



Roj: **SAN 2602/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2602**

Id Cendoj: **28079230062023100335**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **55/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000055 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00480/2018

Demandante: COMAPLE S.L.

Procurador: D^a ASCENSIÓN GRACIA LÓPEZ ORCERA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN SL Y GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS SL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

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. 55/18 promovido por la Procuradora D^a Ascensión Gracia López Orcera, en nombre y representación de **COMAPLE S.L.** contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 21 de noviembre de 2017, por la que se le impone una sanción de 22.491 euros por la comisión de una infracción de los artículos 1 de de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables de baja y media tensión.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

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

" 1) Se anule la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de noviembre de 2017, dictada en el expediente S/DC/0562/15, CABLES BT/MT, en la parte en la que se declara responsable a COMAPLE, S.L. (y solidariamente a su matriz OTEINVER, S.L.) de una infracción muy grave de los artículos 1 LDC y 1 TFUE, y se le impone una sanción de 22.491 euros.

2) Subsidiariamente, y para el caso de que la Sala considere acreditada la infracción imputada a COMAPLE, S.L., anule parcialmente la Resolución impugnada en la parte en la que impone una sanción a mi representada de 22.491 €, y declare en consecuencia la improcedencia de imponer sanción alguna a COMAPLE, S.L., o proceda a una reducción significativa de la sanción P.O. 55/2018 mediante la utilización de un tipo sancionador marginal en los términos expuestos en los fundamentos de esta demanda.."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Mediante auto de 4 de octubre de 2018, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 22.491 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 3 de febrero de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 8 de marzo de 2023, fecha en la que se inició la deliberación, que finalizó el 3 de mayo de 2023.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 21 de noviembre de 2017, por la que se le impone una sanción de 22.491 euros por la comisión de una infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables de baja y media tensión.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "S/DC/0562/15, CABLES BT/MT," era del siguiente tenor literal:

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

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

- CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. y solidariamente su matriz CABELTE-CABOS ELÉCTRICOS E TELEFONICOS, S.A. - FACEL como asociación colaboradora del cártel.

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

- MIGUÉLEZ, S.L. y solidariamente su matriz GRUPO MIGUÉLEZ, S.L

- NEXANS IBERIA, S.L. y solidariamente su matriz NEXANS, S.A.

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

- SOLIDAL CONDUTORES ELECTRICOS, S.A. y solidariamente su matriz COMPANHIA INDUSTRIAL QUINTAS & QUINTAS SGPS, S.A.

- TOP CABLE, S.A.



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

- GRUPO GENERAL C CABLE SISTEMAS, S.L.U. y solidariamente su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L.
- PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A.
- TOP CABLE, S.A.

c) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la 207 que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.6.1 letra c), las siguientes empresas:

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

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

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

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:

- COMAPLE, S.L. y solidariamente su matriz OTEINVER, S.L.
- NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A. y solidariamente su matriz ABENGOA, 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
- FACEL: 80.000 euros
- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U.: 8.791.040 euros
- MIGUÉLEZ, S.L.: 2.985.216 euros
- NEXANS IBERIA, S.L.: 1.356.214 euros
- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A.: 11.821.875 euros
- SOLIDAL CONDUTORES ELECTRICOS, S.A.: 27.350 euros
- TOP CABLE, S.A.: 4.909.440 euros

b) En el cártel de PEISA y fabricantes:

- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U.: 1.292.800 euros
- PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A.: 987.661 euros
- TOP CABLE, S.A.: 654.592 euros

c) En el cártel de NICSA y fabricantes:

- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U.: 2.197.760 euros
- NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.: 264.772 euros
- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A.: 2.994.875 euros



- TOP CABLE, S.A.: 1.063.712 euros

d) En el cártel de AMARA y fabricantes:

- AMARA, S.A.U: 2.255.890 euros

- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U.: 387.840 euros

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

e) En el cártel entre NICSA y COMAPLE:

- COMAPLE, S.L.: 22.491 euros

- NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.: 90.135 euros. Las empresas matrices referidas en el primer resuelve responderán solidariamente del pago de la sanción de sus empresas filiales.

