



Roj: **SAN 2595/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2595**

Id Cendoj: **28079230062023100329**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **49/2018**

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 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00456/2018

Demandante: PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A, (PRYSMIAN) y de su sociedad matriz DRAKA HOLDING S.L. (DRAKA)

Procurador: D. GERMÁN MARINA Y GRIMAU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L, GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

Dª. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 49/18 promovido por el Procurador D. Germán Marina y Grimau en nombre y representación de **PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A, (PRYSMIAN)** y de su sociedad matriz **DRAKA HOLDING S.L. (DRAKA)** contra la resolución de 21 de noviembre de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0562/15 CABLE BT/MT, mediante la cual se impusieron a la primera de las recurrentes tres sanciones de multa por importe de 11.821.875 euros, 2.994.875 euros y 788.125 euros, y se declaró a DRAKA responsable solidaria de las referidas sanciones. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que, estimando el recurso, "... declare la no conformidad a derecho de la Resolución impugnada y decrete su íntegra anulación; o, con carácter subsidiario respecto de lo anterior, anule parcialmente la Resolución en cuanto a las multas impuestas a PRYSMIAN".

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.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 8 de marzo de 2023, en que tuvo lugar, prolongándose la deliberación a sucesivas sesiones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha de 21 de noviembre de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0562/15 CABLE BT/MT, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE .

a) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.6.1 letra a), las siguientes empresas fabricantes:

- CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. y solidariamente su matriz CABELTE-CABOS ELÉCTRICOS E TELEFONICOS, S.A.
- FACEL como asociación colaboradora del cártel.
- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. y solidariamente su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L.
- MIGUÉLEZ, S.L. y solidariamente su matriz GRUPO MIGUÉLEZ, S.L
- NEXANS IBERIA, S.L. y solidariamente su matriz NEXANS, S.A.
- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A. y solidariamente su matriz DRAKA HOLDING, S.L.
- SOLIDAL CONDUTORES ELECTRICOS, S.A. y solidariamente su matriz COMPANHIA INDUSTRIAL QUINTAS & QUINTAS SGPS, S.A.
- TOP CABLE, S.A.

(...)

c) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.6.1 letra c), las siguientes empresas:

- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. y solidariamente su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L.
- NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A. y solidariamente su matriz ABENGOA, S.A.
- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A. y solidariamente su matriz DRAKA HOLDING, S.L.
- TOP CABLE, S.A.

d) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.6.1 letra d), las siguientes empresas:

- AMARA, S.A.U y solidariamente su matriz IBERDROLA, S.A
- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. y solidariamente su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L.



- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A. y solidariamente su matriz DRAKA HOLDING, S.L.

(...)

Segundo. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:

a) En el cártel de fabricantes:

(...)

- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A.: 11.821.875 euros

(...)

c) En el cártel de NICSA y fabricantes:

(...)

- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A.: 2.994.875 euros

(...)

d) En el cártel de AMARA y fabricantes:

(...)

- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A.: 788.125 euros

(...)

Tercero. Eximir del pago de la multa a GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS S.L.U y a su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L.

Cuarto. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

(...)"

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) Con fecha 28 de noviembre de 2014 la Dirección de Competencia (DC) recibió una solicitud de exención de pago de multa presentada por la empresa GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. (GC), junto con su matriz GENERAL CABLE CORPORATION, a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, del artículo 66 de la LDC, y ello respecto de la que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, consistente en un acuerdo entre fabricantes de cables de baja y media tensión (cables BT/MT) para la fijación de precios y otras condiciones de venta de dichos cables y para el reparto de proyectos para su suministro. Solicitud que fue completada con diversa documentación.

2) A la vista de la información remitida, la DC inició una información reservada y llevó a cabo los días 1 al 3 de julio de 2015 inspecciones simultáneas en las sedes de FACEL, MIGUÉLEZ, NICSA, PRYSMIAN y TOP CABLE. Y con fecha 24 de febrero de 2016, y tras las actuaciones que recoge el expediente, nuevas inspecciones en las de CABELTE, CABLES RCT, COMAPLE y OTEINVER.

3) A partir de la información obtenida en dichas inspecciones, la DC acordó con fecha 24 de febrero de 2016 la incoación del expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC, y en el artículo 101 TFUE, contra las empresas AMARA, S.A.U (AMARA) y su matriz IBERDROLA, S.A. (IBERDROLA), CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. (CABELTE) y su matriz CABELTE-CABOS ELÉCTRICOS E TELEFONICOS, S.A. (CABELTECABOS), COMAPLE, S.L. (COMAPLE) y su matriz OTEINVER, S.L. (OTEINVER), GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. (GC) y su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. (GC HOLDINGS), MIGUÉLEZ, S.L. (MIGUÉLEZ) y su matriz GRUPO MIGUÉLEZ, S.L. (GRUPO MIGUÉLEZ), NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A. (NICSA) y su matriz ABENGOA, S.A. (ABENGOA), PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A. (PEISA), PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A. (PRYSMIAN) y su matriz DRAKA HOLDING S.L., TOP CABLE, S.A. (TOP CABLE); así como contra la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CABLES Y CONDUCTORES ELÉCTRICOS Y DE FIBRA ÓPTICA (FACEL).

4) Por acuerdo de 16 de diciembre de 2016 la DC amplió el acuerdo de incoación contra las empresas NEXANS IBERIA, S.L. (NEXANS) y su matriz NEXANS, S.A., y contra SOLIDAL, S.A. (SOLIDAL) y su matriz COMPANHIA INDUSTRIAL QUINTAS & QUINTAS SGPS, S.A.



5) Con fecha 3 de enero de 2017 el Instructor formuló pliego de concreción de hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Pliego del que se dio oportuno traslado a las empresas interesadas, quienes presentaron frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6) Acordado el cierre de la fase de instrucción, con fecha 20 de abril de 2017 la Dirección de Competencia, conforme a lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

7) Presentadas alegaciones, el 29 de mayo de 2017 la Dirección de Competencia elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su informe y propuesta de resolución de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50, apartado 5, de la LDC. Y con fecha 30 de agosto siguiente la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE.

