



Roj: **SAN 2612/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2612**

Id Cendoj: **28079230062023100342**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **797/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000797 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07224/2017

Demandante: CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. y CABELTE-CABOS ELECTRICOS E TELEFONICOS, S.A.

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **797/2017**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira que actúa en nombre y en representación de las mercantiles **CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. y CABELTE-CABOS ELECTRICOS E TELEFONICOS, S.A.**, contra la Resolución dictada en fecha 21 de noviembre de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, que le impuso una sanción de multa por importe de 1.849.107 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada

y defendida por el Abogado del Estado. Ha comparecido la Procuradora Dña. María Isabel Campillo Garcia, que actúa en nombre y en representación del Grupo General Cable Sistemas, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"...estimando el presente recurso contencioso-administrativo:

(i) Declare la no conformidad a Derecho de la Resolución impugnada, anulándola, conforme a lo señalado en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo del presente escrito de demanda.

(ii) Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en el número (i) anterior, anule la Resolución impugnada en lo relativo a la multa impuesta a mi representada, de conformidad con lo señalado en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto del presente escrito de demanda.

(iii) Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en los números (i) y (ii) anteriores, declare la no conformidad a Derecho de la Resolución impugnada y reduzca la multa impuesta a mi representada de conformidad con lo señalado en los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto del presente escrito de demanda, considerando en todo caso no aplicable lo establecido en el Dispositivo Segundo de la Resolución impugnada.

(iv) En todo caso, declare el derecho de mi representada a la devolución de los gastos derivados del cumplimiento de lo previsto en la parte dispositiva de la Resolución impugnada, con los intereses correspondientes y condene a la Administración a su abono.

(v) En todo caso, condene a la Administración demandada a publicar a su costa el fallo de la Sentencia estimatoria que se dicte, en el plazo de dos meses desde que la misma sea dictada.

(vi) Condene en costas a la Administración demandada".

SEGUNDO. El Abogado del Estado y la defensa de la entidad codemandada presentaron escritos de contestación a la demanda en los que suplicaban se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 1 de marzo de 2023 continuando, no obstante, la deliberación hasta el día 3 de mayo.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso-administrativo, la entidad actora, CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. y CABELTE-CABOS ELECTRICOS E TELEFONICOS, S.A. impugna la Resolución dictada en fecha 21 de noviembre de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT. Resolución que le impuso una sanción de multa por importe de 1.849.107 euros por la comisión de una infracción única y continuada por su participación, junto con otras empresas competidoras, en la adopción de acuerdos para la fijación de tarifas y otras condiciones comerciales así como para el reparto de proyectos de suministro de cables de baja y media tensión. Acuerdos que se han calificado como una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 por cuanto las conductas anticompetitivas realizadas por las empresas sancionadas están prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007 y en el artículo 101 del TFUE.

La parte dispositiva de la resolución impugnada tiene el siguiente contenido:

"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 TFUE .

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

- CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. y solidariamente su matriz CABELTE-CABOS ELÉCTRICOS E TELEFONICOS, S.A. [...]

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:

-CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A.: 1.849.107 euros. [...]

Las empresas matrices referidas en el primer resuelven responderán solidariamente del pago de la sanción de sus empresas filiales".

SEGUNDO. Como hemos indicado, la CNMC ha imputado a las empresas recurrentes una infracción única y continuada por su participación en el llamado "cártel de fabricantes" por la adopción de acuerdos de fijación de tarifas y otras condiciones comerciales y de reparto del mercado de suministro de cables BT/MT junto con otras empresas competidoras, tales como Grupo General Cable, Prysmian, Nexans, Solidal, Drake (absorbida por Prysmian en 2015), Top Cable, Miguélez y FACEL, desde 2002 hasta junio de 2015, con carácter general. Imputando a las recurrentes por su participación en el citado "cártel de fabricantes" desde abril de 2012 hasta junio de 2015.

Según se recoge en la resolución impugnada el mercado del producto afectado por la actuación anticompetitiva es el de los cables BT/MT. Y la recurrente CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. tenía precisamente como objeto social, entre otros, el diseño y fabricación de cables y conductores eléctricos. Y desde el año 2007 el 100% de sus acciones pertenecían a la empresa portuguesa CABELTE-CABOS ELECTRICOS E TELEFONICOS, S.A.