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

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

Quinto. Declarar la confidencialidad de la información solicitada por las partes en los términos previstos en el apartado 5.12 de la presente resolución."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Con fecha 28 de noviembre de 2014, la empresa GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U, junto con su matriz GENERAL CABLE CORPORATION, presentaron una solicitud de clemencia por la sanción que, en su caso, cabría imponerle por la comisión, junto con otras empresas, de una infracción consistente en un acuerdo entre fabricantes de cables de baja y media tensión (cables BT/MT) para la fijación de precios y otras condiciones de venta de dichos cables y para el reparto de proyectos para su suministro. informando de la participación en las citadas prácticas de algunas empresas distribuidoras en el reparto de proyectos para el suministro de cables BT/MT.

2. Con fecha 23 de abril de 2015, la Dirección de Competencia solicitó a GENERAL CABLE aclaraciones respecto de la información aportada en su solicitud de clemencia que fueron contestadas y posteriormente ampliada con documentación adicional.

3. A la vista de la información recibida, la Dirección de Competencia inició una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación, en su caso, de expediente sancionador.

4. Con fecha 30 de junio de 2015, la Dirección de Competencia concedió la exención condicional a GENERAL CABLE y a su matriz GENERAL CABLE CORPORATION, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Dirección de Competencia, permitían ordenar el desarrollo de una inspección en relación con el cártel descrito en la solicitud de exención del pago de la multa.

5. Los días 1 a 3 de julio de 2015, la Dirección de Competencia llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de FACEL, MIGUÉLEZ, NICSA, PRYSMIAN y TOP CABLE.

6. Con fecha 2 de julio de 2015, la Dirección de Competencia requirió a varios fabricantes y distribuidores información relativa a su objeto social, estructura de propiedad y control, organigrama e identificación de sus cargos directivos, asociaciones del sector de las que forman parte, presencia en el mercado español de cables eléctricos BT/MT, condiciones habituales de contratación, e informes públicos sobre el mercado de cables BT/MT.

7. El 16 de febrero de 2016, la CNMC llevó a cabo nuevas inspecciones simultáneas en las sedes de CABELTE, CABLES RCT, COMAPLE y OTEINVER.

9. Con fecha 24 de febrero de 2016, la Dirección de Competencia, acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0562/15 CABLES BT/MT por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 de la Ley 16/1989, 1 de la LDC y 101 TFUE, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado de la distribución y venta de cables de baja y media tensión (BT/MT), contra las siguiente empresas:

AMARA, S.A.U (AMARA) y su matriz IBERDROLA, S.A. (IBERDROLA), CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. (CABELTE) y su matriz CABELTE-CABOS ELÉCTRICOS E TELEFONICOS, S.A. (CABELTECABOS), COMAPLE, S.L. (COMAPLE) y su matriz OTEINVER, S.L. (OTEINVER), GRUPO GENERAL



CABLE SISTEMAS, S.L.U. (GC) y su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. (GC HOLDINGS), MIGUÉLEZ, S.L. (MIGUÉLEZ) y su matriz GRUPO MIGUÉLEZ, S.L. (GRUPO MIGUÉLEZ), NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A. (NICSA) y su matriz ABENGOA, S.A. (ABENGOA), PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A. (PEISA), PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A. (PRYSMIAN) y su matriz DRAKA HOLDING S.L., TOP CABLE, S.A. (TOP CABLE) y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CABLES Y CONDUCTORES ELÉCTRICOS Y DE FIBRA ÓPTICA (FACEL).

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

11. Con fecha 3 de enero de 2017, el instructor adoptó el Pliego de Concreción de Hechos, que fue debidamente notificado a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen conveniente.

12. Con fecha 24 de enero de 2017, el instructor requirió a los interesados información sobre volumen de negocios total de las empresas en el año 2016, así como del mercado afectado de los años correspondientes a la duración de la infracción.

13. Mediante acuerdo de fecha 6 de abril de 2017, el instructor cerró la fase de instrucción del procedimiento.

14. Con fecha 20 de abril de 2017, el Director de Competencia acordó la propuesta de resolución del procedimiento, notificándola a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas siendo elevada a la Sala de Competencia de la CNMC con fecha 29 de mayo de 2017.

15. Con fecha 30 de agosto de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 5 de septiembre de 2017, fecha de la notificación efectiva a la Comisión Europea, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003. El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 5 de octubre de 2017, con fecha de efectos el mismo día.