8) En cuanto aquí interesa, el 19 de octubre de 2017 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC adoptó un acuerdo de recalificación de la conducta de PRYSMIAN que justificaba en un error al no haberle imputado la conducta infractora en los años 2012 y 2013, dando un plazo de 15 días a las partes para que alegaran cuanto estimasen oportuno, con suspensión del plazo del procedimiento.

9) Alzada la suspensión, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 21 de noviembre de 2017 y dictó, con esa misma fecha, la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO.- Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando alude a la cuestión relativa a las partes intervinientes, la resolución recurrida describe a PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A. (PRYSMIAN) como una empresa Constituida en 1975 y con sede en Vilanova i la Geltrú (Barcelona), cuyo objeto social es la realización de operaciones de comercio relacionados con hilos y cables eléctricos o de telecomunicaciones, así como de sus accesorios, precisando que en el mercado de cables eléctricos de BT/MT se centra en el diseño, fabricación y comercialización. También destaca que hasta finales de 2004 perteneció al Grupo Pirelli, y a partir de entonces pasó a formar parte del Grupo PRYSMIAN SpA con la denominación PRYSMIAN CABLES Y SISTEMAS, S.L; que en el año 2013, DRAKA CABLES absorbió a PRYSMIAN CABLES Y SISTEMAS, S.A., que está participada al 100% por DRAKA HOLDING, S.L.; así como que es miembro de FACEL desde su constitución.

En cuanto a DRAKA HOLDING, S.L., se refiere a ella como una empresa, matriz de PRYSMIAN al 100% desde abril de 2013, con sede en Santa Perpetua de Mogoda (Barcelona), y cuyo objeto social es la compra, suscripción, tenencia, permuta y venta de valores mobiliarios, por cuenta propia.

Por lo que se refiere al mercado afectado, y tras describir el marco normativo, identifica el mercado de producto con el de cables de baja y media tensión caracterizado porque, por el lado de la demanda, no existe sustituibilidad entre los productos, mientras que por el lado de la oferta la sustituibilidad es limitada por las significativas diferencias en cuanto a costes y tiempo requerido para pasar a la fabricación de cables de alta tensión, sujetos a distintos requerimientos técnicos.

Sitúa además el mercado geográfico en el marco de la Unión Europea por cuanto supone que las prácticas investigadas serían susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio comunitario, lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

Y lleva a cabo un análisis de la situación del mercado de cables de BT/MT también desde el punto de vista de la oferta y de la demanda del que cabría destacar que existe, en el caso de los fabricantes de cables, un alto grado de concentración "... estando gran parte de los principales fabricantes de cables BT/MT incoados en este expediente sancionador. Así, 6 empresas -GC, PRYSMIAN, TOP CABLE, MIGUÉLEZ, NEXANS y DRAKA- han aglutinado conjuntamente gran parte de la cuota de mercado en los últimos años en España. GC y PRYSMIAN son las empresas fabricantes líderes en el mercado español"; mientras que en el caso de los distribuidores, por el contrario, la oferta "... está altamente atomizada, integrada por una pluralidad de empresas que normalmente se dedican a la venta de material eléctrico en general".

TERCERO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, la CNMC aborda la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, en particular la información aportada por GC en su solicitud de exención del pago de la multa, así como la información recabada por la Dirección de Competencia en las inspecciones realizadas y las contestaciones a los requerimientos de información efectuados a las empresas incoadas.

Sobre la base de dicha información, delimita lo que califica como dos grandes bloques de hechos en función de la tipología de conductas y grupos de participantes: por una parte, los hechos que probarían la existencia de



acuerdos entre fabricantes relativos a la fijación de precios y reparto de proyectos; y, por otra, los que justifican la existencia de acuerdos de reparto de proyectos entre fabricantes y distribuidores, y entre distribuidores.

Puesto que la empresa aquí recurrente, PRYSMIAN, está incluida en ambos bloques, resulta necesario hacer una referencia a los hechos de los que parte la CNMC para sancionarla por su participación en hasta tres cárteles.

En cuanto a la primera infracción, que la resolución identifica con acuerdos de fijación de precios y reparto de proyectos entre fabricantes de cables BT/MT (las empresas implicadas en este caso son CABELTE, MIGUÉLEZ, NEXANS IBERIA, PRYSMIAN, SOLIDAL y TOP CABLE), la participación de PRYSMIAN abarcaría desde junio de 2002 hasta junio de 2015. La CNMC individualiza los hechos incriminatorios en relación a cada uno de los años transcurridos, salvo en el período 2007-2008, en que agrupa esas dos anualidades.

Por lo que se refiere a la participación de la recurrente en los otros dos cárteles, en los que la conducta de PRYSMIAN consistiría en la conclusión de acuerdos de reparto de proyectos con otros fabricantes y distribuidores, la resolución declara, en cuanto al primero de ellos (cártel de NISCA y fabricantes), la comisión de una infracción única y continuada constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT entre la distribuidora NISCA y los fabricantes GC, PRYSMIAN y TOP CABLE, infracción que se prolongaría desde noviembre de 2006 hasta mayo de 2013; y en cuanto el segundo de los cárteles (cártel de AMARA y fabricantes), se trataría también de una infracción única y continuada constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT entre la distribuidora AMARA y los fabricantes GC y PRYSMIAN, con una duración desde 2011 a 2015.

También en el caso de estos dos cárteles la resolución especifica los hechos acaecidos en cada uno de aquellos años, con referencia concreta a los datos obrantes en el expediente que permitirían constatarlos.

No obstante, antes de analizar si la prueba que relaciona la CNMC es o no suficiente para considerar acreditada la conducta que atribuye a PRYSMIAN -el primero de los motivos de la demanda incide, precisamente, en la falta de acreditación de los hechos imputados-, es necesario abordar otras alegaciones que, de prosperar, harían innecesario dicho análisis o, cuando menos, limitarían su ámbito temporal.

