



Roj: **SAN 4905/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4905**

Id Cendoj: **28079230062021100505**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/11/2021**

Nº de Recurso: **96/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000096 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 804/2016

Demandante: Alquibalat, S.L. ("Balat")

Procurador: D. ANTONIO RODRÍGUEZ MUÑOZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

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 doce de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 96/16 promovido por el Procurador D. Antonio Rodríguez Muñoz , en nombre y representación de **Alquibalat, S.L. ("Balat")** , contra la resolución de 3 de diciembre de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES, mediante la cual se declara responsable a Balat de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y se le impuso una sanción de 461.847 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que declare la disconformidad a Derecho de la resolución recurrida y, consecuencia, su anulabilidad.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. - Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 15 de septiembre de 2021, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 3 de diciembre de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES, mediante la cual se declara responsable a Balat de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y se le impuso una sanción de 461.847 euros

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. - Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 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:

[...]

6. ALQUIBALAT, S.L., por su participación en el cártel de reparto de las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como de reparto de clientes y fijación de precios para el suministro de construcciones modulares en las zonas Levante, Sur y Centro y Norte desde mayo de 2009 hasta mayo de 2013.

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

[...]

- ALQUIBALAT, S.L., una multa de 461.847 euros.

QUINTO. - Declarar que ALQUIBALAT, S.L., reúne los requisitos previstos en el artículo 66 de la LDC y, en consecuencia, concederle una reducción del 30%, equivalente a 138.554€, en el pago de la multa que le corresponde por su participación en la conducta infractora.

OCTAVO. - Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de Madrid para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

(...)"

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) El 7 de mayo de 2013 se presentó ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) solicitud de exención del pago de la multa por ALGECO SCOTSMAN GLOBAL S.Á.R.L. y sus filiales -en el mercado español ALGECO HOLDINGS, S.L. a través de ALGECO CONSTRUCCIONES MODULARES, S.A.-, por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC, consistente 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 en el mercado español de fabricación, alquiler y venta de construcciones modulares (folios 1 a 737).

2) Como consecuencia de ello y de la información recabada, la Dirección de Investigación realizó una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador, llevando a cabo inspecciones en las sedes de ABC ARQUITECTURA MODULAR, S.L. (ABC), DRAGADOS, S.A. (DRAGADOS) y RENTA DE MAQUINARIA, S.A. (REMSA) y solicitó información a ABC, ALGECO HOLDINGS, S.L., ALQUIBALAT, S.L. (BALAT), ALQUILERES BARCELÓ SÁEZ, S.L. (ALQUIBARSA), DRAGADOS, ESTRUCTURAS METALICAS NORMALIZADAS, S.A. (NORMETAL), ETXEKIT, S.L. (ETXEKIT), HUNE



RENTAL, S.L. (HUNE), MIRCOMODUL, S.L. (MIRCOMODUL), NUEVO SISTEMA MODULAR, S.L. (NSM), REMSA, REPRESENTACIONES NORTE, S.L. (NORTE) y VALLAS Y CASETAS BRUN, S.L. (BRUN), relativa a su estructura de propiedad y control, identificación de sus cargos directivos, objeto social, licitaciones a las que se hubieran presentado y su presencia en el mercado español de fabricación, alquiler y venta de construcciones modulares.

3) Sobre la base de la información recabada como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la DI que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, el 5 de septiembre de 2013, la Dirección de Investigación, acordó la incoación del expediente sancionador S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES, contra ABC, ALGECO HOLDINGS, S.L., BALAT, DRAGADOS y REMSA, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC, consistentes, en síntesis, 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 en el mercado español de la fabricación, alquiler y venta de construcciones modulares.

4) El 18 de septiembre de 2013 la CNC realizó una inspección en la sede de BALAT.

5) El 2 de octubre de 2013 BALAT presentó ante la CNC solicitud de exención o, en su caso, subsidiariamente de reducción del importe de la multa, por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC por el reparto de las adjudicaciones de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como el reparto de clientes y la fijación de precios en el mercado español de la fabricación, alquiler y venta de construcciones modulares (folios 2300 a 2614), que fue completada el 3, 7 y 8 de octubre de 2013 y el 24 de febrero de 2015 (folios 2615 a 2618, 2630 a 2644, 2655 a 2657 y 13392 a 13448).

6) El 4 de octubre de 2013, de conformidad con el artículo 47.2 del RDC y al no cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 65.1 de la LDC, la Dirección de Investigación acordó rechazar la solicitud de exención presentada por BALAT, si bien consideró examinar la información y los elementos de prueba presentados de conformidad con el artículo 66 de la LDC.

7) El 5 de noviembre de 2013 la Dirección de Competencia acordó la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento hasta el día siguiente a la resolución de los recursos interpuestos por BALATA sobre la confidencialidad de documentos obtenidos en la inspección realizada en su sede y devolución de documentación precintada.

8) El 31 de enero de 2014 la Dirección de Competencia notificó a los interesados el acuerdo de levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, tras resolverse los recursos interpuestos por el representante legal de BALAT (R/0157/13/BALAT2- ABOGADO) y la propia BALAT (R/0156/13/BALAT).

