



Roj: **SAN 2622/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2622**

Id Cendoj: **28079230062023100343**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **6/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000006 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00115/2018

**Demandante:** AMARA S.A.U.

**Procurador:** D<sup>a</sup> LETICIA CALDERÓN GALÁN

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

**Codemandado:** GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L., GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L., CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI,S.A.

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

### **S E N T E N C I A N º :**

**Ilma. Sra. Presidenta:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 6/18 promovido por la procuradora D<sup>a</sup> Leticia Calderón Galán, en nombre y representación de **AMARA S.A.U.**, contra la resolución de 23 de noviembre de 2017, dictada en el expediente sancionador NUM000 Cables BT/MT, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Se ha personado como codemandado GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L. ("GC") Y CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI,S.A. representadas por la procuradora Doña María Isabel Campillo García y Federico Pinilla Romeo.



## 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 dicte sentencia que anule la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia del anterior 21 de noviembre de 2017, recaída en el expediente n.º NUM000 CABLES BT/MT.

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

**TERCERO.** -Por auto de 15 de noviembre de 2018 se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, y se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 15 de marzo del año en curso, fecha en la que se inicio la deliberación que finalizó el día 3 de mayo de 2023.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 23 de noviembre de 2017, dictada en el expediente sancionador NUM000 Cables BT/MT, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que declaró responsable a PEISA de la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La parte dispositiva de dicha resolución 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:

- (...)

b) 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 b), las siguientes empresas:

(...)

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:

(...)

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.

e) Una infracción única y continuada 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 e), las siguientes empresas:

(...)

**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:

(...)

b) En el cártel de PEISA y fabricantes:

(...)

c) En el cártel de NICSA y fabricantes:

(...)

d) En el cártel de AMARA y fabricantes:

- AMARA, S.A.U: 2.255.890 euros

(...)

e) En el cártel entre NICSA y COMAPLE:

(...)

**Tercero.** (...)

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

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

"15. AMARA, S.A.U

*AMARA fue constituida en 1957, con domicilio social Madrid, cuyo objeto social consiste en el comercio de cables eléctricos, accesorios de cables y toda clase de materiales eléctricos que se relacionan con la industria en general, siendo una de las principales empresas del sector. En concreto, respecto al material eléctrico de media y baja tensión, realiza las actividades de compra, almacenamiento y distribución. Cuenta con delegaciones en la Zona Centro (Madrid, Albacete, Cáceres), Zona Noroeste (A Coruña, Bilbao, Burgos, Valladolid), Zona Este (Alicante y Valencia) y en Zona Sur (Málaga y Sevilla), siendo sus proveedores, entre otros, CABEL TE, GC, MIGUÉLEZ y PRYSMIAN, suministrando a su vez a PEISA, empresas todas ellas también incoadas en este expediente."*

A continuación, recoge la resolución sancionadora el marco normativo en materia de producción, ensayo y comercialización de material eléctrico y, en concreto de los cables. Explica que, atendiendo a los niveles de tensión, es posible distinguir entre baja tensión (BT): hasta 1kV (kilovoltio); media tensión (MT):1kV-33/45kV); alta tensión (AT): 33/45kV-132kV y muy alta tensión (MAT): 275kV-400kV.

Precisa que el mercado de producto en este expediente es el de los cables BT/MT y explica que los cables eléctricos BT/MT, por una parte, y AT/MAT, por otra, pertenecen a mercados de producto diferentes. Que los cables AT/MAT se usarían para la transmisión de energía eléctrica, mientras que los de BT/MT se emplearían principalmente para la distribución de electricidad y que, dadas las características de los cables BT/MT, por el lado de la demanda no existe sustituibilidad entre dichos productos y que la sustituibilidad de la oferta es limitada por las diferencias en cuanto a costes y tiempo requerido para pasar a la fabricación de cables de AT/MAT, que son significativas, estando además sujetos a distintos requerimientos técnicos. Añade que las barreras de entrada para la producción de cables BT/MT son bajas en relación con las de los cables AT/MAT, ya que éstos requieren mayor knowhow.por lo que el factor esencial que determina la compra de cables BT/MT es el precio y la presión competitiva en este mercado es alta. y AT/MAT.

En cuanto al mercado geográfico refiere que, como ha declarado la Comisión Europea, el mercado de fabricación y venta de cables de energía es de ámbito comunitario a consecuencia de la liberalización de los mercados eléctricos europeos y por la creciente armonización de normas técnicas de ámbito europeo e internacional y explica que este expediente tiene por objeto la investigación de acuerdos anticompetitivos adoptados entre fabricantes de cables BT/MT, entre éstos y distribuidores y acuerdos entre distribuidores, en relación con el mercado del suministro de este tipo de cables para clientes ubicados en territorio español, independientemente de que los proyectos de dichos clientes se ejecuten en España, en otros Estados miembros de la UE -especialmente, en Portugal- y fuera del EEE y que, por tanto, 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 precisa que el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.



Dicho lo anterior, examina la situación del mercado cables BT/ MT en España, y expone que la oferta de suministro de cables BT/MT puede proceder tanto de los fabricantes como de los distribuidores, en función precisamente de la demanda, por lo que es posible distinguir, dentro de la distribución mayorista, las siguientes categorías: gran distribución (grandes empresas), grupos de compra (distribuidores agrupados), y distribuidores independientes y los comerciales de cable, a los que habría que añadir en los últimos años las superficies de bricolaje que pese a dedicarse al mercado del comercio minorista han supuesto un incremento de la presión competitiva sobre los distribuidores mayoristas.

Añade que, por ello, en el análisis de la oferta y la demanda en el mercado de cables eléctricos BT/MT deben distinguirse los siguientes canales de comercialización:

a) El de los fabricantes a los distribuidores, que posteriormente venderán el cable al cliente final: la mayor parte de los distribuidores suelen ser de pequeño o mediano tamaño y son denominados también almacenistas, dado que se suelen dedicar a la comercialización de todo tipo de material eléctrico y procuran tener un stock disponible para la venta en sus almacenes, incluyendo cables estandarizados, que suelen ofertarse a través de catálogo.

Explica que para la fijación del precio se suele utilizar como referencia el catálogo del fabricante, que incluye una tarifa para cada tipo de cable, que se modula en función de las fluctuaciones del precio de la materia prima (cobre o aluminio) y de otros factores de producción, y sobre la cantidad resultante se suele aplicar, asimismo, un descuento y que, teniendo en cuenta que el precio de las materias primas se basa en la cotización del London Metal Exchange, el precio del cable es altamente volátil e impredecible, por lo que son comunes las negociaciones entre fabricante y distribuidor en cuanto a las condiciones comerciales, incluyendo un precio fijo hasta consumir un importe máximo estipulado y bonificaciones (rápeles), normalmente anuales y ligadas a la consecución de objetivos relacionados con el volumen de compras.

b) El de los denominados grandes clientes (empresas instaladoras, ingenierías, eléctricas, petroquímicas...) para proyectos de gran envergadura (grandes infraestructuras, centrales eléctricas, parques eólicos, etc.), que suelen tener un importante poder de negociación, por lo que suelen solicitar oferta simultáneamente a fabricantes y grandes distribuidores, actuando ambos en estos casos como agentes económicos competidores en relación con un proyecto o cliente concreto. En estos supuestos, los precios de venta no son los establecidos en el catálogo del fabricante, sino que resultan de la negociación de cada proyecto, siendo muy frecuentes las licitaciones competitivas para el suministro de cables en estos casos, especialmente en el caso de cables para compañías eléctricas.