Nos referimos a la nulidad de la actuación inspectora de la Dirección de Competencia por invalidez de la orden de investigación, y a lo que las recurrentes consideran como una errónea calificación jurídica de los hechos referidos a los acuerdos entre fabricantes.

CUARTO.- En efecto, sostienen las demandantes que la orden de investigación no podía amparar un registro domiciliario pues carecía del imprescindible grado de concreción respecto de las razones o indicios que condujeron a la Dirección de Competencia a acordar la investigación en PRYSMIAN, y ello conforme a la interpretación acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia que cita.

Argumentan las recurrentes que la orden de investigación solo se invocan razones genéricas e indeterminadas porque no se menciona ningún indicio relacionado con su actuación que pudiera justificar la entrada y el registro domiciliario en su sede, ni tampoco se indica que datos concretos pretendían obtenerse en ese registro de tal modo que, según la actora, esa indefinición vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Por tanto, corresponde ahora a esta Sala analizar si en la Orden de Investigación impugnada apreciamos criterios de razonabilidad y de proporcionalidad que permitan concluir que la garantía constitucional invocada se ha respetado al exigir la entrada y el registro domiciliario acordado.

Como advertíamos en la sentencia de 15 de diciembre de de 18 de julio de 2016, rec. 136/2014, la CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

a) Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma; y,

b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia.

También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.



Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones. En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

Sin embargo, de lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente supuesto, la Orden especifica en primer lugar los mercados relacionados con las supuestas prácticas anticompetitivas que resultarían de la información que obraba en poder de la Dirección de Competencia, aludiendo así a mercado de la distribución y venta de cables eléctricos de baja y media tensión (BT/MT).

Precisa también las conductas anticompetitivas que podrían deducirse de la citada información, que no son todas las posibles del artículo 1, sino las que indica de manera concreta, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales, así como en el reparto de contratos en el marco de licitaciones competitivas convocadas en el territorio español, por lo que puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de tales acuerdos, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Para valorar si con ello se satisfacen las exigencias de claridad y concisión a las que se condiciona la validez de la Orden, es preciso partir de la interpretación que de esta cuestión ha hecho la jurisprudencia europea reflejada, entre otras, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, en la cual precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las

mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48)".

A la vista de la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA), entendemos que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador y aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, por cuanto, como señala dicha sentencia en su párrafo 60, *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas".*

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *"El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento.*



Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".

Y también se ha pronunciado en parecidos términos el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, recurso casación núm. 1062/2017, donde sostiene que *"... cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. Legislación citada CE art. 18 (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción".*

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, y como decíamos, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco que debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que, a falta de estas, no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que la Orden de Investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información previa y reservada al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia. Ello determinó la orden de registro a fin de comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador.

Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

Teniendo presente que la orden impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenidos por la Dirección de Competencia en esa fase previa de investigación, es preciso matizar y relativizar la exigencia de una mayor concreción de los indicios con los que se contaba hasta entonces.

Al respecto, la Sala considera que la información reservada, cualquiera que sea su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora, lo que incide en el grado de concreción necesario en la Orden de Investigación. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: *"si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica*

exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]".

En consecuencia, y con arreglo a esta doctrina, entendemos que resulta desproporcionado exigir que en la Orden de Investigación, dictada en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como los relacionados con la operativa, el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propios de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que, precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que, o bien no se conocen, o bien no están suficientemente identificados en los documentos que conforman la información reservada, todo ello con la finalidad de poder determinar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Concluimos por todo ello que, en este caso, la Orden de Investigación permitía identificar a la entidad afectada cuales eran los elementos esenciales de la investigación que exigían la entrada y registro en su sede, así como conocer con un grado de precisión suficiente el objeto y la finalidad de la inspección; no advirtiéndose tampoco, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la posibilidad de recurrir a un medio menos agresivo para continuar con la investigación pues, como recoge la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, en su apartado 24: *"Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas".* Y como también señala la sentencia del TPI de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en su apartado 40: *"el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

QUINTO.- Sostienen las entidades actoras que la resolución recurrida incurre en un error en la calificación jurídica de los hechos relativos al acuerdo entre fabricantes.

En particular, cuestionan que pueda hablarse de una infracción única y continuada en los términos en que se pronuncia la CNMC por cuanto, dicen, *"... existe un período prolongado de tiempo, entre abril de 2003 y, al menos, principios de 2007, que resulta comparable al de otras empresas para quienes sí se declaró la prescripción de determinados hechos, y que impide apreciar la continuidad en los hechos que exige la calificación de infracción única y continuada".*

Afirman en este sentido que *"no concurre uno de los elementos que contribuyen a apreciar la complementariedad de diferentes hechos separados en el tiempo que se le imputan como infracción única y continuada, esto es, su continuidad o proximidad (de hecho, como se ha dicho, en clara contradicción con el criterio hasta ahora aplicado por la propia CNMC en Resoluciones recientes) La primera consecuencia que cabe extraer de ello es que los diferentes hechos deben analizarse por separado, lo cual en este caso obliga a distinguir los hechos que la Resolución impugnada declara acreditados en 2003 y, posteriormente, en 2007. Como segunda consecuencia, resultado de aplicar, ahora sí, los plazos de prescripción previstos en la LDC, procede declarar la prescripción de los hechos anteriores a 2007"*

En definitiva, sostienen que el lapso temporal producido en la conducta que se imputa a PRYSMIAN determina que no exista la continuidad que exige la calificación como infracción única y continuada.

Al examinar la resolución, en particular el relato de hechos probados del cártel de fabricantes, se constata que no hay mención alguna al año 2004, de tal modo que la sucesión de hechos pasa del año 2003, que concluye con la convocatoria de una reunión para el día 3 de junio de ese año, al año 2005. Y después al año 2006, en el que el primero de los hechos inculpativos consiste en un correo fechado en 30 de octubre.

