



Roj: **SAN 2598/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2598**

Id Cendoj: **28079230062023100331**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **56/2018**

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:** 0000056 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00481/2018

**Demandante:** PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A. (PEISA)

**Procurador:** D. RAFAEL GAMARRA MEGIAS,

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

**Codemandado:** GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. Y GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L. ("GC")

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

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. 56/18 promovido por el Procurador D. Rafael Gamarra Megias, en nombre y representación de la sociedad **PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A. (PEISA)**, 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 codemandada GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. y GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L. ("GC").

### **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 declare:

*"1º) La nulidad del acto administrativo impugnado y de la sanción de 987.661 € impuesta a PEISA por: caducidad del procedimiento administrativo, por vulneración de los derechos fundamentales a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y del derecho a un procedimiento con todas las garantías, incluida la motivación de la cuantía de las sanciones, así como por la prescripción de las infracciones sancionadas y por aplicación indebida del artículo 1º de la LDC y del carácter de la infracción como continuada.*

*2º) Subsidiariamente, la moderación de la sanción impuesta a PEISA por los siguientes motivos: Indebida aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, falta de valoración de los criterios del artículo 64.1 de la LDC para la determinación de la cuantía de las sanciones y, finalmente, por falta de proporcionalidad de la multa impuesta a PEISA".*

**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.

La representación procesal de GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. y GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L. ("GC") ha presentado escrito de contestación a la demanda interesando 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.

**TERCERO.** - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, y verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 8 de marzo del año en curso, fecha en la que se inició la deliberación, que finalizó el 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:*

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

- PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, 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:*

(...)



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:

(...)

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:

- (...)

- PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A.: 987.661 euros

- (...)

c) En el cártel de NICSA y fabricantes:

(...)

d) En el cártel de AMARA y fabricantes:

(...)

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:

" 21. PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A. (PEISA)

Con sede en Gandía (Valencia), desarrolla su actividad en la distribución de material eléctrico, incluidos los cables BT/MT de, entre otros, las empresas fabricantes GC, MIGUÉLEZ, PRYSMIAN y TOP CABLE y también de la empresa distribuidora AMARA. Sus clientes principales son instaladores eléctricos profesionales, empresas multiservicio, de mantenimiento, fabricantes de maquinaria, etc".

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 venta. 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 concurrencia 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, que califica como infracciones únicas y continuada:

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, PRYSMIAN 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 al menos, 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 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 demás, examina los efectos de las conductas sancionadas sobre el mercado de cables BT/MT.

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. Recoge que la mecánica de reparto de grandes clientes ha sido prácticamente idéntica en cada grupo infractor a través de las denominadas "coberturas" que operaban de 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 o expuesto, no cabe, por tanto, 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 PEISA y fabricantes, recoge la resolución recurrida que ha quedado acreditado desde, al menos, noviembre de 2006 hasta, al menos, diciembre de 2013. Que en 2006 se fechan las primeras evidencias de acuerdos de reparto de proyectos en los que participa la distribuidora PEISA con fabricantes, como demuestran los correos electrónicos que PEISA envió a PRYSMIAN y GC el 16 de noviembre de 2006, en los que se pone de manifiesto el acuerdo respecto del precio a presentar en un proyecto de suministro de cables para parques eólicos a ACCIONA, presentando los fabricantes un precio superior al ofertado por PEISA para que ésta resultara la adjudicataria (hecho 96). Que la tónica habitual consistía en acordar previamente el precio que las empresas debían presentar en las licitaciones a los proyectos de grandes clientes, de tal manera que los fabricantes ofrecerían un precio mayor que PEISA, y de ahí el término "cubrir", con el objetivo de que ésta fuese adjudicataria del contrato y que un ejemplo de estas conductas se encuentra en el correo electrónico de PEISA a PRYSMIAN y GC368 (hecho 96). Que posteriormente, constan evidencias de los acuerdos en los años 2007, 2010 y 2013 (hechos 96 a 100), siendo el día 3 de diciembre de 2013, la última prueba que existe del cártel, consistente en un correo electrónico de TOP CABLE a PEISA en el que se evidencia el intercambio de información entre el citado fabricante y el distribuidor así como la cobertura que se hacen respecto de ACCIONA (hecho 100).

