



Roj: **SAN 4924/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4924**

Id Cendoj: **28079230062021100506**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/11/2021**

Nº de Recurso: **49/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000049 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00330/2016

**Demandante:** ALQUILERES BARCELÓ SÁEZ, S.A., (ALQUIBARSA)

**Procurador:** D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

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

**Codemandado:** ALGECO SCOTSMAN

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. 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. 49/16 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **ALQUILERES BARCELÓ SÁEZ, S.A., (ALQUIBARSA)** 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 NUM000 CONSTRUCCIONES MODULARES, mediante la cual se le impuso una sanción de 43.487 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado; personándose en concepto de codemandada la entidad ALGECO SCOTSMAN, representada por el Procurador D. Luis Fernando Álvarez Wiese.



## 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 sirva admitirlos y tenga por formulada en tiempo y forma DEMANDA DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de fecha 3 de diciembre de 2015 en el expediente NUM000 Construcciones Modulares, Resolución que deberá ser declarada contraria a derecho en su integridad en lo que afecta a ALQUIBARSA, y como consecuencia de ello anuladas toda sus declaraciones e intimaciones, incluida la multa impuesta a mi mandante.*

*Subsidiariamente, para el caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme desestime los argumentos de nulidad de la Resolución, se estime la anulación y/o la reducción sustancial de la multa de 43.487 euros impuesta a ALQUIBARSA por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito de recurso.*

*En cualquiera de los casos anteriores, se solicita que se acuerde expresa imposición de costas a la Administración demandada y que se ordene a la CNMC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la sentencia que se dicte".*

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado y la entidad codemandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

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

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Impugna en este proceso la mercantil ALQUILERES BARCELÓ SÁEZ, S.A., (ALQUIBARSA) 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 NUM000 CONSTRUCCIONES MODULARES, cuya parte dispositiva 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:*

*(...)*

*7. ALQUILERES BARCELO SAEZ, S.L. (ALQUIBARSA), 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 la zona Levante desde junio de 2011 hasta julio de 2012.*

*(...)*

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

*(...)*

*- ALQUILERES BARCELO SAEZ,S.L., una multa de 43.487 euros.*

*(...)"*.

Los antecedentes que precedieron al dictado de la resolución recurrida pueden resumirse de este modo:

1) Con fecha 7 de mayo de 2013 la entidad ALGECO SCOTSMAN GLOBAL S.À.R.L. y sus filiales -en el mercado español ALGECO HOLDINGS, S.L. a través de ALGECO CONSTRUCCIONES MODULARES, S.A.-, presentaron ante la entonces Comisión Nacional de la Competencia solicitud de exención del pago de la multa en relación a 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) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Investigación llevó a cabo una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

3) Mediante acuerdo de 8 de julio de 2013 la Dirección de Investigación concedió la exención condicional del pago de la multa a ALGECO SCOTSMAN GLOBAL S.À.R.L. y sus filiales en virtud de lo establecido en el artículo 65.1.a) de la LDC, al entender que concurrían los requisitos al efecto exigidos y aportar con ello elementos de prueba que permitían ordenar el desarrollo de inspecciones en relación con el cártel descrito en la solicitud de exención, que fue ampliada por acuerdo de 2 de abril de 2014 a ALGECO SCOTSMAN HOLDING S.À.R.L., matriz de ALGECO SCOTSMAN GLOBAL S.À.R.L.

4) El 9 de julio de 2013 la Comisión llevó 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 ello conforme a lo prevenido en el artículo 40 de la LDC.

5) Incorporada en esa fase la información que refleja el expediente, el 5 de septiembre de 2013 la Dirección de Investigación, a la vista del material probatorio acopiado, acordó la incoación de expediente sancionador 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 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.

6) El 18 de septiembre de 2013 la CNC realizó una inspección en la sede de BALAT, acordando después la incorporación al expediente de la documentación en formato papel recabada en dicha inspección.

