



Roj: **SAN 4825/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4825**

Id Cendoj: **28079230062021100494**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/11/2021**

Nº de Recurso: **58/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000058 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 420/2016

**Demandante:** DRAGADOS S.A. y ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS

**Procurador:** D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. RAMÓN CASTILLO BADAL

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<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. 58/16 promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de **DRAGADOS S.A. y ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS**, contra la resolución de 3 de diciembre de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se les impuso una sanción de multa de 8.567.403 euros. €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



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

*"Qu e la Resolución Impugnada es nula de pleno Derecho al haber sido adoptada después de expirar el plazo máximo de 18 meses de que dispone la CNMC para dictar y notificar la resolución que ponga fin al expediente administrativo, según lo previsto en el artículo 36.1 de la LDC .*

*(ii) Subsidiariamente, que no ha quedado acreditada la participación de Dragados en un cártel en las zonas de Murcia, Andalucía, Castilla-La Mancha, Cataluña y Galicia, habiendo facilitado la Compañía una explicación alternativa plausible, fundamentada en amplia prueba documental, a los indicios aportados por la CNMC, debiendo, por ello, anularse parcialmente la Resolución impugnada y procederse a la imposición de una nueva sanción que, en atención al principio de proporcionalidad de las sanciones, no debiera superar los 143.992 euros en consideración a:*

*- El volumen de negocios de Dragados en el mercado autonómico afectado (3.51 2.000 euros):*

*- El beneficio ilícito presuntamente obtenido por Dragados como consecuencia de la infracción (4,1% de 3.51 2.000 = 143.992 euros).*

*(Ili) Con segundo grado de subsidiariedad, en el caso de que la Sala confirmase que ha quedado acreditada la participación de Dragados en todas las conductas que se le imputan, esta parte solicita a la Sala que declare que la multa impuesta a la Sociedad vulnera (i) el deber de motivación ( artículo 54 de la LKIPAC y artículo 24 de la Constitución ); (ii) el artículo 64 de la LDC y el principio de proporcionalidad ( artículo 131 LRJPAC y artículo 9 de la Constitución ); y (iii) el principio de igualdad y no discriminación recogido en los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en consecuencia, anule parcialmente la Resolución en lo que se refiere al cálculo de la sanción impuesta a Dragados, reduciendo su importe a 209.264 euros (si se considera la existencia de un mercado afectado de carácter autonómico), o a un máximo de 313.628 euros (si se considera la existencia de un mercado afectado de ámbito nacional), todo ello en atención al principio de proporcionalidad de las sanciones.*

*(iv) Con tercer grado de subsidiariedad, para el caso en que la Sala lo considerase más oportuno, que se anule parcialmente la Resolución en lo que se refiere al cálculo de la sanción Impuesta a Dragados por los motivos expuestos en el Suplico (ii) supra, ordenando a la CNMC que cuantifique la sanción a imponer a Dragados de forma motivada y en atención a los siguientes criterios de graduación;*

*- Que Dragados no ha participado en todas las "zonas" del presunto cártel, sino únicamente en seis de las ocho Comunidades Autónomas investigadas;*

*- Que el volumen de negocios de Dragados en los mercados autonómicos verdaderamente afectados por la infracción es 51.040.000 euros;*

*- Que la cuota de mercado de Dragados en el mercado de alquiler y de venta de construcciones modulares es de 8%;*

*- Que el beneficio ilícito presuntamente obtenido por la Compañía habría sido de 2.092.640 euros atendiendo a los mercados afectados autonómicos, o como máximo de 3.136.281 euros, si se considerase la existencia de un mercado afectado de ámbito nacional;*

*- Que la sanción impuesta a Algeco (1.591.005 euros) debiera reflejar el máximo reproche sancionador, por lo que, en todo caso, debiera actuar como límite máximo de las sanciones impuestas en este Expediente.*

*(v) Que, en relación con ACS, la Resolución vulnera (i) el principio de responsabilidad personal aplicable en el procedimiento administrativo sancionador así como el artículo 61 de la LDC al imputar responsabilidad a ACS por la conducta de Dragados, habiendo quedado demostrado que esta última dispone de plena autonomía funcional en su toma de decisiones en el mercado; y (ii) el deber de motivación ( artículo 54 de la LRJPAC y artículo 24 de la Constitución ), el derecho fundamental a la tutela Judicial efectiva de mi representada ( artículo 24.1 de la Constitución ) y la jurisprudencia del TJUE en la materia, al no contestar el Consejo a ninguna de las alegaciones realizadas por ACS durante la tramitación administrativa del procedimiento. Por ello, esta parte respetuosamente solicita a la Sala que anule parcialmente la Resolución en lo que se refiere a la imputación de responsabilidad a ACS como matriz de Dragados."*

**SEGUNDO.**- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.



**TERCERO.**- Mediante auto de 20 de julio de 2016, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 8.567.403 euros y sin necesidad de abrir el periodo probatorio se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por la recurrente en su escrito de demanda y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

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

Seguidamente, mediante providencia de 23 de julio de 2021, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 15 de septiembre de 2021, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 3 de diciembre de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 8.567.403 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES," 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 consistente en la adopción, desde 2008 y hasta 2013, 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 de construcciones modulares.*

*SEGUNDO.- Declarar responsables de esa infracción, y por los periodos indicados, a los siguientes empresas/ empresarios autónomos:*

*(...) ACS Y DRAGADOS SA*

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

*DRAGADOS, S.A., una multa de 8.567.403 euros y ACS ACTIVIDADES DE CONTRUCCION Y SERVICIOS, S.A., responsable solidario de la citada multa en cuanto matriz de DRAGADOS.*

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

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

1) Con fecha 7 de mayo de 2013 la entidad ALGECO SCOTSMAN GLOBAL S.A.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.A.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 cartel descrito en la solicitud de exención, que fue ampliada por acuerdo de 2 de abril de 2014 a ALGECO SCOTSMAN HOLDING S.A.R.L., matriz de ALGECO SCOTSMAN GLOBAL S.A.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 obtenido, 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.-** En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, DRAGADOS S.A, del siguiente modo:

DRAGADOS, S.A. es una sociedad mercantil dedicada, entre otras actividades, a la construcción de obras públicas y privadas.