Es decir, los hechos que sostienen la conducta colusoria de PRYSMIAN pasan del 3 de junio de 2003 al 30 de octubre de 2006, además de los que corresponden al año 2005.

Sin embargo, en cuanto a ese año la resolución se limita a consignar lo siguiente:



"Año 2005. En la inspección realizada en la sede de TOP CABLE se recabó un archivo electrónico de 2005 en el que dicha empresa, que aún no se había sumado al cártel, manifiesta su impresión acerca de la existencia de un cártel de fabricantes en el que participan, al menos GC y PRYSMIAN, para repartirse el mercado de cables MT".

Es decir, la imputación por ese período se fundamenta en la aseveración de TOP CABLE por la cual supone ("manifiesta su impresión", dice la CNMC) que existe un cártel de fabricantes en el que participaría PRYSMIAN.

La eficacia probatoria de esa manifestación no supera, desde luego, el mínimo exigible para entender acreditada una conducta del alcance y de la gravedad de la participación en el cártel durante todo el período atribuido a PRYSMIAN. Se trata de la mera declaración de un tercero que no tiene apoyo en ninguna prueba adicional, lo que impide dar credibilidad a la supuesta continuidad de PRYSMIAN en el cártel de fabricantes desde junio de 2003 hasta octubre de 2006.

Como ha declarado el Tribunal de Justicia en sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland AIS y otros/ Comisión, párrafo 260, "En el marco de un acuerdo global que dura varios años el transcurso de algunos meses entre las manifestaciones del acuerdo tiene poca importancia. Por el contrario, el hecho de que las diferentes acciones se inscriban en un "plan conjunto" debido a su objeto idéntico es determinante». En el mismo sentido, (párrafo 98 de la Sentencia de 21 de septiembre de 2006 Nederlandse Federatieve Vereniging/Comisión) advierte que el hecho de que no se haya aportado la prueba de la existencia de la infracción no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes, de tal forma que "En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continuada".

Pero el mismo Tribunal de Justicia manifiesta en la sentencia de 17 de mayo de 2013, en el asunto T-154/2009, Manuli Rubber Industries SpA MRI que "cuando se puede demostrar que la participación de una empresa en la infracción se ha interrumpido y que la infracción cometida por la empresa antes y después de ese período presenta las mismas características, que se han apreciar atendiendo en especial a la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos afectados, de las empresas que han tomado parte en la colusión, de las formas principales de su ejecución, de las personas físicas implicadas por cuenta de las empresas y por último del ámbito geográfico de aplicación de esas prácticas, la infracción considerada debe calificarse como única y continuada. En ese supuesto la Comisión no puede imponer una multa por el período durante el que se interrumpió la infracción."

Acerca de la determinación del lapso temporal que rompe esa continuidad se ha pronunciado el Tribunal General en sentencia de 19 de mayo de 2010, IMI y otros/Comisión, en el que razona sobre la duración de una infracción continuada y sobre cuándo el período de interrupción en las manifestaciones del acuerdo puede considerarse lo suficientemente prolongado para entender que ya no se trata de una infracción continuada. Declara en tal sentido que " ... si bien el período que media entre dos manifestaciones de un comportamiento infractor es un criterio pertinente para acreditar el carácter continuado de una infracción, no es menos cierto que la cuestión de si dicho período es o no suficientemente prolongado para constituir una interrupción de la infracción no puede examinarse en abstracto. Por el contrario, debe apreciarse en el contexto del funcionamiento de la práctica colusoria de que se trate"; y añade que "... el período de ausencia de contactos o de manifestaciones colusorias por parte de las demandantes asciende a poco más de dieciséis meses, entre el 1 de diciembre de 1994 y el 11 de abril de 1996. Dado que este período excede en más de un año de los intervalos en los que las empresas participantes en la tercera rama del cártel manifestaban habitualmente sus respectivas voluntades de restringir la competencia (...), procede concluir que la Comisión incurrió en un error de Derecho y que es preciso anular la Decisión impugnada en la medida en que declara la responsabilidad de las demandantes por su participación en el cártel entre el 1 de diciembre de 1994 y el 11 de abril de 1996".

En el caso analizado, la interrupción se mantuvo, al menos, desde el 3 de junio de 2003, fecha en la que aparecía convocada una reunión, hasta el correo de 30 de octubre de 2006, lo que supone un período de más de cuarenta meses sin que se acredite actividad colusoria alguna.

Por otra parte, hasta aquella fecha de 2003, y después de octubre de 2006, son muy numerosos y próximos en el tiempo los elementos probatorios recabados por la CNMC, lo que viene a demostrar que la actividad del cártel de fabricantes quedó interrumpida durante un lapso de tiempo suficiente, conforme a los criterios seguidos por la jurisprudencia europea, para romper la continuidad en la infracción. Especialmente si se advierte que la CNMC no ha hecho ningún esfuerzo en acreditar que las especiales características del cártel, o la constancia y permanencia en el tiempo del plan preconcebido, pudieran llevar a considerar lo contrario.

La consecuencia de todo ello es que, rota la continuidad, el período infractor anterior al 30 de octubre de 2006 debe entenderse prescrito de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, con las correspondientes consecuencias sobre la cuantificación de la sanción al ser este uno de los criterios utilizados por la propia CNMC para determinarla.

SEXTO.- Hechas las anteriores consideraciones, procede analizar a continuación si hay una prueba suficiente de la infracción atribuida a PRYSMIAN en relación, en primer lugar, al cártel de fabricantes, pues las demandantes, y es este otro de los motivos de su recurso, lo niegan de manera expresa.

Es obvio que, también con arreglo a lo que hemos concluido en el fundamento anterior, el análisis de la suficiencia de la prueba debe limitarse al período no prescrito, es decir, al transcurrido desde el año 2006 hasta que finaliza la imputación, en junio de 2015.