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 el Cártel consistente en acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT entre PEISA, GC y TOP CABLE, precisando que consta acreditada la participación de PEISA desde noviembre de 2006 hasta diciembre de 2013, entre otros, en los siguientes hechos: Año 2006 (hecho 96); año 2007 (hecho 97); año 2010 (hechos 98 y 99); año 2013 (hecho 100).

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

- Caducidad del procedimiento.
- Vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.
- No resulta acreditada la existencia de infracción alguna por parte de la recurrente.
- Indebida apreciación de una infracción continuada.
- Prescripción.
- Falta de los requisitos para apreciar la dimensión comunitaria en los hechos sancionados.



- Falta de motivación sobre la cuantía de las multas y de los criterios para su determinación. Inaplicación de los criterios de graduación y determinación de las sanciones. Falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

**CUARTO-** El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación. Por su parte, la representación procesal de GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. y GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L. ("GC") interesa 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 sostiene la caducidad del procedimiento sancionador.

A tal efecto se expone en la demanda que la última de las suspensiones realizadas por la CNMC, el 20 de octubre de 2017, no está amparada por ninguna norma y que durante el tiempo en que se mantuvo esa suspensión el expediente había caducado. Argumenta que en el caso que nos ocupa la modificación de la extensión en la duración de una conducta imputada no se puede calificar como una modificación en la calificación jurídica de los hechos y, por tanto, no cabe la suspensión del plazo máximo para resolver.

Pues bien, recordemos que el Acuerdo de la suspensión referido especificaba lo siguiente:

*"Cuarto. - El artículo 37.1 apartado f) de la LDC establece que se podrá suspender el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento cuando se produzca un cambio de la calificación jurídica de los hechos, en los términos establecidos en el artículo 51 de la LDC . El cambio de calificación se concreta, en este caso, en una posible extensión de la duración de la conducta imputada a PRYSMIAN.*

*A la vista de las circunstancias concurrentes en el presente expediente, esta Sala considera necesario suspender el plazo hasta que se complete la tramitación derivada de este acuerdo derecalificación."*

Pues bien, en el presente caso, la extensión temporal de la infracción objeto del expediente respecto de una de las sancionadas (ampliando su duración) justifica la suspensión del procedimiento para dar audiencia a las partes.

Recordemos que el artículo 51 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) permite que la CNMC pueda modificar la calificación jurídica realizada por el órgano instructor. Este precepto ha venido siendo interpretado de forma amplia, admitiéndose no solo los cambios de calificación respecto de la subsunción de la conducta en los diferentes preceptos de la LDC sino también aquellos relacionados, como aquí acontece, con la continuidad de la infracción y su duración, siempre que se dé trámite de audiencia.

**SEXTO.-** Denuncia la recurrente que la denegación inmotivada de los medios de prueba propuestos, a saber la testifical de don Marco Antonio , que fue Director de Compras y Logística de Acciona Windpower S.A. entre los años 2005 y 2013, para que ratificara la declaración realizada por escrito y que por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC se ordene a la Dirección de Competencia que analice y describa la cuantificación por la Sala de Competencia del beneficio ilícito obtenido por PEISA como consecuencia de los hechos que le son imputados; los efectos concretos que hayan producido en el mercado los hechos que se imputan a PEISA, y se realizara un ranking del mercado de la distribución de cables BT/MT, incluyendo a todos los operadores que actúan en dicho mercado (incluyendo a los fabricantes-distribuidores y terceras empresas como NICSA o empresas de la Gran Distribución) ha vulnerado su derecho de defensa.

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

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

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

*La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, ( STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009 ), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podrá ser causa de nulidad por vulnerar el*



art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002 ), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión. La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente ( STC 258/2007, de 18 de diciembre ), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa".

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

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

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

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

Esta doctrina, referida al proceso contencioso administrativo, es aplicable en sus consideraciones generales a la prueba interesada en el procedimiento administrativo en el sentido de que solo en el caso de que se haya



generado efectiva indefensión cabe declarar por esta causa la nulidad de lo resuelto al infringirse el artículo 24 de la Constitución.