ACS es el accionista de control de DRAGADOS desde el 30 de julio de 1992, fecha en la que adquirió el 55% del capital social, siendo desde el 29 de abril de 1993 el titular indirecto del 100% del capital social de DRAGADOS. La actividad de construcciones modulares la realiza DRAGADOS a través de la denominada "Delegación Caracola", si bien hasta la absorción por DRAGADOS en 2011 de SOLUCIONES DE EDIFICACIÓN INTEGRALES Y SOSTENIBLES, S.A. (SEIS) se han identificado indistintamente en este sector las empresas SEIS o DRACE (CONSTRUCCIONES ESPECIALES y DRAGADOS, S.A.), antigua denominación social de SEIS. DRACE fue filial de DRAGADOS desde junio de 2004, con tres tipos de actividades principales: actividades de contenido medioambiental, obra civil y edificación, incluyendo edificación modular, fachadas reforzadas con fibra de vidrio, mesas de encofrado, obras de rehabilitación, obras industriales (estaciones de servicio, naves, etc.), interiorismo, equipamiento y mobiliario.

En septiembre de 2007, DRACE escindió sus actividades, que pasaron a ser realizadas por las siguientes sociedades, filiales de DRAGADOS: la actividad medioambiental por DRACE MEDIOAMBIENTE, S.A.; la de obra civil por FLOTA PROYECTOS SINGULARES, S.A. y DRACE mantuvo la actividad de edificación, cambiando en febrero de 2008 su denominación social por la de SEIS y siendo absorbida el 31 de agosto de 2011 por DRAGADOS, pasando la actividad de construcciones modulares a integrar la citada "Delegación Caracola" de DRAGADOS15. Las referencias a SEIS/DRACE se han unificado por la DC y esta Sala, a efectos de evitar confusión, como DRAGADOS.

Por otra parte, la actividad de construcción de ACS se desarrolla a través de las tres compañías cabeceras de esta área: DRAGADOS, HOCHTIEF e IRIDIUM CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS, S.A., que realizan el desarrollo de los proyectos mediante diferentes modelos de contratos, ya sea de construcción directa para clientes, tanto públicos como privados, o en régimen concesional a través de distintos modelos contractuales de colaboración público-privada.

**TERCERO.-** La resolución recurrida, tras relacionar las normas que configuran el régimen jurídico aplicable a las construcciones modulares y su contratación, se refiere 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 modulo 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 geográfico 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 DRAGADOS, dice que realiza las actividades referentes a la construcción modular desde la delegación CARACOLA, con implantación en Madrid, Andalucía, Cataluña y Valencia.

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 periodo delimitado"*.

A la vista de la información procedente de las declaraciones de clemencia y solicitud de reducción y de la obtenida por la Dirección de Competencia 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.

**CUARTO.**- La resolución recurrida pone 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.

A 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. Asimismo, acordaban la fijación de precios a ciertos clientes privados y pactos de no agresión para repartirse el mercado de construcciones modulares.

Destaca más de 400 contactos telefónicos entre las empresas sancionadas y la celebración de al menos un total de 22 reuniones bilaterales o multilaterales entre febrero de 2009 y diciembre de 2012, con distinto grado de participación, en función de su presencia geográfica y de los acuerdos adoptados respecto de licitaciones o clientes, de las empresas competidoras ABC, ALGECO, DRAGADOS, REMSA, BALAT, ARLAN, SISTEMAS MODULARES GOIKOA, NORTE, ARQUITECTURA MODULAR, S.L. En algunos supuestos, se hacían partícipes al resto de empresas del cártel no asistentes a la reunión de los acuerdos adoptados en las mismas



Tras las publicaciones de los Acuerdos Marcos por las CCAA o de las ofertas realizadas por operadores privados para compra o alquiler de módulos, los competidores implicados y con presencia en la zona establecían contactos al objeto de pactar los descuentos y/o las condiciones técnicas a ofertar para resultar adjudicatarios de las licitaciones públicas derivadas de dichos Acuerdos Marcos o contratistas de los contratos privados. De esa forma se repartían el número de módulos a suministrar o trasladar y se garantizaban sus cuotas de mercado. De igual forma, atendiendo también a la zona geográfica delimitada por las empresas miembros del cártel, los competidores pactaban precios mínimos y establecían acuerdos para repartirse clientes y así garantizarse su cuota de mercado.

En el Acuerdo Marco 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 segunda fase (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 y confidenciales hasta el momento fijado para su apertura.

De hecho, en la Comunidad Valenciana 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, DRAGADOS se presentó en esta Comunidad y fue seleccionada a los sucesivos Acuerdo Marco de 2008, 2009, 2010 y 2011, firmándose los respectivos acuerdos.