7) Practicadas las actuaciones que refleja el expediente, e incorporada la documentación que fue requerida a las empresas incoadas, con fecha 2 de junio de 2015 se notificó a las mismas el Pliego de Concreción de Hechos, frente al cual formularon las alegaciones y solicitaron la práctica de las pruebas que tuvieron por conveniente.

8) Con fecha 4 de agosto siguiente les fue notificada la Propuesta de Resolución, a la que formularon igualmente las alegaciones que refleja el expediente.

9) Finalmente, elevado el 3 de septiembre de 2015 el informe preceptivo y la Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC, la Sala de Competencia del mismo deliberó y falló el asunto en su reunión de 3 de diciembre siguiente.

**SEGUNDO.-** Al referirse a las partes que intervienen en el expediente, la resolución recurrida describe a ALQUILERES BARCELÓ SÁEZ, S.L., como una empresa fundada en 1982 con el propósito de diseñar y fabricar edificios modulares de alta calidad, y cuyo objeto social es el alquiler, venta y montaje de casetas, conjuntos modulares, maquinaria y útiles para la construcción. Indica además que tiene su sede social en Murcia, y que su estructura accionarial pertenece a dos personas físicas.

Tras relacionar las normas que configuran el régimen jurídico aplicable a las construcciones modulares y su contratación, la CNMC alude al mercado de producto que identifica con el del suministro, venta y alquiler de construcciones modulares, es decir, estructuras basadas en una unidad de construcción modular o módulo o en la combinación de varios módulos, que se utilizan como estancias temporales o permanente. Y destaca que, si bien 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, en la actualidad, se utilizan en una multiplicidad de actividades para responder a requerimientos de habitabilidad y uso de todo tipo al ofrecer 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. Añade que se caracterizan porque se pueden 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.

Particular importancia tiene en la configuración de este cártel la definición del mercado geográfico. Y así, y partiendo de la zona en la que las empresas incoadas concentran su actividad, la resolución distingue hasta cuatro 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.

Y circunscribe por ello el mercado afectado al mercado español.

Además, describe la estructura de dicho mercado desde el lado de la oferta, y lo refiere a la fabricación, alquiler y venta de construcciones modulares, puesto que la mayoría de los competidores estarían presentes en las tres actividades, destacando que aquellos que no están presentes en el estadio de la fabricación normalmente tienen acuerdos de exclusividad con fabricantes de construcciones modulares. En concreto, y respecto de la empresa aquí recurrente, señala que se dedica al alquiler, venta y montaje de casetas, conjuntos modulares, maquinaria y útiles para la construcción.

Y desde el lado de la demanda, pone de manifiesto que se encuentra muy atomizada, pues cualquier sector económico es susceptible de generar clientes para este mercado -alude a 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-, teniendo en cuenta que *"... la utilidad de la construcción modular es muy amplia, pudiendo dar respuesta a requerimientos de habitabilidad a empresas constructoras, de ingenierías técnicas, refinerías o entidades públicas, para todo tipo de usos o servicios, no sólo educativos o sanitarios, que suelen ser los más frecuentes, sino también festejos y actividades lúdicas relacionadas con eventos que se celebran en un período delimitado"*.

A partir de todo ello, a la vista de la información procedente de las declaraciones de clemencia y solicitud de reducción y de la 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, así como de la aportada por las incoadas a requerimiento de la misma DC, la Comisión entiende acreditados, como hechos que sirven de base a la resolución sancionadora, la adopción, al menos desde 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. Conducta que se habría desarrollado en las CCAA de Valencia, Murcia, Galicia, País Vasco, Aragón, Castilla-La Mancha, Andalucía y Cataluña.

En cuanto a la entidad aquí recurrente, la resolución sitúa su actividad en el ámbito del cártel de la Zona de Levante, que incluye Valencia y Murcia.

