



Roj: **SAN 2596/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2596**

Id Cendoj: **28079230062023100330**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **86/2018**

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: 0000086 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00542/2018

Demandante: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CABLES Y CONDUCTORES ELÉCTRICOS Y DE FIBRA ÓPTICA (FACEL) sociedad Grupo General Cable Sistemas, S.L. ("GC")

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA.

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^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 86/18 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CABLES Y CONDUCTORES ELÉCTRICOS Y DE FIBRA ÓPTICA (FACEL)** sociedad Grupo General Cable Sistemas, S.L. ("GC") contra la resolución de 23 de noviembre de 2017, dictada en el expediente sancionador S/DC/0562/15 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"), representada por la Procuradora Doña Isabel Campillo García.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia *"por la que se anule y deje sin efecto la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 21 de noviembre 2017, por contravenir gravemente el ordenamiento jurídico en los términos sentados en el cuerpo del presente escrito. Subsidiariamente, proceda a rebajar sustancialmente la sanción impuesta a FACEL."*

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 S/DC/0562/15 Cables BT/MT, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que declaró responsable a GC de varias infracciones 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, aunque se le eximió del pago de la multa dada su condición de clemente.

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:

-(...)

- - FACEL como asociación colaboradora del cártel.

(...)

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

-

(...)

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

(...)

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

(...)



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:

(...)

- FACEL: 80.000 euros

(...)

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:

"1. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CABLES Y CONDUCTORES ELÉCTRICOS Y DE FIBRA ÓPTICA (FACEL).

FACEL es una asociación profesional, con domicilio en Barcelona, constituida en mayo de 1978 por empresas que, dentro del territorio español, ejercen actividades de producción y comercialización de conductores eléctricos (cables aislados de energía, telecomunicaciones e hilos esmaltados) y, desde 1998, de fibra óptica. FACEL cuenta con una Asamblea General y un Consejo Directivo, como órganos de gobierno, y una Secretaría General como órgano administrativo. La Asamblea General está constituida por la totalidad de los miembros de la asociación, y el Consejo Directivo (antes Junta Directiva) está integrado por nueve miembros, de los cuales tres corresponden a representantes de Pequeñas y Medianas empresas (PYMES) adheridas, siendo los seis miembros restantes los Presidentes de los Grupos de Actividad.

Forman parte de FACEL 28 empresas, incluyendo las 6 fabricantes incoadas en este expediente sancionador: CABELTE, GC, MIGUÉLEZ, PRYSMIAN, TOP CABLE y NEXANS1, así como también SOLIDAL a través de su filial".

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

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

En cuanto al mercado geográfico refiere que, como ha declarado la Comisión Europea, el mercado de fabricación y venta de cables de energía es de ámbito comunitario a consecuencia de la liberalización de los mercados eléctricos europeos y por la creciente armonización de normas técnicas de ámbito europeo e internacional y explica que este expediente tiene por objeto la investigación de acuerdos anticompetitivos adoptados entre fabricantes de cables BT/MT, entre éstos y distribuidores, y acuerdos entre distribuidores, en relación con el mercado del suministro de este tipo de cables para clientes ubicados en territorio español, independientemente de que los proyectos de dichos clientes se ejecuten en España, en otros Estados miembros de la UE -especialmente, en Portugal- y fuera del EEE y que, por tanto, las prácticas investigadas serían susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio comunitario, lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE y precisa que el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción

analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

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

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

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

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

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

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

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

A continuación, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos acreditados, señalando que tienen origen en la información aportada por GC en su solicitud de clemencia y en la información recabada por la Dirección de Competencia en las inspecciones realizadas y durante la instrucción del procedimiento y, tras examinar las pruebas recabadas, atendiendo al grupo de autores intervinientes en las mismas y a las conductas



llevadas a cabo en el seno de cada grupo considera acreditada la existencia de las siguientes infracciones de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.:

- a) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables las empresas fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN, NEXANS, CABELTE, SOLIDAL, DRAKA (ahora PRYSMIAN), TOP CABLE y MIGUÉLEZ, con la colaboración de FACEL (cártel de fabricantes).
- b) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables la empresa distribuidora PEISA y los fabricantes GENERAL CABLE, TOP CABLE, 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 al menos, desde 2011 y, al menos, hasta el año 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.
- e) Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT entre las empresas distribuidoras COMAPLE y NICSA, desde marzo de 2007 hasta junio de 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.