16. Con fecha 19 de octubre de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC adoptó un acuerdo de recalificación de la conducta de PRYSMIAN, motivado por la detección de un error en la imputación de su conducta en la Propuesta de Resolución, consistente en no imputarle los años 2012 y 2013. En el mismo acuerdo, se dio un plazo de 15 días a las partes para que alegaran cuanto estimasen oportuno.

Asimismo, en el acuerdo de recalificación se acordó la suspensión del plazo del procedimiento desde la fecha del acuerdo hasta que se completara la tramitación derivada del acuerdo de recalificación. La suspensión del plazo del procedimiento fue levantada con efectos de 7 de noviembre de 2017.

17. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y aprobó la resolución sancionadora en su reunión de fecha 21 de noviembre de 2017.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, COMAPLE SL, del siguiente modo:

Empresa constituida en 1993, con sede en Villafranca del Castillo (Villanueva de la Cañada, Madrid), tiene como objeto social la comercialización de artículos y productos eléctricos y electrónicos, en concreto, la compra de cables de BT/MT para el cableado interior de los conjuntos de alumbrado de fabricación propia, y para su venta a clientes, bien a través de Elecwires S.L., filial de COMAPLE, o bien directamente. Pertenece al 90% a OTEINVER, S.L. En 2010 su principal cliente fue NICSA, empresa también incoada en este expediente.

TERCERO.- Con carácter general, la resolución recurrida describe el marco normativo aplicable a la resolución recurrida y expone la necesidad de distinguir atendiendo a los niveles de tensión de los cables entre:

Baja tensión (BT): hasta 1kV (kilovoltio) -

Media tensión (MT): 1kV-33/45kV .

Alta tensión (AT): 33/45kV-132kV -

Muy alta tensión (MAT): 275kV-400kV.

El mercado de producto en este expediente es el de los cables BT/MT que se emplearían principalmente para la distribución de electricidad.



Dadas las características de los cables BT/MT, por el lado de la demanda no existe sustituibilidad entre dichos productos. Por otro lado, 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.

Asimismo, 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 tanto, el factor esencial que determina la compra de cables BT/MT es el precio y la presión competitiva en este mercado es alta.

Por lo que a su potencia y uso se refiere, los cables BT tienen una potencia por debajo de 1 kV y son utilizados, principalmente, para el cableado de edificios. Los cables MT cubren hasta 33/45 kV y se utilizan preferentemente para la distribución de electricidad (instalaciones subterráneas de poblaciones, parques eólicos, vías de ferrocarril, sectores marítimo y petroquímico).

En relación con su finalidad pueden distinguirse, asimismo, tres tipos de cables: destinados a edificación o domésticos (normalmente BT); cables BT/MT especiales, fabricados conforme a las especificaciones del cliente (aplicados en los sectores ferroviario, construcción naval, telecomunicaciones, petroquímico, parques eólicos, etc.) y cables BT/MT para empresas eléctricas, destinados a la distribución de electricidad.

En cuanto al mercado geográfico, como las prácticas investigadas serían susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio comunitario, ello determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

La resolución recurrida, partiendo de la información aportada por General Cable 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 entiende acreditados una serie de acuerdos de fijación de precios y reparto de proyectos entre fabricantes de cables BT/MT, en segundo lugar, acuerdos de reparto de proyectos entre fabricantes y distribuidores y en tercer lugar, entre distribuidores, que a su vez se subdivide en varios apartados en función, nuevamente, de las empresas intervinientes en los hechos.

CUARTO.- En el caso de COMAPLE la resolución recurrida describe acuerdos con la distribuidora NICSA entre 2007 y 2015 en los siguientes términos:

Año 2007

En marzo de 2007 se produce una cobertura entre las empresas distribuidoras COMAPLE y NICSA, adjuntando NICSA los precios ofertados y proponiendo a COMAPLE que cubra sus precios para el suministro de cables BT/MT para el proyecto ADI-1000, incrementando éstos en un 5-7%. Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 8 de marzo de 2007, con asunto "Oferta Coker Petronor UTE ADI", y documento adjunto "Oferta CABLES DE BT Y MT.xls", recabados en la inspección de NICSA (folios 21774 y 21775).