En primer lugar, le atribuye su participación en dicho cártel a raíz de suscribir el denominado Acuerdo Marco de 2011, publicado el 31 de diciembre de 2010, y al cual se presentó ALQUIBARSA.

La resolución explica la mecánica de funcionamiento de las licitaciones en el ámbito educativo de la Comunidad Autónoma de Valencia, y pone de manifiesto al respecto que en la normativa de contratos públicos se regula como sistema para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos la publicación de *Acuerdos Marco*, que implica que el proceso de adjudicación se lleve a cabo en dos fases: primero se fijan las condiciones a las que habrán de sujetarse los contratos que se pretenden adjudicar durante un período determinado, siendo seleccionadas aquellas empresas que se ajustan a dichas condiciones, que son las que firman el Acuerdo Marco y que pueden posteriormente presentar ofertas a las licitaciones concretas que se van convocando en una segunda fase. En esta (denominada contratación derivada), se van publicando las licitaciones a medida que es necesario prestar el bien o servicio, concretando el número de unidades a suministrar o el servicio a prestar, su plazo y el precio total resultante, presentando las empresas previamente seleccionadas las ofertas por escrito que son confidenciales hasta el momento fijado para su apertura.

De hecho, la contratación del suministro de instalaciones educativas de carácter provisional entre los años 2008 y 2011 se llevó a cabo por CIEGSA (CONSTRUCCIONES E INFRAESTRUCTURAS EDUCATIVAS DE LA GERALITAT VALENCIANA, S.A.U.) mediante la formalización de cuatro Acuerdos Marco, uno por cada año.

Pues bien, y como anticipábamos, ALQUIBARSA se presentó al Acuerdo Marco de 2011 y fue seleccionada, firmándose el Acuerdo el 27 de junio de ese año. Y aunque a esa fecha no formaría todavía parte del cártel, integrado hasta entonces por ABC, ALGECO, REMSA, DRAGADOS y BALAT, consta que el 5 de julio siguiente ALQUIBARSA habría enviado un correo electrónico a ALGECO bajo el asunto "Documentación Alquileres Barceló Sáez" adjuntando las ofertas que iba a presentar a las licitaciones convocadas al objeto de que ALGECO pudiera seguir el cumplimiento de los acuerdos adoptados. Consta también que en esa misma fecha ALGECO, a la vista de la documentación remitida por ALQUIBARSA, le remitió otro correo precisando los ajustes que debía realizar para adecuarse a lo acordado por el cártel. Tales correos de 5 de julio de 2011 obran a los folios 938 a 945 del expediente administrativo, y fueron proporcionados por ALGECO en su solicitud de exención del pago de la multa.



La segunda conducta que la resolución recurrida imputa a ALQUIBARSA la sitúa en la Comunidad Autónoma de Murcia, y se habría producido al repartirse ALGECO y ALQUIBARSA el proyecto "C10" en Cartagena para el suministro de módulos a REPSOL, reparto que habría continuado hasta 2011.

La prueba de ello la constituye la información facilitada por ALGECO en su solicitud de exención, folios 18, 787, 788 y 1200 a 1227 del expediente administrativo, y la contestación de REPSOL al requerimiento de información realizado que recogen los folios 4198 a 4202.

**TERCERO.**- En su demanda, la entidad recurrente denuncia como primer motivo de impugnación la vulneración del derecho de defensa en cuanto al supuesto acuerdo de reparto con ALGECO del suministro de módulos a REPSOL.

Argumenta en este sentido que no fueron valoradas las pruebas que aportó, en concreto la solicitud de tener por reproducidos los documentos que acompañó con sus alegaciones y la testifical respecto de REPSOL y de varios contratistas que participaron en la construcción de la refinería de REPSOL en Cartagena.