Por lo que se refiere a acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT, recoge la resolución sancionadora que las pruebas evidencian la existencia de continuos contactos entre las empresas competidoras ya fuera en reuniones, por medio de correos electrónicos o mediante conversaciones a través de comunicaciones móviles, habiéndose acreditado la celebración de al menos 52 reuniones entre los años 2002 y 2015, para la fijación de tarifas y descuentos, en las que se determinaba incluso la fecha en que debían aplicarse. Que el contenido ilícito de los acuerdos queda acreditado, además, a través de la ingente cantidad de pruebas, incluidas las aportadas por el solicitante de clemencia, recabadas por la Dirección de Competencia. Que, 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. Que se ha acreditado que las empresas, eludiendo la competencia en precios en el mercado de suministro de cables BT/MT 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 en el que cada fabricante fija sus propias tarifas aplica los descuentos que considera oportuno y negocia los precios que mejor le convienen con grandes clientes dentro de su autonomía y capacidad negociadora. Que 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. Que 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. Afirma que las conductas sancionadas en el cartel de fabricantes han dado lugar a una significativa alineación de precios, tanto en la veta sujeta a catálogo como con la intención manifiesta de realizar subidas generalizadas de precios, como a través de ellos mecanismos de licitación de los cables y a un reparto del mercado de cables BT/MT.

Resalta la resolución sancionadora la cantidad de anotaciones manuscritas contenidas en el expediente que incluyen datos sobre acuerdos ilícitos que no se reflejaban en las actas de las reuniones de FACEL, lo que pone de manifiesto el ocultamiento intencionado de lo allí acordado por su conciencia de ilegalidad Explica que hay un constante control sobre cumplimiento de los acuerdos por parte de las empresas.

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 de fabricantes se recoge que consta acreditada la colaboración de FACEL en la adopción de acuerdos de fijación de precios y



condiciones comerciales y de reparto del mercado de suministro de cables BT/MT desde junio de 2002 hasta junio de 2015, entre otros, en los siguientes hechos:

Año 2002 (hecho 1 y 4); año 2003 (hecho 7); año 2006 (hecho 11); año 2007 (hecho 12); año 2008 (hecho 12, 13); año 2009 (hecho 20); año 2010 (hecho 28); año 2011 (hecho 42); año 2012 (hecho 47, 49, 51, 53); año 2013 (hecho 61, 66 y 68); año 2015 (hecho 95).

Al abordar la responsabilidad de FACEL, se consigna que:

" (...) FACEL ha jugado un papel fundamental en la práctica anticompetitiva. Que la asociación ha facilitado que en su seno las empresas fabricantes adoptaran los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales, así como de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT y además ha tenido un papel activo para la implementación y ejecución efectiva de los mismos. Se reitera nuevamente la celebración por el cártel de reuniones periódicas, un total de 52 desde 2002 a 2015, generalmente coincidiendo con las reuniones de FACEL. Recoge que la asociación ha señalado que las reuniones del cártel nunca se produjeron en la sede de FACEL sino fuera de ella, antes o después de las reuniones en la asociación, pero que FACEL aparece en anotaciones o correos electrónicos respecto de los acuerdos del cártel, siendo numerosas las anotaciones manuscritas que aparecen encabezadas con la expresión "FACEL", y cuya fecha coincide con reuniones de esta Asociación.

(...)

En estas reuniones las empresas fijaban las tarifas y descuentos. Además, la participación de FACEL y en concreto la de su Secretario General en la organización y funcionamiento de este cártel no se ha limitado a convocar y permitir las reuniones en la sede de la asociación, sino que también ha sido decisiva de cara a la aplicación de los acuerdos adoptados por el cártel, remitiendo, por ejemplo, las tarifas entre las fabricantes participantes en el cártel, como acredita un correo electrónico del Secretario General de FACEL remitido a RCT y otros destinatarios desconocidos la tarifa de PRYSMIAN de enero de 2013 para cables de cobre para uso industrial (hecho 66):

(...)

Participó también FACEL en el reparto de proyectos/clientes para el suministro de cables BT/MT, recibiendo los datos de los fabricantes del cártel para su procesamiento y posterior remisión de los datos consolidados,

(...)