Destaca la resolución recurrida los contactos fundamentalmente telefónicos, mantenidos a partir de enero de 2009 entre ABC, ALGECO, DRAGADOS, MIRCOMODUL y/o MIRCOMAR, matriz de esta última, y REMSA, así como de las reuniones celebradas entre dichas empresas y los acuerdos alcanzados por éstas, con intercambio de cuadros donde se incluían los diferentes porcentajes de descuentos a presentar por cada una de dichas empresas, uniéndose posteriormente BALAT tras resultar seleccionada como firmante del Acuerdo Marco. Así lo acredita la información facilitada por ALGECO en su solicitud de exención (folios 765, 803 a 807 y 1200 a 1227) y por BALAT en su solicitud de reducción (folios 13439 y 13459 a 13478).

Refleja la resolución sancionadora dos reuniones de 17 y 25 de febrero de 2009 en las que participó DRAGADOS junto con ABC, ALGECO, MIRCOMODUL y REMSA con el fin de valorar las condiciones técnicas que ofertarían para ser seleccionadas como firmantes del Acuerdo Marco y en las licitaciones posteriores que CIEGSA convocase, una vez publicados los centros escolares objeto de licitación y determinados los módulos necesarios para los mismos, y así garantizarse cada una de las citadas empresas la adjudicación de los módulos que les permitiera seguir manteniendo su cuota de mercado. Así lo acredita la información facilitada por ALGECO en su solicitud de exención (folios 766 y 1205 a 1207) y correos electrónicos internos de REMSA de 20 y 21 de enero y 25 de febrero de 2009, recabados en la inspección de REMSA (folios 3178 a 3180).

Destaca la resolución sancionadora que, en esa segunda reunión de 25 de febrero de 2009, DRAGADOS y REMSA estaban condicionadas por sus matrices, que eran conocedoras de las estrategias que el cártel establecía, tal y como refleja el correo electrónico interno de REMSA de 25 de febrero de 2009, con asunto "Reunión tema CIEGSA1", recabado en la inspección de REMSA (folio 3178).

En junio de 2009, el Director General de ALGECO, reunido en un restaurante con el Director General de ABC y con el responsable de construcciones modulares de DRAGADOS, se puso en contacto telefónico con el Director Territorial zona de Levante de ALGECO para trasladarle el acuerdo de reparto de centros escolares, y que debía ponerse en contacto con los delegados territoriales de ABC, REMSA, DRAGADOS y BALAT para coordinarse con éstos a los efectos de repartirse los contratos de forma que cada empresa mantuviese su cuota de mercado. Así lo acredita la información facilitada por ALGECO en la solicitud de exención del pago de la multa presentada por dicha empresa (folios 12, 767, 1209 y 1210).

Recoge la resolución sancionadora la existencia de un cuadro, con el reparto de un total de 29 centros públicos entre ALGECO, REMSA, DRAGADOS (SEIS), BALAT y ABC, incluyéndose los centros públicos pendientes de asignación por el cártel, adjunto al correo electrónico de 9 de julio de 2009 remitido por ABC a ALGECO, REMSA y BALAT, con asunto "cuadro actualizado", adjuntando la tabla "colegios 2009-reparto", con el reparto de módulos por colegios entre ALGECO, REMSA, DRAGADOS, BALAT y ABC e indicando que se pasara a DRACE (DRAGADOS) y que había que volverse a reunir para acordar la asignación de los centros públicos aún pendientes de reparto.

Así lo acredita el correo electrónico de ABC de 9 de julio de 2009, con asunto "cuadro actualizado", remitido a ALGECO, REMSA y BALAT, facilitado por ALGECO en su solicitud de exención (folios 825 y 826) y recabado en la inspección de REMSA (folios 3175 y 3176), reenviado por correo electrónico interno de BALAT de 10 de julio de 2009, con asunto "Fwd: cuadro actualizado", recabado en la inspección de BALAT (folios 3242 y 3243) y facilitado por BALAT en su solicitud de reducción del importe de la multa (folios 2306, 2307 y 2385 a 2387).

En 2010, explica la resolución recurrida, que se siguió con el mismo procedimiento por las empresas participantes en el cártel, constando en el expediente elementos de prueba que evidencian los contactos y acuerdos alcanzados sobre los porcentajes de bajas y condiciones técnicas que presentarían ABC, ALGECO, BALAT, DRAGADOS y REMSA para ser seleccionadas en este Acuerdo Marco, sumándose al cártel MIRCOMODUL y JAHUEL. Así, se mantuvieron numerosos contactos telefónicos entre dichas empresas desde enero de 2010, como se constata en los registros telefónicos aportados por ALGECO en su solicitud de exención del pago de la multa. Así resulta de la información facilitada por ALGECO en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 771 a 776 y 807 a 810), en la que se evidencia que ALGECO se puso en contacto en 123 ocasiones con sus competidores, constando 60 llamadas con el Director Comercial de ABC; 29 llamadas con el Delegado Territorial zona Levante, Andalucía, Norte y Centro de DRAGADOS; 19 llamadas con el Director zona Levante y Andalucía de REMSA y 16 llamadas con el Director Comercial de BALAT).

Además, en un correo electrónico interno de DRAGADOS de 30 de marzo de 2010, se constatan los contactos entre ALGECO, ABC, BALAT, REMSA, MIRCOMODUL y DRAGADOS y los acuerdos adoptados por dichas empresas. Así lo acredita el correo electrónico interno de DRAGADOS de 30 de marzo de 2010, con asunto "ACUERDO MARCO", recabado en la inspección de DRAGADOS (folios 3011 y 3012) e información facilitada por BALAT en su solicitud de reducción (folio 2311).