La CNMC recoge en la resolución impugnada los motivos por los que ha entendido que se estaba ante una infracción única y continuada de naturaleza compleja relatando la existencia de un plan común de actuación adoptado por las empresas fabricantes de cables BT/MT. Así, en relación con el llamado "cártel de fabricantes", la CNMC señala que *"... las empresas GC, PRYSMIAN, NEXANS, CABELTE, SOLIDAL, DRAKA (ahora PRYSMIAN), TOP CABLE y MIGUÉLEZ, con la colaboración de la asociación FACEL, durante el periodo comprendido entre los años 2002 hasta junio de 2015, han acordado de manera sistemática y continua los precios de suministro de los cables BT/MT y se han repartido proyectos de suministro de cables, previo intercambio de información sobre los mismos, en contactos que tenían lugar, principalmente, coincidiendo con las reuniones de su asociación sectorial FACEL".*

La CNMC, además, concreta cual era la forma de actuación de dichas empresas al decir que: *"De acuerdo con la información obrante en el expediente se ha acreditado, al menos, un total de 52 reuniones del cártel desde 2002 a 2015, en las que estas empresas, con la colaboración de FACEL, tomaban acuerdos sobre las tarifas y descuentos a aplicar por todos ellos en un determinado periodo de tiempo a los clientes finales, así como la fecha del anuncio de la tarifa acordada y la de su efectiva aplicación, llegando incluso a acordar la línea argumental común que debían seguir todos ellos para justificar el incremento de precios ante los clientes. Los acuerdos entre las empresas no se han limitado a la fijación de tarifas, sino que también consta acreditado cómo estas se han venido repartiendo los proyectos para el suministro de cables a clientes de todo tipo y para proyectos muy variados, fijando para ello una estrategia común de reparto de clientes de asignación de cuotas para cada empresa. (...) Además de las tarifas, los fabricantes también pactaban los descuentos que se podían aplicar a las mismas. Así, en distintas anotaciones de directivos de las empresas participantes en el cártel, recabadas en las inspecciones realizadas, se constata que la fijación de tarifas incluía la denominación de la tarifa (por ejemplo "Z-13" o "J20"), la columna a aplicar dentro de dicha tarifa y los descuentos aplicables sobre la cifra resultante de la operación anterior. (...) Además de la fijación de tarifas y descuentos, las empresas también llegaron a acordar "tarifas de netos". En estos supuestos, cada fabricante participante de los acuerdos podía aplicar la tarifa y descuentos libremente, siempre y cuando el precio neto final resultante fuera el acordado. (...) En cuanto al acuerdo de otras condiciones comerciales, se ha podido acreditar cómo las empresas también acordaron condiciones tales como la forma y plazos de pago, rápeles, condiciones relativas a las bobinas y condiciones de suministro, entre otros".*

Sigue diciendo la CNMC que: *"El cumplimiento de los acuerdos de fijación de tarifas también ha quedado evidenciado. Así, por ejemplo, en una cadena de correos electrónicos internos, de PRYSMIAN, en la que se incluyen reportes comerciales de distintos directivos de la empresa, se indica que "la igualdad de precios, en principio, se da entre los grandes". Asimismo, en octubre de 2012 es posible confirmar la gran similitud entre las tarifas y los descuentos ofertados por GC, PRYSMIAN, NEXANS y TOP CABLE en un cuadro Excel adjunto a un correo electrónico del distribuidor PEISA, que realiza una comparativa entre las tarifas ofertadas por dichas empresas fabricantes en función del tipo de cable. Igualmente, entre finales de abril y julio de 2013 la nueva tarifa acordada tiene un aceptable nivel de implantación, como acreditan distintos correos electrónicos de empresas del cártel y un correo electrónico interno de la distribuidora PEISA adjuntando un comparativo de la tarifa P09 en NEXANS y GC, señalando la igualdad de precios entre dichos fabricantes. Tratándose de acuerdos entre*



empresas competidoras, era necesario llevar a cabo un seguimiento del cumplimiento de lo acordado y denunciar las "transgresiones" detectadas por los cartelistas".