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

A lo dicho cabe añadir que en se jurisdiccional solicitó y admitió la prueba testifical del Director de Compras y Logística de Acciona Windpower S.A. entre los años 2005 y 2013, para que ratificara la declaración realizada por escrito que se aportó en el expediente así como documental consistente en requerir a la CNMC para que aportara un ranking del mercado de la distribución de cables BT/MT, incluyendo a todos los operadores que actúan en dicho mercado (incluyendo a los fabricantes-distribuidores y terceras empresas como NICSA o empresas de la Gran Distribución), por lo que ninguna indefensión se le ha originado por la inadmisión en vía administrativa.

**SÉPTIMO.** - Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación, se opone en la demanda que la inferencia de la CNMC es arbitraria e ilógica y que los hechos declarados probados no acreditan la existencia de infracción alguna por parte de PEISA. Se aduce que la Resolución trata de sostener la existencia de una infracción mediante la aplicación de una supuesta prueba indiciaria inexistente y cuya aplicación en el caso que nos ocupa resulta abiertamente contraria a Derecho, dado que la totalidad de los elementos probatorios convertidos en indicios por la CNMC tienen una explicación perfectamente razonable dentro del funcionamiento habitual del mercado de suministro de cables.

Se añade que las coberturas que la CNMC utiliza para acreditar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, por ejemplo, para el año 2013 (folio 25065 del Expediente), entre TOP CABLE y PEISA, no son más que el mantenimiento de un precio por el fabricante y que los integrantes de cada uno de los supuestos acuerdos imputados a PEISA son distintos.

A estos efectos se precisa que en el Proyecto de 16 de noviembre de 2006 habrían intervenido PEISA como distribuidora, GC, PRYSMIAN y ACCIONA como cliente final y que TOP CABLE Y NEXANS aparecerían únicamente en la anotación manuscrita. Que en el Proyecto de 5 de agosto de 2010 los participantes habrían sido PEISA como distribuidora, TOP CABLE y PRYSMIAN como fabricantes y ACCIONA como cliente final y que en el Proyecto de 3 de diciembre de 2013 los participantes en habrían sido PEISA como distribuidora, TOP CABLE como fabricante y ACCIONA como cliente final, no apareciendo ni NEXANS, ni GC ni PRYSMIAN.

Así las cosas, se concluye que en ninguno de los tres proyectos habría identidad de sujetos, lo que haría imposible la existencia de un acuerdo de reparto de proyectos porque en cada uno cada uno de los tres supuestos acuerdos imputados a PEISA habrían formado parte de ellos empresas completamente distintas.

Denuncia, además, que aun admitiendo a título meramente dialéctico (*quod non*) que los hechos atribuidos a PEISA describiesen un acuerdo prohibido entre competidores, los efectos de dichos intercambios serían inexistentes, sin que la CNMC haya sido capaz de demostrarlos por cuanto que la Sala de Competencia, en todo caso, habría calculado el beneficio ilícito, pero no los efectos desplegados por la conducta, con el fin de, en su caso, emplear dicho cálculo para ver si se han producido efectos reales en el mercado de referencia o, en su caso, para calcular y moderar una eventual sanción.

Vinculado con el motivo anterior, opone la indebida apreciación de una infracción continuada por cuanto que la conducta atribuida a PEISA no reúne los requisitos necesarios que, según la jurisprudencia citada, son necesarios para dicha calificación calificarla como una infracción continuada porque:

1. No se ha acreditado que PEISA participase en un plan común para repartirse el mercado y para fijar los precios de los cables BT/BM. El plan común en todo caso sería atribuible a los fabricantes, pero no a PEISA que, como simple distribuidor, no tomaba parte de esos acuerdos. Lo que se imputa a PEISA es la realización de tres acuerdos de escaso alcance económico, en los que en los dos primeros los fabricantes se valieron de PEISA para presentar ofertas a un mismo cliente, mientras que en el tercero no se define por la CNMC ningún acuerdo ni se hace referencia a ningún contrato.