Por último, cabe destacar que el hecho de que en las reuniones de FACEL se trataran también temas que pudieran considerarse propias de una asociación no desvirtúa los hechos acreditados teniendo en cuenta las evidencias que constan en este expediente. Así lo ha establecido la CNC en expedientes en los que se acreditaba la adopción de acuerdos entre empresas competidoras en el seno de una asociación:

(...)

En este sentido, resulta significativa que tras requerir la Dirección de Competencia en el ámbito de este expediente a empresas fabricantes miembros de FACEL, así como a FACEL, las actas de las reuniones celebradas en FACEL, el Secretario General de FACEL remitió en julio de 2015 sendos correos electrónicos dirigidos sólo a algunos fabricantes -GC, PRYSMIAN, NEXANS, TOP CABLE, MIGUÉLEZ y RCT-, indicándoles las actas que no debían entregar ni facilitar a la CNMC por contener "algún punto dudoso"

Así pues, en contra de lo alegado por FACEL, su actuación en cuanto asociación no fue simplemente pasiva o informativa y de defensa de unos intereses colectivos, sino que fue el marco en el que se desarrolló la cooperación entre las empresas fabricantes participantes en el cártel, facilitando la adopción de los acuerdos por parte de dichas empresas. Es cierto que estos acuerdos responden únicamente a la decisión adoptada por las empresas y la actuación de FACEL se realiza a instancia de dichas empresas, pero la asociación constituye el medio sobre el que se instituye la colaboración y su intervención resulta decisiva y tiene entidad propia en el desarrollo de la conducta.

En consecuencia, FACEL también es declarada responsable, a título de colaborador, del cártel de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos entre fabricantes, desde el año 2002 hasta el año 2015".

TERCERO. - En su escrito de formalización de la demanda, la parte recurrente opone la inexistencia de pruebas que acrediten la participación, colaboración o intervención alguna por parte de FACEL en la infracción por la que ha sido sancionada. Sostiene que FACEL no intervino nunca en reuniones en las que se tratara la fijación de precios o el reparto de clientes y que el contenido de las reuniones de FACEL consta de forma clara y nítida en las actas de sus reuniones, como consta en el expediente administrativo.



Explica que las supuestas reuniones del cártel se podían haber celebrado aprovechando las reuniones de FACEL, antes o después de las mismas como señala el Pliego de Concreción de Hechos y el párrafo 264 de la Propuesta de Resolución, pero que nunca se celebraron en el seno de sus reuniones. Añade que el hecho de que existan anotaciones manuscritas con la mención FACEL y con la indicación de una fecha coincidente con las reuniones de FACEL, no implica en modo alguno que FACEL participara en esas reuniones o colaborara en los asuntos que se trataban en las mismas, de las que nada sabe.

En este sentido argumenta que la propia denunciante GENERAL CABLE señaló (folios 1 al 6 del Expediente), que las pretendidas reuniones se celebraban *"en bares o, por lo general, informalmente"*, por lo que FACEL puede asegurar que no tenía nada que ver y que así lo corroboran las declaraciones de otras sancionadas (Miguélez; y PRYSMIAN).

Refiere que las únicas prácticas imputables a FACEL son la colaboración en el reparto de proyectos del año 2002 cuya ilicitud no ha sido probada y que en todo caso habría prescrito y, más de diez años después, la distribución de una lista de precios de uno de los fabricantes, totalmente lícita y pública. Que, en todo caso, se trataría de dos conductas separadas e inconexas, estando la primera prescrita por el transcurso de más de cuatro años desde que se cometió la supuesta infracción y que, estas prácticas concretas y separadas en el tiempo no justifican que se acuse a FACEL como colaboradora de un cártel.

Que la supuesta actividad de colaboración de FACEL con el cártel, según la Dirección de Competencia, disminuyó desde 2002 que fue cuando se inició. Que, por tanto, y de considerarse, a pesar de no existir fundamento fáctico ni jurídico alguno, que FACEL debe ser sancionada, deberá imponerse a FACEL una multa en su grado mínimo de conformidad con la Ley 16/1989, siendo la sanción impuesta sumamente gravosa para una Asociación sin ánimo de lucro, cuyos socios, en su mayoría, no tienen nada que ver con las prácticas examinadas en la Resolución recurrida.