Por otra parte, la CNMC en la resolución impugnada señala las razones por las que entiende que esas conductas son anticompetitivas al decir: *"Las conductas analizadas son especialmente graves, toda vez que reducen la incertidumbre en el mercado y eliminan por completo la competencia entre empresas competidoras. En particular, la fijación de precios entre fabricantes suprime la competencia entre empresas en un elemento esencial para diferenciar las ofertas como es el precio, impidiendo a los clientes beneficiarse de los menores precios y condiciones que resultarían de la competencia efectiva entre oferentes. Como se ha podido acreditar, las empresas han acordado durante años las tarifas y los descuentos para el suministro de cables BT/MT por lo que sus clientes han pagado un precio más elevado que el que habría acaecido en un entorno de normalidad competitiva. Como ya se ha señalado en la presente resolución, los precios de suministro de cable tienen, principalmente, dos canales de distribución atendiendo al cliente final. Para los cables comercializados a través de almacenistas, los fabricantes configuran sus propias tarifas, que constituyen el listado de precios de venta al público de los diversos cables de un fabricante concreto que deben aplicar los almacenistas a los clientes que compran el producto. Por otro lado, para los proyectos de suministro de gran envergadura el precio suele ser negociado directamente entre fabricante y clientes. En un entorno de normalidad competitiva cada fabricante fija sus propias tarifas y aplica los descuentos que considera oportuno y negocia los precios que mejor le convienen con grandes clientes dentro de su autonomía y capacidad negociadora. Sin embargo, como ha quedado probado, las empresas citadas, que representan conjuntamente un porcentaje muy elevado de cuota del mercado (se estima que entorno al 80%), han decidido acordar, durante un largo periodo de tiempo, la aplicación de una tarifa y descuentos comunes a los clientes finales, eludiendo así la competencia en precios en el mercado de suministro de cables BT/MT. En este caso, los acuerdos sobre precios han tenido por objeto, en algunas ocasiones, las tarifas y descuentos aplicables a los clientes y, en otras ocasiones, el precio final de suministro o "precio neto". (...) Sin embargo, los hechos acreditan que en realidad las empresas no tenían plena libertad para fijar el precio final del producto a sus clientes, ya que además de acordar la tarifa base, los acuerdos también incluían los descuentos máximos y otras condiciones comerciales, como los rápeles, y ello incide claramente en la debida autonomía de las empresas para fijar los precios de sus productos y reduce la presión competitiva entre ellas. En otras ocasiones se ha demostrado que el acuerdo se refería al precio final de suministro de cable (tarifas de netos), cuestión que ya limitaría de manera absoluta la libertad de las empresas"*.

Conductas que, según expone la CNMC, afectaron al mercado intracomunitario al exponer que: *"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 las practicas pueden tener efectos apreciables sobre el comercio comunitario lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE"*.

TERCERO. En el escrito de demanda presentado por la parte actora se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada o, subsidiariamente, que se reduzca el importe de la sanción de multa impuesta. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Afirma que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, a su juicio, no existe prueba de cargo que acredite su participación en la realización de las conductas colusorias que la CNMC ha calificado incorrectamente como infracción única y continuada. Según expone, únicamente asistía a las reuniones convocadas por la asociación FACEL de la que formaba parte en las que se analizaban temas lícitos que entraban dentro del objeto de la asociación, pero que, en ningún caso, participó en reuniones en las que se adoptaran acuerdos que fijaran precios u otras condiciones comerciales, ni tampoco acordó con sus competidores el reparto de los proyectos de suministros de cables BT/MT.

Asimismo, sostiene la falta de motivación de la resolución en cuanto a la determinación del importe de la sanción de multa y, además, invoca la vulneración del principio de proporcionalidad en su fijación.

CUARTO. Esta Sala centrará el análisis exclusivamente en el llamado "cártel de fabricantes" porque, de las distintas conductas colusorias sancionadas, es este el único en el que las recurrentes están imputadas por su participación en el mismo desde el mes de abril de 2012 hasta el mes de junio de 2015.

La CNMC ha considerado que los fabricantes de cables BT/MT imputados en la resolución sancionadora realizaron conductas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE consistentes en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales así como de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT. Conductas que se han calificado como infracción única y continuada al considerarse que las conductas de todas las empresas imputadas se ejecutaban de manera simultánea o sucesiva como integrantes de un objetivo y de un plan común en el que participaron las empresas recurrentes, al menos, desde el mes de abril de 2012 hasta el mes de junio de 2015. Conclusión que



la CNMC obtiene tras analizar diversos documentos a los que se refiere en la resolución impugnada tales como los aportados por la empresa Grupo General Cable que, habiendo participado en la adopción de los acuerdos colusorios ahora sancionados, se acoge al Programa de Clemencia para obtener la exención en el pago del importe de la sanción de multa; así como la documentación obtenida en las inspecciones domiciliarias realizadas los días 1 a 3 de julio de 2015 en FACEL y en las empresas MIGUELEZ, NICSA, PRYSMIAN y TOP CABLE y el día 16 de febrero de 2016 en la sede de las empresas CABELTE, CABLE RCT, COMAPLE y OTEINVER; y la documentación aportada por las empresas tras los correspondientes requerimientos de información efectuados por la Dirección de Competencia tales como correos electrónicos, hojas Excel, tablas, notas manuscritas y mensajes de WhatsApp.

La parte actora niega la existencia de prueba que acredite su participación en el plan común de actuación que implica la imputación de una infracción única y continuada.

Las partes, como hemos relatado, discrepan en cuanto a la existencia de prueba de cargo.