La misma resolución sistematiza los hechos que acreditan la participación y responsabilidad de PRYSMIAN, y lo hace en relación a cada uno de los años por los que se habría prolongado dicha participación. Así, en cuanto al 2006, se remite a los hechos 9, 10 y 11; en el año 2007, a los hechos 12 y 16; en el 2008, a los hechos 12, 13, 14, 16 y 18; en el 2009, a los hechos 20, 21 y 22; en el 2010, a los hechos 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29; en el año 2011, a los hechos 30, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43; en el 2012, a los hechos 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 58 y 59; en el 2013, a los hechos 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 69, 72 y 74; en el año 2014, a los hechos 76, 77, 78, 80, 81, 82 y 83; y en el año 2015, a los hechos 86, 87, 88, 89, 90, 91 y 94.

Pues bien, en cada uno de tales hechos identificados por números la resolución incluye un prolijo material probatorio que, a juicio de la Sala, revela sin duda la existencia del cártel y la participación en el mismo de PRYSMIAN en relación a las concretas conductas que se le imputan, es decir, acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT.

En efecto, podemos citar de entre ellos (y solo a título de ejemplo pues aparecen, como decimos, referenciados en la resolución, con indicación de los folios en los que obran los correspondiente documentos acreditativos, por lo que basta su consulta) y respecto de 2006, el correo electrónico (folios 21363 a 21365 recabados en la inspección de CABELTE) remitido el 2 de noviembre de ese años por PIRELLI (después PRYSMIAN), en el que se comunica lo siguiente:

"Os adjunto la tabla con los precios. Indicaros que he puesto más o menos los tres primeros puestos los demás deberían cubrir. Como podéis observar los precios de Nex. No los tengo. Espero poder tenerlos esta tarde. Para ellos son las posiciones que se indican con un ¿P? En caso de tener alguna pregunta, ya sabéis donde encontrarme".

También, ese mismo año, las anotaciones manuscritas (folio 18914) recabadas en la inspección de PRYSMIAN relativas a la reunión celebrada el 21 de diciembre de 2006 y a la que asistieron GC, PRYSMIAN Y NEXANS, sumándose DRAKA, las empresas adoptaron acuerdos sobre la fijación de tarifas y descuentos y coordinaron los argumentos que debían usar los fabricantes frente a los clientes para

justificar el incremento de los precios:

"21/12/06 FACEL MK [...]

- Existen deslizamientos.

- Acordar límites dtos. [...]

- Presentar tarifa nueva para enero con el nivel de dtos. [...]

- Descuentos acordados rapel aparte: [...]

- Argumentos para justificar el de tarifa: Prima minera 25%. -

Transformación (1 ÷ 2%). 25%. - Coste MO. - Coste Energía + 16%.

- transportes".

En los años 2007 y 2008 se documentan hasta 15 reuniones de las empresas integrantes del cártel, y en particular, adquiere especial relevancia la de 1 de abril de 2008 en la que se adopta el denominado "Decálogo" recogido en la libreta del Responsable de Ventas Mercado General/T&I de PRYSMIAN, (folio recabada en la inspección de PRYSMIAN (folio 2753), donde indica lo siguiente:

"1/4/08 FACEL [...]

DECÁLOGO.

1. Aplicar Tarifa 13.



2. No mover dtos.
3. Vender en nuestros clientes.
4. Seguimiento entre nosotros [símbolo de teléfono]
5. Condiciones estructurales (no tocar): pagos/rápeles/bob/pallets.
6. Control de los killers del ME.
7. Control otros fabr.: GGC, CONDUMEX; P; RCT; Miguélez, Inp.
8. Adaptar las capacidades productivas al ME.
9. Aumentar exportación (focalizar).
10. Reuniones quincenales".

Y cuyo contenido no puede ser, desde luego, más expresivo.

En cuanto al año 2009, aparecen también en las libretas del Responsable de Ventas Mercado General/T&I de PRYSMIAN referencias a la celebración de reuniones entre las empresas en las que se intercambia información comercialmente sensible y se acuerdan tarifas y descuentos para suministro de cables BT/MT, en particular se constata una reunión el 9 de octubre, en la que participaron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS y PRYSMIAN105, y otra de 3 de noviembre de 2009, en la que participaron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS y PRYSMIAN106. Así resulta de la anotación en la libreta «DE 15-09-09 a 31-5-2010»0-7-07 11-4-08» del Responsable de Ventas Mercado General y T&I de PRYSMIAN, recabada en la inspección de PRYSMIAN (folio 2786) y resumen de la reunión del Comité Marketing Calidad-Cables Uso Industrial de FACEL de 9 de octubre de 2009, con la participación de TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS Y PRYSMIAN, aportada por FACEL en contestación al requerimiento de información (folios 12079 y 12080).

Las pruebas que relaciona la CNMC en los años posteriores son igualmente concluyentes de la participación de PRYSMIAN en los acuerdos de precios y condiciones comerciales Con GC, NEXANS, DRAKA, MIGUÉLEZ y TOP CABLE: en 2010, una anotación manuscrita de PRYSMIAN indica que la tarifa M-11 se aplicará a partir del 24 de mayo, precisamente el momento en el que un correo electrónico de TOP CABLE anuncia la aplicación de la nueva tarifa en sustitución de la D-12112. (Cadena de correos electrónicos internos de TOP CABLE de 14 de mayo de 2010, con el asunto APLICACIÓN INMINENTE NUEVAS TARIFAS 24 DE MAYO 2010», recabado en la inspección de TOP CABLE (folios 24656 y 24657).

Las pruebas de las conductas infractoras en los años siguientes, pruebas que detalla la resolución también con referencia explícita a los folios del expediente donde obran los correos, anotaciones manuscritas, documentos o informaciones aportadas por el clemente, son muy numerosas y en modo alguno han sido desvirtuadas de contrario.

Por ejemplo, resulta significativo del seguimiento por las empresas de los acuerdos sobre fijación de tarifas y descuentos el cuadro excel realizado por el distribuidor PEISA en septiembre de 2012 en el que compara las tarifas y descuentos aplicados por GC, PRYSMIAN, NEXANS y TOPCABLE, y que pone de manifiesto la gran similitud de descuentos aplicados por Estos, (folios sin que 24059 y 24060).

