentaban en las licitaciones objeto de reparto con el objetivo de resultar adjudicatarias aquellas empresas previamente designadas de acuerdo con una estrategia adoptada por todas las empresas al margen de la zona geográfica de actuación y, en ningún caso, la zonificación recogida por la CNMC en la resolución impugnada impide apreciar, por las razones antes expuestas, la existencia de una infracción única y continuada. Asimismo, acordaban la fijación de precios a ciertos clientes privados y así como pactos de no agresión para repartirse el mercado de construcciones modulares.

Y, como sostiene la jurisprudencia, es posible formar parte de ese plan conjunto, aunque no se haya participado desde el principio o no se participe en todas las zonas ni en todas las reuniones o contactos; es suficiente con conocer su existencia y no mostrar una oposición publica discrepante.

NOVENO. Corresponde ahora a esta Sala analizar si existe o no prueba que acredite la participación de la recurrente en las actuaciones que se le han imputado y que se han calificado como infracción única y continuada como integrantes de un plan preconcebido organizado por las empresas competidoras en la prestación de servicios en el mercado del suministro, venta y/o alquiler de construcciones modulares dirigido a controlar el mercado a través de actuaciones anticompetitivas.

La CNMC ha sancionado a la mercantil recurrente ABC por su participación, desde el año 2008 hasta el año 2013 en la zona de Levante en los acuerdos adoptados entre las empresas competidoras en el mercado de las construcciones modulares para el reparto de mercado, la fijación de precios y otras condiciones comerciales en relación con el procedimiento de presentación de ofertas o presupuestos en las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados. Y ello no solo porque conocía la existencia de los acuerdos colusorios sino porque, además, participaba en su adopción y en comprobar su cumplimiento por el resto de las empresas.

La recurrente, por el contrario, sostiene que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque entiende que se le ha sancionado apoyándose exclusivamente en la prueba documental aportada por ALGECO que solicitó participar en el Programa de Clemencia. Y, a su juicio, esa prueba no puede ser válida toda vez que se ha presentado con el exclusivo fin de poder beneficiarse de la exención de la multa y ello impide apreciar que se trate de una prueba objetiva e imparcial.

En relación con la acreditación de la participación de la recurrente en el cártel antes expuesto, como ya decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016 (recurso nº 551/13) es difícil en este tipo de actuaciones encontrar pruebas directas que permitan acreditar tanto la participación de la recurrente en un plan común como la existencia de ese plan conjunto. Por ello para poder acreditar ambas situaciones debemos acudir a la prueba de indicios aceptada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, eso sí siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador y se encuentren en directa relación con las consecuencias que pretenden extraerse de los mismos. Hasta el punto de que para que la prueba de presunciones pueda desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que los indicios no se basen en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

No compartimos la afirmación de la recurrente de que la declaración de clemencia efectuada por la mercantil ALGECO carece de valor probatorio porque, a su juicio, carece de imparcialidad puesto que las pruebas aportadas se han podido preparar para obtener la exención de multa e imputar la culpabilidad al resto de las empresas que actúan en el mismo mercado de producto.

En el caso analizado no podemos admitir que las declaraciones y documentos aportados por ALGECO sean pruebas preparadas precisamente para obtener su exención; al contrario, en los documentos que aporta en la solicitud de clemencia se recogen datos tales como hechos, fechas y empresas implicadas que se han visto corroborados y reforzados por documentos que se han obtenido por la DC en las inspecciones domiciliarias realizadas en fecha 9 de julio de 2013 en las sedes de las empresas ABC, DRAGADOS y RENTA MAQUINARIA y el día 18 de septiembre de 2013 en la sede de la empresa BALAT, así como con la documentación aportada por las empresas a requerimientos efectuados por la DC en la fase instructora del expediente. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal General en la sentencia dictada en fecha 30 de noviembre de 2011 en el asunto T-208/06 en la que se dice: *"...es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una practica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por*

estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios.(...) Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyen la pertinencia de dichas declaraciones y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas".

Esta Sala valorando la prueba que figura en el expediente administrativo llega a la convicción de que la recurrente no solo conocía la existencia del plan común, sino que, además, ha participado activamente en su realización e implantación en la zona de Levante, tanto en Valencia como en Murcia, como así se aprecia en el contenido de los múltiples correos electrónicos enviados a otras empresas participantes. Destacamos los siguientes:

- Correo electrónico enviado el 3 de junio de 2009 por ABC a ALGECO en el que se habla de "reparto de colegios 2009, "reparto indecente". Al que, además, se le acompaña un cuadro en el que consta el reparto de módulos entre ABC; ALGECO; BALAT; DRAGADOS; y REMSA (folios 815 y 816 del expediente administrativo).