En relación con la prueba de las infracciones en materia de competencia, esta Sala en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, decía que: *"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 175/1988 , 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, decíamos: *" (...) 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-54/02 OPM, T-56/02 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-110/07 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).



(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 P, 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, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, podemos destacar, entre otras, la sentencia dictada en fecha 19 de Junio de 2015, recurso 649/13 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)".

QUINTO. Esta Sala anticipa que, en primer lugar, analizará que significa la existencia de conductas colusorias que pueden integrar una infracción única y continuada y, posteriormente, examinará si efectivamente la conducta imputada en el llamado cártel de fabricantes integra esa calificación de infracción única y continuada. Y finalizaremos con el análisis de la prueba respecto de la imputación concreta efectuada a la recurrente.

Para comprender lo que implica la imputación de una infracción única y continuada, debemos acudir a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, en el que se indica: "Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado



1, actualmente 101.1 del TFUE , puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P , 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, apartado 258)".

En este mismo sentido, el Tribunal General dispuso en la sentencia de 6 de febrero de 2014 (asunto T-27/10 AC-Treuhand AG, apartados 240 y 241) que no podía identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación 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 (entre otras, 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).

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, para calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada es necesario que presenten un vínculo de complementariedad que contribuyen, mediante una interacción, a la realización de un objetivo conjunto con efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores en el marco de un plan global del que tienen conocimiento (demostrado o presunto) todos los participantes de tal manera que, la empresa o bien sabia o bien debería saber que cuando participa en las practicas colusorias se integraba en el acuerdo único y se adhería al mismo. En este sentido, la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción se deduce de aspectos tales como la unidad de objetivos comunes entre las conductas realizadas, la identidad de los productos y servicios afectados, la identidad de las empresas que han participado en la infracción, los métodos empleados o la coincidencia temporal de ambas conductas. Elementos que deben considerarse a la hora de valorar la existencia de una infracción única o de dos infracciones distintas o autónomas.

Como venimos diciendo, la infracción única y continuada implica la existencia de un plan preconcebido que supone la actuación concertada de varias empresas, que son competidoras entre sí, en cuanto que adoptan acuerdos que no solo están prohibidos en el artículo 1 de la LDC sino que, además, existe entre todas las conductas realizadas un vínculo de complementariedad que encajan dentro de un plan y objetivo común. Por ello, para poder calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada deben integrarse en un plan común que no puede consistir meramente en el objetivo de distorsionar la competencia, sino que debe ser más preciso ya que el objetivo de distorsionar la competencia es inherente a toda infracción de la LDC. Asimismo, esa actuación conjunta que implica la existencia de un plan preconcebido para la adopción de acuerdos anticompetitivos exige conocimiento por parte de todos los implicados por cuanto se han beneficiado de ese plan común al conocer las estrategias de la competencia perjudicando, por el contrario, la competencia en ese mercado concreto. No obstante, esa actuación conjunta no implica la participación de todas las empresas en la adopción de todos los acuerdos colusorios, pero si exige su conocimiento y consentimiento en cuanto ello permite a todas las empresas alcanzar un objetivo común en ese mercado.

El mecanismo de actuación seguido por las empresas ahora sancionadas, según ha constatado la CNMC y que esta Sala entiende acreditado, implicaba un plan conjunto de actuación por parte de las empresas competidoras en el mercado de los cables BT/MT al adoptar acuerdos de forma conjunta con el fin de alcanzar una política comercial común y concertada contraria a las normas de competencia.

En el caso analizado, ese plan común de actuación e integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes es evidente, al menos, con la adopción en la reunión de 1 de abril de 2008 de lo que sus asistentes llaman el "DECÁLOGO" en el que las empresas asistentes -al menos, PRYSMIAN y TOP CABLE, con la colaboración de FACEL- fijan un plan común de actuación en el mercado de cables BT/MT como así se constata en las notas manuscritas elaboradas por directivos de PRYSMIAN y de TOP CABLE recogidas en las inspecciones realizadas en sus respectivas sedes tal como se aprecia en los folios 2753 y 3415 del expediente administrativo que, aunque se han elaborado por personas distintas, coinciden tanto al referir una misma fecha de la reunión, con la asistencia de FACEL, como en su contenido:

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

DECÁLOGO.