También en 2013 el incremento en la tarifa acordada por el cártel desde principios de año, confirmada el 4 de enero de 2013 en correos electrónicos internos del distribuidor PEISA anunciando "CAMBIO DE TARIFA EN TODOS LOS FABRICANTES Y BAJADA DE DESCUENTOS" y adjuntando un cuadro comparativo de la anterior tarifa J-07 con la nueva tarifa del mes de enero de 2013, reflejado todo ello en Correos electrónicos internos de PEISA de 3 y 4 de enero de 2013, recabados en la inspección de PEISA (folios 24061 y 24062). O el anuncio hecho, el 7 de enero de 2013 por PRYSMIAN a un distribuidor acerca de la entrada en vigor de la nueva tarifa de precios y los descuentos correspondientes, que se recoge el correo electrónico de PRYSMIAN de esa fecha bajo el asunto «Tarifa Prysmian Enero 2013», y que se obtuvo en la inspección de PRYSMIAN (folio 25453).

En el año 2014 son significativos las referencias a las tarifas acordadas, así como a las dificultades que surgen en ocasiones para imponerlas. De entre los documentos inculpativos para PRYSMIAN de este período puede citarse el correo interno de 30 de julio de 2014 (folio 25620), en que manifiesta lo siguiente:

"Se está haciendo bastante evidente el anuncio de subida de precios por parte de nuestros competidores. En algunos casos sabemos que ya han rechazado de forma efectiva, pedidos con condiciones antiguas. Estamos sufriendo la presión por parte de los clientes con planteamientos de precios antiguos, pero a medida que vean que no son capaces de conseguir cumplir sus compromisos ya que nadie les dará el precio que necesitan, [...] dicha presión ira en aumento y puede terminar siendo insoportable. [...] ser firmes a la hora de expresar inequívocamente, que no aceptaremos los pedidos fuera de las condiciones anunciadas. Aguantemos!!"

Por último, el año 2015 refleja una situación semejante en la cual los fabricantes acuerdan un incremento de la tarifa y se comprometen a su cumplimiento, y así lo acredita la conversación de WhatsApp entre el Director Comercial y el Director General de MIGUÉLEZ, de 29 de enero de 2015, (folio 28312), del siguiente contenido:

"(...) Te dejo la tarifa de GG CC q ha sacado esta semana.

Descuentos 65+5+5+ rappel de 10 Al q tenga mas le quita 5 (eso dice) Nos hemos comprometido todos incluso Top a sacarla. Yo también. El número salió un 12.5% de incremento con el 2013. Teñido x el 40% nuestro. Todos se escandalizaron, yo eché la culpa a Rct y Nexans q no fueron. GC dice un -3 Prysmian tb [...]

En cuanto a la tarifa hay q intentar ponerla.

Quede con [Vicepresidente de Iberian Market de GC] en poner el cobre desnudo a 1100€ sobre cotización.

La tarifa de [Vicepresidente de Iberian Market de GC] es más alta q la nuestra sobre un 5".

El hecho, denunciado por PRYSMIAN, de que muchas de las pruebas consistan en comunicaciones internas de las empresas no les priva de valor incriminatorio atendido lo gráfico y expresivo de su contenido, que no permite una explicación alternativa. Por otra parte, carecería de todo sentido incluir esa clase de manifestaciones en los correos internos de una empresa si no tuvieran una base real, además de que son plenamente coherentes con una trayectoria de acuerdos mantenida durante años.

Por lo demás, y en cuanto a la eficacia probatoria de las anotaciones manuscritas que cuestionan las demandas, la Sala no duda del valor de prueba que debe atribuirse a las mismas por razón de su autoría, pues proceden de la propia empresa sancionada y tienen así un alcance auto inculpatario, a diferencia del que cabría reconocer a las mera manifestaciones de un tercero; y además evidencian las conductas infractoras con precisión, reflejando datos de manera oportuna y plenamente coherente con el desenvolvimiento del cártel y desde la perspectiva que solo puede tener la empresa que forma parte del mismo. Son reveladoras de datos sobre precios, condiciones comerciales y evolución del mercado que constituyen, precisamente, las cuestiones sobre las que gravitan los acuerdos anticompetitivos imputados.

En definitiva, no cabe sino concluir que los acuerdos adoptados en el seno del cártel de fabricantes, y en los que se basa la imputación de las empresas participantes en el mismo, tienen una prueba cumplida identificada en la resolución recurrida que pormenoriza los correos, anotaciones, documentos y demás elementos probatorios, con referencia a los folios del expediente en el que se encuentran.

SÉPTIMO.- En cuanto a los acuerdos entre fabricantes y distribuidores, las empresas recurrentes sostienen que la calificación jurídica de los hechos referidos a los mismos es incorrecta.

A su juicio, la CNMC ha desconocido el componente vertical de la relación entre fabricantes y distribuidores que determinaría que no sean competidores entre sí.

Sin embargo, un análisis de los hechos declarados probados que cuentan, al igual que en el cártel de fabricantes, con una nutrida prueba, evidencia que los acuerdos existieron, y que los dos cárteles en los que intervino PRYSMIAN se apoyan en hechos acreditados en el expediente y referenciados de mana precisa en la resolución.

En cuanto al cártel de la empresa distribuidora NICSA y las empresas fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE, es significativo el correo electrónico de 2 de abril de 2007. En dicho correo (folios 21777 a 21779, recabados en la inspección a NICSA) se informa, en relación al suministro de cables de B/T a REPSOL, que esta empresa había comunicado a NICSA que algunas de las ofertas presentadas estaban por debajo de la presentada por esta, lo que determinó que la misma NICSA plantease a DRAKA, PRYSMIAN y GC que la nueva oferta a presentar a REPSOL debía quedar por debajo de los 4 millones de euros, proponiendo celebrar una reunión al respecto. El correo es sumamente expresivo y, desde luego, difícilmente pueda justificarse en las relaciones verticales a que alude PRYSMIAN:

"Al parecer, al proceder con la apertura de todas las ofertas se han encontrado con un par de propuestas bastante por debajo de la oferta de Nicsa. Esto supone que en Repsol surjan dudas y se estén cuestionando el cerrar el asunto con nosotros. En nuestros últimos contactos con ellos, nos sugirieron que una buena manera de dar por zanjado el asunto, sería colocar nuestra oferta por debajo de los 4 millones de euros [...] Esto, podríamos conseguirlo de varias maneras:

1) Hacer un descuento del 8% en todas las posiciones de cable del precario (87 items).