Posteriormente, en junio de 2007 NICSA le remite a COMAPLE los precios que debe ofertar a PETRONOR. Correos electrónicos de NICSA a COMAPLE de 14 y 15 de junio de 2007, con asunto "Petronor Energía», y documento adjunto "Oferta CABLES DE BT Y MT (Comaple).xls", recabados en la inspección de NICSA (folios 21785 a 21788).

Año 2008

En febrero de 2008 consta otra cobertura de NICSA a COMAPLE en relación con el proyecto PUERTOLLANO:

"(...), estos son los precios de venta que podéis dar a la gente de Puertollano: 3.000 Mts. Cable Afumex Firs, RZ1MZ1-0,6/1KV /de 3 x 4 mm2 Precio Unitario: 3,95 Eur. /Mt. 3.000 Mts. Cable Afumex Firs, RZ1MZ1-0,6/1KV de 7 x 2,5 mm2 Precio Unitario: 5,41 Eur. /Mt". Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 7 de febrero de 2008, con asunto "Petición de oferta afumex firs Repsol Puertollano", recabado en la inspección de NICSA (folio 21793).

La misma conducta entre estas dos empresas consta acreditada con referencia al proyecto de suministro de cables de energía a PETRONOR el 13 de mayo de 2008, indicando NICSA a COMAPLE los precios que tienen que ofertar. Correos electrónicos entre NICSA y COMAPLE de 13 de mayo de 2008, con asunto "Cables Energía Petronor", y documento adjunto "Precios Comaple", recabados en la inspección de NICSA (folios 21797 a 21799).

Año 2009

Los acuerdos continuaron en el año 2009, en el que vuelve a quedar acreditada la existencia de acuerdos entre NICSA y COMAPLE. Normalmente, las coberturas se realizan por parte de COMAPLE para que NICSA resulte adjudicataria del proyecto. A modo de ejemplo se citan los correos electrónicos intercambiados entre



COMAPLE y NICSA acordando los precios a ofertar en relación con el proyecto de REPSOL en PUERTOLLANO, en el que NICSA manifiesta lo siguiente:

" *ya tengo el precio y plazo para el cable de Prysmian. Podéis mandar a Repsol un precio de 0,93 eur/mt con un plazo de entrega de 5 Semanas*". Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 8 de marzo de 2007, con asunto "Oferta Coker Petronor UTE ADI", y documento adjunto "Oferta CABLES DE BT Y MT.xls", recabados en la inspección de NICSA (folios 21774 y 21775). Correos electrónicos de NICSA a COMAPLE de 14 y 15 de junio de 2007, con asunto "Petronor Energía», y documento adjunto "Oferta CABLES DE BT Y MT (Comaple).xls", recabados en la inspección de NICSA (folios 21785 a 21788).

Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 7 de febrero de 2008, con asunto "Petición de oferta afumex firs Repsol Puertollano", recabado en la inspección de NICSA (folio 21793). Correos electrónicos entre NICSA y COMAPLE de 13 de mayo de 2008, con asunto "Cables Energía Petronor", y documento adjunto "Precios Comaple", recabados en la inspección de NICSA (folios 21797 a 21799)

Correos electrónicos entre NICSA y COMAPLE de 7 de julio de 2009, con asunto "P.118728", recabados en la inspección de NICSA (folio 21909).

Año 2010

En una serie de comunicaciones electrónicas entre ambas empresas fechadas entre el 22 de octubre y el 4 de noviembre de 2010, NICSA da instrucciones a COMAPLE sobre los precios que tiene que ofertar a REPSOL, adjuntándole una hoja Excel con la oferta concreta en cables BT y MT a presentar. Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 22 de octubre de 2010, con asunto "Precios Cable C10", recabados en la inspección de NICSA (folio 22036) y correos electrónicos entre NICSA y COMAPLE de 22 y 25 de octubre y 4 de noviembre de 2010, con asunto "Precios Cable C10", y documento adjunto "Precios Comaple C10.xls", recabados en la inspección de COMAPLE (folios 23479 a 23482).