1. *Aplicar Tarifa 13.*
2. *No mover dtos.*
3. *Vender en nuestros clientes.*
4. *Seguimiento entre nosotros.*
5. *Condiciones estructurales (no tocar): pagos/rápeles/bob/pallets.*
6. *Control de los killers del ME.*
7. *Control otros fabr.: GGC, CONDUMEX; P; RCT; Miguélez, Inp.*
8. *Adaptar las capacidades productivas al ME.*
9. *Aumentar exportación (focalizar).*
10. *Reuniones quincenales".*

Plan común de actuación que se ha ido concretando y materializando con posterioridad como se aprecia en el análisis del contenido de diversos correos electrónicos recabados a las empresas sancionadas y de las notas manuscritas elaboradas por los directivos de las sancionadas que, valorados de forma conjunta, permiten concluir la realidad de que las empresas competidoras celebraban reuniones en las que fijaban tarifas y descuentos y, además, se repartían los proyectos. Y entre ese material probatorio destacamos ahora solo algunos que, por su claridad, evidencian la existencia de ese plan común de actuación entre las empresas competidoras fijando tarifas y repartiendo el mercado.

Son muchas las anotaciones manuscritas emitidas por los directivos de las empresas participantes en las reuniones -suelen indicar la fecha de la reunión- en las que se constatan las decisiones anticompetitivas adoptadas por las empresas asistentes a las reuniones y, entre ellas, destacamos:

1. Anotaciones manuscritas efectuadas por TOP CABLE tras la reunión de 1 de abril de 2008 en las que se hace referencia a la necesidad de mantener reuniones quincenales y bilaterales o trilaterales. Además, en esas notas manuscritas también se hace referencia a la aplicación de las tarifas y entre ellas a la aplicación de la columna Z-13 precisamente prevista para febrero de 2008 en el catálogo de GC para cables de tensión 06/1kV y 450/750V97. La aplicación de esta tarifa se confirma en otra anotación manuscrita de TOP CABLE, incidiendo en que los líderes marcan las condiciones: *"Hay que cuadrarse con la Z-13 en los clientes importantes - Los líderes tienen que marcar las condiciones y los que compartimos esos clientes tenemos que seguir la rueda"* (folio 3416 del expediente).

2. Anotación manuscrita de PRYSMIAN de 3 de septiembre de 2010 en la que se dice: *"Todos los fabricantes han anunciado la tarifa M-13, aunque no se está aplicando todavía y los descuentos son variados"*-folio 2925-.

3. Anotación manuscrita de PRYSMIAN que acredita la celebración de la reunión en fecha 6 de septiembre de 2010 con PRYSMIAN, GC, DRAKA, TOP CABLE y MIGUELEZ, con la colaboración de FACEL, en la que trataron acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y medidas de boicot a grupos de compra -folios 13473 y 13474-.

4. Anotación manuscrita de TOP CABLE con el nombre "OBRAS" en el que se constatan los proyectos que se reparten entre GC, PRYSMIAN y TOP CABLE -folios 3540 y 3542-:

"Túneles Andorra: 1,8 GC

Túnel Pedralba: Cyrmi per TOP CABLE 700.000

Isolux: P.E. Castilla Leon: G.Cable

Sampel: Aeropuerto Murcia TOP CABLE

350.000 Termosolar Trujillo TC

230.000 Aeropuerto Valencia Prysmian

570.000 Torre Iberdrola Prysmian o TC".

Asimismo, destacamos algunos correos electrónicos que permiten deducir que las empresas se intercambian tablas de reparto:

1. Correo electrónico de 28 de marzo de 2008 -folio 5502 del expediente- remitido por el Director de Compañías Eléctricas e Instaladores de NEXANS a TOP CABLE, en el que se indica como asunto "reparto" al que se anexa un cuadro de 26 de marzo de 2008 -folio 3254- en el que se reflejan los pedidos cursados en 2007



y en 2008 por los fabricantes G, P, N, T (GC, PIRELLI -PRYSMIAN en la actualidad-, NEXANS y TOP CABLE, respectivamente). El cuadro permite acreditar que los fabricantes GC, PRYSMIAN, NEXANS y TOP CABLE intercambiaban información sobre los pedidos cursados para poder determinar la cuota de mercado de cada uno de ellos en 2007 (30% para GC y PRYSMIAN y 20% para NEXANS y TOP CABLE, respectivamente) y esta cuota de mercado se tomaba como base, a su vez, para determinar el reparto en 2008.

2. Correo electrónico remitido por TOP CABLE a NEXANS al que se adjuntaba otro cuadro Excel denominado "REPARTO 2007 TEÓRICO", en el que aparecen los mismos fabricantes, designados como TC, NE, PI y GC, con una columna inicial en la que se especifican los clientes, y otra final para el total estimado en 2007. El cuadro se cierra con una fila denominada "cuotas asignadas", con la asignación a cada una de dichas empresas fabricantes de los mismos porcentajes descritos en el cuadro anterior, y otra fila denominada "COMPENSACIÓN 2008-2007" -folio 3252-.