2) Hacer un descuento sólo en las posiciones que impliquen un importe de más de 100.000 Euros (12 Items de 87). El descuento a realizar en esas posiciones oscila entre 11-13%. (Ver tabla adjunta, los items marcados en rojos son los que tendrían descuento, el resto permanecería igual).



Sometemos pues a vuestra consideración la actual situación y las posibles soluciones. [...] Quizás podríamos reunirnos para tratar este tema entre todos y llegar a un acuerdo sobre nuestra posible respuesta a Repsol (teniendo en cuenta que tendría que ser en un plazo corto)".

Los acuerdos para el suministro de cables a REPSOL están acreditados en otros correos, anotaciones manuscritas y otros documentos que relaciona la resolución y constan en el expediente correspondientes a los años 2010 y 2011, y culminan en relación al año 2012 con la cobertura de PRYSMIAN a NICSA respecto a una petición de REPSOL Cartagena puesta de manifiesto en una serie de correos electrónicos enviados entre el 23 y el 29 de febrero de 2012 y en los que NICSA solicitaba a PRYSMIAN que le cubriera con un 20% (folio 22101).

La existencia de acuerdos análogos en relación a otros proyectos está también probada, y así pueden mencionarse los acuerdos de cobertura en 2009 en que GC, PRYSMIAN y NEXANS cubrieron a NICSA para otros proyectos de suministros de cables MT, como un proyecto para CEPESA (folio 21803); y otro proyecto a IBERPOTASH para suministro de cables para minas (folio 21806, correo electrónico de NNICSA a PRYSMIAN).

Se constata asimismo un acuerdo de cobertura en el año 2009 mediante un correo interno de NICSA que confirmaría la participación de GC, PRYSMIAN, NEXANS y DRAKA en el reparto del proyecto C10, con el compromiso de todas ellas para cubrirle en los precios ofertados a ENAGÁS (folio 21843).

Acuerdos similares se documentan en relación al año 2010, y así por ejemplo pueden citarse los correos electrónicos entre NICSA y PRYSMIAN de 19 y 21 de abril de 2010, con asunto "Oferta Cables Subestación Cepsa San Roque", que fueron obtenidos en la inspección de la sede de NICSA y obran a los folios 22014 a 22018. También en el año 2011, acreditándose, entre otras, una cobertura de PRYSMIAN a NICSA de cables MT para ENAGÁS (correos electrónicos de PRYSMIAN a NICSA de fechas 23 y 24 de marzo de 2011, folio 22055, con este texto literal: "*Vosotros, podéis cubrir esos precios de costo de Nicsa en un 15% aprox., con lo que vuestra oferta directa a Enagás sería: Cable RHZ1 8.7/15 kV 1x400mm2 Cu (1F) Precio Unitario: 55,25 Eur/Mt Cable RHVMAV 8.7/15 kV 1x240mm2 Cu (1F) Precio Unitario: 45,27 Eur/Mt. ¿Te parece bien?*". En el año 2012 existen acuerdos similares para diferentes proyectos, como la DESALADORA DE ASHOD, LÍNEAS DE RECOLECCIÓN CAMPOS DE MARGARITA-HUAYACA, también probados con distintos correos electrónicos.

En cuanto al cártel entre la empresa distribuidora AMARA y los fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN y TOP CABLE, los acuerdos se inician en el año 2011 en relación al proyecto denominado PEÑAFLORES (folio 3574, anotaciones manuscritas de TOP CABLE), y se habrían acreditado también respecto del año 2013, en el que se constata un acuerdo entre AMARA y PRYSMIAN en relación al proyecto del CENTRO LOGÍSTICO de INDITEX en Guadalajara (correo electrónico de 30 de agosto de 2013 del Director Comercial al Director de Ventas de PRYSMIAN, folio 25530), y respecto del año 2015 (correo electrónico de 7 de abril de 2015 de PRYSMIAN a AMARA que evidencia la cobertura en el proyecto SUMINISTRO DE CABLE DE POTENCIA COLL DE BALAGUER (folios 25766, con este texto: "*Rafael, De este tema me lo están pidiendo directo y os estamos cubriendo. Por favor, cerrar ya! y pásame el pedido. Saludos.*")

Nos remitimos, por lo demás, a las pruebas relacionadas en la resolución que especifica en cada caso, insistimos, los folios del expediente a los que obran los correspondientes documentos.

De hecho, las entidades recurrentes no inciden especialmente en la falta de prueba de los acuerdos suscritos entre PRYSMIAN y las distribuidoras NICSA y AMARA, sino en la licitud de sus conductas que estarían amparadas, a su juicio, por las relaciones verticales lícitas existentes entre ellas.

No podemos compartir esta afirmación por cuanto los acuerdos descritos ponen de manifiesto que en su mayoría responden a una práctica reiterada a lo largo de los años de duración del cártel, consistente en convenir previamente el precio que las empresas habían de presentar en las licitaciones a los proyectos ofertados, acordando un precio mayor con el fin de que se adjudicase a la distribuidora.

La explicación alternativa ofrecida por las demandantes, quienes afirman que "cobertura de la oferta" significa que la oferta del fabricante al distribuidor tiene mejores condiciones económicas que las ofertas de los demás distribuidores, no es en absoluto creíble. La cobertura tenía por finalidad, a la vista de las numerosas pruebas que así lo acreditan y de la que constituyen claros ejemplos las que se mencionan más arriba, que la empresa que la proporcionaba ofertase un precio mayor con el objetivo de que el proyecto se adjudicase a la distribuidora en los términos en que se había convenido.