No se ha demostrado un "objetivo global" compartido por PEISA con los fabricantes ni se demuestra que PEISA conociera la existencia de ese plan global que, al parecer, sí unía a los fabricantes desde el año 2002. Antes, al contrario, PEISA era una de las víctimas del "cártel de fabricantes" que se define en la Resolución y que consistía en pactar precio y condiciones comerciales y reparto del en perjuicio de sus clientes, entre los que se encontraba PEISA que, como tal, habría padecido durante esos 13 años las consecuencias de soportar precios



más altos y condiciones comerciales desfavorables. Por esto es increíble la mera posibilidad de que PEISA tuviera un "objetivo global" común con los fabricantes.

2. Resulta impensable que PEISA pudiera haber colaborado conscientemente en el objetivo global buscado por los fabricantes, que no era otro que el de endurecer las condiciones de suministro a sus clientes, entre los que se encuentra la propia PEISA. Añade que es poco creíble pensar que, si PEISA hubiera conocido que los fabricantes estuvieran alterando los precios y las condiciones comerciales en perjuicio de ella misma, ya que en tal caso se habría visto obligada a defenderse, poniendo el caso en conocimiento de las autoridades de competencia.

3. Si PEISA hubiera participado en acuerdos competitivos con los fabricantes de cables BT/MT, podría haberse calificado su conducta como una o varias infracciones aisladas e inconexas entre sí, pero no como una conducta continuada, máxime cuando la CNMC no ha acreditado que PEISA ha intentado contribuir con sus actos a los objetivos comunes perseguidos por los fabricantes o que haya buscado alcanzar los mismos objetivos que éstos, en los términos exigidos por la Sentencia del TJUE en el asunto Comisión/Verhuizingen Coppens, al que anteriormente se ha hecho referencia.

4. La CNMC presume, pese a la existencia de pruebas en contrario, que los presuntos acuerdos globales que imputa a PEISA y a los fabricantes se mantuvieron vigentes desde el año 2006 hasta el 2013, pero que solo ha podido afirmar la participación en acuerdos de reparto de proyectos en tres momentos concretos, a saber:

i) Proyecto de 16 de noviembre de 2006: Los participantes en el proyecto, de acuerdo con el correo, habrían sido PEISA como distribuidora, GC, PRYSMIAN y ACCIONA como cliente final. TOP CABLE Y NEXANS aparecerían únicamente en la anotación manuscrita pero no en el correo. Este es el mismo acuerdo que la CNMC incluye también en el año 2007.

(ii) Proyecto de 5 de agosto de 2010 (tres años y ocho meses más tarde): Los participantes en el proyecto, de acuerdo con el correo, habrían sido PEISA como distribuidora, TOP CABLE y PRYSMIAN como fabricantes y ACCIONA como cliente final. No aparece NEXANS como participante en este proyecto, como sí aparecía en 2006.

(iii) Proyecto de 3 de diciembre de 2013 (tres años y cuatro meses más tarde). Los participantes en el proyecto, de acuerdo con el correo, habrían sido PEISA como distribuidora, TOP CABLE como fabricante y ACCIONA como cliente final. No aparecen ni NEXANS, ni GC ni PRYSMIAN.

Por todo ello, concluye que no puede hablarse de unidad de fin, ni de plan preconcebido ni de aplicación continua, reiterada y sucesiva de los supuestos acuerdos, ya que: (i) Los proyectos a los que se refieren los correos son distintos, (ii) en ninguno de los tres proyectos aparecen los mismos participantes. No solo eso, sino que, en el proyecto de 2013, de los cinco supuestos integrantes de los acuerdos solo aparecerían dos de ellos y, (iii) la CNMC no afirma ni demuestra que PEISA participara en acuerdo alguno en los años 2008, 2009, 2011 y 2012, pero le atribuye el haber continuado formando parte de un acuerdo con otras empresas con las que no se concertó en dicho período, a pesar de que en el mismo PEISA continuó operando como de costumbre.

En definitiva, sostiene la demandante que no puede hablarse de unidad de fin, ni de plan preconcebido ni de aplicación continua, reiterada y sucesiva de los supuestos acuerdos, ya que precisamente el no haber participado en unos supuestos acuerdos de reparto de mercado durante períodos de más de tres años, durante los cuales PEISA permaneció activa en el mercado y compitió libremente con sus competidores en precio y por el mercado, supone claramente que durante al menos tres ejercicios económicos, no existieron los acuerdos que se imputan, al menos por lo que se refiere a PEISA.