3. Correo electrónico remitido por TOP CABLE a NEXANS, con el siguiente contenido -folio 3247-: *"Según mis cuentas el reparto queda así:*

GC 2M

Top 1, 3M

Pry 0,8M

Nex 0,16M

Los 0,8m de Pry siempre y cuando no esté Draka por medio".

4. Correo electrónico interno de TOP CABLE de 20 de mayo de 2009 en el que manifiesta su intención de convocar una reunión para fijar un cambio respecto de una de las tarifas acordadas y los descuentos correspondientes -folios 24569 y 24570-.

5. Correo electrónico interno de 14 de mayo de 2010 de TOP CABLE que anuncia la aplicación de la nueva tarifa en sustitución de la D-12. Correo que coincide con la nota manuscrita de PRYSMIAN que indica que la tarifa M-11 se aplicara a partir de 24 de mayo de 2010 -folios 24656 y 24657-.

Conductas que se suceden de forma similar en años posteriores hasta junio de 2015, lo que permite apreciar un plan común de actuación entre empresas competidoras que es anticompetitivo porque esta homogeneidad de funcionamiento ha permitido a las empresas obtener una cierta estabilidad de los acuerdos durante largos periodos de tiempo toda vez que la dinámica es repetitiva y las empresas acaban sistematizando el comportamiento. Ello, además, permite considerar que no se trata de una conducta puntual o esporádica y fruto del normal funcionamiento del mercado, sino más bien de un plan ideado por las empresas para falsear la competencia y adoptar decisiones anticompetitivas cuyo éxito reside precisamente en no dejar a la improvisación la estructura de funcionamiento del cártel.

SEXTO. Corresponde ahora a esta Sala analizar si existe o no prueba que acredite la participación de la recurrente en las actuaciones que la CNMC ha calificado -y esta Sala corrobora- como infracción única y continuada como integrantes de un plan común de actuación organizado por las empresas fabricantes de cable BT/MT dirigido a controlar el citado mercado a través de actuaciones anticompetitivas, tales como fijación de precios y otras condiciones comerciales y el reparto del mercado y de su participación en ese plan común de actuación desde abril de 2012 hasta junio de 2015.

Esta Sala destaca que la actuación conjunta de las empresas competidoras que implica la existencia de un plan preconcebido para la adopción de acuerdos anticompetitivos no exige la participación de todas las empresas en la adopción de todos los acuerdos colusorios, pero si se exige su conocimiento y consentimiento en cuanto ello permite a todas las empresas alcanzar un objetivo común en ese mercado. Y precisamente por ello, para poder entender que se ha participado en un cártel, es suficiente con acreditar que se conocía, por cualquier medio, la existencia de los acuerdos colusorios y que, a pesar de ese conocimiento, no se ha apartado de su cumplimiento y seguimiento de forma expresa y pública. Además, se entiende que existe esa participación cuando queda constancia de que, cualquiera que sea la forma de conocimiento, conoce la existencia de ese plan común de actuación de sus competidores porque a partir de ese conocimiento puede adaptar sus estrategias empresariales y, además, no conste que se haya apartado públicamente de esa actuación común. Es, por tanto, indiferente si no se ha participado en ninguna reunión o si solo se ha participado en una de las muchas celebradas, pues lo importante es que quede constancia de que pudo conocer o de que ya ha conocido por otros medios que las empresas fabricantes de los cables BT/MT siguen una actuación y una estrategia común en el mercado y no ha mostrado una oposición pública y un apartamiento expreso de esa situación.

En la resolución sancionadora se recogen las evidencias que permiten concluir que la recurrente conocía ese plan común y que era, por tanto, participe del mismo desde el mes de abril de 2012. Las evidencias incorporadas al expediente incluyen, al igual que en años anteriores, anotaciones manuscritas, correos electrónicos y cuadros de reparto, pero también son numerosas las relativas a contactos entre las empresas mediante conversaciones de WhatsApp. Y en lo que ahora interesa la resolución impugnada señala expresamente que en el año 2012 vuelven a incorporarse a los acuerdos CABELTE y SOLIDAL.

Esta Sala concluye que la recurrente participó y tuvo conocimiento de la existencia del plan común de actuación atendiendo a los siguientes medios de prueba:

1. Correos electrónicos recibidos por la recurrente que, dado su contenido, le permitían conocer cuál era el plan común de actuación de las empresas competidoras en cuanto a la fijación de tarifas. Destacamos el correo electrónico remitido por General Cable en fecha 20 de enero de 2012 con el asunto "Nueva tarifa J-12" recabado por la CNMC en la inspección a CABELTE -folio 23105-. En dicho correo GC comunica la nueva tarifa J-12, columna J-05, vigente a partir del 30 de enero y los descuentos aplicables a la misma. Esta información coincide con la anotación recabada en la inspección de TOP CABLE, fechada el 17 de enero, y en la que se indica literalmente "Propuesta de tarifa nueva GC J-12".