9) En fechas sucesivas, la Dirección de Competencia requirió información a AGRO INMOBILIARIA, S.L. (AGRO INMOBILIARIA), ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A. (ACS) y CALEM, S.A. (CALEM) y el 25 de febrero de 2014 a ALGECO SCOTSMAN GLOBAL, S.Á.R.L., así como a la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, a Dragados y a Repsol SA.

10) Con fecha 24 de marzo de 2014 se incorporó al expediente el auto dictado por la Audiencia Nacional el 3 de febrero de 2014 denegando la adopción de medida cautelarísima solicitada por BALAT contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 17 de enero de 2014 (Expte. R/0156/13/BALAT) (folios 4102 a 41049 que desestimó el recurso interpuesto por BALAT (R/0156/13/BALAT), indicando que la documentación recabada en la inspección realizada en su sede no se encontraba amparada por la protección de las comunicaciones abogado-cliente y debía ser incorporada al expediente.

11) Por decreto de 11 de febrero de 2014 se admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BALAT contra la citada Resolución de 17 de enero de 2014 (folios 4105 y 4106); asimismo, se interpuso ante la Audiencia Nacional por el abogado de BALAT recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 16 de enero de 2014 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC (Expte. R/0157/13/BALAT2-ABOGADO) que resolvió que no hubo vulneración del derecho constitucional a la privacidad, secreto y confidencialidad de las comunicaciones cliente-abogad, solicitando medidas cautelares que fueron denegadas por auto de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2014 (folios 4108 a 4127).

12) El 23 de mayo de 2014 la Dirección de Competencia acordó la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento hasta la resolución por la Audiencia Nacional del incidente cautelar en relación con el recurso interpuesto contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 17 de enero de 2014 (Expte. R/0156/13/BALAT).

13) El 11 de junio de 2014 la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el abogado de BALAT contra la Resolución de la Sala de Competencia (Expte. R/0157/13/BALAT2-ABOGADO).



14) Tras solicitar información a SISTEMAS MODULARES GOIKOA, S.L., GOIKOA BAT, S.L. y ARLAN, S.A. (ARLAN) y a URIONDO BAT SOCIEDAD LIMITADA, la Dirección de Competencia acordó la ampliación de la incoación contra ACS, AGRO INMOBILIARIA ALGECO CONSTRUCCIONES MODULARES, S.A., ALGECO SCOTSMAN HOLDING S.Á.R.L., ALQUIBARSA, ARLAN, CALEM, ETXEKIT, NORTE, SISTEMAS MODULARES GOIKOA, S.L.

15) El 23 de diciembre de 2014 se recibió en la CNMC notificación de la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2014 por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BALAT contra la Resolución de la Sala de Competencia de 17 de enero de 2014 (folios 13075 a 13086).

16) El 8 de enero de 2015 la Dirección de Competencia notificó a los interesados el acuerdo de levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, tras resolverse por la Audiencia Nacional el recurso interpuesto por BALAT, no constando en el expediente resolución de la AN sobre el incidente de medidas cautelares.

17) El 14 de enero de 2015 la Dirección de Competencia notificó nuevamente a BALAT la incorporación al expediente de la información recabada en la inspección de su sede y contenida en un sobre precintado, tras ser desestimado el recurso interpuesto por BALAT por sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2014, concediéndole un plazo de diez días para solicitar, en su caso, la confidencialidad de aquellos documentos que considerase oportunos, aportando las correspondientes versiones censuradas.

18) El 22 de enero de 2015 BALAT presentó escrito señalando la intención de interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la precitada sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2014 y solicitando la no incorporación de la documentación contenida en el sobre precintado al expediente (folio 13168).

19) La Dirección de Competencia solicitó información a RENTA DE MAQUINARIA, S.L., al Concello As Pontes de García Rodríguez y a CONSTRUCCIONES E INFRAESTRUCTURAS EDUCATIVAS DE LA GENERALITAT VALENCIANA, S.A.U. (CIEGSA).

20) El 2 de junio de 2015 se notificó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) a las incoadas y tras la presentación de las correspondientes alegaciones, el 3 de septiembre de 2015, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución se remitió el expediente al mismo para su resolución.

21) El 21 de septiembre de 2015 el Tribunal Supremo resolvió que no había lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimaba el recurso contencioso interpuesto por la defensa de BALAT frente a la resolución de la CNMC de 16 de enero de 2014 en el expediente R/0157/13 BALTA 2-Abogado.

22) Tras la presentación de alegaciones a la Propuesta de Resolución, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 3 de diciembre de 2015, resolución recurrida en el presente procedimiento.

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

5. ALQUIBALAT, S.L.

ALQUIBALAT, S.L. (BALAT) constituida en 2000 con sede en Navarra, posee delegaciones en Barcelona, Cádiz, Galicia, Huelva, Madrid, Málaga, Navarra, Sevilla, Tarragona, Valencia, Valladolid, Vizcaya y Zaragoza, con una red comercial que abarca todo el territorio nacional y a nivel internacional tiene presencia en Brasil, Costa Rica, Ecuador, Francia, Méjico, Paraguay, Puerto Rico y Venezuela, vendiendo y alquilando módulos prefabricados en más de 15 países.