Por lo demás, se remite al criterio de la CNMC en casos precedentes y, en concreto, a Resolución del Expediente NUM001 , Concesionarios VOLVO, de 12 de julio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC ha considerado que el transcurso de plazos significativos, concretamente de dos años, en los que no se haya acreditado ninguna conducta sancionable, rompe la continuidad de la infracción.

**OCTAVO.** - Co mo 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 a PEISA descansa sobre los elementos probatorios recogidos en los hechos 97,98,99 y 100 de la resolución impugnada.

Por lo que se refiere al año 2006, la resolución sancionadora, en su hecho 96 recoge lo siguiente:

"En 2006 constan las primeras evidencias de acuerdos de reparto de proyectos en los que participa la distribuidora PEISA con fabricantes, como se evidencia en los correos electrónicos que PEISA envió a PRYSMIAN y GC el 16 de noviembre de 2006, en los que se pone de manifiesto que las empresas pactan los precios que deben presentar en la licitación para el proyecto de suministro de cables para parques eólicos a ACCIONA, con el objetivo de que PEISA sea la mejor posicionada para ser la empresa adjudicataria del contrato", a cuyo efecto, transcribe el contenido del correo electrónico que PEISA envió a PRYSMIAN y GC el 16 de noviembre de 2006, del siguiente tenor literal:

"Amigos, tras las sucesivas conversaciones, y no entender casi nada, os mando cuadro explicativo de cómo se han ido sucediendo las diferentes posiciones de precio.

Todavía no entiendo por qué razón había que bajar vuestro precio de oferta a Acciona, cuando todo estaba atado y no se hubiesen complicado las cosas.

Los precios finales son los que en la próxima semana ofertaré a Acciona, y en base a estos precios condiciona la compra, con el margen que desde inicio había pactado con vosotros."

"Para que no haya malos entendidos, como regularmente se producen, os confirmo por escrito el pacto de precios que hemos asumido. Lo he hablado con [directivo de PRYSMIAN], entendiendo siempre que cuando hablo con uno de vosotros lo he hablado con los dos.

Los precios de compra ya los dispongo, y el pacto es que si Acciona, os pidiese precio de estos cables, (...), vuestra oferta de precios será, como precio mínimo:

RHZ-1 12/20

1x240 precio oferta a 8.52 euros neto. 30% demérito de bobinas.



1x400 precio oferta a 12.42 euros neto. 30% demérito de bobinas.

1x500 precio oferta a 14.82 euros neto. 30% demérito de bobinas".

Además, se remite también al documento adjunto "acciona precios fabri.xls sobre análisis del desarrollo de la oferta a Acciona, conductores de aerogeneradores, diferenciando entre situación inicial, con indicación del tipo de artículo, precio de compra Peisa, precio de venta acciona y margen %cargado; segunda situación con bajada de 2% para los mismos artículos y conceptos y tercera situación ante los precios que solicita acciona, con indicación del precio real que el fabricante ha ofrecido, precio que representa bajar 2% y diferencia T% del 2% a lo real ofertado. (folios 21092, 21093 y 21095).

Respecto del año 2007, recoge en el Hecho 97, que: " En las anotaciones en la libreta del Director Comercial Nacional de TOP CABLE, recabadas en la inspección de TOP CABLE y bajo el título "2007 INGETUR-ACCIONA", aparece una tabla de reparto con las previsiones para dicho año, delimitándose cantidades y tipos de cables entre PEISA con las ya citadas PRYSMIAN y GC, sumándose a dicho reparto NEXANS y TOP CABLE. En el citado cuadro aparecen las empresas fabricantes con sus iniciales y el 8% de margen para PEISA (folio 3393).

En relación con el año 2010 recoge la resolución en su Hecho 98 que:

"El 5 de agosto de 2010 PEISA remitió un correo electrónico a destinatarios ocultos con asunto "OFERTA ACCIONA" que evidencia la existencia de un acuerdo entre diversos fabricantes, entre ellos PRYSMIAN, con PEISA para conseguir que el proyecto sea adjudicado a la empresa distribuidora gracias a la cobertura de los fabricantes, que le indicarían las cantidades según el reparto acordado previamente por los citados fabricantes".