A su juicio, tales pruebas acreditarían que, contrariamente a lo afirmado por REPSOL en respuesta al requerimiento de información formulado por la Dirección -folios 4198 a 4202-, REPSOL no habría adjudicado solo a ALQUIBARSA el proyecto de suministro de módulos a los contratistas instalados en la campa de la refinería de Cartagena, sino que también se lo habría adjudicado a ALGECO. Lo que, en su opinión, sería prueba de la ausencia de concertación entre ALQUIBARSA y ALGECO en relación con ese proyecto pues habría sido la propia licitante, REPSOL, quien habría decidido que existieran dos adjudicatarios, como también lo confirmaría lo indicado en el contrato suscrito con ALQUIBARSA.

A acreditar esa circunstancia tendía, además, la prueba propuesta por la actora cuya denegación afirma que le ha producido indefensión.

Respecto de tal alegación ha de decirse que resulta conocida, por reiterada, la doctrina jurisprudencial según la cual la denegación de prueba en el procedimiento administrativo no determina *per se* la nulidad de la resolución que finalmente se dicte, pues es preciso que dicha denegación haya generado una indefensión real y efectiva a la parte que la invoca, ya que solo así se produce una lesión en el derecho de defensa y la quiebra de las garantías reconocidas en el artículo 24 de la Constitución.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2015, recurso núm. 297/2013, declara lo siguiente:

*"El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.*

*La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, ( STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009 ), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podrá ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002 ), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión. La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente ( STC 258/2007, de 18 de diciembre ), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa".*

También la sentencia de 8 de Enero de 2012 (recurso 6469/2012) recuerda que "... según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso, y no nacen de la sola y simple infracción de las normas procedimentales sino cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con perjuicio real y efectivo para los intereses afectados, no protegiéndose situaciones de simple indefensión formal, sino aquellos supuestos de indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente, lo que difícilmente se produce por la propia existencia de este proceso contencioso administrativo en el que la parte ha podido esgrimir cuantas razones de fondo ha tenido por convenientes para combatir el acto impugnado (véase, por todas, la STC 35/1989)".

Sobre el alcance de la inadmisión de pruebas se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia, entre muchas otras, de 3 de junio de 2019 (RC 3295/2016), en los siguientes términos:



"Según hemos señalado en reiteradas ocasiones -sirvan de muestra las sentencias de 30 de noviembre de 2009 (casación 5556/05 ), 9 de febrero de 2009 (casación 8621/04 ), 23 de febrero de 2009 (casación 9827/04 ) y 4 de mayo de 2009 (recurso contencioso-administrativo 175/05 ), donde se citan otros pronunciamientos de esta Sala en los que se examina la relevancia de la denegación de medios de prueba-, es necesario <<...para que la infracción procesal adquiera dimensión casacional que, como consecuencia de tal infracción, se produzca real indefensión, en los términos como ha sido entendida tanto por la jurisprudencia de esta Sala como por la doctrina del Tribunal Constitucional. Esto es, cuando la infracción denunciada se traduce en un impedimento o limitación improcedente del derecho de alegar en el proceso los propios derechos o intereses, de oponerse y replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en el ejercicio del indispensable derecho de contradicción, o de acreditar en el proceso hechos relevantes para su resolución o sentido de la decisión (Cfr. STS 29 de junio de 1999 y STC 51/1985, de 10 de abril , entre otras muchas) ...>>. En el mismo sentido puede verse la sentencia de la Sección 3ª de esta Sala de 20 de octubre de 2005 , cuya doctrina fue luego recogida en sentencia de la Sección 7ª de 25 de julio de 2007 (casación 2770/02 ).