Su estructura accionarial se ha mantenido desde su constitución, perteneciendo a 4 personas físicas con un 25% de participación cada uno.

Con carácter general, la resolución recurrida recoge el régimen jurídico aplicable a las construcciones modulares y su contratación y, antes de delimitar el mercado afectado, efectúa algunas consideraciones relevantes sobre los procesos de licitación y su regulación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en vigor hasta el 16 de diciembre de 2011, así como en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), que establecen cinco procedimientos de adjudicación de las licitaciones en las Administraciones Públicas, a saber: Procedimiento abierto (arts. 157 a 161 TRLCSP); procedimiento restringido (arts. 162 a 168 TRLCSP); procedimiento negociado (arts. 169 a 178 TRLCSP); diálogo competitivo (arts. 179 a 183 TRLCSP) y concurso



de proyectos (arts. 184 a 188 TRLCSP), a los que añade la posibilidad de la Administración de realizar contratos menores (artículo 138 TRLCSP) y adjudicar directamente a cualquier empresario los contratos, en el caso de contratos de obra, inferiores a 50.000€ (sin IVA) y en el caso de otros contratos, inferiores a 18.000€, la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan concluir Acuerdos Marco, en los términos previstos en la ley, al objeto de racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones Públicas y la contratación derivada que regula el artículo 198 TRLCSP.

Además, la resolución recurrida señala que debe tomarse en consideración la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CND-8 así como las directrices elaboradas por la OCDE para combatir la colusión entre oferentes en las licitaciones públicas.

Por lo que se refiere a la delimitación del mercado afectado y, en particular, del mercado de producto, la resolución lo identifica con el de suministro, venta y alquiler de construcciones modulares, que define como 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. A estos efectos, precisa que existen antecedentes tanto nacionales (Exptes. N-04059 TDR CAPITAL/ALGECO y N-07084 RISTRETTO GROUP/WILLIAMS SCOTSMAN30) como comunitarios (M.2473 FINNFOREST/MOELVEN INDUSTRIER31), que han considerado la existencia de un mercado de construcciones modulares, diferenciado del tradicional sector de la construcción, aunque han dejado abierta su delimitación exacta.

Explica que la principal característica de la construcción modular es su prefabricación, con un proceso productivo sistematizado de más de la tercera parte de los elementos de la construcción y que incorpora ventajas como la rapidez y las posibilidades de reutilización debido a que 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.

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, si bien, 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.

Por último, analiza la estructura del mercado, señalando que, por el lado de la oferta el mercado incluye la fabricación, alquiler y venta de construcciones modulares, puesto que la mayoría de los competidores están presentes en las tres actividades, y aquéllos que no están presentes en el estadio de la fabricación normalmente tienen acuerdos de exclusividad con fabricantes de construcciones modulares. Así, refiere que, por ejemplo, que BALAT se dedica a la compra, venta, alquiler y comercialización de toda clase de objetos y artículos de ferretería, la fabricación, reparación, compra, etc. de piezas, objetos y artículos de carpintería metálica, aunque su principal actividad es el alquiler y venta de casetas prefabricadas.

Añade que no existen barreras de entrada significativas en este mercado, pues la fabricación y distribución de construcciones modulares es relativamente sencilla ya que no requiere una tecnología especial ni un "know-how" que sea difícil de obtener para el inicio de esta actividad y no se precisan grandes infraestructuras o inversiones significativas y que las empresas con mayor número de módulos serían ALGECO, seguida de REMSA, BALAT, ABC y DRAGADOS, siendo ALGECO y DRAGADOS las empresas con mayor volumen de negocio56 teniendo ALGECO una cuota d mercado respecto a unidades alquiladas del 28%, seguida de DRAGADOS, BALAT, REMSA y ABC57.

Respecto de la demanda en el mercado afectado, recoge la resolución sancionadora que se encuentra muy atomizado, pues cualquier sector económico es susceptible de generar clientes para este mercado, dependiendo de las necesidades del cliente, ya sea de la construcción, sector industrial, sector servicios o Administraciones Públicas y en este último caso, fundamentalmente para aulas educativas y servicios sanitarios adquiridos a través de licitaciones públicas. Añade que el sector de la construcción absorbe



la mayor parte de la demanda de construcciones modulares, aproximadamente un 42%, seguida de las aplicaciones destinadas a las Administraciones Públicas, aproximadamente un 22% y que se trata de un mercado heterogéneo, tanto por el destino de las construcciones modulares como por el hecho, ya puesto de manifiesto, de que las empresas dedicadas a la construcción modular suelen hacerlo abarcando tanto su venta como el alquiler.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían las declaraciones de clemencia y solicitud de reducción como obtenida por la DC en las inspecciones realizadas el 9 de julio de 2013 en las sedes de las empresas ABC, DRAGADOS y RENTA MAQUINARIA y el 18 de septiembre de 2013 en la sede de BALAT y en las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información que se le formularon.