Dicho correo tenía el siguiente contenido:

>Todos hemos recibido el correo para que les pasemos oferta antes de final de agosto, yo solo he podido contactar con Valeriano, y me ha indicado que todos le comunicaréis a Acciona, que le pasaréis por razón de las fechas, las ofertas en primeros de septiembre.

>Yo mantengo la comunicación con Prysmian y espero que Joan lo hable con todos.

>De todos modos estoy abierto a que hablemos lo que haga falta. Me gustaría, como habitualmente lo hemos hecho que se hiciese por Peisa, y vosotros me indicaseis las cantidades (folio 1506 expediente).

>Hay un tema que habría que considerar, la financiación, supongo que vosotros os mantendréis en los 85 días, yo, tal cual está el patio estoy dispuesto a negociar con ellos un plazo superior si me lo exigiesen.

>Supongo que Draka también ofertará 85 días.

>Yo les confirmaré que le pasaremos la oferta en primeros de septiembre ya que los responsables de los fabricantes están de vacaciones.

>He quedado con Marco Antonio a primeros de septiembre, espero poder sacar un poco de luz.

>Saludos a todos".

En el Hecho 99 de la resolución se añade que:

"Las empresas participantes en el citado reparto se constatan en un correo electrónico de 6 de octubre de 2010, con asunto "OPERACIÓN ACCIONA", remitido por PEISA con destinatarios ocultos, que ha sido recabado en la inspección de TOP CABLE, por lo que además de la citada PRYSMIAN ha de señalarse la participación de TOP CABLE. El citado correo es reenviado internamente por TOP CABLE y el remitente señala que cree que ha sido enviado también a GC y PRYSMIAN255. Respecto a este proyecto se han recabado una serie de correos electrónicos internos de TOP CABLE, fechados el 21 y 22 de octubre de 2010, con asunto "PEISA/ACCIONA" en los que consta que PEISA les comunica que la decisión final de ACCIONA ha sido pasar el 50% del pedido a PEISA y el otro 50% a un fabricante directamente. La cadena de correos finaliza haciendo alusión a la propuesta de PEISA de convocar una reunión con los fabricantes para definir la estrategia para los próximos años".

A pie de página, la resolución se remite a al - correo electrónico de PEISA a destinatarios ocultos de 6 de octubre de 2010 en el que se manifestaba lo siguiente:

" Desde hace un tiempo tengo dificultad en ponerme en contacto con los responsables de compra de Acciona, (eólicos) sigo teniendo mucho interés en hacer la venta.

Me sorprende que pueda haber un cambio que no logro adivinar, supongo que, dentro de nuestra labor comercial, si tienes información y que yo pueda hacer algo para que se materialice la operación tenme informado.

No sé exactamente qué es lo que está ocurriendo, podría ser que por algo pasado o por algo que se les esté planteando, muestren esta actitud. Ha sido un cliente importante de Peisa y espero que lo siga siendo.

Quedo a la espera de tus noticias". (folio 24673)

También a los -Correos electrónicos internos de TOP CABLE de 7 de octubre de 2010, con asunto "OPERACIÓN ACCIONA", recabados en la inspección de TOP CABLE, con el siguiente contenido:

"Es toy en Madrid. Ya me explicarás después. El miércoles estoy en Gandía y supongo que saldrá el tema".

"Me pone este correo Segundo . ¿Creo que se lo pasa también a GC y a PR. Sabes a qué se refiere?"

Y a los Correos electrónicos internos de TOP CABLE de 21 y 22 de octubre de 2010, con el asunto "PEISA/ ACCIONA", recabados en la inspección de TOP CABLE (folios 24678 y 24679) con los siguientes contenidos:

" Segundo propone tener una comida todos juntos (él y todos los fabricantes) para definir la estrategia de los años próximos.

Ya te diré la fecha definitiva".

"No. Los fabricantes no nos hemos movido. Draka aparte.

Ha sido decisión de Acciona comprar el 50% a Peisa y 50% a los fabricantes.

Pronto tendremos toda la información".

"Y cómo es que nos quieren pasar esto a nosotros y no por el conducto normal?"

¿Hemos hecho alguna acción especial?"