2. Consta su participación en la reunión celebrada en fecha 11 de abril de 2012 a la que asistieron GC, PRYSMIAN, TOP CABLE y CABELTE. Asimismo, participó en la reunión celebrada en fecha 20 de junio junto con GC, NEXANS, PRYSMIAN, TOP CABLE, SOLIDAL y FACEL tal como se deduce de la anotación manuscrita de TOP CABLE referente a esa reunión en la que se recoge expresamente la participación de la recurrente, así como el carácter anticompetitivo de la reunión al recogerse en dicha nota manuscrita que: *"Cabelte: creen que los precios no son los que tienen que ser. Hay que averiguar quién ha vendido el chorreo diario [...] Solidal: su posición es la de que no pueden seguir sin vender. Yo creo que quieren romper. Ven diferenciales importantes respecto al precio pactado. No venden y creen que no dan el precio que hacen los otros. Creo que se quedan sin aire. [...] SIMELSA: ¿? MT. Nos acusa Solidal".* -folio 3629-.

Y, en relación con la reunión celebrada en fecha 14 de noviembre de 2012, destacamos la anotación manuscrita del Responsable de Ventas Mercado General/T&I de PRYSMIAN, en la que se mencionan las cuotas asignadas a GC, PRYSMIAN, TOP CABLE, CABELTE -5%- y SOLIDAL -folio 3054-.

3. Conversaciones de WhatsApp entre el Director General de GC y el Director General de Cabelte entre el 23 de abril y el 31 de mayo de 2012 sobre el proyecto del Aeropuerto de Asturias en las que Cabelte solicita cobertura a GC para que resultara adjudicatario y, además, se intercambian información sobre otro proyecto de Jaén -folios 46 y 27951-.

4. En el año 2013 figura de nuevo la recurrente en otra tabla de reparto tal como se aprecia en las notas manuscritas de TOP CABLE de 12 de enero de 2013 -folios 3344 a 3347- en la que figura la participación de Cabelte con un 5% para el suministro de cables MT.

El análisis conjunto de esos elementos de prueba llevan a esta Sala a concluir que la recurrente conocía la existencia del plan común de actuación porque participó en algunas reuniones convocadas por las empresas líderes en el mercado analizado en las que se hablaba de tarifas y de reparto de proyectos, tal como se aprecia principalmente en las notas manuscritas emitidas por los directivos de las empresas recogiendo las conclusiones y manifestaciones de las reuniones celebradas sin que se aprecien motivos para poner en duda las referencias que en ellas se recogen respecto a CABELTE o, al menos, no es esta la línea de defensa seguida en su demanda. Anotaciones manuscritas que, además, coinciden con el contenido de diversos correos electrónicos emitidos en fechas coincidentes con las fechas de las reuniones. Por tanto, la recurrente conocía los acuerdos anticompetitivos y, sin embargo, no consta que hubiera formulado de forma expresa y pública el rechazo a la recepción de los datos que le permitían conocer la ilicitud de los acuerdos. Y ello permite presumir que ha aceptado la información recibida y que, en consecuencia, ha podido adaptar su conducta en el mercado del producto afectado a la vista de los datos proporcionados por las empresas competidoras.

Frente al criterio de la recurrente, la jurisprudencia del TJUE es constante al declarar que se forma parte de un cártel, aunque no se participe en todas las reuniones o encuentros celebrados a lo largo de los años, pues es suficiente con tener conocimiento de su celebración y no manifestar de forma pública y expresa su rechazo a esa práctica ni manifestar su decisión de abandonar esos pactos comunes. Situación ésta que se da en el caso de la recurrente pues consta que conocía los acuerdos sin mostrar pública discrepancia a ello por lo que se benefició del citado sistema de pactos y de acuerdos comunes, solicitando incluso "cobertura" a la mercantil GC para resultar adjudicataria en el proyecto del aeropuerto de Asturias.

Esa doctrina jurisprudencial comunitaria referida se refleja, entre otras, en la sentencia de 24 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia en la que se dice: *"En consecuencia, una empresa puede haber participado*



directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente solo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de esta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43 y jurisprudencia citada)".

Igualmente destacamos en esta misma línea la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia del Asunto T-Mobile cuando destaca en sus párrafos 53, 61 y 62 que:

" (53). A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.