Añade que FACEL siempre ha velado por el cumplimiento de la normativa sobre defensa de la competencia.

Para terminar, por lo que se refiere a la graduación de la sanción, aduce no habiendo quedado acreditada la participación de FACEL en el cártel, la sanción de 80.000 euros debe ser anulada puesto que no concurren los inexcusables requisitos de la imputación y responsabilidad. Subsidiariamente, de entenderse que la resolución recurrida es ajustada a derecho, considera que la sanción impuesta debería verse en todo caso reducida sustancialmente dada la nula relevancia de su papel en el supuesto cártel por cuanto que:

- 1) Únicamente se habrían realizado unas determinadas actuaciones en 2013 de forma puntual y sin conexión alguna ni incidencia en supuestas prácticas anticompetitivas.
- 2) Tales actuaciones se habrían realizado puntualmente por lo que no serían conductas reiteradas ni mucho menos continuadas.
- 3) La conducta habría tenido un impacto muy escaso, pues de conformidad con el PCH a partir de 2013 los fabricantes aplican las tarifas de forma desigual. Es decir, en ese año se empieza a desintegrar el supuesto cártel.
- 4) FACEL es una asociación con 28 socios, siendo únicamente seis los fabricantes miembros de FACEL los que forman parte de este Expediente sancionador, por lo que la imposición de una sanción a FACEL afectará a la mayoría de asociados que no han tenido ninguna participación en las supuestas conductas anticompetitivas.

Y concluye reiterando que:

-FACEL no convocaba ni organizaba, ni coordinaba las reuniones que, según el solicitante de clemencia, se celebraban antes o después de las reuniones de FACEL. Y que no puede responsabilizarse a FACEL de que supuestamente los fabricantes aprovecharan reuniones de FACEL para tratar, antes o después de las mismas, otros asuntos, si ese fuera el caso.

-Los hechos de 2002/2003 habrían prescrito. No puede considerarse que ha habido una conducta continuada. Los realizados en 2013 son hechos puntuales cuyos efectos anticompetitivos son nulos.

- En todo caso, en el improbable supuesto de que se pueda considerar que FACEL merece una sanción, la misma debería ser en su grado mínimo dada que los hechos imputables son puntuales y de nulos o escasos efectos anticompetitivos. Asimismo, debe tenerse en cuenta la conducta siempre diligente de FACEL respecto del cumplimiento de la legislación de la competencia por FACEL. Resulta acreditada la diligencia de la Asociación para el cumplimiento de las normas de la competencia a fin de que sus asociados conozcan y respeten la normativa.

- En la Resolución recurrida, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia reconoce que *"FACEL no tiene cifra de negocio en el mercado afectado por la conducta"* por lo que tratándose de una Asociación sin

ánimo de lucro y no tener cifra de negocio en el mercado que se dice afectado, el imponerle una sanción de 80.000 euros le supone un grave inconveniente que pone en riesgo su continuidad cuando para nada se ha demostrado su supuesta participación activa, extendida en el tiempo.

- En general, los hechos contenidos en la Resolución recurrida van absolutamente desprovistos de la necesaria prueba, que no existe, ni se concreta el papel de FACEL en el supuesto cártel, que la Dirección de Competencia califica de fundamental, salvo la circunstancia que en algunas de las notas manuscritas recabadas en las inspecciones figura el nombre FACEL, pero ello no significa que FACEL convocara, organizara ni coordinara esas reuniones que podían haberse celebrado antes o después de las reuniones de FACEL, tal como alegaba la propia solicitante de clemencia.

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. - Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, comenzando por el que denuncia la falta de prueba de las conductas sancionadas.

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

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

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

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

SEXTO- Dicho lo anterior, recordemos que la recurrente ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada-consistente en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT desde al menos, desde 2002 hasta el año 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.



A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida en la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic 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 uno de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".*

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

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

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

Esta construcción jurisprudencial permite que, tanto al sujeto o a la empresa que han participado en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, como a aquel o aquella que solo ha participado en una parte de los que componen la infracción única y continuada, pero con conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás partícipes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo, se le puedan imputar en ambos casos la totalidad de los



comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 43).