"Creo que 50 torres nos las pasaran a nosotros y el resto a Draka. Todavía no está confirmado.

"Me ha llamado Segundo para decirme que le han pasado la mitad del pedido (unos 1,5M€) y que le han dicho que la otra mitad (creo que el 1x185) se la van a pasar a un fabricante directo.

¿Sabemos algo? ¿Somos nosotros? ¿Será Draka? ¿Prysmian se ha puesto nervioso".

Respecto del año 2013, el hecho 100 de la resolución recoge lo siguiente:

" Posteriormente, el 3 de diciembre de 2013 mediante correo electrónico de TOP CABLE a PEISA se evidencia el intercambio de información entre el citado fabricante y el distribuidor, así como la cobertura que se hacen respecto de ACCIONA, transcribiendo el contenido del siguiente correo electrónico que obra a los folios, recabados en la inspección de TOP CABLE:

"¿Con qué precio has ofertado el 1x70? ¿Qué precio te dieron para tu compra?"

Pásamelo por favor para cubrirte yo en Acciona".

-Por lo demás, el citado hecho 100 se remite a todos documentos obrantes a los folios 25065 y 25066 del expediente y que son los siguientes:

Correo de: Lucio DIRECCION000 Para: " DIRECCION001 " DIRECCION001 /12/2013 09:50

Asunto: FW: RFQ - Green Pastures - AW3000

Buenos días Segundo ,

"¿Has podido mirar algo de este tema? ¿Te van a suministrar Draka USA y GC?"

- Correo de < DIRECCION001 >Para: Lucio < DIRECCION000 > Fecha: Tue, 3 Dec 2013 08:13:49 +0100Asunto: Re: FW: RFQ - Green Pastures - AW3000

·Hola Lucio , en un principio parece que Draka no puede, pero General sí.

Ya veremos.

un saludo"

-Correo de DIRECCION000 para: " DIRECCION001 " de 3 de diciembre de 2013:

"Ok, el RZ1-K 1x70 para mi entonces. El resto para General. ¿OK?"

Saludos

- Correo de TOP CABLE a PEISA de 3 de diciembre de 2013:

"Ojalá. Falta el pedido"

Correo de 10 de diciembre de 2013 de: Lucio DIRECCION000 Para: " DIRECCION001 ", Asunto: Re: RFQ - Green Pastures - AW3000 "Ningún problema con el plazo. Adelante. Saludos" y de la misma fecha de: < DIRECCION001 >Para: Lucio < DIRECCION000 >Asunto: Re: RFQ - Green Pastures - AW3000

*"hostias amigo se me había olvidado contestarte.*

*Me ha contestado acciona, yo he ido con tu coste que me diste y he pasado a 5.41*

*Ahora me dice acciona mi desviación y voy un 1.3 % por encima. Me voy a bajar y luego ya hablamos.*

*Me sorprende Lucio que todos habrán recibido las desviaciones y nadie ha dicho nada.*

*El mejor plazo que tienen es 7/8 semanas. ¿podemos cumplir?*

*Espero que me digas algo.*

*Disculpa la demora, pero se me había pasado.*

*un saludo".*

Pues bien, a la vista del contenido de los documentos transcritos, debemos convenir con la resolución sancionadora en que las pruebas referidas acreditan la existencia de acuerdos que perseguían el reparto de los suministros de cable solicitados por Acciona en los años referidos y entre las empresas citadas en cada uno de los correos referidos.

**NOVENO.-** Di cho lo anterior, recordemos que la recurrente ha sido sancionado por la comisión de una infracción única y continuada-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, por lo que examinaros si dicha calificación es ajustada a derecho.

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 Partecipazioni (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 Partecipazioni, 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 participantes 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 cartel 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).

**DÉCIMO.-** Así las cosas, 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 PEISA 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, PEISA 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 PEISA y varios fabricantes de cables.

Como explica la resolución sancionadora, en la infracción que examinamos, la distribuidora PEISA y las empresas fabricantes de cobre BT/MT 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.

**UNDÉCIMO.** - 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, 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.