Las pruebas así obtenidas pondrían de manifiesto la adopción, desde al menos el año 2008 y con vigencia hasta 2013, de una serie de acuerdos relativos a 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, entre empresas dedicadas a la fabricación, venta y alquiler de módulos. La conducta se desarrolla en las CCAA de Valencia, Murcia, Galicia, País Vasco, Aragón, Castilla-La Mancha, Andalucía y Cataluña

Explica que, través de llamadas telefónicas, correos electrónicos y reuniones del personal directivo de las empresas incoadas, se acordaban los descuentos a aplicar, así como las condiciones técnicas en las ofertas a presentar en las licitaciones objeto de reparto, con el objetivo de resultar adjudicatarias las empresas previamente designadas, de acuerdo con una estrategia adoptada por tales empresas que también se acordaba la fijación de precios a ciertos clientes privados y pactos de no agresión para repartirse el mercado de construcciones modulares.

Tras recoger las pruebas obtenidas en la instrucción, se concluye que ha quedado acreditada la existencia de acuerdos adoptados e implementados por las empresas incoadas para limitar su política comercial individual al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado de venta y alquiler de construcciones modulares y que

"la sconductas descritas constituyen una infracción única y continuada prohibida en el artículo 1 de la LDC que entra dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de las mismas consistió en la adopción desde 2008 a 2013, con efectos hasta junio de 2014, de acuerdos secretos para el reparto de 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, con el consiguiente perjuicio para el consumidor, en las distintas zonas de/imitadas por este cártel. [. .] Un cártel en el que el falseamiento de la competencia ha sido especialmente significativo y dañino, puesto que las empresas del cártel, que ostenta la mayoría de la cuota del mercado español, eliminaron la incertidumbre en sus operaciones respecto de la actuación de sus principales competidores y los acuerdos colusorios adoptados por el cártel se ejecutaron, con efectos directos sobre la eliminación de la incertidumbre competitiva en la principal variante competitiva: el precio. [. .] y los efectos del cártel no se limitaron a los precios, pues el objeto del comportamiento anticompetitivo también se refiere al reparto de las distintas licitaciones ofertadas por Administraciones públicas y operadores privados para el suministro o alquiler de construcciones modulares y la exclusión de otros operadores y, por lo tanto, la estabilización de /as cuotas de mercado entre las empresas del cártel."

Se entiende acreditada la existencia de un plan común desarrollado en cada una de las zonas territoriales afectadas, destinado a limitar la política comercial de las empresas partícipes, determinando sus pautas de acción o abstención en el mercado y el carácter secreto de los acuerdos y contactos y se afirma que la metodología del cártel se basaba en el acuerdo previo y en el subsiguiente control y seguimiento de la efectiva cumplimentación por los partícipes de lo acordado.

Por todo ello, la 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.

Explica la resolución sancionadora que, 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 del este expediente se califiquen como una infracción única y continuada, que se prolonga desde 2008 hasta 2013, con efectos hasta junio de 2014.

En concreto y por lo que se refiere a la ahora recurrente, la Resolución sancionadora efectúa la siguiente determinación individualizada de su contribución intencional al plan global:

3. ALQUIBALAT, S.L., por su participación en el cártel de reparto de las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como de reparto de clientes y fijación de precios para el suministro de construcciones modulares en las zonas Levante, Sur y Centro y Norte desde mayo de 2009 hasta mayo de 2013.

TERCERO. - La sociedad recurrente no cuestiona la Resolución impugnada en lo que se refiere a los hechos sobre los que la CNMC sostiene la existencia de la infracción, ni tampoco su tipificación, centrandose su desacuerdo con aquella en los siguientes motivos de impugnación:

- 1- Anulabilidad de la resolución por violación de los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución y del artículo 3.1 de la Ley 30/1992 en cuanto que la decisión de solicitar clemencia se basó en unas expectativas sobre el cálculo de la multa que posteriormente se quebraron, infringiendo el principio de confianza legítima.
- 2- Indebida definición del mercado afectado que realiza la resolución recurrida, pues a su juicio solo debe incluir el alquiler y no la venta.
- 3-Anulabilidad de la resolución por infracción de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución española y por ser contrario a los artículos 3, 54 y 131 de la Ley 30/1992. Denuncia que la fijación del tipo sancionador aplicado vulnera los principios de motivación suficiente y proporcionalidad de las sanciones
- 4- Anulabilidad de la resolución por infracción de los artículos 9.3 de la Constitución española y los artículos 3 y 54 de la Ley 30/1992 por ser arbitraria y contraria al principio de motivación suficiente en lo que respecta al porcentaje de reducción de la sanción aplicable a BALAT.

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

CUARTO- Ex aminaremos, a continuación, los motivos de impugnación articulados por la representación procesal de la recurrente, comenzando por el que denuncia la violación de los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución y del artículo 3.1 de la Ley 30/1992 y del principio de confianza legítima.