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

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

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

El que sea calificada una infracción del artículo 101 del TFUE como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que una empresa que haya participado en una infracción de este tipo, mediante comportamientos propios, calificables de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendía contribuir a la realización de la infracción en su conjunto, es también responsable, durante todo el tiempo que dure su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, STJUE Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 83).

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

La falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un periodo concreto, «[n]o impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en periodos 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).

SÉPTIMO. - 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 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, de la prueba recogida en la resolución recurrida resulta lo siguiente:

En el año 2002, la documentación incluida en la carpeta denominada "Operaciones M.T. 25/06/02", recabada en la inspección realizada a FACEL, acredita que las empresas fabricantes GC, PIRELLI (actualmente PRYSMIAN) y NEXANS se repartían los proyectos de suministro de cables MT, con la colaboración de FACEL, que se encargaba de recibir y coordinar la información remitida por estos fabricantes y resolver las posibles discrepancias que pudieran surgir entre los mismos. En dicha carpeta aparecen anotaciones manuscritas en las que se explica el criterio de reparto utilizado por las empresas, así como las distintas comunicaciones vía fax en las que los fabricantes citados remiten a FACEL unas plantillas que incluyen los proyectos en los que tienen la intención de participar. (folios 1891 a 2120 expte). Como explica la resolución sancionadora, las citadas empresas fabricantes remitían semanalmente las plantillas con los proyectos de importe superior a 90.000€ en los que deseaban participar y el "árbitro", denominado "A-S" (coincide con las iniciales del nombre y primer apellido del Secretario General de FACEL), clasificaba y numeraba los proyectos asignándoles la clave "C (Coincidente)" o "NC (No Coincidente)", como se constata en las siguientes anotaciones de fecha 17 de junio de 2002:

"17/6/02 - NEXANS - G. CABLE- PIRELLI.

1) Comprobar de cada uno de las 3 coincidencias. De cada operación de Cable M [...] de más de 1 kV. [...] 2) Cada uno de los 3 envía al "Arbitro" (A-S), el listado del "Proyecto/Pedido".

3) Objetivo: Separar Proyectos Conjuntos Coincidentes, con Proyectos individuales no coincidentes

4) Los No Coincidentes y Coincidentes deberán numerarse por A.S. y G en función a ej.: C (Coincidente) además, indica precio de cada uno de los 3. NC (No Coincidente).

5) Se pasan a "parking/estacionamiento" las operaciones cuyo destino/distribuidores sean diferentes DESTINO: Distribuidor/Instalador ASUNTO: Operación

6) Comunicar cada uno de los 3 a A.S, cada una de las operaciones a partir de 90.000 € los jueves por la tarde de cada semana".

El contenido de esta carpeta permite también acreditar la celebración de reuniones entre las empresas, reflejándose en anotaciones manuscritas el calendario de las reuniones que las empresas tienen previsto celebrar.

En la citada carpeta se puede apreciar igualmente el contenido pactado para las fichas a remitir a FACEL, que incluye una columna para el precio unitario, otra para los precios de protección de cada empresa y otra denominada "Distribuidor/Instalador"66, así como copia de las carátulas de los faxes remitiendo las plantillas de los proyectos a la atención del Secretario General de FACEL, cuyas iniciales coinciden con las siglas A.S.

En el año 2006 han quedado acreditadas más reuniones del cártel, concretamente, el 14 de diciembre de 2006, en la que se aptaron acuerdos sobre la tarifa de los cables de aluminio BT y sobre cables MT (folio 18914 expte) y el 21 de diciembre del mismo año en la que se adoptaron acuerdos sobre la fijación de tarifas y descuentos. En la anotación manuscrita correspondiente a esta reunión, que, como en la anterior, aparece encabezada con la palabra "FACEL", se consigna lo siguiente:

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

- Existen deslizamientos.

- Acordar límites dtos. [...]

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

- Descuentos acordados rapel aparte: [...]

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

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

- transportes".

Consta así mismo acreditada la colaboración de FACEL en las reuniones del cartel de fabricantes en el año 2007 a través de las notas manuscritas del responsable de Ventas Mercado General y T&I de Prismiyan, que se encabezan con la palabra "FACEL" (hecho 12 de la resolución sancionadora).