-Reunión celebrada el 18 de junio de 2009 entre ABC y BALAT en la que se informa a BALAT del consenso entre ABC, ALGECO, DRAGADOS y REMSA aceptando que BALAT, dado el descuento presentado del 20% y por el que resultó seleccionada como firmante del Acuerdo Marco, identificara aquellos colegios y/o institutos públicos en los que estuviese interesada. (Folios 2305 y 13439 del expediente administrativo).

-Reunión celebrada en junio de 2009 entre el Director General de ALGECO con el Director General de ABC y con el responsable de construcciones modulares de DRAGADOS quienes se pusieron en contacto telefónico con el Director Territorial de la zona de Levante de ALGECO para trasladarle el acuerdo de reparto de centros escolares y que debía ponerse en contacto con los delegados territoriales de ABC, REMSA, DRAGADOS y BALAT para coordinarse con éstos a los efectos de repartirse los contratos de forma que cada empresa mantuviese su cuota de mercado (folios 1209 y 1210).

-Correo electrónico interno de DRAGADOS emitido en fecha 30 de marzo de 2010 que permite constatar los contactos entre ALGECO, ABC, BALAT, REMSA, MIRCOMODUL y DRAGADOS y los acuerdos adoptados por dichas empresas: *"En conversaciones con nuestra competencia paso a detallarte lo hablado, Empresas asistentes: Algeco, Balat, Abc, Remsa, Mircomodul, Seis.*

Se ha comentado que para entregar los sobres quedar el día 15-04-2010 con ellos abiertos para garantizar la trasparencia de lo que se va entregar y luego presentarlos juntos. En cuanto a lo ofertado se habla de entre 0% y 1% de baja y máximo 7 puntos en el técnico.

Yo propondría un segundo sobre por si ese día alguno se salta lo hablado poder presentar otro

Luego si esto sale negociaríamos volumen de módulos, aunque más o menos se habla del mismo que el año pasado.

Te ruego lo comuniques a quién corresponda para que nos autorice o no, a entrar en esta negociación teniendo en cuenta la fecha del 15-04-2010."

-Correo electrónico interno de REMSA emitido en fecha 14 de junio de 2010 trasladando el contenido de la reunión celebrada ese mismo día: *"(...) te resumo la reunión celebrada hoy en Paterna.*

Asistentes.: JAHUEL, ABC, BALAT, ALGECO, MIRCOMUDUL, REMSA.

SEIS no ha asistido aunque respeta el acuerdo.

NORMETAL: No ha asistido y no participa en el acuerdo, quieren meter unos 250 módulos como sea.

Según [Directivo de ALGECO], este verano van a haber menos colegios para concursar, será a partir de Enero 2011 cuando saldrá un mayor volumen de aulas para concursar.

El acuerdo entre los asistentes ha sido el de cada vez que salga un colegio para concursar, bien reunirse o llamarnos para llegar a un acuerdo para el reparto".

Prueba que demuestra la participación activa de la recurrente que le permitía conocer los acuerdos anticompetitivos sin que conste que rechazara de forma expresa y publica la recepción de los datos que le permitían conocer la ilicitud de los acuerdos lo cual permite, al menos, presumir que ha aceptado la información recibida y que, en consecuencia, ha podido adaptar su conducta en el mercado del producto afectado a la vista de los datos proporcionados por las empresas competidoras. Sin que suponga apartamiento expreso el hecho de que no participara en algunas de las licitaciones convocadas por CIEGSA.

Frente al criterio de la recurrente, la jurisprudencia del TJUE es constante al declarar que se forma parte de un cártel, aunque no se participe en todas las reuniones o encuentros celebrados a lo largo de los años, pues es suficiente con tener conocimiento de su celebración y no manifestar de forma pública y expresa su rechazo a esa práctica ni manifestar su decisión de abandonar esos pactos comunes. Situación está que se da en el caso de la recurrente pues consta que conocía los acuerdos sin mostrar publica discrepancia a ello por lo que se benefició del citado sistema de pactos y de acuerdos comunes.

Esa doctrina jurisprudencial comunitaria referida se refleja entre otras en la sentencia de 24 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia en la que se dice: *"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, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente solo 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 esta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43 y jurisprudencia citada)"*.

Igualmente destacamos en esta misma línea la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia del Asunto T-Mobile cuando destaca en sus párrafos 53, 61 y 62 que:

" *(53). A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.*

(61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado.