Argumenta la representación procesal de Alquibalat SL que su decisión de cooperar con la CNMC mediante la presentación de la solicitud de clemencia se realizó basándose en unas expectativas razonablemente creadas sobre que la CNMC impondría la sanción aplicando los principios y criterios seguidos hasta la fecha, incluyendo el criterio establecido de manera consolidada por la Audiencia Nacional al respecto. Expone que el principio de confianza legítima prohíbe a las administraciones adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida en el administrado y en función de las cuales éste ha adoptado una determinada decisión como ha acontecido en el presente caso. Explica que Balat, tras la incoación del expediente sancionador, evaluó los diferentes escenarios, uno de los cuales era presentar la solicitud de clemencia, no sólo porque conociera que es un mecanismo previsto en la LDC, sino porque la propia CNMC, al término de la investigación, puso expresamente en conocimiento de la compañía la existencia de dicho programa. Añade que como parte de dicho análisis, y por los motivos expresados, evaluó, por un lado, la envergadura de la posible sanción económica -que solicitando clemencia podría verse eximida o reducida- y por otro lado, las implicaciones relacionadas con el daño reputacional, la inhabilitación para presentarse a futuras licitaciones o las demandas civiles por daños y perjuicios, estudiando la Comunicación sobre clemencia que, en lo que respecta a la cuantificación de las multas, remite expresamente a la Comunicación sobre multas. Manifiesta que Balat no se limitó a analizar ambas comunicaciones sino también la práctica decisoria de la CNMC y la jurisprudencia en materia de cuantificación de las multas, en particular, la " *consolidada jurisprudencia*" como refiere que llama el mismo Tribunal Supremo a las numerosas sentencias de la Audiencia Nacional que determinan que el límite del 10% debe aplicarse sobre el volumen de ventas del mercado afectado y no sobre el volumen de ventas total, como hace la resolución ahora recurrida.



Por todo ello concluye que cuando Balat decidió colaborar con la CNMC mediante la presentación de la solicitud de clemencia, era razonable suponer que ambas comunicaciones y la que denomina " *consolidada jurisprudencia*" en lo que respecta a sobre qué volumen de ventas calcular el 10% máximo, otorgaron una esperanza a la compañía inducida por la razonable estabilidad de las mismas a la hora de adoptar la Resolución, pero que, sin embargo, dicha confianza se quebró en la Resolución pues ésta sigue, exclusivamente, los criterios establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 -de fecha posteriores a la solicitud de clemencia-, apartándose tanto de la Comunicación sobre multas como de la jurisprudencia sentada por la Audiencia Nacional -marco que tuvo en cuenta Balat cuando solicitó la clemencia. A estos efectos recuerda que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 viene a dejar sin efecto tanto " *la jurisprudencia de la Audiencia Nacional*" que con evidente reiteración había dictaminado que el tope del 10% debía calcularse sobre el volumen de ventas del mercado afectado, como la Comunicación sobre multas.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación debemos recordar la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 1 de Junio de 2010 en los siguientes términos, a cuyo tenor: "*...El principio de confianza legítima, tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2). Así, la STS de 10-5-99 Az 3979, recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general".*

Por lo demás, la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que (...) se refiere a *"la creencia racional y fundada de que, por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión, y "(...) tan solo es susceptible de protección aquella confianza sobre aspectos concretos, "que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes"*.

Pues bien, dicho lo anterior, hemos de convenir con el Abogado del Estado cuando afirma que la decisión de la recurrente de presentar una solicitud de clemencia fue única y exclusivamente suya, con independencia de las motivaciones que le llevaran a ello o de las expectativas que tuviera sobre cuál sería el importe final de la sanción que pudiera imponérsele, cuya cuantificación está sometida a los criterios recogidos en la Ley de Defensa de la Competencia que han de ser aplicados conforme a las pautas interpretativas recogidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 y posteriores.

Así las cosas, la resolución recurrida, al aplicar la doctrina contenida en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, no ha vulnerado el principio de confianza legítima en la determinación del montante de la sanción a imponer a la recurrente. No compartimos que la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009 constituya un acto concluyente de la CNMC, en los términos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, revelador de esperanzas fundadas del mantenimiento del método de cálculo de la sanción y, en concreto, respecto de que el tope del 10% a que se refiere el artículo 63.1 de la LDC, debía calcularse sobre el volumen de ventas del mercado afectado, cuando además, la observancia de la doctrina contenida en la Sentencia de 29 de enero de 2015 resultaba obligada para la CNMC.

El motivo de impugnación examinado ha de ser desestimado por las razones expuestas.

QUINTO. - Denuncia, en segundo lugar, la recurrente la indebida definición del mercado afectado que realiza la resolución recurrida, pues a su juicio solo debe incluir el alquiler y no la venta. Añade que Balat no participó



en ninguna de las concesiones que la CNMC considera como justificación para incluir también las ventas de construcciones modulares en el mercado afectado, por lo que, la definición del mercado afectado contenida en la resolución sancionadora, además de irreal, es totalmente desproporcionado en lo que respecta a la actora en cuanto al impacto que tiene en el importe a considerar a los efectos de aplicar el tipo sancionador.