Entre estas notas aparece la relativa a una reunión celebrada el 1 de abril de 2008, con el siguiente contenido:

"1/4/08 FACEL [...].DECÁLOGO.

1. Aplicar Tarifa 13.

2. No mover dtos.

3. Vender en nuestros clientes.

4. Seguimiento entre nosotros [símbolo de teléfono]

5. Condiciones estructurales (no tocar): pagos/rápeles/bob/pallets.

6. Control de los killers del ME.

7. Control otros fabr.: GGC, CONDUMEX; P; RCT; Miguélez, Inp.

8. Adaptar las capacidades productivas al ME.

9. Aumentar exportación (focalizar).

10. Reuniones quincenales" (folio 2753expte). "

En 2009, las anotaciones manuscritas contenidas en las libretas del responsable de Ventas Mercado General/ T&I de PRYSMIAN, ponen de manifiesto la celebración de reuniones entre las empresas, con la colaboración de FACEL, en las que se intercambiaba información comercialmente sensible y se acordaban las tarifas y los descuentos para el suministro de cables BT/MT, como la de 9 de octubre (folio 2786 expte).

En 2010, se acreditan reuniones el 6 de septiembre, 16 de septiembre, 30 de septiembre y 10 de noviembre (anotaciones manuscritas de PRYSMAN con el encabezado ." FACEL" (folios 2926, 2927,2928 y 29132 Expte).

Entre ellas, destaca la resolución recurrida la de 6 de septiembre de 2010 (folio 19362), de fecha coincidente con la reunión 6/10 del Consejo Directivo Grupo Energía de FACEL, celebrada a el 6 de septiembre de 2010, con el siguiente contenido:

"FACEL 6/9/10.

1.- Se entrega facturado/expedido dentro del mes de septiembre, o se revisa los precios con actualización del cu. - Obras. - Actualización de cu. 2.- Si el inst pide la oferta de nuevo deberemos ofertar M-11 con tres cincos.

- Obras: Amara: Marineda 300 k€. EURISA: Túneles Bilbao 105k€. -

Crespo: cobertura: 281k€.

3. No dar precios a grupos de compra. Dar precios de forma individual [...]

5.- Probablemente nos llegue la oferta de mercadona. Hospital la Fe revisión Cu mensual. [...]

6.- Actualizar Cu de todas las ofertas.

7.- Introducir fórmula de revisión informática cuando se excede del pzo de entrega.

8.- No ofertar a grupos de compra".

Además, otra nota manuscrita de RRYSMIAN acredita una reunión en el seno de FACEL el 3 de septiembre de 2010 referente a la tarifa M-13

En el año 2011 se tienen por acreditadas al menos otras 4 reuniones, en el seno y con la colaboración FACEL en las que se adoptaron acuerdos entre las empresas para la fijación de precios y descuentos de cables BT/MT y el reparto de proyectos (folios 19464, 3637 Expte).

En 2012 las pruebas acopiadas acreditan la continuación de los acuerdos entre las empresas fabricantes de cables BT/MT, tanto en lo que se refiere a la fijación de precios, como al reparto de proyectos (folio 3054 expte).

Destaca la resolución sancionadora la anotación manuscrita de PRYSMIAN, correspondiente a una reunión del cártel celebrada en FACEL el 19 de marzo y denominada "reunión preparatoria del Grupo de Actividad de Cables para Compañías Eléctricas del siguiente tenor:

"FACEL 19/3/2012 - F07 [...] Anunciar esta semana 21-marzo - Aplicar: 1 abril 2012". (folio 19464 expte).

En 2013 se tienen por acreditadas, al menos, 12 reuniones entre fabricantes, en las que se intercambiaba información comercialmente sensible, se fijaron precios y condiciones comerciales y se repartieron proyectos/clientes, al tiempo que se ponían en común los incumplimientos detectados de los acuerdos adoptados. La colaboración de FACEL resulta de la Anotación en libreta del responsable de Ventas Mercado General y T&I de PRYSMIAN, recabada en la inspección de PRYSMIAN (folios 3059 y 3060, 3064 y 3065, y 3071 y folios 3083 a 3085).