Expone que, teniendo en cuenta lo anterior, la oferta es distinta en función del canal de comercialización utilizado y así, en el suministro de cables "de catálogo", la oferta está constituida exclusivamente por el conjunto de empresas fabricantes de cables BT/MT a los distribuidores, para su venta posterior por éstos al cliente final y que en el otro canal, sin embargo, aplicable al suministro "por proyectos", la oferta la constituyen tanto los propios fabricantes como grandes distribuidores, actuando todos ellos como ofertantes directos, compitiendo en el suministro respecto de grandes clientes.

Desde el punto de vista de la demanda explica que el cable BT/MT es un producto técnico con escaso valor añadido en un mercado muy maduro que define su compra fundamentalmente por el precio y que está sujeto, en el caso de los cables de cobre, a las oscilaciones por la evolución de las cotizaciones del cobre en London Metal Exchange. Que la demanda de cables BT/MT varía en función del canal de comercialización utilizado y que, en el primero de los canales descritos, la demanda procede de los propios distribuidores, que son quienes adquieren los cables para su reventa. Que, sin embargo, en el canal de comercialización de cables BT/MT para proyectos concretos la demanda puede proceder directamente del cliente final (empresas de distribución de energía eléctrica, del sector petroquímico, instaladores o ingenierías), especialmente en el caso de cables especiales para construcciones y/o grandes proyectos de infraestructuras, como hospitales, aeropuertos, autopistas, centros comerciales, edificaciones singulares, zonas industriales, etc., y que este cliente final puede dirigirse bien a un distribuidor (que adquirirá los cables a un fabricante), bien a un fabricante directamente, o bien a ambos, ya sea directamente o a través de un mecanismo de competencia competitiva y que cuando el cliente se dirige tanto al fabricante como al distribuidor, ambos se sitúan en el mismo eslabón de la cadena de suministro y actúan como agentes económicos competidores.

A continuación, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos acreditados, señalando que tienen origen en la información aportada por GC en su solicitud de clemencia y en la información recabada por la Dirección de Competencia en las inspecciones realizadas y durante la instrucción del procedimiento y, tras examinar las pruebas recabadas, atendiendo al grupo de autores intervinientes en las mismas y a las conductas llevadas a cabo en el seno de cada grupo considera acreditada la existencia de las siguientes infracciones de los artículos 1 de la LDC y 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 las empresas fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN, NEXANS, CABELTE, SOLIDAL, DRAKA (ahora PRYSMIAN), TOP CABLE y MIGUÉLEZ, con la colaboración de FACEL (cártel de fabricantes).
- b) 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 la empresa distribuidora PEISA y los fabricantes GENERAL CABLE, TOP CABLE, PRYSMAN y NEXANS (cártel de PEISA y fabricantes), desde, al menos, noviembre de 2006 hasta, al menos, diciembre de 2013.
- 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 la empresa distribuidora NICSA y las fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA (actualmente PRYSMIAN) y TOP CABLE (cártel de NICSA y fabricantes), desde se ha llevado a cabo, al menos, desde el mes de junio de 2002 hasta el mes de junio de 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC, desde noviembre de 2006 y, al menos, hasta mayo de 2013.
- 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 la empresa distribuidora AMARA y los fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN y TOP CABLE (cártel de AMARA y fabricantes), desde al menos, desde 2011 y, al menos, hasta el año 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.
- e) 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 las empresas distribuidoras COMAPLE y NICSA, desde marzo de 2007 hasta junio de 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.

Por lo que se refiere a los Acuerdos sobre reparto de proyectos/clientes, recoge la resolución sancionadora impugnada que se han acreditado, por un lado, acuerdos entre empresas fabricantes y, por otro lado, acuerdos entre fabricantes y una distribuidora (AMARA, PEISA o NICSA) y de distribuidoras entre sí, (caso de NICSA y COMAPLE) y distingue las infracciones en función de los grupos de empresas que participan en las mismas, toda vez que el conjunto de participantes no son coincidentes y, por tanto, no aprecia identidad de sujetos.

Explica la resolución que estas conductas eliminan las estrategias de captación de clientes entre empresas y que los grandes clientes suelen tener un importante poder de negociación, por lo que suelen solicitar ofertas de suministro simultáneamente a fabricantes y grandes distribuidores, actuando todos ellos en estos casos como agentes económicos competidores en relación con un proyecto o cliente concreto. Que, en estos supuestos, los precios de venta no son los establecidos en el catálogo del fabricante, sino que resultan de la negociación de cada proyecto, siendo muy frecuentes las licitaciones competitivas para el suministro de cables. Expone que la mecánica de reparto de grandes clientes ha sido prácticamente idéntica en cada grupo infractor a través de las denominadas "coberturas" que operaban del siguiente modo: Cuando un gran cliente solicitaba, por ejemplo, oferta de suministro de cables a distribuidoras y fabricantes, las empresas previamente acordaban el precio a ofertar al cliente en la licitación, de modo que los fabricantes ofrecían un precio superior al del distribuidor para asegurarse de que este último resultara adjudicatario. Y que una vez adjudicado el proyecto a la distribuidora -que "pilota" el acuerdo, según la terminología usada por las empresas- esta compensaba a los fabricantes implicados encargándoles la fabricación de los cables en ese u otro proyecto.

Refiere que las primeras evidencias respecto de este tipo de acuerdos se remontan a 2006, con la fijación del precio a presentar en un proyecto de suministro de cables BT/MT para ACCIONA entre la distribuidora PEISA y los fabricantes GC y PRYSMIAN, que se mantendría al menos hasta diciembre de 2013.

Y añade que posteriormente, se amplían los acuerdos alcanzados con GC y PRYSMIAN a TOP CABLE y NEXANS para un total de al menos 4 proyectos, todos ellos relacionados con el mismo cliente ACCIONA y que acuerdos similares se han acreditado también respecto de la distribuidora NICSA para un total de al menos 31 proyectos con los fabricantes GC, PRYSMIAN, TOP CABLE, NEXANS, DRAKA y 7 proyectos entre la distribuidora AMARA al menos desde 2011 hasta abril de 2015 con GC, PRYSMIAN y TOP CABLE

Explica que la realidad económica y jurídica de los acuerdos pone de manifiesto que distribuidoras y fabricantes han actuado como auténticos competidores en el mercado, toda vez que el cliente, para contratar el suministro de cable, recurre indistintamente tanto a fabricantes como a distribuidores, por lo que a estos efectos y en relación con estas licitaciones, y de cara al cliente final, ambos se sitúan en el mismo eslabón de la cadena de suministro y actúan como agentes económicos competidores en el procedimiento de licitación. Que la necesidad del cliente de acudir indistintamente a unos y otros se justifica en el hecho de que la licitación puede incluir cables especialmente fabricados conforme a las especificaciones del cliente, y en muchos casos excede el ámbito de los cables BT/MT, comprendiendo también partidas o posiciones de cables de AT/



MAT, de cables de instrumentación y datos, de accesorios o de otro material eléctrico, motivo por el que el cliente solicita oferta también a grandes distribuidores, que facilita el agrupamiento y la gestión del pedido y mantiene una cierta estabilidad en el suministro y en los precios. Que en los hechos investigados, ni los distribuidores tienen una relación contractual con los fabricantes para suministrar sus cables a determinados clientes o respecto de proyectos concretos, ni los fabricantes que operan también como suministradores directos respecto de determinados proyectos imponen condición alguna para suministrar dichos cables BT/MT a determinados distribuidores dentro de una relación vertical, pues compiten en un mismo plano y en ese mismo plano acuerdan el reparto de clientes y/o proyectos de suministro de cables BT/MT. Que por lo expuesto, no cabe apreciar una relación vertical en estos acuerdos, toda vez que tal como exigen los apartados 24 y 25 de las Directrices relativas a las restricciones verticales, en una relación vertical los sujetos implicados deben actuar " *en planos distintos de la cadena de producción o distribución*", resultando que en las imputaciones de "cobertura" de un fabricante a un distribuidor descritas en esta resolución, como se ha señalado, ambos se sitúan en el mismo plano de comercialización, el canal de suministro por proyectos.