El motivo también ha de ser desestimado. Entendemos correcta la definición del mercado afectado por la conducta que realiza la resolución recurrida. Por lo demás, no son asumibles los argumentos en los que el recurrente fundamenta su discrepancia toda vez que el hecho de que BALAT no participara en las licitaciones en las que se preveía tanto el alquiler como la venta no determina que la definición del mercado afectado realizado en la resolución recurrida sea incorrecta.

En todo caso conviene recordar que la conducta sancionada es constitutiva de una infracción única y continuada prohibida en el artículo 1 de la LDC que entra dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de las mismas consistió en la adopción desde 2008 a 2013, con efectos hasta junio de 2014, de acuerdos secretos para el reparto de 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, con el consiguiente perjuicio para el consumidor, en las distintas zonas de/imitadas por este cártel.

Así las cosas, aun cuando la ahora recurrente haya participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, si ha 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, - cuestiones éstas no discutidas por la entidad actora-, puede imputársele la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 43). Por ello es irrelevante que participara en las licitaciones en las que se preveía tanto el alquiler como la venta a efectos de la definición del mercado afectado, sin perjuicio de las consecuencias que su concreta participación en la conducta sancionada pueda tener a efectos de la cuantificación de la sanción.

SEXTO.- Por cuanto se refiere a la sanción impuesta, explica la recurrente que, para individualizar la conducta, de conformidad con lo establecido en los artículos 64.1 apartados a y d) de la LDC, la CNMC atiende a la dimensión del mercado afectado por la infracción que depende a su vez de la duración de la conducta para cada empresa, así como la intensidad de la participación igualmente de cada una de las empresas y, en aplicación del artículo 64.1.c) de la LDC se tiene en cuenta el número de zonas geográficas en el que se ha acreditado la participación de cada empresa y que, como consecuencia de ello, se aplica a Balat un tipo sancionador del 4,80% que es multiplicado por su volumen de negocio total de su último año anterior, y de ahí resulta la sanción final que se impone a Balat y que como se muestra en la tabla asciende a 461.847€.

Dicho esto, denuncia la falta de motivación de la aplicación de un tipo impositivo del 4,80% a la recurrente, remitiéndose a los razonamientos del voto particular formulado a la resolución impugnada.

Por lo que se refiere a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, de nuevo se remite a los razonamientos del voto particular formulado a la resolución recurrida.

A estos efectos, discute que el mercado afectado por la conducta pueda abarcar todo el territorio nacional, pues a su juicio debería limitarse a aquellas zonas referidas en la Resolución en las que la conducta tuvo lugar y que, en todo caso, a la hora de individualizar el comportamiento de las empresas, el hecho de haber participado exclusivamente en una parte del territorio debería suponer en virtud del principio de proporcionalidad, atendiendo a lo establecido en el artículo 64.1.c) de la LDC, una graduación a la baja del tipo, que por tanto redujese la sanción al individualizarla.

Por lo demás considera que tampoco el periodo de duración puede suponer la aplicación de unos tipos sancionadores tan elevados como los fijados en la Resolución impugnada y denuncia que esta vulnera el principio non bis in idem por cuanto que aplica incomprensiblemente una doble agravante por un mismo hecho. A estos efectos expone que cuando la Resolución analiza los criterios para la determinación de la sanción, considera que la infracción, por tratarse " *del reparto de las adjudicaciones de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como el reparto de clientes y la fijación de precios en el Mercado de construcciones modulares*" debe ser considerada como " *una infracción muy grave*" y, por otra parte, entiende que debe considerarse un " *plus de gravedad*" nuevamente el hecho de que la conducta se haya producido en el sector de las licitaciones públicas en la medida que ello supone " *un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario*" afectando por ello a los contribuyentes.



Por lo demás, se remite a la sanción alternativa propuesta en el voto particular formulado a la resolución, que propugna, para la recurrente, un tipo sancionador del 3.38%, o que comporta una reducción de la sanción recaída sobre Balat de 96.218€ es decir, un 21% menos que la cuantía fijada por la Resolución, aun cuando también estima que sería desproporcionada.

SÉPTIMO. - Debemos reiterar, con carácter previo que estimamos conforme a derecho la definición del mercado de producto afectado por las conductas sancionadas, así como la del mercado geográfico que se realiza en la resolución sancionadora, respecto de las que la recurrente se limita a manifestar una opinión discordante, pero sin argumentar jurídicamente su discrepancia, más allá de su propia conveniencia.

Por lo demás, cumple manifestar que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros 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 sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando el Tribunal Supremo que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, han de concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma, precepto que interpreta en el sentido de que *"... el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados"*.

Pues bien, razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014 y añade que el porcentaje sancionador a debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pero, al propio tiempo, constata la existencia de otros elementos de la conducta que operarían en sentido contrario y conducen a graduar la multa por debajo del tramo superior del arco sancionador. Se refiere así a la previsión del artículo 64.1.c) de la LDC cuando alude al mercado afectado por la conducta, que, tal y como ya se ha señalado, es el mercado español de fabricación, alquiler y venta de construcciones modulares. Recoge 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 y tiene en cuenta, de cara a la fijación de la sanción, la alta frecuencia de contactos y reuniones entre las empresas infractoras, ya que se han acreditado un elevado número de contactos telefónicos y la celebración de más de 20 reuniones bilaterales o multilaterales durante la infracción.