Siguiendo en esta línea, un motivo de casación fundado en la denegación de un medio de prueba debe ser examinado tomando como referencia los requisitos que señala la jurisprudencia constitucional cuando enjuicia peticiones de amparo basadas en tal denegación de pruebas. En este sentido, las mismas sentencias a las que acabamos de aludir nos recuerdan las siguientes notas: <<... Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" ( SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2 ; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3 ; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5 ; 26/2000 , FJ 2 ; 45/2000 , FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. ( SSTC 1/1996, de 15 de enero ; 164/1996, de 28 de octubre ; 218/1997, de 4 de diciembre ; 45/2000 , FJ 2). e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas ( SSTC 149/1987, de 30 de septiembre , FJ 3 ; 131/1995, de 11 de septiembre , FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia ( SSTC 116/1983, de 7 de diciembre , FJ 3 ; 147/1987, de 25 de septiembre , FJ 2 ; 50/1988, de 2 de marzo , FJ 3 ; 357/1993, de 29 de noviembre , FJ 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo ( SSTC 30/1986, de 20 de febrero , FJ 8 ; 1/1996, de 15 de enero , FJ 3 ; 170/1998, de 21 de julio , FJ 2 ; 129/1998, de 16 de junio , FJ 2 ; 45/2000, FJ 2 ; 69/2001, de 17 de marzo , FJ 28)...>>.

Pues bien, trasladando estas consideraciones al caso que ahora nos ocupa, llegamos a la conclusión de que, aunque resulta ciertamente escueta y lacónica la manera en la que la Sala de instancia fundamenta la denegación de la prueba testifical, sucede que la parte recurrente no ha justificado la relevancia de dicha prueba para la resolución del litigio ni, en definitiva, en qué medida el resultado de la prueba, de haberse admitido y practicado, podría haber modificado el resultado de la decisión".

Esta doctrina, referida al proceso contencioso administrativo, es trasladable en sus consideraciones generales a la prueba interesada en el procedimiento administrativo en el sentido de que solo en el caso de que se haya generado efectiva indefensión cabe declarar por esta causa la nulidad de lo resuelto al infringirse el artículo 24 de la Constitución.

Pues bien, y respecto de la acreditación de los hechos que sustentan este cargo en concreto, ha de decirse que la información facilitada por REPSOL a requerimiento de la DC que obra a los folios 4198 a 4202 relata el procedimiento de adjudicación seguido por esta empresa con relación a las denominadas Licitaciones "C10" para expansión de la refinería de Cartagena, y señala, de manera literal, que "Finalmente, tras el procedimiento de comparación de las 5 ofertas recibidas, Repsol decidió adjudicar este contrato a la empresa ALQUIBARSA, al ser su oferta económica más ventajosa, técnicamente aceptable y disponer de los recursos requeridos. Se adjunta como Documento nº 14 la comparación de las 5 ofertas recibidas y la propuesta de adjudicación, así como el informe técnico elaborado por Repsol que justificaba tal adjudicación".

ALQUIBARSA mantiene que el contrato no solo le fue adjudicado a ella, sino también a ALGECO, y la prueba propuesta y denegada, con la indefensión que denuncia precisamente tendía a acreditar esa circunstancia.

Ha de decirse, sin embargo, que ni siquiera de quedar probado este extremo tendría ello el pretendido efecto de exonerar de responsabilidad a ALQUIBARSA, responsabilidad que se sigue de su acuerdo con ALGECO incardinado dentro de la actividad desarrollada por esta en el cartel de la Zona de Levante y Murcia.

La prueba practicada en autos a instancia de ALQUIBARSA pone de manifiesto que los informes emitidos por las empresas que fueron requeridas, contratistas cuya testifical interesó en su momento la recurrente, únicamente refieren que en la campa de REPSOL operó también ALGECO.

En particular, la declaración de la empresa ALFRAN, a la que se refiere específicamente la actora en sus conclusiones, no supone la inexistencia de acuerdos anticompetitivos entre ALGECO y ALQUIBARSA, pues se limita a indicar que "... solicitó ofertas a Alquibarsa y Algeco Scotsman y decidió contratar las casetas con Alquibarsa por ser la empresa que presentó la oferta más económica"; que el montaje de las casetas lo autorizó Repsol, quien previamente había asignado la parcela donde se tenían que instalar; y que ALQUIBARSA y ALGECO habían sido ambas homologadas por REPSOL, lo que resultaba imprescindible para poder iniciar el montaje de las casetas.