Por lo que se refiere al lapso de tiempo que transcurre entre las conductas recogidas en las pruebas en las que la CNMC fundamenta infracción única y continuada, la resolución sancionadora explica que:

*"En relación con el cártel de PEISA y fabricantes, cabe señalar una particularidad que permite considerar que no se ha producido una interrupción del cártel en los periodos comprendidos entre los años 2007 a 2010 y entre los años 2010 a 2013, y es el hecho de que el reparto de proyectos se ha producido en relación con un único cliente y sobre proyectos concretos. Estas circunstancias ponen de manifiesto que la continuidad del acuerdo estaba inexorablemente ligado a dichas peticiones de suministro y que puede ser normal que haya lapsos sin prueba, aunque el cártel siga vigente. Se observa, igualmente, que la mecánica es la misma desde el primer proyecto objeto de reparto hasta el último acreditado y que los lapsos temporales existentes durante dicho período no responden a una interrupción de dicho acuerdo o a su finalización, sino a la periodicidad de dicho suministro por parte de ACCIONA.*

*Con respecto a este cártel cabe indicar, además, que la tabla de reparto del año 2007 (hecho 97) se refiere a las previsiones de todo el año y que la cadena de correos del año 2010 finaliza con la alusión a la propuesta de PEISA de convocar una reunión con los fabricantes para definir la estrategia para los próximos años, lo que evidencia la clara voluntad de mantener el cártel activo (hecho 99)".*

Pues bien, lo cierto es que la CNMC solo ha podido acreditar la participación de la recurrente en acuerdos de reparto de proyectos en tres momentos concretos, a saber: i) Proyecto de 16 de noviembre de 2006. (ii) Proyecto de 5 de agosto de 2010 (tres años y ocho meses más tarde): y (iii) Proyecto de 3 de diciembre de 2013 (tres años y cuatro meses más tarde).

Así las cosas, teniendo en cuenta que la infracción que examinamos, según se recoge en la resolución sancionadora, se mantuvo desde noviembre de 2006 hasta, al menos, diciembre de 2013, esto es, alrededor de 7 años, entendemos que los lapsos temporales transcurridos entre las conductas acreditadas, pese al esfuerzo que realiza la CNMC para justificar la continuidad de la conducta anticompetitiva en los años intermedios, nos lleva a considerar interrumpido el carácter «continuo» del cártel. Esta conclusión no queda desvirtuada por las razones expuestas en la resolución recurrida por cuanto la continuidad de los acuerdos de reparto, más allá de las pruebas recabadas, no puede presumirse.

Recordemos que en el caso abordado por la STG Trelleborg se valora un tiempo aproximado a los dos años «[l]a Comisión no dispone de ninguna prueba de la implicación de las demandantes en esos contactos multilaterales durante el período intermedio, que duró más de dos años, o de que hubieran participado en las reuniones que tuvieron lugar con objeto de reactivar el cartel, ni siquiera que hubieran tenido conocimiento de ellas [...]» (apartado 66), período durante el que no existieron «indicios objetivos y concordantes que permitan apreciar la implicación de las demandantes en los contactos mantenidos durante el período de crisis del cartel» (apartado 68).



**DUODÉCIMO.** - Afirmada la ruptura de la continuidad de la infracción como consecuencia de la falta de prueba de la participación de la entidad actora en la conducta que se le imputa en los periodos que median entre las pruebas recabadas, examinaremos sus consecuencias.

Pues bien, como ya hemos recogido, de acuerdo con la doctrina contenida en la sentencia STG Trelleborg, (apartado 62), la ruptura de la continuidad de la infracción determina que el plazo de prescripción no quede 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.

Así las cosas, debemos concluir que, habiéndose incoado el expediente sancionador contra PEISA el día 24 de febrero de 2016, las conductas anticompetitivas acreditadas correspondientes a los años 2006-2007 y 2010 estarían prescritas por el transcurso de más de cuatro años.

En este supuesto, la conducta sancionada quedaría reducida exclusivamente al acuerdo de 3 de diciembre de 2013, que por sí solo, no podría integrar una infracción única y continuada.

**DÉCIMOTERCERO.** - Pr ocede, en atención a lo expuesto, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida, por lo que las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

### FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Rafael Gamarra Megias, en nombre y representación de la sociedad **PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A. (PEISA)**, 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, que anulamos, con imposición de costas a la Administración demandada.

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.