(61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado.

(63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

Esta Sala, por tanto, concluye que la recurrente si conocía la existencia de los acuerdos adoptados entre las empresas competidoras en el mercado de cables BT/MT. Y, en consecuencia, las pruebas obtenidas en torno a la intervención de la entidad recurrente en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo y, por otro, por la intervención de la sancionada, permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en la infracción única y continuada, de carácter complejo, que se le imputa prevista tanto en el artículo 1 de la LDC como en el artículo 101 del TFUE porque, con independencia de que su actuación haya afectado solo, como así dice, al mercado nacional -aeropuerto de Asturias- lo cierto es que la imputación de una infracción única y continuada implica que se vea afectado por las decisiones de sus competidores y, en este caso, estas han afectado al comercio intracomunitario toda vez que el mercado de fabricación y venta de cables de energía es de ámbito comunitario como consecuencia de la liberalización de los mercados eléctricos europeos y por la armonización de normas técnicas de ámbito europeo e internacional.

Y todo ello implica que se le puede sancionar por su participación en dicho plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único, aunque no haya participado desde el inicio, ni en todas las reuniones ni en todos los ámbitos de las conductas imputadas porque no consta que haya manifestado expresamente de forma pública su intención de abandonar el plan común.

SÉPTIMO. Aduce también la entidad actora que el sistema de determinación de la sanción no se ajusta a derecho puesto que la CNMC debería haber tomado en consideración, razonadamente, los criterios establecidos en el artículo 64 de la LDC para la determinación del importe de la multa, denunciando por ello la falta de motivación suficiente en la determinación del importe de la sanción de multa impuesta, así como la vulneración del principio de proporcionalidad.

Sobre tal cuestión ha de decirse que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC,



como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), especifica que se refiere al volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la referida sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando el Tribunal Supremo que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, han de concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa responsable, el alcance de la infracción, su duración, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción. Razona la resolución impugnada que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, en el caso analizado 2016. Y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría.

En esa labor, la CNMC pone de manifiesto que existen factores que permiten considerar la conducta como especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC como son que el tipo de cables afectados suponen más del 20% del total de compra del material eléctrico, motivo por el que se trata de una compra estratégica y compleja tanto en gestión como en tiempos de negociación; además, refiere que es un mercado que tiene una clara incidencia en otros mercados relacionados, como puede ser el de la construcción pública y privada y grandes infraestructuras del transporte y, en este línea, añade que los acuerdos han afectado a licitaciones para el suministro de cables destinados a infraestructuras públicas. Y esas razones son las que la CNMC recoge en la resolución para justificar que el tipo sancionador global debe situarse con carácter general, en este expediente, en el 5% hasta llegar hasta el 7,5% atendiendo a la mayor densidad antijurídica de la actuación que ha supuesto la participación de cada una de las empresas.

La resolución individualiza las multas, tomando en consideración, como factor determinante y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción. Y determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas que consigna en las tablas correspondientes las cuales incluyen, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2016, el tipo sancionador -en el caso de la recurrente del 5,5%- y la multa que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

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

Por tanto, no es cierta la alegación de falta de motivación en la determinación de la sanción atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea , proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".



Debemos insistir en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios que ha tenido en cuenta para fijar en el caso analizado el tipo sancionador en el 5,5 % cuando tenía la posibilidad de llegar hasta el 10% y como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/ Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)".

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDC al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante puesto que la CNMC ha indicado las razones por las que ha fijado el tipo sancionador mínimo aplicable en un 5% hasta llegar al 7,5% atendiendo a la mayor densidad antijurídica de la conducta imputada y que, en el caso de la recurrente, ha aplicado el tipo sancionador del 5,5% atendiendo precisamente a ese elemento de graduación. Finalmente, tampoco podemos apreciar actuación discriminatoria de la Administración en la determinación del tipo sancionador por cuanto que ha utilizado el parámetro de una mayor densidad antijurídica para aplicar un mayor tipo sancionador de forma coherente y proporcionado entre todas las empresas imputadas iniciando la determinación del importe de la multa con la aplicación del tipo sancionador del 5% hasta terminar con la aplicación del tipo sancionador del 7,5%.

OCTAVO. La íntegra desestimación del recurso implica la condena en costas a la entidad recurrente de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **797/2017**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, que actúa en nombre y en representación de las mercantiles CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. y CABELTE-CABOS ELECTRICOS E TELEFONICOS, S.A., contra la Resolución dictada en fecha 21 de noviembre de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, que le impuso la sanción de multa por importe de 1.849.107 euros. Resolución que ahora confirmamos porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico en todo aquello que afecta a las recurrentes.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.