Con ello, insistimos, no desvirtúa en modo alguno la prueba aportada con la solicitud de clemencia, en particular la contenida en los folios 776 a 784 y 1200 a 1227 .

Pr ecisamente sobre el valor probatorio y el alcance que ha de reconocerse a la documentación proporcionada por el clemente se pronuncia la sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06, en sus apartados 52 a 56, que sistematiza la doctrina aplicable al respecto en estos términos:

*"1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión , citada en el apartado 41 supra, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 57 y 58). 2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación ( sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 58). 3. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T- 136/02 , Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 59). 4. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica 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 ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 293). 5. 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 apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 70) 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 (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295".*

En consecuencia, las pruebas acopiadas en torno a la participación de ALQUIBARSA en los acuerdos con ALGECO a los efectos de la licitación convocada por REPSOL permiten a esta Sala concluir que existen indicios



suficientes de su responsabilidad en la infracción que se le imputa. Prueba que no solo está constituida por la aportada con la declaración de clemencia, sino que se integra con otras recabadas por la Dirección de Competencia, entre las que cabe citar la declaración de REPSOL y la documentación que la acompaña.

Y es que, como decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, " *En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración*". Consideraciones que ratifica la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, cuando señalábamos también respecto de la prueba de indicios que " *... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no 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*".

*Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan*".

También como declara en análogo sentido el TJUE -sentencias de 8 de julio de 2008, Lafarge/Comisión, T-54/03 y de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión, T-360/09-, al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, " *es habitual que las actividades propias de tales prácticas y acuerdos se desarrollen con el mayor secreto posible, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo*".

**CUARTO.-** Aduce además la actora que no participó en la infracción única y continuada que se le imputa, y destaca que la resolución le atribuye el haber intervenido solo en dos licitaciones de las 47 que detectó la Dirección de Competencia, en concreto la licitación convocada por CIEGSA en 2011, y la convocada por REPSOL relativa al proyecto C-10 en Cartagena.

En cuanto a la primera, advierte que ALQUIBARSA no resultó adjudicataria y que no recibió compensación alguna por parte del resto de las sancionadas. Y que no hay prueba de su participación en las reuniones de las restantes empresas que conformarían el cártel, ni de su comunicación con ellas mediante correos o conversaciones telefónicas.

Relata las circunstancias que concurrían entonces en la entidad -situación económica, firma del Acuerdo Marco de 2011, negativa a participar en los acuerdos que ALGECO venía concluyendo con otras incoadas desde 2008, evitación de enfrentamiento directo con ALGECO...-, que explicarían la conducta al margen de la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

Sin embargo es preciso destacar, en primer término, que el hecho de no haber resultado adjudicataria de ninguna de las contrataciones de CIEGSA no es excluyente de la existencia del acuerdo y de la utilidad que la mera participación de ALQUIBARSA podía reportar a la misma y al resto de las incoadas, dentro de la actuación conjunta y programada que implica la infracción única y continuada que se imputa; y, por otra parte, que el texto de los correos intercambiados con ALGECO con fecha 5 de julio de 2011 a los que se refiere la resolución, obrantes a los folios 938 a 945 del expediente administrativo, resulta sumamente expresivo de su participación, al punto de que los argumentos desplegados por la actora son insuficientes ante la evidencia de su contenido. En el enviado por el representante de ALQUIBARSA se solicitaba el visto bueno de las ofertas preparadas por esta de acuerdo con lo antes pactado con ALGECO:

"Buenos días, Vicente :

*Tal y como comentamos ayer, te envié un muestreo de las ofertas de distintos colegios que hemos preparado. Si te parecen bien, y por la premura de tiempo, en cuanto me des el visto bueno los envío a Valencia.*

Muchas gracias, Saludos Victorino "

Y esta fue la contestación de ALGECO:



"Hola Vicente ,

HONDON DE LAS NIEVES 9% IES CAMINAIS\_cs 5.20%

CERVANTES\_alboraya 6.79% CEE LA ENCARNACION torrente 6.87% esto son las bajas,

En cuanto al formato es correcto, pero se debe añadir el importe en LETRA, el nº de orden del CAC 01/11\_ XX y en los nº de expediente, añadir hay un error de importe en IES CAMINAIS, el importe del alquiler supera al precio de licita km.