Destaca la resolución sancionadora la anotación manuscrita de PRYSMIAN relativa a la reunión 11 de enero de 2013, de nuevo encabezada con la palabra "FACEL, cuyo contenido se transcribe en el hecho 61 de la resolución sancionadora (folios 3059 Y 3060 expte).

Además, consta probado que el 10 de enero de 2013, FACEL difundió la nueva tarifa, como acredita un correo electrónico del Secretario General de FACEL remitido a RCT y otros destinatarios desconocidos, comunicando la tarifa de PRYSMIAN de enero de 2013 para cables de cobre para uso industrial, del siguiente tenor literal:

" Querido Amigo:

Por si resulta de su interés y de la Dirección Comercial de su Compañía, adjuntamos Tarifas enero 2013 de Cables de Uso Industrial Cu, obtenidas de PRYSMIAN CABLES". (folios 23312 a 23366 Expte).

La colaboración de FACEL en el cartel de fabricantes queda también acreditado en por los correos electrónicos de TOP CABLE de 18 de febrero de 2013 que contienen una conversación entre el Director General y el Director Comercial Nacional de TOP CABLE que acreditan que el mismo día de la Junta de FACEL (antigua denominación del Consejo Directivo de FACEL) se produjo otra reunión paralela, en la que los fabricantes del cártel intercambiaron datos comerciales para fijar la tarifa, participando en dicha reunión al menos TOP CABLE y GC y señalándose una reunión al día siguiente entre TOP CABLE y el Director Comercial de MIGUÉLEZ para "hacer la tarifa"207, con el siguiente contenido:

"Co m ha anat la Junta de FACEL?"

"En general bastant be. Del tema de la junta ni ten parlo, el pressupost i

poca cosa més.

Sobre el tema real del cable, demà estic a Madrid amb el [Director Comercial de MIGUÉLEZ] per fer la tarifa (ho han acceptat).

Sobre el paperet, el [Responsable de Ventas de GC en España] s'ha equivocat i ha donat la dada de Gener sol [...]. En aquest aspecte, un desastre total perquè no podem tenir dades encara.



Hem quedat que el mes que ve ens donarem el primer trimestre i així quedarà una mica més diluït. Ja t'explico."

"Val, ves amb la tarifa ja feta, q no vegi com la fem"(folio 24980 Expte)

En 2014 una anotación manuscrita de PRYSMIAN fechada el 29 de enero dice lo siguiente: 224:

" E-25 comunicada y no aplicada [...] Conclusión: Desgobierno.

En 2015, consta acreditado que, tras requerir la Dirección de Competencia en el ámbito de este expediente a empresas fabricantes miembros de FACEL, así como a FACEL, las actas de las reuniones celebradas en FACEL, el Secretario General de FACEL remitió en julio de 2015 sendos correos electrónicos dirigidos sólo a algunos fabricantes -GC, PRYSMIAN, NEXANS, TOP CABLE, MIGUÉLEZ y RCT-, indicándoles las actas que no debían entregar ni facilitar a la CNMC por contener "algún punto dudoso".

OCTAVO. -A la vista de lo expuesto y de las pruebas e indicios acopiados, debemos convenir con la resolución recurrida en que existen pruebas suficientes que acreditan el conocimiento de FACEL y su participación y, en concreto, la de su Secretario General, en la organización y funcionamiento del cartel de fabricantes y en el plan común trazado para la fijación de precios y condiciones comerciales por las empresas fabricantes y que tuvo, su primer reflejo documental en el Decálogo adoptado en la reunión paralela de FACEL de 1 de abril de 2008 (folio 2753 expte) . Ha quedado también probado que FACEL que ha sido decisiva de cara a la aplicación de los acuerdos adoptados por el cártel, remitiendo, por ejemplo, las tarifas entre las fabricantes participantes.

También ha quedado probado su colaboración en el reparto de proyectos/clientes para el suministro de cables BT/MT, recibiendo los datos de los fabricantes del cártel para su procesamiento y posterior remisión de los datos consolidados.

Las explicaciones alternativas ofrecidas por la recurrente no son plausibles. El hecho de que las reuniones del cartel se celebrasen de forma independiente y separada a las reuniones documentadas en las correspondientes Actas obrantes en el expediente administrativo no desvirtúa la conclusión que alcanzamos puesto que, precisamente, esta forma de proceder obedece al carácter secreto de las conductas sancionadas inherentes a la misma existencia del cártel y al deliberado propósito de ocultar los acuerdos en ellas adoptados.