Por cuanto se refiere al Cartel de AMARA y fabricantes, recoge la resolución recurrida que esta infracción consta acreditada, al menos, desde 2011 y, al menos, hasta el año 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC. Que en 2011 consta acreditado un reparto entre PRYSMIAN y TOP CABLE con el distribuidor AMARA en un proyecto denominado PEÑAFLORES, como se constata en unas anotaciones manuscritas en la agenda de 2011 del Director Comercial Nacional de TOP CABLE, con hasta 4 posibles opciones de reparto con diferentes porcentajes entre PRYSMIAN, TOP CABLE Y AMARA y la compensación prevista" (hecho 148). Que posteriormente, en los años 2013 y 2015 se constata la continuidad de los repartos entre las empresas AMARA, GC y PRYSMIAN (hechos 148 a 152). Y que en 2015 mediante correo electrónico de 7 de abril de PRYSMIAN a AMARA se evidencia la cobertura en el proyecto SUMINISTRO DE CABLE DE POTENCIA COLL DE BALAGUER 2 (hecho 152):

Sentado lo anterior, y afirmada la culpabilidad de las empresas responsables por cuanto conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas sancionadas, se aborda la responsabilidad individual de las empresas en las distintas infracciones descritas y, por lo que ahora interesa, en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT entre AMARA. GC v PRYSMIAN, precisando que consta acreditada la participación de AMARA desde 2011 hasta junio de 2015, entre otros, en los siguientes hechos:

Año 2011 (hecho 148); año 2013 (hechos 149,150 y 151); año 2015 (hecho 152).

**TERCERO.** - En su escrito de formalización de la demanda, la sociedad actora opone los siguientes motivos de impugnación:

- AMARA no ha alcanzado acuerdos de reparto de proyectos. Insuficiente prueba de cargo. Ausencia de valoración de la prueba aportada por la recurrente.

-Con carácter subsidiario, la conducta imputada no es constitutiva ni puede ser calificada y sancionada como infracción única y continuada.

-Indeterminación de la cuantía de la sanción en la propuesta de resolución. Privación del derecho de formular alegaciones en ejercicio pleno del derecho de defensa.

-Omisión de la correspondiente audiencia pública ante el órgano resolutorio con incumplimiento del artículo 6 del convenio europeo de derechos humanos.

-Subsidiariamente de todo lo expuesto, vulneración del principio de proporcionalidad en la graduación e individualización de la sanción al no haberse tenido en cuenta, entre otras circunstancias, la reducida participación de AMARA.

**CUARTO.**- El Abogado del Estado se ha opuesto a la demanda e interesa su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida .

Por su parte, la representación procesal de GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. y GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L. ("GC"), en su escrito de contestación a la demanda, se aduce que una eventual estimación o desestimación, aun parcial, de la demanda en nada debe afectar a la condición de clemente de GC y a la consiguiente exención del pago de la sanción.

**QUINTO.** - Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, comenzando por el que denuncia la falta de prueba de las conductas sancionadas. Se afirma en la demanda que la recurrente no ha participado en ningún acuerdo de reparto con los fabricantes de cable BT/MT ni aislada ni continuadamente y que, por el contrario, ha tratado siempre de lograr los mejores precios para sus clientes finales.



Como decíamos en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia:

*"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración".*

Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, declara lo siguiente: "(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 \7741 ) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que " estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que "Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/ Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/ al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

*"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión) , apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 ( sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96 , T-189/96 y T-190/96 , Rec. p. II-93, apartado 47). (47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).*

*(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/*



Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [ TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 , C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)."

Y podemos mencionar, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, la reflejada, entre otras, en sentencia de 19 de junio de 2015, recurso 649/, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en los siguientes términos:

"Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000 ) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías ( art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ( SSTC 120/1994, de 25 de abril , F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4)".

Pues bien, en el caso examinado, ha de reiterarse que la imputación de Amara descansa sobre los elementos probatorios recogidos en los hechos 148 a 152, en los siguientes términos:

"Año 2011

(148) En el año 2011 PRYSMIAN y TOP CABLE se reparten con el distribuidor AMARA un proyecto denominado PEÑAFLORES (folio3574 expte), como se constata en unas anotaciones manuscritas en la agenda de 2011 del Director Comercial Nacional de TOP CABLE, con hasta 4 posibles opciones de reparto con diferentes porcentajes entre PRYSMIAN, TOP CABLE y AMARA y la compensación prevista.

Año 2013

(149) Posteriormente, en 2013 AMARA se repartirá con GC el suministro de cables para HC (HIDROCANTABRICO), un proyecto relativo a PARQUES EÓLICOS para la empresa constructora COLLOSA y otro proyecto denominado ZARAGOZA, como se evidencia en los correos electrónicos intercambiados entre AMARA y GC en junio y julio de 2013 y en agosto de 2013.(folios 113, 1568,342,1767,1768 y 1786 expte) Asimismo, se repartirá el proyecto CENTRO LOGÍSTICO de INDITEX en Guadalajara con PRYSMIAN y GC, (folios 25530 Y 25531 expte) si bien en éste último resultó finalmente adjudicatario el instalador Osmos. La existencia del citado acuerdo de reparto se evidencia en el correo electrónico de 30 de agosto de 2013 del Director Comercial al Director de Ventas de PRYSMIAN con asunto" RE: Ofertas Compras cable para Nave Guadalajara //INDITEX" en el que se señala:

"(...) Tenemos que hacer una propuesta de oferta que tenemos que compartir, y luego ya decidiremos los niveles de precio con el resto."



(150) El mismo 30 de agosto de 2013 AMARA informó a GC del proyecto del HOSPITAL DE ZAMORA de ELECNOR (folios 320,1556, 1567 y 1779 expte), indicándole que también contactará con "P" (probablemente PRYSMIAN) para estar coordinados "(...) Ya tenemos la petición de Elecnor Valladolid para el Hospital de Zamora que tiene adjudicado el Grupo Ortiz y que va a ejecutar la UTE Elecnor-Elecor.

Podemos hacer gestión con otro fabricante para ver con qué nivel de precio se mueven.

Por supuesto, y debido a la mala costumbre de Elecnor, tendréis la oferta directa.

Se la voy a pasar también a P para tenerla coordinada

Ya nos diréis".

(151) En septiembre de 2013 en un correo electrónico interno de PRYSMIAN de con asunto "Amara", se propone intentar un acuerdo con los fabricantes GC, PRYSMIAN y TOP CABLE. En el correo del Director Comercial Mercado Eléctrico al Director General de AMARA de 30 de septiembre de 2013, que es reenviado por el Director General de AMARA a PRYSMIAN el 3 de octubre de 2013, se confirma lo siguiente: "(...) Ya he hablado con [Directivos de PRYSMIAN y GC]; les he transmitido lo mismo que te he contado antes, resumiendo, que he intentado por todos los medios re-dirigir el pedido a Amara con la condición de hacer tres paquetes (...)" (folios 25537 a 25539 expte).