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador, la resolución individualiza las multas, y, a falta de circunstancias atenuantes y agravantes (art. 64.2 y 64.3), toma en consideración, como factor determinante, y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción y para ello atiende al volumen de negocios de las sancionadas en el mercado afectado y al número de zonas geográficas del cártel en las que participó cada una de ellas, en el caso de Balat, en tres de ellas. Explica que los volúmenes de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por la infracción, que

depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64, 1, a y d).

El número de zonas geográficas del cártel en las que se ha acreditado la participación de cada empresa es tomado en consideración para determinar la intensidad de la participación de cada empresa en la infracción única y continuada a efectos de efectos de cuantificar la sanción.

Todo ello le permite afirmar, a la vista de estos factores, y teniendo presente la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, que la respuesta sancionadora debe situarse "... en el tramo medio-bajo de la escala, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa".

Así, refleja en los cuadros correspondientes el valor total de dicho mercado durante la conducta que se imputa a cada una de las empresas, y añade el porcentaje o cuota de participación de las mismas en función de del volumen de negocio en el mercado afectado y número de zonas geográficas en las que ha participado cada sancionada, suponiendo que la mayor facturación denota una mayor intensidad o participación y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales, con la correspondiente incidencia en el porcentaje de la sanción atribuido.

Por último, determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas que consigna en las tablas correspondientes, que incluyen, sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2014 (1.073.761 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (4,80%, para ALQUILABAT) y la multa (461.847 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de esta la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en el reparto de las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como de reparto de clientes y fijación de precios para el suministro de construcciones modulares en las zonas Levante, Sur y Centro y Norte desde mayo de 2009 hasta mayo de 2013.

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho 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 4,80%.

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 recogidas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque



no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

En consecuencia, 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.

OCTAVO.- Por lo demás cumple manifestar que no apreciamos vulneración del principio non bis in idem que se denuncia en la demanda por el hecho de que la resolución recurrida recoja, por una parte que " *el reparto de clientes y la fijación de precios en el Mercado de construcciones modulares*" debe ser considerada como " *una infracción muy grave*" y, por otra entienda que debe considerarse un " *plus de gravedad*" el hecho de que la conducta se haya producido en el sector de las licitaciones públicas en la medida que ello supone " *un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario*" afectando por ello a los contribuyentes.

Recordemos que el principio non bis in idem, que impide el doble castigo y el doble enjuiciamiento por los mismos hechos, se encuentra recogido como una garantía básica del Estado de Derecho, tanto en el ámbito internacional como interno. Aunque el principio non bis in idem no se recoge expresamente en el texto constitucional, no obstante, se infiere de la vigencia de los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el artículo 25 de la CE tal como se deduce de las SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2. Principio que tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

Pues bien, en el caso examinado, la infracción sancionada fue calificada como "muy grave" sin que las consideraciones recogidas en la resolución sancionadora para argumentar dicha calificación, a las que alude la recurrente para fundamentar la vulneración del principio non bis idem, supongan, en ningún caso, una doble agravación de la conducta.

Tampoco entendemos que se haya vulnerado el principio de proporcionalidad por el hecho de que se haya tomado en consideración, a efectos de determinar la mayor o menor intensidad de la participación de cada empresa en la infracción única o continuada, el número de zonas geográficas en las que cada una de ellas haya participado.

NOVENO.- Para terminar, denuncia la recurrente que la Resolución adolece de falta de motivación en cuanto a la reducción otorgada a Balat puesto que le atribuye una reducción del 30% dentro de un baremo que va desde el 30 al 50%, sin especificar por qué no es merecedor de una reducción mayor o al menos por qué se le aplica la menor de todas las posibles a pesar de afirmar que Balat presenta elementos de prueba con importancia para " *la mejor identificación y tipificación de la conducta y en concreto que, su valor confirmatorio respecto de la declaración de ALGECO y del resto de indicios recabados y su valor probatorio para demostrar el contenido y alcance de los contactos mantenidos en el País Vasco en 2011 y 2012*".

Recordemos que el artículo 66 de la Ley de Defensa de la Competencia regula la reducción del importe de la multa refiriendo que:

"1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:

a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y

b) cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior.

2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:

a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento.

b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento.



c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa.

3. La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tomada en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física.

4. La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia".

Y el artículo 49 del Reglamento que desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia dispone que las solicitudes de reducción del importe de la multa deben facilitar a la Comisión Nacional de la Competencia elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ésta disponga. Recogiéndose en el apartado 2 del citado artículo 49 que se entenderá que aportan un valor añadido significativo aquellos elementos de prueba que, ya sea por su naturaleza, ya por su nivel de detalle, permitan aumentar la capacidad de la Comisión Nacional de la Competencia de probar los hechos de que se trate.

En la sentencia de 9 de marzo de 2017, rec.187/2013, hemos interpretado el concepto jurídico indeterminado "valor añadido significativo" al que la Ley de Defensa de la Competencia sujeta la aportación de elementos probatorios con el fin de obtener una reducción de la multa previsible a imponer en el marco de una investigación de las conductas realizadas por varias empresas que adoptaron acuerdos de forma secreta para limitar la competencia en el mercado afectado.