Tras firmar el Acuerdo Marco, el 14 de junio de 2010, se celebró una reunión para establecer el modus operandi respecto de las licitaciones que se convocarían en el ámbito de dicho Acuerdo Marco, con el consiguiente reparto de los centros docentes que se licitaran. En esta reunión participaron JAHUEL, ABC, BALAT, ALGECO, MIRCOMODUL y REMSA, confirmando DRAGADOS (SEIS), que no asistió, su respeto a lo acordado y NORMETAL, que tampoco asistió, que no participaba en este acuerdo, pues quería que le asignaran 250 módulos. Así se evidencia en el correo electrónico interno de REMSA de 14 de junio de 2010 trasladando el contenido de la citada reunión celebrada ese mismo día:

*"(...) te resumo la reunión celebrada hoy en Paterna. Asistentes.: JAHUEL, ABC, BALAT, ALGECO, MIRCOMODUL, REMSA. SEIS no ha asistido, aunque respeta el acuerdo. NORMETAL: No ha asistido y no participa en el acuerdo, quieren meter unos 250 módulos como sea. Según [Directivo de ALGECO], este verano van a haber menos colegios para concursar, será a partir de Enero 2011 cuando saldrá un mayor volumen de aulas para concursar. El acuerdo entre los asistentes ha sido el de cada vez que salga un colegio para concursar, bien reunirse o llamarnos para llegar a un acuerdo para el reparto."* Correo electrónico interno de REMSA de 14 de junio de 2010, con asunto "Reunión de Industriales", recabado en la inspección de REMSA (folio 3171) e información facilitada por BALAT en su solicitud de reducción (folio 2311).

En cuanto al acuerdo marco de 2011, al igual que en los anteriores procesos de contratación, constan múltiples contactos telefónicos entre ALGECO, ABC, BALAT, DRAGADOS y REMSA desde finales de diciembre de 2010 hasta la apertura de plicas realizada el 11 de mayo de 2011, para acordar las ofertas a presentar para resultar seleccionadas en este Acuerdo Marco. Información facilitada por ALGECO en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 776, 800, 810 a 812 y 862) y por BALAT en su solicitud de reducción del importe de la multa (folios 2312 y 2313).

Además de lo expuesto en la zona de Valencia, imputa también la resolución recurrida, en cuanto a DRAGADOS y en los términos que luego analizaremos:

Zona de Murcia, una concertación respecto del Acuerdo Marco de la Consejería de Educación de Murcia de 2009.

Zona de Andalucía, un pacto de no agresión en relación con licitaciones para el traslado de colegios del Ente Andaluz de Infraestructuras y Servicios educativos entre 2008 y 2013.

Zona de Castilla la Mancha, reparto de las licitaciones para el alquiler de módulos en Castilla-La Mancha

Zona de Galicia, una concertación en relación con la licitación del Concejo Das Pontes para el suministro de un módulo arquitectónico con el fin de prestar servicios a discapacitados en 2012.

**QUINTO.-** Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la resolución de la CNMC en su fundamentación jurídica califica los hechos antes descritos como constitutivos de una



conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007 consistente en una serie de acuerdos e intercambios de información entre competidores.

En el caso de Dragados, la imputación obedece a 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, Cataluña y Centro y Norte desde 2008 hasta abril de 2013, con efectos hasta junio de 2014

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

La caducidad del procedimiento que debería haberse declarado el 18 de mayo de 2013, 7 meses antes de la resolución de 3 de diciembre de 2015.

Explica que el expediente se incoa el 5 de septiembre de 2013 por lo que debería concluir el 5 de marzo de 2015.

1ª suspensión el 5 de noviembre de 2013 al 18 de enero de 2014 (fecha máxima 18 de mayo de 2015).

2ª suspensión (23 de mayo de 2014 a 23 de diciembre de 2014 (18 de diciembre de 2015)

Cuestiona la segunda suspensión que entiende debiera haberse prolongado en su caso, únicamente hasta la resolución por la Audiencia Nacional del incidente cautelar y no hasta la notificación de la sentencia definitiva que resolvía el recurso interpuesto por BALAT contra una resolución del Consejo por la que se decidía la incorporación de una determinada documentación al expediente.

Expone que si BALAT era una de las empresas solicitantes de clemencia y debía haber aportado toda la información relevante respecto a su presunta participación en la infracción investigada no se entiende como el contenido del sobre sellado sobre el que versaban los recursos podía tener una influencia decisiva en la instrucción de la Dirección de Competencia. Es más, la Dirección de Competencia ni siquiera llegó a incorporar la información relevante al expediente sancionador porque BALAT interpuso recurso de casación contra la sentencia de la AN. No se entiende por qué no se continuó la tramitación del expediente a pesar de la interposición del recurso.

Además, el recurso de BALAT estaba ligado al recurso interpuesto por el abogado de dicha empresa por vulneración de la confidencialidad abogado cliente. En dicho recurso, la AN ya había denegado la adopción de medidas cautelares el 10 de marzo de 2014, desestimándose el recurso principal el 11 de junio de 2014.

Por ello, el expediente debería haber caducado el 18 de mayo de 2015.

En segundo lugar, considera que la resolución extrapola las conclusiones de la Dirección de Competencia respecto de las licitaciones de CIEGSA en la Comunidad Valenciana a otras áreas investigadas (Murcia, Andalucía, Cataluña.).

No discute la calificación de los hechos relativos a la Comunidad Valenciana, pero entiende que la CNMC no ha acreditado la participación de Dragados en conductas anticompetitivas fuera de la zona de Valencia, en concreto en Murcia ni en zona sur, Cataluña y Centro/norte.

En relación con Andalucía, Murcia y Galicia solo constan las declaraciones de clemencia de ALGERCO sin documentación que las sustente.

En relación con la sanción, denuncia la falta de motivación y desproporción de la sanción pues no tiene en cuenta la presencia de Dragados en el mercado de construcciones modulares y el beneficio ilícito presuntamente obtenido por la presunta infracción ni la condición de multiproducto de la empresa.