También tiene que aparecer a pie de página, con la fecha, el nombre del firmante.

Seria conveniente que la fecha fuese el 08/07/11

Eso es todo-

Hasta luego !!".

La Sala no alberga entonces duda alguna de que la participación de ALQUIBARSA en dicha licitación se hizo bajo lo convenido con ALGECO.

Y por lo que se refiere a la imputación relacionada con al proyecto C-10 de REPSOL en Cartagena, valga lo ya dicho antes en cuanto a la valoración de la prueba y las menciones a la aportada por REPSOL (folios 4198 a 4202) y el alcance que cabe atribuir a la declaración del beneficiario de la clemencia (folios 18, 787, 788 y 1200 a 1227) en los términos en que lo ha fijado el Tribunal de Justicia; sin que, también como hemos razonado, la prueba testifical practicada en el curso de este proceso haya desvirtuado, pese a lo afirmado por la recurrente, la veracidad de los acuerdos que se atribuyen a ALGECO y ALQUIBARSA respecto de esta concreta licitación.

Directamente relacionado con todo ello, y respecto de la afirmación de que ALQUIBARSA no habría participado en la infracción única y continuada que se le imputa teniendo en cuenta que su supuesta intervención en el cártel se habría limitado a las dos licitaciones (de CIEGSA y de REPSOL) mencionadas, sin que se justifique - ni siquiera se le atribuya- su participación en las reuniones y conversaciones que mantuvieron otras empresas incoadas, ha de decirse que, suficientemente acreditada su participación en acuerdos anticompetitivos que perseguían el reparto de la licitación en detrimento de la libre competencia en los términos que aprecia la resolución sancionadora, el hecho de que la intervención de ALQUIBARSA se haya limitado a dos licitaciones no excluye su participación en la infracción única y continuada que se describe. Y ello atendida la jurisprudencia del TJUE sobre la configuración de esta clase de infracciones, pues, como recuerda en su sentencia de 24 de junio de 2015, *Fresh Del Monte Produce Inc. contra Comisión Europea* ( C-293/13 P) y *Comisión Europea contra Fresh Del Monte Produce Inc.* ( C-294/13 P), "... 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 sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. *En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad ( sentencia Comisiõin/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43)*".

Pese a lo afirmado por ALQUIBARSA, existen evidencias suficientes de que conocía la intervención en los acuerdos de otras empresas.

De hecho, en su demanda argumenta -página 19- que "ALGECO explicó las bondades del acuerdo y en concreto, los posibles beneficios resultantes si ALQUIBARSA se adhería a un acuerdo con las otras empresas seleccionadas en relación con las licitaciones de CIEGSA para repartirse los módulos a instalar en 83 colegios. Al mismo tiempo, ALGECO le sugirió que, como parte de dicho acuerdo, ALQUIBARSA debería aplicar cierto nivel de bajas en las ofertas que debía presentar a CIEGSA seguidamente. Tratando de evitar en un enfrentamiento directo con ALGECO, ALQUIBARSA contestó con evasivas a las citadas proposiciones con el fin de evitar que aquella pudiera aplicarle medidas de represalia". Pese a lo cual, participó finalmente en la licitación y, de hecho, se concertó con ALGECO en los términos que resultan de los citados correos.