Hemos dicho que ese valor añadido significativo debe interpretarse como la aportación de indicios o de medios de prueba que permitan determinar cuáles fueron las conductas realizadas, el periodo temporal, las empresas participantes, así como los medios y formas de contacto establecidas entre ellas en relación con las conductas investigadas. No servirá, por tanto, cualquier información que pueda ser útil e interesante en la investigación, sino que debe ser novedosa y esencial para la determinación de los elementos imprescindibles del tipo infractor. Pues como afirma el TGE en la sentencia de 17 de mayo de 2011, asunto T-299/08 Elf Aquitaine:

"Una declaración que se limita a corroborar en cierta medida una declaración del que la Comisión ya disponía no facilita, en efecto, la labor de la Comisión de manera significativa. En consecuencia, no es suficiente para justificar una reducción por cooperación del importe de la multa".

El valor añadido significativo debe referirse a elementos de juicio que representen una evidencia directa de la ilegalidad del cártel revelado o una información que no necesita ser corroborada o sustentada en fuentes adicionales, así como la aportación de documentación física (como actas o anotaciones) o electrónica (como comunicaciones electrónicas entre competidores, registros de reuniones) que objetivamente permita a la autoridad reforzar la imputación inicial o incrementar de manera sustancial sus posibilidades de comprobar la existencia de la infracción investigada e imponer a los responsables sanciones o medidas correctivas eficaces. Y como se recoge en la sentencia del TG de 27 de septiembre de 2012 asunto T-3347/06 Nynäs "en esta evaluación la Comisión concederá generalmente más valor a las pruebas escritas que daten del período en que se produjeron los hechos que a las pretensiones establecidas y que, del mismo modo, los elementos de prueba directamente relacionados con los hechos en cuestión se consideraran en general, de mayor valor que los que solo guarden relación indirecta con los mismos".

Por lo demás, debemos recordar que la fijación del porcentaje de reducción del importe de la sanción es una potestad discrecional de la Administración que exige para evitar indefensión cumplir con la exigencia de motivación.

Pues bien, en la resolución ahora impugnada, sobre la cuestión examinada, se consigna lo siguiente :

"Respecto de BALAT, y la posible reducción que puede corresponderle en aplicación del artículo 66 de la LDC, la Sala de Competencia atiende a la valoración realizada por la DC respecto de los elementos de prueba aportados por la mercantil, su valor confirmatorio respecto de la declaración de ALGECO y del resto de indicios recabados y su valor añadido para demostrar el contenido y alcance de los contactos mantenidos en el País Vasco en 2011 y 2012 para fijar precios mínimos de alquiler de construcciones modulares. Respecto del concreto porcentaje de reducción de la multa, como es sabido el artículo 66.2 de la LDC prevé que éste puede alcanzar entre un 30% y un 50% del importe de la multa. En el caso concreto, a la vista de la valoración realizada sobre los contactos mantenidos entre competidores en la zona relevante, esta Sala entiende que ese porcentaje debe ser del 30%, atendiendo a la importancia de los elementos aportados para la mejor identificación y tipificación



de la conducta. Esta Sala considera que el grado de colaboración prestada por BALAT no justifica que se le conceda una reducción de multa mayor a la señalada. La solicitud de exención o, subsidiariamente, reducción presentada por BALAT (2 de octubre de 2013) se presentó más de dos meses después del primer requerimiento de información realizado por la OC a BALAT (16 de julio de 2013) y a posteriori de la inspección llevada a cabo en la sede de BALAT (18 de septiembre de 2013) y su valor añadido se circunscribe estrictamente a lo ya señalado."

Por todo ello, esta Sala, de acuerdo con la propuesta de la DC, considera que (...) debe reducirse el importe de la sanción correspondiente a ALQUIBALAT, S.L. en el porcentaje señalado del 30%, equivalente a 138.554€.

Por tanto, estamos ante una motivación suficiente detallándose las razones por las que se deniega la exención y aplica un porcentaje del 30% de reducción del pago de la multa, que esta Sala a la vista del precepto que lo contempla considera ajustado a derecho y no arbitrario. Cuestión diferente es que la sociedad actora discrepe de la decisión adoptada por la Administración.

En cualquier caso, cumple manifestar que el hecho de aportar elementos de prueba no otorga un derecho automático a la máxima reducción del importe de la multa a la que se pueda tener derecho, debiéndose tener en cuenta el valor añadido de las pruebas aportadas, que es, precisamente, lo que se ha hecho en la resolución recurrida.

DÉCIMO. - Lo expuesto en los anteriores Fundamentos determina la desestimación del presente recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente .

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

FALLAMOS

Desestimar recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Rodríguez Muñoz, en nombre y representación de **Alquibalat, S.L. ("Balat")**, contra la resolución de 3 de diciembre de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES, mediante la cual se declara responsable a Balat de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y se le impuso una sanción de 461.847 euros, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

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 **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.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.