No hay, por otro lado, y frente la evidencia de los acuerdos, una prueba suficiente de que las necesidades de los clientes hicieran imposible el suministro por un solo fabricante, ni tampoco puede atribuirse a la falta de prueba de algunos acuerdos concretos, y que invoca de manera expresa PRYSMIAN, el efecto de anular la resolución sancionadora ante la contundencia del material probatorio acopiado por la CNMC y que ha de ser valorado en su conjunto.



Esa valoración lleva a esta Sala al convencimiento de que se ha acreditado la intervención de PRYSMIAN también en los cárteles entre fabricantes y distribuidores que le atribuye la resolución recurrida, y que su conducta es constitutiva, en efecto, de la infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE imputada.

OCTAVO.- La demanda cuestiona a continuación la determinación del importe de la sanción que las recurrentes consideran incurso en "errores jurídicos y vulneración del ordenamiento jurídico".

Ha de advertirse, no obstante, que el análisis de esta alegación, y en cuanto a la cuantificación de la multa impuesta por el cártel de fabricantes, tropieza con el hecho de que, conforme a lo razonado antes, el período anterior al 30 de octubre de 2006 ha de considerarse prescrito.

De este modo, dicho pronunciamiento afecta a todos los criterios de cuantificación aplicados en relación al período de duración inicial atribuido al cártel -desde 2002 hasta junio de 2015- teniendo en cuenta que la intensidad de la conducta infractora puede no haber sido homogénea a lo largo de toda la vida del cártel, ignorándose la que pudiera corresponder al período descontado. Tanto el volumen de negocios, como el beneficio ilícito, como los efectos en el mercado, son conceptos que se ven afectados por la reducción temporal y no necesariamente de un modo lineal.

Corresponde, por tanto, a la CNMC, en caso de dictar nueva resolución que recalculase la multa para adecuarla a este pronunciamiento parcialmente anulatorio, valorar la intensidad antijurídica por el período subsistente y aplicar los criterios de cuantificación que considere oportunos, ajustados en todo caso a la conducta correspondiente a dicho período, que comprende desde octubre de 2006 hasta junio de 2015.

Por lo que se refiere a los cárteles de fabricantes y distribuidores, en rigor los criterios de cuantificación aplicados por la CNMC no difieren de los seguidos en otras ocasiones y que han sido también analizados por esta Sala.

Así, y frente a la alegación de que la determinación de la sanción resulta inmotivada, es lo cierto que la justificación que aduce la resolución recurrida 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 de 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 la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción 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; las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

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, 2016, y analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso, especificando los criterios seguidos para la cuantificación de tal manera que en cada uno de ellos tiene en cuenta la duración de la conducta, así como la no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes, y el hecho de que el principio de proporcionalidad podría verse comprometido en el caso de aquellas empresas que ya han sido sancionadas por otra conducta, como ocurriría precisamente en el caso de PRYSMIAN, lo que lleva a la CNMC a modular las sanciones adicionales correspondientes a conductas de menor dimensión.

Es también el ajuste al principio de proporcionalidad lo que lleva a la resolución a razonar, en el caso del cártel de NICSA y fabricantes, que el alcance de los acuerdos concluidos en este cártel es más limitado que en el caso del de fabricantes, dado que las conductas han consistido únicamente en el reparto de proyectos.

Advierte que, a los efectos de graduar la sanción, hay que valorar que en estos acuerdos el mayor beneficio directo derivado del contrato lo ha obtenido NICSA por ser la adjudicataria final del suministro de cables, y refleja la duración individual y el volumen de negocios en el mercado afectado correspondiente a cada empresa, que en el caso de PRYSMIAN, en el período afectado (11/2006 a 05/2013), sería de 1.651.839.333 euros.



Finalmente, y tomando como base el volumen de negocios en 2016 y el tipo sancionador que atribuye a PRYSMIAN con arreglo a los criterios expuestos (1,90%), fija la cuantía de la multa para la empresa recurrente en 2.994.875 euros.

La operativa para el cártel de AMARA y fabricantes es la misma: parte la resolución de que no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, y destaca que, si bien las conductas son especialmente graves, el número de repartos de proyectos acreditados era relativamente reducido, un total de 7, y que el periodo en que se han podido acreditar las infracciones no excedió de 4 años, por lo que era la infracción de menor duración de todas las sancionadas.

A los efectos de graduar la sanción, valora de manera expresa que el mayor beneficio directo derivado del contrato fuera AMARA en cuanto adjudicataria final del suministro de cables.

Especifica el volumen de negocios de PRYSMIAN en el mercado afectado en el período de vigencia del cártel (06/2011 a 06/2015), que ascendería a 425.308.500 euros.

Y a partir del volumen de negocios en 2016 y del tipo sancionador que atribuye a PRYSMIAN con arreglo a los criterios expuestos (0,50%), cuantifica la multa a imponer a la empresa recurrente en 788.125 euros.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, 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 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.

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.

En definitiva, 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 refieren las empresas demandantes.

NOVENO.- Procede, en atención a cuanto hemos razonado, la estimación parcial del recurso en los términos que resultan de esta sentencia, lo que determina que no se haga especial imposición de las costas en aplicación de lo prevenido en el artículo 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

1.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Germán Marina y Grimau en nombre y representación de **PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A. (PRYSMIAN)** y de su sociedad matriz **DRAKA HOLDING S.L. (DRAKA)** contra la resolución de 21 de noviembre de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0562/15 CABLE BT/MT, mediante la cual se impusieron a la primera de las recurrentes tres sanciones de multa por importe de 11.821.875 euros, 2.994.875 euros y 788.125 euros, y se declaró a DRAKA responsable solidaria de las referida sanciones.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la sanción de multa impuesta en cuantía de 11.821.875 euros por su participación en el denominado cártel de fabricantes, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.



Sin hacer expresa imposición de costas.

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