Denuncia finalmente la falta de motivación de la imputación de responsabilidad a ACS por la conducta de Dragados.

**SÉPTIMO.** - Entrando a examinar los motivos del recurso, a juicio de la Sala, no concurre la caducidad del procedimiento que la actora entiende producida al cuestionar la segunda suspensión acordada (23 de mayo de 2014 a 23 de diciembre de 2014) que, a su juicio, debiera haberse prolongado en su caso, únicamente hasta la resolución por la Audiencia Nacional del incidente cautelar y no hasta la notificación de la sentencia definitiva que resolvía el recurso interpuesto por BALAT contra una resolución del Consejo por la que se decidía la incorporación de una determinada documentación al expediente.

El examen de las actuaciones revela que el 23 de mayo de 2014, la DC 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 contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 17 de enero de 2014, que denegó a BALAT la protección de la cláusula de





confidencialidad derivada de la relación abogado/cliente y ordenó la incorporación al expediente de cierta documentación recabada en la inspección desarrollada en la sede de BALAT.

El 8 de enero de 2015, la DC notificó a los interesados el acuerdo de levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, tras resolverse por la sentencia de 19 de noviembre de 2014 de la Audiencia Nacional el recurso interpuesto por BALAT, no constando a la CNMC resolución por la AN del incidente cautelar previa a la sentencia desestimatoria que se computa como determinante del fin de la suspensión.

El artículo 37.1 de la LDC prevé la posibilidad de suspensión cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo. La CNMC explica que, dada la trascendencia de la cuestión de fondo, en la que BALAT sostenía la vulneración de su derecho de defensa y de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, la CNMC consideró oportuna la suspensión del plazo máximo para resolver hasta que se pronunciara la Audiencia Nacional.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2014, resolviendo el recurso contencioso planteado por BALAT, explica que se trataba de comprobar si la empresa había probado que la documentación cuya confidencialidad pretendía había sido creada expresamente para pedir asesoramiento a un abogado en el ejercicio del derecho de defensa, lo que la sentencia descarta, una vez analizada.

La resolución recurrida explica que, por una cautela básica, la DC suspendió el procedimiento hasta que la Audiencia Nacional confirmase en sentencia la valoración de la Sala de Competencia sobre el carácter no confidencial de los documentos controvertidos.

Lo cierto es que la actora no cuestiona la procedencia de la suspensión que encuentra fundamento en el art. 37.1 de la LDC sino que se prolongara más allá de la resolución denegatoria de la medida cautelar, pero, con independencia de que no consta la notificación de la resolución a la CNMC de la denegación de las medidas cautelares dada la trascendencia que la protección de esa documentación pudiera tener no resulta irrazonable ni arbitrario que la CNMC esperase a que la Audiencia Nacional se pronunciase en sentencia sobre la resolución de 17 de enero de 2014 confirmando que la documentación referida no se encontraba amparada por la protección de las comunicaciones abogado-cliente, actuando después con absoluta diligencia.

Prueba de ello es que, recibida por la CNMC la notificación de la sentencia el 23 de diciembre de 2014 y no obstante el anuncio de BALAT de recurso de casación de la citada sentencia ante el Tribunal Supremo mediante escrito de 22 de enero de 2015 (folio 13168), la Dirección de Competencia, el 8 de enero de 2015 notificó a los interesados el acuerdo de levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento.

No advertimos irregularidad alguna en ese proceder ni intento alguno por la CNMC de alargar artificiosamente el procedimiento.

**OCTAVO.**- La parte recurrente no discute la calificación de los hechos relativos a la Comunidad Valenciana pero entiende que la CNMC no ha acreditado la participación de Dragados en conductas anticompetitivas fuera de la zona de Valencia y que extrapola sin fundamento las consecuencias extraídas de los hechos de Valencia a otras zonas.

A pesar de su reconocimiento por la actora hemos expuesto los hechos acreditados en relación a la conducta de DRAGADOS en Valencia para poner de manifiesto que esa es la mecánica seguida por la actora en las otras zonas en las que se le imputa el reparto de las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como el reparto de clientes y fijación de precios para el suministro de construcciones modulares.

Así, en lo que se refiere a Murcia, el correo electrónico interno de DRAGADOS de 17 de noviembre de 2010 que obra a los folios 3007-3008 del expediente, es muy expresivo de que el procedimiento seguido era el mismo que en Valencia pues en él se resume la situación de Levante, mencionando a Valencia, Alicante Castellón y Murcia, y respecto a esta se dice:

*"(...) MURCIA: En breve van a sacar algunas licitaciones que son ampliaciones de concursos anteriores de ALGECO, por lo que según acordamos deberíamos dejárselo a ellos. Cuando salgan habrá que visitar los centros para comprobar si esto es así (...)"*

El correo refleja claramente un acuerdo de reparto de mercado pues menciona quienes son los técnicos de CIEGSA en cada una de las provincias citadas y su contenido coincide con la declaración de ALGECO.

La explicación alternativa de DRAGADOS según la cual se omite la segunda parte del propio correo en la que se dice *".... y que de momento no nos han adjudicado nada"* y que reflejaría, según Dragados, que existe una fuerte competencia en la zona y que Dragados había licitado en varios concursos donde no habría resultado



adjudicataria de ningún lote, a juicio de la Sala, además de que este dato no está acreditado no es determinante de competencia real pues en otras ocasiones se licitaba únicamente para aparentar aquella.