Por otra parte, el reparto de clientes al que obedecía, en definitiva, su conducta no sería posible de no existir un plan preconcebido y una actuación conjunta con las restantes empresas encaminada, precisamente, a dicho reparto.



Todo lo cual obliga a concluir que la participación de ALQUIBARSA en la infracción única y continuada que se le imputa ha quedado suficientemente acreditada, sin perjuicio de que el hecho de que dicha participación se redujera a solo dos licitaciones hubiera de tener reflejo en la cuantía de la sanción impuesta.

**QUINTO.-** Es, precisamente, la consideración de que la cuantía de la multa impuesta a la recurrente resulta desproporcionada y discriminatoria el último de los motivos de la demanda.

Parte ALQUIBARSA del análisis de los diferentes aspectos contemplados en el artículo 64 de la Ley 15/2007 para la cuantificación de las sanciones -dimensión y características del mercado afectado por la infracción, cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance de la infracción, sus efectos sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción o la duración de esta-, y considera que no han sido valorados adecuadamente. Como tampoco lo habrían sido otros aspectos que ALQUIBARSA considera relevantes, y así su situación económica, o la limitada participación en las conductas reprochadas, lo que justificaría una reducción de la multa impuesta en un porcentaje que la recurrente sitúa, cuando menos, en un 75%.

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

A partir de ahí, el Tribunal Supremo rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma.

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría. En consecuencia, analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso, y supone que alguno de ellos incide en la mayor gravedad de la conducta. Y señala así 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"*.

Menciona también, abundando en esa gravedad y respecto de la naturaleza del producto, que *"... tanto para las licitaciones convocadas por Administraciones públicas como por operadores privados, se trataba de un input o insumo imprescindible para los demandantes de los módulos y, en el caso de las licitaciones públicas, en su mayor parte, de construcciones modulares a utilizar como centros docentes, colegios e institutos"*.

A continuación, expone los criterios de valoración, entre ellos la participación en cada una de las conductas anticompetitivas detectadas, e individualiza las multas tomando en consideración, como factor determinante y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción. A tal efecto, incluye un cuadro en el que refleja el volumen de negocios de cada una de las incoadas en el mercado afectado y el número de zonas, de las cuatro que distingue la resolución, en las que habría participado.



Sobre esta base, justifica la no aplicación de agravantes ni atenuantes y, a partir de ello, y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores descritos le permite concretar, dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios de cada sujeto responsable, el tipo sancionador correspondiente a cada empresa a aplicar sobre el volumen de negocios total de 2014, tipo que en el caso de ALQUIBARSA se sitúa en el 4,05%.

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

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que habría fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Hay una referencia expresa a la configuración del mercado afectado de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es, como decíamos, del 4,05%.

La resolución hace un análisis específico sobre la eventual desproporción de la sanción que le conduce a la notable reducción del porcentaje en el caso de una de las sancionadas, pues de aplicarse el que corresponde a la gravedad de la infracción cometida por dicha empresa, dice la CMNC, ello "... conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de la empresa. Esto es así porque se trata de una empresa que actúa en muchos otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción, como lo muestra el hecho de que su volumen de negocios medio anual en el mercado afectado supone solo un 2% del volumen de negocios total de la empresa en 2014, mientras que este porcentaje es muy superior (el 58% o más) para el resto de las empresas infractoras".

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada, ni se abstraiga de parámetros de proporcionalidad, pues ha de insistirse en que las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo siendo así que indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

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

**SEXTO.-** Procede, conforme a lo expuesto, la íntegra desestimación del recurso con la consiguiente imposición de las costas a la entidad actora en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

## FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **ALQUILERES BARCELÓ SÁEZ, S.A., (ALQUIBARSA)** 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 NUM000 CONSTRUCCIONES MODULARES, mediante la cual se le impuso una sanción de 43.487 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave. Resolución que declaramos ajustada a Derecho.



Con expresa im posición de costas a la entidad actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