En correos electrónicos posteriores se confirma el acuerdo de precios entre GC y PRYSMIAN, así como que TOP CABLE no forma parte de ese acuerdo, ya que ha realizado una oferta mucho más competitiva y por eso ha conseguido llevarse el pedido.

Año 2015

(152) En lo que se refiere al año 2015, se ha obtenido un 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:

"[Director comercial Mercado Eléctrico de AMARA],

De este tema me lo están pidiendo directo y os estamos cubriendo. ¡Por favor, cerrar ya! y pásame el pedido (...)" (folio 25766 expte)."

**SEXTO.** - Frente a ello en la demanda, la recurrente examina los distintos proyectos recogidos en la resolución sancionadora y así, por lo que se refiere al proyecto Peñaflores, aduce que la valoración jurídica que realiza la CNMC no tiene en cuenta el marco del proyecto en cuestión. Explica que se trata de un proyecto de Iberinco (entonces empresa hermana de AMARA por ser filial ambas de IBERDROLA) por lo que la entidad perjudicada por la conducta en la que supuestamente habría participado AMARA habría sido una sociedad de su mismo grupo empresarial en el momento en que tuvieron lugar los hechos investigados. Reitera, que, como expuso en sus alegaciones al PCH (ff. 34.617 y ss.), y acreditó con aportación de documentos no valorados por la Resolución recurrida, Iberinco solicitó una oferta a AMARA y le adjudicó el contrato. Que la adjudicación a AMARA queda probada en el Anexo III de las alegaciones al PCH donde Iberinco dirige una carta a AMARA en los siguientes términos:

"Mu y Sres. Nuestros:

En relación con su número de oferta y con cargo a nuestro pedido de referencia, nos es grato encomendarles el siguiente suministro: Suministro y transporte del cable de media tensión para el P.E. Peñaflores (Valladolid)" (folio 34.719 del expediente)

Opone que, a pesar de ello, la Resolución recurrida prefiere acoger la versión de TOP CABLE, según la cual ellos habrían sido los adjudicatarios del proyecto y que estas alegaciones están basadas en un hecho rotundamente falso: que se habrían repartido un proyecto que habría resultado en perjuicio del propio grupo empresarial al que entonces pertenecía AMARA.

Continúa manifestando que AMARA contactó con TOP CABLE para el suministro del cable, lo que no solo no es anticompetitivo, sino que es una necesidad de AMARA, que, como mera distribuidora de cable, debe llegar a acuerdos con los fabricantes para dar respuesta a sus clientes finales y que, en este caso, ocurrió que TOP CABLE y PRYSMIAN llegaron a un acuerdo para repartirse el pedido hecho por AMARA a la primera de ellas (obra número 205 del Anexo único de la Resolución recurrida).

Por lo que se refiere al suministro de cables para Hidrocantábrico (2013) denuncia que la Resolución recurrida se limita a afirmar que "[p]osteriormente, en 2013 AMARA se repartirá con GC el suministro de cables para HC (HIDROCANTABRICO)" (pág. 81 de la Resolución recurrida), sin especificar de manera clara qué documento o prueba sería el que sustentaría esta afirmación y que el único documento que se refiere a "HC" es el recogido en el folio 342 del expediente del siguiente tenor:

"Buenos días Joaquina

*Aún no he recibido la propuesta para el cable de HC y nos urge por la fecha límite de presentación de la oferta. Te agradeceré que me la envíes cuanto antes y me llames para fijar el margen con el que nos protegéis".*

Afirma que este correo electrónico no permite concluir que exista un acuerdo de reparto entre AMARA y GC. Y que como ya se explicó en las alegaciones al PCH, GC, que no estaba interesado en el suministro directo de este proyecto, por razones comerciales, decidió hacer una oferta a un precio que sabía perdedor puesto que prefería suministrar el cable a través del distribuidor y que no puede hacerse responsable a AMARA de que GC, unilateralmente, haya decidido que prefiere suministrar el cable a HC a través ella en vez de directamente ya que si Si GC hubiera querido suministrar el cable directamente, lo hubiera hecho sin ningún problema y AMARA no habría podido hacer nada.

Respecto del Proyecto Parques Eólicos Collosa (2013), se reitera que AMARA nunca suministró cable a este proyecto y que para acreditar su correcta conducta aportó el correo electrónico enviado por el cliente (Anexo 4 de las alegaciones al PCH; f. 34.730). Que no hay evidencia alguna de la existencia de un acuerdo en este proyecto, en el que, además, se insiste, AMARA no fue adjudicataria y que nada se dice de contrario en la Resolución recurrida (páginas 166 y 167).

En relación con el Proyecto Zaragoza (2013), se expone en la demanda que la Resolución recurrida se limita a señalar que "en 2013 AMARA se repartirá con GC el suministro de cables para (...) otro proyecto denominado ZARAGOZA, como se evidencia en los correos electrónicos intercambiados entre AMARA y GC en junio y julio de 2013 y en agosto de 2013" (página 81 de la Resolución recurrida), conclusión que se sustenta en el correo electrónico enviado por Jose Pedro, empleado de AMARA a Jose Carlos, empleado de GC (folio 1.786 del expediente) el 10 de julio de 2013 y que contiene la siguiente frase: "Vale Jose Carlos, en ti confío y procura evitar cosas de estas que, de verdad, me cabrean y me duelen. Mira, a ti te lo digo, Prysmian nos ha dicho que nos apoya, Solidal también, Tratos Cavi también...".

Aduce que se trata de un correo electrónico aportado en la solicitud de clemencia de GC, sin que exista una declaración de los participantes que permita una interpretación del mismo en su contexto y, desde luego, que atestigüe la participación de AMARA en un pretendido reparto de proyectos. Explica que Amara incluso aportó otro correo electrónico para arrojar algo más de luz sobre este supuesto (Anexo VI de las alegaciones al PCH, ff. 34.735 a 34.739) y que lo que en realidad ocurrió fue que AMARA, que pretendía suministrar cable al cliente final, acudió a GC para obtener el cable necesario. Que esta entidad, en una conducta que podría calificarse de anticompetitiva, ofrece un precio fuera de mercado de manera que convierte la oferta de AMARA en poco atractiva para el cliente final. Y todo ello con la posible finalidad de acabar ofertando directamente al cliente final. De hecho, AMARA resultó no ser la adjudicataria de este proyecto. Que por ello AMARA reacciona con contundencia y envía el correo que aportó AMARA con sus alegaciones al PCH (Anexo VI):

*" Joaquina, una cosa es que elijáis ir directamente a este cliente (supongo que os habrá comprado más de los 5'5 mm € que lleva Amara hasta la fecha) y otra muy distinta es que pretendas que hagamos el ridículo con este precio.*

Afortunadamente hay más fabricantes que nos apoyan y con los que pienso dar la batalla (ya se lo adelanté ayer a Jose Carlos)

*Para tu información, y porque no nos conoces lo suficiente, Amara no suele dar batallas por pérdidas de inicio. Saludos".*

Por lo que se refiere al Proyecto Centro Logístico de Inditex en Guadalajara (Proyecto Osmos) (2013), se expone en la demanda que la Resolución recurrida afirma que "[AMARA] se repartirá el proyecto Centro Logístico de Inditex en Guadalajara con PRYSMIAN y GC, si bien en este último resultó finalmente adjudicatario el instalador Osmos. Que la existencia del citado acuerdo de reparto se evidencia en el correo electrónico de 30 de agosto de 2013 del Director Comercial al Director de Ventas de PRYSMIAN con asunto "RE: Ofertas Compras cable para Nave Guadalajara //INDITEX" en el que se señala: "(...) Tenemos que hacer una propuesta de oferta que tenemos que compartir, y luego ya decidiremos los niveles de precio con el resto" (pág. 81 de la Resolución recurrida) y se denuncia que la Resolución recurrida incurre en varios errores de hecho por cuanto da a entender que OSMOS es el suministrador de cable. Cuando es el instalador de Inditex, el cual decidió adjudicar el suministro de cable a TOP CABLE. Y que la propia Resolución recurrida, más adelante, sí reconoce que fue el instalador, OSMOS, el que decidió encargar el proyecto a AMARA, y que, posteriormente, cambió de opinión y le adjudicó el proyecto a TOP CABLE (página 167 de la Resolución recurrida).