En la zona Sur, coincidente con la Comunidad Autónoma de Andalucía, las empresas ALGECO, BALAT, DRAGADOS y REMSA, con presencia en la zona, establecieron pactos para el reparto del mercado tanto respecto de licitaciones convocadas por operadores públicos como privados. El patrón de conducta era análogo al establecido y seguido en la zona de Levante. Desde 2008, ALGECO y DRAGADOS alcanzaron un pacto de no agresión respecto a la asignación de las licitaciones del servicio de traslado de módulos escolares de colegios públicos respecto de los concursos convocados por el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (ISE ANDALUCIA), de manera que para aquellas licitaciones en las que ALGECO estaba interesada DRAGADOS ofrecía un descuento mínimo y viceversa. Así lo acredita la Información facilitada por ALGECO en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 18, 789 a 791, 1200 a 1227 y 1234).

Así, ALGECO explica que en agosto de 2010 se anunció una licitación para el desmontaje, traslado, almacenaje, montaje y mantenimiento de los edificios modulares propiedad de la Consejería de Educación por importe de 4.408.530,07€, a la que se presentaron ALGECO y DRAGADOS, resultando ambas empresas adjudicatarias, y alcanzando ALGECO para el lote 1 una puntuación de 40 frente a los 38 de DRAGADOS, resultando adjudicataria ALGECO, y en el lote 2 una puntuación de 26 frente a los 43 de DRAGADOS, resultando adjudicataria DRAGADOS, como ha indicado ALGECO en su solicitud de exención del pago de la multa.

En 2010 se convocaron dos licitaciones por procedimiento negociado sin publicidad, para la contratación de un servicio de reparaciones de edificios propiedad de la Consejería de Educación, por importe de 70.741€, resultando igualmente adjudicatarias ALGECO y DRAGADOS, respectivamente.

Destaca también la resolución recurrida que mediante resolución de 31 de enero de 2013, se hizo pública la licitación para el contrato de desmontaje, traslado, almacenaje, montaje y mantenimiento de los edificios modulares propiedad de la Consejería de Educación por importe de 1.702.237,73€, con una plazo de ejecución de 5 meses, resultando adjudicataria el 10 de abril de 2013 DRAGADOS y excluidas el resto de empresas que se presentaron, entre ellas ALGECO, por no presentar adecuadamente la documentación exigida, y que resulta poco comprensible, dada la experiencia de ALGECO en la participación de estas licitaciones, que la razón de dicha exclusión se debiera a que documentación presentada estaba firmada por un consejero que no tenía acreditada tal condición en las escrituras públicas (folio 12727), valoración en la que coincide la Sala.

La versión alternativa de DRAGADOS no niega la conversación entre los delegados territoriales de ALGECO y DRAGADOS que relata un empleado de ALGECO pero dice que los contactos pueden deberse a cuestiones diversas más allá de la coordinación anticompetitiva afirmada por la CNMC.

A juicio de la Sala, la explicación alternativa de DRAGADOS no desvirtúa el relato de ALGECO que coincide con la descripción objetiva de los hechos.

En la zona de Cataluña, siguiendo la metodología utilizada en otras zonas, ALGECO, DRAGADOS y HUNE, a través de acuerdos bilaterales en función del cliente, acordaron repartirse los clientes.

Así lo acredita el correo interno de DRAGADOS de 31 de mayo de 2012, con asunto "Notificació Resolució Adjudicació Exp. ED-2012-27; BD2601-12" (folios 2998 a 3001), recabado en la inspección de DRAGADOS, relativo a las licitaciones para el servicio de traslado, reparaciones, almacenaje, custodia y desguace de edificios prefabricados con destino a aulas para los centros educativos de Cataluña, que fueron adjudicadas a ALGECO y DRAGADOS

En ese correo, un empleado de DRAGADOS comenta a otro la bajada de ALGECO -del 16,20% y del 16,71% la de DRAGADOS-, indicando que tal similitud podría llamar la atención: "*CANTA UN POCO LAS BAJAS EN CADA LOTE (...)*", lo que implica un reconocimiento implícito de la existencia de un acuerdo,

Son también reveladoras las Tablas "hipótesis Cataluña" (folios 1856 y 3014), recabadas en la inspección de DRAGADOS y que reflejan las puntuaciones que obtendrían diferentes empresas licitadoras DRAGADOS, TEYCO y FCC respecto a las licitaciones públicas convocadas en Cataluña, observándose que dichas empresas presentarían los mismos porcentajes de descuento.

De ahí que entienda la resolución recurrida acreditada la existencia de contactos para fijar precios y reparto de clientes públicos y privados en la zona de Cataluña entre ALGECO y DRAGADOS en 2012.

Pese a lo que afirma DRAGADOS, en este caso, la prueba no es la declaración de ALGECO sino el contenido del propio correo y en cuanto a las tablas de hipótesis el hecho de que la CNMC no haya podido invocar ninguna otra tabla similar en otras zonas investigadas no resta valor a las aquí intervenidas en las que se reflejan los mismos porcentajes de descuento por las empresas citadas teniendo en cuenta la operativa del cartel.

En cuanto a la "Zona Centro y Norte", ésta incluye las CCAA de Galicia, País Vasco, Aragón y Castilla-La Mancha.

En la inspección de DRAGADOS se recabaron anotaciones manuscritas fechadas el 20 de septiembre de 2011, documento "OBJETIVOS JRR", que acreditan los contactos y acuerdos alcanzados entre ALGECO y DRAGADOS para el reparto de las licitaciones para el alquiler de módulos en Castilla-La Mancha " *hay negociaciones de empresas saber cuantos modulos hay de cada empresa (Alquileres Castilla La Mancha SEIS- Algeco- Dragados- NSM)*".

Anotaciones manuscritas en documento "Objetivos JRR" de 20 de septiembre de 2011, recabadas en la inspección de DRAGADOS (folio 1867).