La celebración de reuniones paralelas en el seno de FACEL queda acreditada mediante la anotación Manuscrita de PRYSMIAN, de 1 de febrero de 2008, de nuevo encabezada por la palabra "FACEL" en la que se consigna la fecha de 6 de 2008 y dos indicaciones horarias; a saber, "15:30 MAQ FACEL" y 17.00 horas FACEL, coincidiendo esta última con la reunión de FACEL documentada en su correspondiente acta (folio 11161 Expte).

También se corrobora por los dos correos electrónicos de TOP CABLE de 18 de febrero de 2013, ya reseñados, que contienen una conversación entre el Director General y el Director Comercial Nacional de TOP CABLE que acreditan que el mismo día de la Junta de FACEL (antigua denominación del Consejo Directivo de FACEL206) se produjo otra reunión paralela, en la que los fabricantes del cártel intercambiaron datos comerciales para fijar la tarifa, participando en dicha reunión al menos TOP CABLE y GC y señalándose una reunión al día siguiente entre TOP CABLE y el Director Comercial de MIGUÉLEZ para "hacer la tarifa" (folio 24980):

Por lo demás, sostiene la asociación recurrente que el hecho de que todas las anotaciones manuscritas del responsable de Ventas Mercado General y T&I de PRYSMIAN, recabadas en la inspección de PRYSMIAN, aparezcan encabezadas por la palabra "FACEL" no es prueba suficiente para fundamentar su imputación en el cartel como colaboradora. Sin embargo, la Sala considera que dichas notas, junto con las pruebas recogidas, si constituyen prueba suficiente para sostener la continuidad en la infracción por la que se le sanciona, por cuanto que, más allá de negar su participación, la recurrente no ha acreditado que, una vez que tuvo conocimiento del contenido de dichas notas que le involucraban en el cártel, hubiese reaccionado , con los medios a su alcance, frente a PRYSMIAN, prueba que tenía a su alcance y que no puede calificarse de "diabólica"

NOVENO. - Afirmada la existencia de prueba suficiente, analizaremos el lapso de tiempo que transcurre entre las conductas recogidas en las pruebas en las que la CNMC fundamenta infracción única y continuada.

Recordemos que la resolución recurrida sanciona a FACEL como asociación colaboradora en 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 desde 2002 hasta 2015.

Sin embargo, examinado el acervo probatorio recogido en la resolución sancionadora, no encontramos prueba que acredite la colaboración/ participación de FACEL en el cártel de fabricantes en los años 2003,2004 y 2005.

Así las cosas, entendemos que los lapsos temporales transcurridos entre las conductas acreditadas en 2002 y 2006, nos lleva a considerar interrumpido el carácter «continuo» del cártel durante ese periodo temporal



Recordemos que en el caso abordado por la STG Trelleborg se valora un tiempo aproximado a los dos años «[]/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).

DÉCIMO. - 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 el período comprendido desde 2002 hasta 2006, nos corresponde examinar 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 FACEL el día 24 de febrero de 2016, las conductas anticompetitivas acreditadas de 2002 estarían prescritas por el transcurso de más de cuatro años. Así las cosas, la duración de la infracción única y continuada por la que ha sido sancionada FACEL comenzaría en 2006 y no en 2002 como se consigna en la resolución recurrida.

UNDÉCIMO. - Por lo expuesto, debemos estimar en parte el presente recurso a los efectos de declarar prescritas las conductas anticompetitivas acreditadas en el año 2002, modificando la duración de la infracción única y continuada que ha sido imputada a la Asociación recurrente, con las consecuencias que ello haya de proyectar en la cuantificación de la sanción impuesta a FACEL, sin hacer pronunciamiento sobre el pago de costas procesales.

No procede hacer pronunciamiento sobre el pago de costas procesales.

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

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CABLES Y CONDUCTORES ELÉCTRICOS Y DE FIBRA ÓPTICA (FACEL)** contra la resolución de 23 de noviembre de 2017, dictada en el expediente sancionador S/DC/0562/15 Cables BT/MT, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los términos expuestos en el último párrafo del Fundamento de Derecho Undécimo de la presente Resolución. Sin costas.

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.