Explica que las condiciones de suministro que fija Inditex y OSMOS para sus obras, son extraordinariamente exigentes ya que, entre otras cuestiones, el cable debe provenir de los fabricantes homologados por Inditex



(inicialmente eran GC y PRYSMIAN). Que AMARA contactó con GC y PRYSMIAN para conocer sus condiciones de venta del cable. Que estos fabricantes, concededores de que eran los únicos fabricantes homologados por Inditex, ofrecieron precios elevados lo que colocó a AMARA en una situación que no era competitiva, en términos del precio que podía ofertar, ante OSMOS. Que, de hecho, la situación llegó a tal punto que OSMOS decidió activar la posibilidad de que Inditex homologara a otro fabricante, en concreto, a TOP CABLE, para presionar a que los otros dos fabricantes redujeran sus precios. Que esta homologación se llevó a cabo y TOP CABLE logró estar en disposición de hacer una oferta directamente a OSMOS con precios más ventajosos que los de PRYSMIAN y TOP CABLE. Que para acreditar todo ello, AMARA aportó los siguientes documentos junto con su escrito de alegaciones al PCH: (i) Anexo 8: correo electrónico de una empleada de OSMOS en el que indica que han aceptado los precios ofrecidos por TOP CABLE, pero que quiere que sea AMARA quien suministre el cable (ff. 34.743 a 34.749 del expediente). (ii) Anexo 9: contrato firmado entre AMARA y OSMOS con las condiciones de precio y pago (ff. 34.750 a 34.752 del expediente). (iii) Anexo 10: correo electrónico que recoge las condiciones de suministro acordadas entre TOP CABLE y OSMOS y que le serán de aplicación a AMARA (ff. 34.753 a 34.755 del expediente).

Continúa manifestando que OSMOS, consciente de las ventajas de servicio y de capacidad de almacenamiento que proporciona AMARA, exige a TOP CABLE que el suministro se haga a través de mi representada (ver folio 25536 del expediente).

En relación con el Proyecto Hospital Zamora (2013) se consigna en la demanda que la Resolución recurrida afirma que el 30 de agosto de 2013 "AMARA informó a GC del proyecto del HOSPITAL DE ZAMORA de ELEC NOR, indicándole que también contactará con "P" (probablemente PRYSMIAN) para estar coordinados", y fundamenta esta afirmación en la "Información aportada por GC en su solicitud de exención (folios 1565 y 1567) y correo electrónico de AMARA a GC de 30 de agosto de 2013 con asunto "ELEC NOR // HOSPITAL ZAMORA" (folio 1779), aportado por GC en su solicitud de exención del pago de la multa (apartado 150, página 81 de la Resolución recurrida). A continuación, se expone que este proyecto trataba de la construcción de un hospital en Zamora donde el Grupo Ortiz actuaba como promotor y la UTE Elecor-Elec nor, como subcontratista principal. Que la obra no fue adjudicada a AMARA sino a otro distribuidor, Aemsa y que como Anexo 11 del escrito de alegaciones al PCH (ff. 34.756 a 34.761) se aportaron las comunicaciones entre AMARA y el Director de Elecor Energía, D. Dionisio, en las que se observa que el cliente había decidido que el cable para esa obra fuera de GC y está exigiendo a AMARA que reduzca el precio ofertado, a lo que la aquí recurrente contesta que no puede hacerlo porque GC (que es el fabricante del cable) no tiene intención de reducirlo. Sin embargo, como se observa en el siguiente correo electrónico, el cliente informa a AMARA que habría otro distribuidor, Aemsa, que sí tendría mejores condiciones de precio de GC. Que por lo expuesto es imposible que haya habido un acuerdo de reparto entre AMARA, GC y PRYSMIAN en relación con esta obra cuando, como prueba el mencionado Anexo 11, es el cliente el que ha decidido que el cable de la obra sea de GC y GC ha ofrecido mejores condiciones a otro distribuidor, Aemsa, que a AMARA y que, en todo caso, habría existido un acuerdo entre GC y ese otro distribuidor, pero nunca con AMARA.

Por lo que se refiere al Proyecto Coll de Balaguer (2015) se explica que se trataba de un proyecto en el que el cliente era Acciona, quien solicitó ofertas en relación con un cable de características muy especiales. Que el cliente contactó con AMARA (ver Anexo 12 del escrito de alegaciones al PCH) y ésta, como es habitual, contactó con dos fabricantes: en esta ocasión con PRYSMIAN (ver Anexo 13 del escrito de alegaciones al PCH) y con GC (ver Anexo 14 del escrito de alegaciones al PCH). Que trata del modo de funcionamiento habitual de AMARA que, como distribuidor, necesita una oferta de un fabricante para atender el pedido del cliente final. Que, tras contactar con los dos fabricantes, PRYSMIAN contesta en los términos indicados en el correo más arriba recogido (es decir, no tiene interés en suministrar directamente, pero enviará una oferta al cliente dado que se lo ha pedido) y GC, por el contrario, sí tiene interés en el suministro directo a ese cliente y decide hacer una oferta directamente a Acciona. Que finalmente, el cliente informa a AMARA que ha adjudicado el pedido a GC (ver Anexo 15 del escrito de alegaciones al PCH).

Por todo lo expuesto, concluye la parte recurrente que la Resolución recurrida no ha tenido en cuenta la prueba aportada por ella, vulnerando su derecho de defensa. Argumenta que la Resolución recurrida no se ha molestado en concretar en qué consistiría el plan global u objetivo común que perseguirían las empresas involucradas en la práctica reprochada y que conectaría los temporalmente dispersos incidentes analizados en localidades tan dispares. Añade que una pasividad de más de un año y medio en una conducta que resultaría en una duración total de cuatro años no puede, bajo ningún concepto, considerarse razonable para fundamentar una infracción única y continuada.

Añade que las conductas reprochadas se circunscriben a tres concretos momentos temporales: agosto de 2011, junio-septiembre de 2013 y abril de 2015. y que las empresas que, según la Resolución



recurrida, participaron de esta conducta anticompetitiva, son heterogéneas: tres empresas fabricantes y una distribuidora y que estas entidades tienen intereses en muchos casos contrapuestos.

Refiere que, si bien los intereses de los fabricantes se encontraban perfectamente alineados como fruto del cártel de fabricantes imputado, la Resolución recurrida no se esfuerza en explicar en qué medida los intereses de una empresa distribuidora como AMARA podrían resultar coincidentes con los de los fabricantes para que pudiera construirse un objetivo común. Reitera que cada vez que se anunciaba un nuevo proyecto, contactaba con empresas fabricantes cuyo cable estuviera homologado por el concreto cliente final, a efectos de lograr un precio competitivo que le permitiera ofertar al cliente final un precio bajo y mantener un margen atractivo para sí misma y que cuando no sucedía de esta manera, AMARA acudía a otro fabricante para tratar de mejorar el precio que le habría sido ofrecido previamente.