Finalmente, en la zona Norte, en Galicia, relata la resolución sancionadora que el 9 de enero de 2012 se anunció una licitación en el Concejo Das Pontes (La Coruña) para el suministro por procedimiento abierto de un módulo arquitectónico configurable para prestación de servicios a discapacitados.

La empresa mejor posicionada de las presentadas a la licitación resultó ser ABC, seguida de DRAGADOS, pero al no presentar ambas la documentación exigida, se adjudicó el 22 de enero de 2013 la licitación a ALGECO, que era la tercera por puntuación.

La resolución sancionadora explica que ALGECO contactó con ABC y DRAGADOS para que éstas se retiraran de la licitación. Consta en el expediente correo electrónico interno de ALGECO de 6 de noviembre de 2012 del siguiente tenor: " *Ayer se envió a ABC la petición de aval, documentación... A partir de la fecha de recepción tienen 10 días. Transcurrido ese tiempo, se lo enviarán a Dragados, y lo mismo, y si Dragados no contesta nos lo enviarán a nosotros, solo espero que cumplan y no contesten...*".

Así lo acredita el informe del Concello de As Pontes al requerimiento de información realizado (folios 13784 a 13839) en el que se constata que la licitación fue adjudicada a ALGECO, tras no aportar la documentación requerida ABC, ARQUITECTURA MODULAR SL y DRAGADOS que superaban en puntuación a ALGECO.

La explicación alternativa de DRAGADOS, en la que afirma que su retirada obedeció a que la oferta presentada un año antes resultaba inasumible un año después por la utilización de estructuras modulares recicladas y el ahorro de costes indirectos de factoría unido a que la oferta contenía errores materiales y había quedado obsoleta no resulta creíble a la vista del contenido del correo antes transcrito, absolutamente explícito y que por su fecha se ve confirmado por el comportamiento posterior de DRAGADOS, teniendo en cuenta que, en definitiva la adjudicación fue para ALGECO

A juicio de la Sala, los elementos probatorios citados confirman la existencia de acuerdos colusorios, aunque como también reconoce la resolución recurrida de menor intensidad que en el caso de Valencia.

La Sala, como hemos expuesto ha estudiado el documento 1 aportado con la demanda en el que la actora relata su explicación alternativa pero que, a nuestro juicio, no consigue desvirtuar la apreciación anterior.

**NOVENO.-** Insiste la actora en que la resolución recurrida otorga un valor absoluto a la declaración del solicitante de exención incluso cuando no aporta documento alguno que sustente sus afirmaciones.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, rec. 2403/2014, cita la Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06 que sistematiza la doctrina aplicable a la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones del clemente en los siguientes 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*



(sentencia s 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".

De entrada, debe afirmarse pues, que las declaraciones del solicitante de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir las únicas pruebas de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes, o elementos de prueba adicionales."

Como hemos visto la resolución sancionadora no tiene en cuenta únicamente las declaraciones de la solicitante de exención, sino que confirma tales declaraciones con la documentación que aporta y que aparece corroborada también con datos objetivos aportados por las distintas Administraciones tras los diversos requerimientos de información en los términos expuestos.

La documentación incriminatoria para DRAGADOS que acompaña ALGECO relativa a su actuación colusoria en la zona de Levante es muy abundante y de hecho la actora no discute su participación en esa zona. Respecto de su intervención en la zona de Murcia, Andalucía, Cataluña, Castilla La Mancha y Galicia queda también acreditada en los términos que se han expuesto si bien, como precisa la resolución sancionadora, su participación en esos ámbitos ha sido menor.

**DÉCIMO.-** Respecto de la falta de motivación y desproporción de la sanción la resolución sancionadora parte de los criterios sentados en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013.

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

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

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

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

En el presente caso, la resolución sancionadora tras destacar que la conducta 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 de construcciones modulares constituye una infracción muy grave, siguiendo al Tribunal Supremo indica que:

Como infracción muy grave le corresponde una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 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.

Tras determinar el volumen de negocios total de la empresa infractora en 2014, 784.830.000 euros, tiene en cuenta que el mercado afectado por la conducta infractora es el mercado español de fabricación, alquiler y venta de construcciones modulares especificando que las empresas sancionadas por esta conducta concentran conjuntamente el 52% de cuota de mercado nacional referido a venta de construcciones modulares y el 69% respecto a alquileres.

A la hora de valorar la conducta, la resolución sancionadora expone que tanto la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, como el TRLCSP destacan la importancia de preservar las debidas condiciones de competencia en los procesos de contratación pública y el elevado reproche que merece al legislador conductas como las acreditadas en el presente expediente que provocan el encarecimiento del coste de las licitaciones públicas lo que atribuye un plus de gravedad a la infracción. En este caso, además, afecta a las construcciones modulares que es un input o insumo imprescindible para los demandantes de los módulos sobre todo en el supuesto de las licitaciones públicas, en su mayor parte, de construcciones modulares a utilizar como centros docentes, colegios e institutos.

Otro aspecto a tener en consideración en el presente caso dice la resolución, es el elevado número de contactos y reuniones entre las empresas sancionadas y el acuerdo de nombrar a una de las empresas partícipes como responsable de vigilar el cumplimiento de los pactos y de solucionar las desviaciones de estos.

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

A partir de ahí, para individualizar la sanción tiene en cuenta la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción, es decir, la facturación de las infractoras en el mercado español de fabricación, alquiler y venta de construcciones modulares que para DRAGADOS es de 76.494.667 euros, durante el periodo en el que se ha acreditado su participación como de la intensidad de su participación en ella, conforme al art. 64, 1, a y d de la Ley 15/2007.