(63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

En consecuencia, las pruebas obtenidas en torno a la intervención de la entidad recurrente en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo y, por otro, por la intervención de la sancionada permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en la infracción única y continuada, de carácter complejo, que se le imputa. Y ello implica que se le puede sancionar por su participación en dicho plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único, aunque no haya participado en todas las reuniones ni en todas las zonas geográficas porque no consta que haya manifestado expresamente de forma pública su intención de abandonar el plan común.

DÉCIMO. La parte actora de forma subsidiaria señala que su participación en la conducta sancionada se limitó, en su caso, de enero de 2009 a septiembre de 2009 frente al criterio de la CNMC que le imputa desde 2008 hasta 2013.

Esta alegación tampoco puede prosperar. En primer lugar, queda acreditada su participación desde el año 2008 en el que consta que inicia sus contactos con la empresa ALGECO para repartirse el mercado de las construcciones modulares respecto de dos colegios en la zona de Valencia. Asimismo, consta su participación en reuniones y contactos con las empresas competidoras mas allá del mes de septiembre de 2009. Así consta su actuación en las reuniones de 23 de noviembre y 2 de diciembre de 2009; consta que se nombra al delegado de ABC en Murcia como persona mediadora; constan contactos telefónicos en enero de 2010

tras la publicación del Acuerdo Marco CIEGSA de 2010; consta la reunión de 15 de abril de 2010 a la que acude la recurrente en la que se concretan descuentos y condiciones técnicas a presentar en las licitaciones y, además, consta que tras esa reunión ABC envía diversos correos electrónicos a las empresas participantes acompañando tablas con las variaciones introducidas; consta la reunión de 14 de junio de 2010 en la que participa ABC para establecer el modus operandi respecto de las licitaciones que se convocarían tras el Acuerdo Marco; consta el correo electrónico enviado en fecha 28 de junio de 2011 por ALGECO a ABC indicando Asunto "Colegios-verano 2011" donde consta que se reparten los centros docentes.

UNDÉCIMO. Aduce también la entidad actora que el sistema de determinación de la sanción no se ajusta a derecho puesto que la CNMC debería haber tomado en consideración, razonadamente, los criterios establecidos en el artículo 64 de la LDC para la determinación del importe de las multas, denunciando por ello la falta de motivación suficiente de la sanción, así como la vulneración del principio de proporcionalidad.

Sobre tal cuestión ha de decirse que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros asuntos análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

En este caso, la infracción acreditada se ha calificado como muy grave y, por tanto, puede ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, esto es 2014.

La CNMC teniendo en consideración el volumen de negocios total de la empresa en el año 2014, que en el caso de la recurrente fue de 3.205.347 euros, fija el porcentaje sancionador partiendo de los criterios de graduación del articulo 64.1 de la LDC. Y para ello la CNMC lo destaca que las empresas sancionadas concentran conjuntamente el 52% de cuota de mercado nacional referido a venta de construcciones modulares y el 69% respecto de alquileres y señala que ello debe tenerse en cuenta para valorar el alcance de la infracción. Analiza también los factores que han de determinar el porcentaje que debe aplicarse diciendo que: *"Aunque el órgano instructor no aprecia circunstancias atenuantes ni agravantes que deban tenerse en cuenta conforme al artículo 64 LDC para fijar el importe de la sanción de las empresas imputadas, esta Sala subraya que el encarecimiento del coste de las licitaciones públicas ha sido valorado por la Autoridad de competencia española como constitutivo de un plus de gravedad de la infracción, dado el encarecimiento del coste que debe soportar la Administración y en última instancia los ciudadanos"*.

Posteriormente, individualiza la multa teniendo en cuenta la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción y para ello fija el volumen de negocios en el mercado afectado así como el número de zonas en las que participa para deducir la intensidad de la participación en la conducta anticompetitiva. Y en el caso de la recurrente con esos datos aplica el tipo sancionador del 4,50 % que entendemos que respeta el criterio de la proporcionalidad atendiendo a los tipos sancionadores fijados para el resto de las empresas.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que la resolución no ha incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la participación de un cártel consistente en la adopción de acuerdos para el reparto del mercado y para la fijación de precios. Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a la duración del cártel 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 atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 4,50 %.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea , proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador y como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)."*

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

DUODÉCIMO. Toda vez que se ha desestimado el presente recurso contencioso administrativo ello implica que se impongan a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **91/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y en representación de la mercantil **ABC ARQUITECTURA MODULAR, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 3 de diciembre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador NUM000 , CONSTRUCCIONES MODULARES, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 144.241 euros por la participación en la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Resolución que ahora confirmamos por entender que se ajusta al ordenamiento jurídico.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no**tificación; 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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