Por todo lo expuesto concluye la recurrente que en el supuesto de que la Sala considere que las conductas relativas a los siete concretos proyectos reprochados a AMARA por la Resolución recurrida constituyen prácticas contrarias a la competencia - *quod non*- en ningún caso podrían calificarse como integrantes de infracción única y continuada en atención a (i) la no acreditación por la Resolución recurrida de un plan común u objetivo conjunto diseñado e implementado por las empresas sancionadas y (ii) a la ruptura de la continuidad de la infracción por la carencia probatoria durante periodos temporales excepcionalmente amplios en atención a la duración total de la conducta.

**SÉPTIMO.** - Descritos los hechos y las alegaciones de la parte recurrente pasaremos a ver cómo encaja el relato fáctico en la infracción única y continuada, tal y como ha sido calificada por el acuerdo sancionador.

Dicho lo anterior, recordemos que la recurrente ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada-consistente en la adopción de acuerdos de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.6.1 letra b), de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.6.1 letra b), - 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, desde 2011 y, al menos, hasta el año 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.

A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida en la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni (C- 49/92, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Participazioni, apartado 31 supra, apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo ( sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T- 50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que *"también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE , apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06 . , Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)( apartado 240)".*

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que *"en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellos está destinado a hacer frente a una o varias*

*consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".*

De esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

Además, no solo se ha de probar la existencia del cartel sino también su duración, STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95 T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T10 4/95, Rec. p. II491, (apartado 2802).

El carácter clandestino y oculto de mayor parte de este tipo de actividades, conlleva una dificultad probatoria a la que no ha sido ajeno el TJUE, dificultad que no solo se extiende a la participación sino a la duración de la conducta, por ello «[s]i no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas [...]», STJCE de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T43 /92, Rec. p. II441 (apartado 79), y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T12 0/04, Rec. p. II4441, (apartado 51).

Esta construcción jurisprudencial permite que, tanto al sujeto o a la empresa que han participado en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, como a aquel o aquella que solo ha participado en una parte de los que componen la infracción única y continuada, pero con conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás partícipes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo, se le puedan imputar en ambos casos la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 43).

Basta con que se trate de una infracción única y continuada para que necesariamente pueda considerarse que una empresa que participe en una u otra de sus manifestaciones, sea responsable de la totalidad de esa infracción. Sin embargo, es necesario que quien sanciona demuestre que esa empresa conocía las actividades contrarias a la competencia a escala europea de las demás empresas o que podía razonablemente preverlas. Debe acreditarse que la referida empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por todos los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos, o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo, STJUE 9 de septiembre de 2015, T104/13, Toshiba Corp, (apartado 53).

Esta unicidad en la infracción permite hacer responsable a una empresa, como integrante de este plan preconcebido de los actos y comportamientos que materialmente haya realizado otro de los integrantes del grupo, en una suerte de responsabilidad solidaria que rompe el principio de individualización de la pena.

Sin embargo, no podrán ser sancionados si a pesar de participar directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, no se haya «acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cártel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo [...]», STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 44).

El que sea calificada una infracción del artículo 101 del TFUE como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que una empresa que haya participado en una infracción de este tipo, mediante comportamientos propios, calificables de acuerdo



o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendía contribuir a la realización de la infracción en su conjunto, es también responsable, durante todo el tiempo que dure su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, STJUE Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 83).

Además, permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto, STG 17 de mayo de 2013, T147/09 y T14 8/09 Trelleborg, (apartado 61). Con la infracción única y continuada se presume que, a pesar de periodos de aparente inactividad o donde no es posible desplegar toda la carga probatoria, la infracción continúe permitiendo la imputación de la responsabilidad por todo ese periodo de latencia.

La falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un periodo concreto, «[n]o 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. 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 continua [...]», STJUE 11 de enero de 2008, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 260), y STG Trelleborg, (apartado 59).

Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Las consecuencias son muy relevantes. (i) Permite que la infracción o la participación de una empresa en ella, no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, siempre apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.

No obstante, para permitir imputar este periodo intermedio de aparente inactividad, de actividad más reducida, o cuando estamos ante actos separados en el tiempo, no basta para poder sancionar la mera «[r]referencia genérica a la distorsión de la competencia [...]» se requiere de indicios objetivos y concordantes de una eventual voluntad persistente de las demandantes de reactivar el cartel o de adherirse a sus objetivos para presumir válidamente una participación continua, aun pasiva, por parte de las empresas, STG Trelleborg, (apartados 61 y 62).

Por último, el supuesto carácter abusivo del recurso a la teoría de la infracción continuada no puede apreciarse in abstracto y depende en esencia de las circunstancias de cada caso concreto, y en particular de que el órgano sancionador consiga demostrar que se trata de una infracción única durante los diferentes periodos considerados, STG Trelleborg, (apartado 94). No obstante, se debe estar especialmente atento o actuar con la debida cautela puesto que «la Comisión podría postergar indefinidamente la prescripción y reducirla así a la nada, lo que es contrario al principio de seguridad jurídica.», (apartado 93).

Por lo demás, el supuesto carácter abusivo del recurso a la teoría de la infracción continuada no puede apreciarse in abstracto y depende en esencia de las circunstancias de cada caso concreto, y en particular de que el órgano sancionador consiga demostrar que se trata de una infracción única durante los diferentes periodos considerados, STG Trelleborg, (apartado 94). No obstante, se debe estar especialmente atento o actuar con la debida cautela puesto que «la Comisión podría postergar indefinidamente la prescripción y reducirla así a la nada, lo que es contrario al principio de seguridad jurídica.», (apartado 93).

**OCTAVO.-** Dicho lo anterior, nos corresponde analizar si la imputación que realiza la CNMC a la recurrente tiene suficiente apoyo probatorio toda vez que, la defensa de la recurrente refiere básicamente que se ha vulnerado su derecho fundamental de presunción de inocencia por cuanto que se le ha sancionado sin que existan pruebas que permitan sostener que formó parte del cártel a que se contrae el presente recurso.



Pues bien, lo primero que debemos precisar es que AMARA no ha sido sancionada por participar en un plan común para repartirse el mercado y para fijar los precios de los cables BT/BM. Esto es, AMARA no ha sido sancionada por participar en el cártel de los fabricantes de cables BT/MD. La recurrente ha sido sancionada por su participación, insistimos, en una infracción única y continuada, consistente en acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT entre la distribuidora AMARA y varios fabricantes de cables.

Así las cosas, la distribuidora AMARA y las empresas fabricantes de cobre BT/MT, en el cártel que examinamos, no actúan en planos distintos de la cadena de producción o distribución", resultando que en las imputaciones de "cobertura" de un fabricante a un distribuidor descritas y sancionadas se sitúan en el mismo plano de comercialización, el canal de suministro por proyectos, por lo que, no cabe, por tanto, apreciar una relación vertical en estos acuerdos, de acuerdo con lo expuesto en los apartados 24 y 25 de las Directrices relativas a las restricciones verticales. Lo expuesto explica que, en contra de lo afirmado por la recurrente, los intereses de AMARA y de los fabricantes sancionados en el mismo cártel, en tanto que actuaban como distribuidores, fueran coincidentes a los efectos de construir un objetivo común.