En el caso de DRAGADOS. se ha aplicado un tipo sancionador del 1,10% y no del 5,30% que resultaría de la gravedad de su infracción según los criterios indicados dada su condición de empresa multiproducto al intervenir Dragados en muchos otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción, como lo acredita 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.

La aplicación del tipo del 1,10% sobre el volumen de negocios total de Dragados en 2014 arroja la sanción impuesta.

Explicado el proceso seguido para la imposición de la sanción no apreciamos, por ello, falta de motivación de la resolución sancionadora ni infracción de los criterios establecidos en el art. 64 a los que expresamente se sujeta porque hay en ella una referencia expresa a la configuración del mercado, a sus características y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 1,10%, por las razones expuestas.

El hecho de que no cuantifique el porcentaje exacto que corresponde a cada empresa no supone 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)."*

**DÉCIMOPRIMERO.-** Denuncia la actora de falta de motivación de la imputación de responsabilidad solidaria a ACS ACTIVIDADES DE CONTRUCCION Y SERVICIOS, S.A. en cuanto matriz de DRAGADOS, de la conducta de esta y sus consecuencias.

Es cierto que la resolución sancionadora no contiene referencia alguna a la imputación a ACS por la actuación de Dragados salvo en la parte dispositiva, pero debemos tener en cuenta que, sobre la imputación a la matriz por la actuación de su filial, la sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2017, dictada en los asuntos acumulados C-457/16 P y C-459/16 P a C-461/16 P, explica que:

*"una infracción de las normas sobre competencia cometida por una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas. En efecto, en tal situación, dado que la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por lo tanto, integran una única empresa en el sentido del artículo 101 TFUE, la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción (véanse, en particular, las sentencias de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P , EU:C:2011:620 , apartados 54 y 55; de 5 de marzo de 2015, Comisión y otros/Versalis y otros, C-93/13 P y C-123/13 P, EU:C:2015:150 , apartado 40, y de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314 , apartado 52).*

84. *En el caso específico de que una sociedad matriz sea titular, directa o indirectamente, de la totalidad o la casi totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas en materia de competencia, el Tribunal de Justicia ha precisado que, por una parte, dicha sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante sobre el comportamiento de su filial y que, por otra parte, existe una presunción iuris tantum de que, de hecho, ejerce tal influencia. En estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad o la casi totalidad del capital social de ésta para poder presumir que ejerce una influencia determinante sobre la política comercial de la filial. Consecuentemente, la Comisión puede considerar que la sociedad matriz es responsable solidaria del pago de la multa impuesta a su filial, a no ser que dicha sociedad matriz, a la que incumbe destruir esa presunción, aporte suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véanse, en particular, las sentencias de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P , EU:C:2011:620 , apartados 56 y 57, y de 5 de marzo de 2015, Comisión y otros/Versalis y otros, C-93/13 P y C-123/13 P, EU:C:2015:150 , apartados 41 y 42).*

85. *Una presunción como ésta implica, salvo que se logre desvirtuarla, que se considera acreditado el ejercicio efectivo de una influencia determinante por la sociedad matriz sobre su filial y permite a la Comisión estimar que la primera es responsable del comportamiento de la segunda sin tener que aportar ninguna prueba adicional (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314 , apartado 55).*

86. *Así pues, la aplicación de la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante no está supeditada a la aportación de indicios adicionales relativos al ejercicio efectivo de una influencia de la sociedad matriz ( sentencia de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620 , apartados 80 y 96).*

87. *No obstante, cuando se trate de una decisión que se basa exclusivamente en la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante, la Comisión está en todo caso obligada -so pena de que dicha presunción se convierta, de hecho, en una presunción iuris et de iure- a exponer de manera adecuada las razones por las que los elementos de hecho y de Derecho invocados no han sido suficientes para enervar dicha presunción ( sentencias de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P , EU:C:2011:620 , apartado 153, y de 10 de abril de 2014, Areva y otros/Comisión, C-247/11 P y C-253/11 P, EU:C:2014:257 , apartado 35).*

88. *Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión no está en absoluto obligada a apoyarse únicamente en esa presunción. En efecto, nada impide que demuestre el ejercicio efectivo por una sociedad matriz de una influencia decisiva en su filial con otros medios de prueba o con una combinación de esos medios y de la referida presunción (véanse las sentencias de 19 de julio de 2012, Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión, C-628/10 P y C-14/11 P, EU:C:2012:479 , apartado 49, y de 10 de abril de 2014, Areva y otros/Comisión, C-247/11 P y C-253/11 P, EU:C:2014:257 , apartado 36)."*



La reciente sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021, en el asunto C-882/2019, insiste en la idea de unidad económica entre matriz y filial a efecto de la responsabilidad de ambas.

En el presente caso, y de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, el control funcional absoluto por parte de la matriz ACS respecto de Dragados figura acreditado pues conviene recordar que ACS es el accionista de control de DRAGADOS desde el 30 de julio de 1992, fecha en la que adquirió el 55% del capital social, siendo desde el 29 de abril de 1993 el titular indirecto del 100% del capital social de DRAGADOS, como explicaron la propia ACS (folios 3674 a 3679) y DRAGADOS (folio 1565) a los requerimientos de información realizados por la CNMC.

Por lo tanto, no existe duda de la dependencia funcional de Dragados respecto de ACS por lo que la declaración de su responsabilidad solidaria es conforme a derecho.

En definitiva, no hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

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

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

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

### FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de **DRAGADOS S.A. y ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS** contra la resolución de 3 de diciembre de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se les impuso una sanción de multa de 8.567.403 euros. €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.