**NOVENO.** - Por lo demás, examinada la prueba obrante en el expediente administrativo y que recoge la resolución sancionadora, entendemos acreditada la existencia del plan común por cuanto que de aquella puede inferirse que el modus operandi era similar en todos los casos detectados, pactando las empresas una cobertura consistente en presentar ofertas simuladas para asegurarse al ganador previamente pactado y luego repartirse el contrato entre todas. La existencia de este plan común no queda desvirtuado por el hecho de que, en ocasiones, no se alcanzara el objetivo buscado, por cuanto que, como hemos referido, para la existencia de la infracción, basta con que las empresas hayan intentado contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos y hayan tenido conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos, o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo, como ha acontecido en el caso que examinamos. Así las cosas, pese al esfuerzo desplegado por la parte recurrente, la Sala considera que las explicaciones alternativas ofrecidas para desvirtuar los elementos de prueba en los que la resolución sancionadora fundamenta su imputación, no son plausibles por cuanto que, en algunos casos ( Proyecto de Cables para Hidrocantábrico; Proyectos Parques Eólicos y Proyecto Zaragoza), vienen a verbalizar el modus operandi del propio cartel y del plan común urdido mediante la presentación de ofertas de cobertura, bien al alza o bien a la baja en orden a garantizar quien hubiera de ser la empresa adjudicataria del proyecto. En otros, se intenta demostrar la inexistencia del cartel por no haberse alcanzado el objetivo propuesto.

A estos efectos, como se recoge en la resolución sancionadora, la conducta ilícita se sitúa en la propia existencia de la concertación entre empresas competidoras para el reparto de los proyectos, resultando indiferente la efectiva adjudicación o implementación de los mismos. Además, la participación de una empresa en el reparto de un proyecto no implica necesariamente que el participante deba resultar adjudicatario del mismo ya que el reparto puede requerir la abstención de una empresa respecto de un proyecto o la presentación de ofertas de acompañamiento.

Dicho lo anterior, por lo que se refiere al Proyecto de Peñaflores, TOP CABLE reconoció en sus alegaciones la existencia del reparto y que en este proyecto AMARA le propuso entrar, literalmente, en su "juego", es decir, que TOP CABLE no compitiese con ella, sino que presentase sus ofertas a través de la citada distribuidora.

El acuerdo entre AMARA y GC para el reparto del suministro a HIDROCANTÁBRICO en 2013 queda conformado en la solicitud de exención GC (folio 113) y en los correos electrónicos intercambiados entre dichas empresas aportados por GC en los que consigna que " *Se está preparando la oferta de HC y la vuestra. Os vamos a cubrir en HC lo tendré preparado a primera hora. Tampoco hemos contestado a HC hablamos antes*".

El acuerdo de reparto respecto del Centro logístico de INDITEX ha quedado acreditado mediante el correo electrónico remitido por AMARA a PRYSMIAN y los posteriores correos internos de PRYSMIAN, independientemente de que consiguieran finalmente la adjudicación. Además, el acuerdo entre estas tres empresas queda confirmado en otro correo electrónico interno de PRYSMIAN en el que se señala que AMARA le ha comunicado telefónicamente que el proyecto ha sido adjudicado a TOP CABLE pero que intentará convencer a OSMOS para que los fabricantes del pedido sean GC y PRYSMIAN:

" *1 Osmos dice a Top que se tirn que hacer la operación a través de amara*

" *2 el lunes RS tiene reunión con Osmos para intentar reconducir la situación, esto es: que el pedido lo tenga Amara y el fabricante sea Pry y Ggc. Si no puede intentar acordar que el suministro sea de los 3 fab homologados.*"

En correos electrónicos posteriores se confirma el acuerdo de precios entre GC y PRYSMIAN, así como que TOP CABLE no forma parte de ese acuerdo, como señala en sus alegaciones, toda vez que ha realizado una oferta mucho más competitiva y por eso ha conseguido llevarse el pedido.



El reparto del Proyecto COLL DE BALAGUER ha quedado acreditado en el correo electrónico de 7 de abril de 2015 remitido por PRYSMIAN a AMARA que evidencia la cobertura en dicho proyecto, a pesar que al citado fabricante le estaban pidiendo una oferta directa:

*"[Director comercial Mercado Eléctrico de AMARA],*

*De este tema me lo están pidiendo directo y os estamos cubriendo. ¡Por favor, cerrar ya! y pásame el pedido (...)"*

Cumple manifestar que los acuerdos de reparto acreditados han tenido lugar en el mismo mercado, con idéntico modus operandi y que en todos ellos ha intervenido la aquí recurrente, careciendo de transcendencia, a los efectos de la calificación de la infracción como única y continuada, el hecho de que las empresas intervinientes no coincidan exactamente en todos ellos. Por lo expuesto, a juicio de la Sala, las explicaciones alternativas que ofrece Amara sobre las pruebas recogidas no desvirtúan la valoración que de ellas realizó la resolución sancionadora que la Sala comparte.

Por lo demás, consideramos que lapso de tiempo que transcurre entre las conductas infractoras acreditadas, en el caso examinado, no permite considerar interrumpida la continuidad de la infracción, apoyándonos en la doctrina jurisprudencial contenida en la STG Trelleborg en la que se valora un tiempo aproximado a los dos años.

Así las cosas, no habiéndose producido la ruptura de la continuidad de la infracción, el plazo de prescripción queda interrumpido a los efectos de que la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción sea la fecha en la que la infracción continua ha finalizado.

**DÉCIMO-** Respecto del motivo de impugnación que denuncia que la omisión de una propuesta individual de sanción en la Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia de la CNMC supone, a la luz de la jurisprudencia europea y española, una violación de los derechos de defensa, ha de reiterarse el criterio mantenido por la Sala en pronunciamientos anteriores en los que se ha abordado el mismo asunto, criterio que parte de la especial regulación que al respecto se contiene en el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 34 establece que *" La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio . Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución"*.

No exige, por tanto, que se concrete el importe de la sanción, que corresponde determinar a la Sala de Competencia del Consejo conforme a lo dispuesto en los artículos 53.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 38.3 de su Reglamento.

La aplicación de las normas a las que se refiere la recurrente, en particular el artículo 6 del CEDH; los artículos 134 y 135 de la ley 30/92 o el artículo 18 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, ha de ceder ante las normas especiales que regulan esta cuestión conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la misma LDC que, bajo la rúbrica Supletoriedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *"Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley"*.

En todo caso, la invocación del artículo 24 de la Constitución y de la necesaria garantía del derecho de la defensa es del todo genérica pues se vincula tan solo a la falta de mención en la propuesta de resolución del importe de la multa a imponer, sin acompañarse de un correlato en el que se exponga en qué medida y por qué concretas circunstancias esa omisión ha mermado las posibilidades de defensa de la sancionada.

**UNDÉCIMO** -Po r cuanto se refiere al motivo de impugnación que denuncia la omisión de la correspondiente audiencia pública ante el órgano resolutorio con incumplimiento del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, nos remitimos a lo resuelto en la Resolución sancionadora, a cuyo tenor:

*"Varias empresas han solicitado la celebración de vista oral en aplicación del artículo 51.3 de la LDC .*

*Al respecto, cabe señalar que la vista oral ante la Sala del Consejo que viene prevista en el artículo 51.3 de la LDC se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar "cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente" (art. 19.1 RDC).*



*El Consejo, teniendo en cuenta este carácter potestativo de la vista oral, ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para la valoración del asunto, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión."*

Por lo demás, sobre esta cuestión la Sala ya se ha pronunciado manifestando que, sin desconocer la previsión del artículo 12 del Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, y que se refiere a la necesidad de que la Comisión Europea garantice a las partes que así lo solicitaran a las que hubiere notificado un pliego de cargos " la oportunidad de exponer sus argumentos oralmente en una audiencia", la denegación de tal posibilidad no produce una vulneración automática del derecho a la defensa con trascendencia constitucional a los efectos del artículo 24, pues esa relevancia se condiciona a la causación de una indefensión real que no consta se produjera en el caso de autos, en el que la parte ha tenido oportunidad de hacer valer sus alegaciones frente a la propuesta de resolución.

Y como recoge la resolución sancionadora, conforme al artículo 51.3 de la Ley 15/2007, la celebración de vista tiene carácter potestativo para el Consejo como resulta de la redacción literal de dicho precepto ("A propuesta de los interesados, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar la celebración de vista").

**DUODÉCIMO.-** Subsidiariamente, denuncia la recurrente la vulneración del principio de proporcionalidad en la graduación e individualización de la sanción al no haberse tenido en cuenta, entre otras circunstancias, la reducida participación de AMARA y por agravar la sanción aplicable por entender que se ha obtenido un beneficio ilícito directo, cuando, en realidad, este hecho no es cierto y, no ha sido acreditado en modo alguno por la CNMC.

Argumenta que, en relación a la comparación con otros operadores, la Resolución afirma haber tenido en cuenta el carácter menor de la supuesta conducta de AMARA pero que, sin embargo, esta afirmación no se refleja en el cálculo del tipo sancionador impuesto a AMARA, que es desproporcionadamente elevado comparado con el resto de sancionados por la misma conducta, imponiéndosele un tipo sancionador de hasta 7,4 veces mayor del impuesto a PRYSMIAN.

Añade que el hecho de que PRYSMIAN y GC hubieran participado en el cártel de los fabricantes de cable BT/MT, de una duración notablemente superior a la duración de la conducta reprochada a AMARA (12 años frente a 4) y 332 proyectos repartidos en comparación con los 7 que la Resolución imputa a AMARA, es tomado consideración por la CNMC, para rebajar, inexplicablemente, el tipo sancionador de estas dos empresas en relación con las conductas anticompetitivas que, según la Resolución recurrida, habrían puesto en práctica con AMARA . A juicio de la recurrente, la lógica debió ser la y debería haber llevado al Consejo de la CNMC a imponer un tipo sancionador menor que el impuesto a las empresas fabricantes de cable BT/MT.

Por lo que se refiere al supuesto beneficio ilícito directo por parte de AMARA, denuncia que no ha quedado acreditado ese "beneficio directo". Recuerda que la Resolución afirma que " *hay que valorar, igualmente, que en estos acuerdos [los siete proyectos] el mayor beneficio directo derivado del contrato se lo ha llevado AMARA por ser la adjudicataria final del suministro de cables*" (página 202 de la Resolución) y que esta afirmación no es cierta ya que como ha quedado acreditado, de los siete proyectos que se imputan a AMARA, ésta solo habría sido adjudicataria de tres de ellos y que esta circunstancia sería suficiente para estimar el recurso.

Explica que este agravante tiene su origen en la ficticia e infundada diferenciación que la Resolución recurrida lleva a cabo entre beneficio ilícito " *directo*" y beneficio ilícito " *indirecto*" y recuerda que el criterio previsto en la Ley para fijar las multas no es el carácter directo o indirecto del beneficio ilícito obtenido, [ artículo 64.1.f) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia], por lo que es incomprensible - y ha quedado sin justificar - por qué la Resolución emplea ese criterio en lugar de tomar en cuenta el volumen de negocio en el mercado afectado por el supuesto reparto de contratos, expresión mucho más nítida del posible beneficio ilícito obtenido y que este confuso modo de cuantificación de la multa ha llevado a que AMARA tenga una multa casi tres veces mayor que la de PRYSMIAN por la misma infracción y duración, a pesar de que este último tenía un volumen de negocios en el mercado afectado seis veces mayor que el de AMARA.

Por lo demás aduce que, aun en el supuesto de que la Sala no admitiera estimar que la inexistencia de infracción única y continuada debe llevar aparejada la íntegra anulación de la Resolución recurrida, la caracterización de las conductas como infracciones puntuales ( *quod non*) en lugar de como una infracción única y continuada, necesariamente origina consecuencias en lo relativo al reproche sancionador, a efectos de la determinación del importe de la sanción, ex artículo 64 de la LDC, que debe existir entre una alegada infracción continuada de cuatro años de duración a la consideración de siete episodios puntuales concentrados, en su mayor parte, en el verano de 2013 y que la dimensión, alcance, duración y efectos de la supuesta conducta anticompetitiva son, sin lugar a dudas, menores de existir infracciones puntuales en lugar de una infracción única y continuada.



Por todo lo expuesto concluye que el tipo infractor aplicado a AMARA (3,70%) es desproporcionado si se aplican correctamente las circunstancias de hecho tenidas en cuenta por la CNMC, lo que debe conducir a la anulación de la sanción o, con carácter subsidiario, a su reducción hasta aproximarla al tipo sancionador de GC (0,30%) y PRYSMIAN (0,50%), dado que no se ha acreditado ni que AMARA tuviese un rol principal en las conductas atribuidas, ni que obtuviese un beneficio ilícito directo mayor que el resto.

**DÉCIMOTERCERO.** -Para dar respuesta a este motivo de impugnación, cumple manifestar que la no conformidad a derecho de la sanción impuesta a AMARA no puede fundamentarse en la comparación con las impuestas a otras sancionadas en el mismo cártel y que la modulación que se efectúa respecto de GC y Prysmian, sancionadas también por su participación en otros carteles en la misma resolución sancionadora, no determina, por sí misma, que la sanción impuesta a AMARA no sea ajustada a derecho.

Por lo demás, convenimos con el Abogado del Estado en que las conductas en las que se ha acreditado que ha participado AMARA, haya sido adjudicataria final del contrato o no- son especialmente graves por sus propias características, aunque AMARA sólo participara en la infracción y no fuese adjudicataria final de todos los proyectos.

También en que la mención de beneficio ilícito "directo" e "indirecto" en la resolución impugnada no supone ninguna diferenciación contraria a la LDC y atendiendo al criterio de graduación expuesto en el artículo 64.1.f) de la LDC referido a los "beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción".

Por lo expuesto debemos concluir que la sanción impuesta a AMARA ha sido cuantificada conforme a los parámetros legales.

En lo que se refiere al importe de las sanciones, el apartado c) del artículo 63.1 de la LDC señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Y de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), dicho porcentaje ha de aplicarse sobre el volumen total de negocio de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, debiendo graduarse las multas conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC y atendiendo a su finalidad disuasoria y al principio de proporcionalidad. Por ello, la CNMC ha determinado de forma correcta la cuantía de la sanción por cuanto que ha aplicado el tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa tal como así dispone en artículo 63.1.c) de la LDC-

Por otra parte, consideramos que la CNMC no ha fijado el tipo sancionador en el 3,7% de forma discriminatoria, sino atendiendo a los criterios recogidos en el artículo 64 de la LDC.

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

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

## FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Leticia Calderón Galán, en nombre y representación de **AMARA S.A.U.**, contra la resolución de 23 de noviembre de 2017, dictada en el expediente sancionador NUM000 Cables BT/MT, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con imposición de costas a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.