Año 2011

La cobertura realizada por COMAPLE a NICSA para la licitación de Repsol relativa al Proyecto P-55 consta acreditada en un correo electrónico de 10 de febrero de 2011, en el que, siguiendo la tónica habitual, NICSA le indica a COMAPLE el precio a ofertar a REPSOL. Correos electrónicos entre NICSA y COMAPLE de 10 de febrero de 2011, con asunto "Licitación 8100161235 Repsol Proyecto P-55. Cable MT", recabado en la inspección de NICSA (folio 22054).

En octubre de 2011, NICSA y COMAPLE acuerdan una cobertura en el proyecto de Repsol G43, como refleja el correo electrónico de 28 de octubre de 2011 que NICSA envió a COMAPLE indicándole los precios y condiciones comerciales a ofertar. Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 28 de octubre de 2011, con asunto "Oferta Repsol G43", recabado en la inspección de NICSA (folio 22093).

La cobertura de COMAPLE a NICSA en la presentación de ofertas para el Acuerdo Marco de Repsol para 2012 queda confirmada también en el correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 12 de diciembre de 2011, en el que NICSA le indica a COMAPLE las condiciones específicas que debe ofertar. Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 12 de diciembre de 2011, con asunto "Precios Acuerdo Marco Cables Repsol 2012" (folios 22096 y 22097), recabados en la inspección de NICSA.

Año 2012

En noviembre de 2012 y respecto al proyecto LBO REPSOL, NICSA y COMAPLE se intercambiaron información de los precios a ofertar y fijaron el porcentaje y estrategia a seguir, como se evidencia en los dos correos electrónicos que NICSA envió a COMAPLE el 16 de noviembre de 2012 Correos electrónicos entre NICSA y COMAPLE de 7 de julio de 2009, con asunto "P.118728", recabados en la inspección de NICSA (folio 21909). 329 Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 22 de octubre de 2010, con asunto "Precios Cable C10", recabados en la inspección de NICSA (folio 22036) y correos electrónicos entre NICSA y COMAPLE de 22 y 25 de octubre y 4 de noviembre de 2010, con asunto "Precios Cable C10", y documento adjunto "Precios Comaple C10.xls", recabados en la inspección de COMAPLE (folios 23479 a 23482). 330 Correos electrónicos entre NICSA y COMAPLE de 10 de febrero de 2011, con asunto "Licitación 8100161235 Repsol Proyecto P-55. Cable MT", recabado en la inspección de NICSA (folio 22054). 331 Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 28 de octubre de 2011, con asunto "Oferta Repsol G43", recabado en la inspección de NICSA (folio 22093). 332 Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 12 de diciembre de 2011, con asunto "Precios Acuerdo Marco Cables Repsol 2012" (folios 22096 y 22097), recabados en la inspección de NICSA, indicando porcentaje y estrategia a seguir, como se evidencia en los dos correos electrónicos que NICSA envió a COMAPLE el 16 de noviembre de 2012:

"(...) os adjunto los precios para que enviéis a Repsol" "(...) a los precios que os he enviado restarles un 9%, para ponerlos más cerca de nuestros precios." Correos electrónicos de NISCA a COMAPLE de 16 de noviembre de 2012, con asunto "LBO Repsol", recabados en la inspección de NISCA (folio 22127).

Año 2013

En el año 2013, rompiendo con la tónica habitual de participación de cada empresa en los acuerdos, COMAPLE, a través de un correo electrónico de 20 de febrero de 2013, solicita a NISCA la cobertura de oferta. Ello se reitera en los correos electrónicos de COMAPLE a NISCA de 12 y 14 de marzo de 2013 para el proyecto PLANTA GENERADORA DE HIDRÓGENO Nº 2 EN MÉXICO, cuyo cliente final es PEMEX y en la licitación lanzada por OHL INDUSTRIAL, S.L/TECNIMONT KT/C.I. TAPIA, S.A. Correo electrónico de COMAPLE a NISCA de 20 de febrero de 2013 con asunto "RV: OFERTA B40292_PLANTA DE HIDROGENO 2_CADEREYTA_PEMEX_PETICION OFERTA-HANDSWITCH (BULK MATERIAL)" (folio 23706), correo electrónico de COMAPLE a NISCA de 12 de marzo de 2013 (folio 23703) y correo electrónico de COMAPLE a NISCA de 14 de marzo de 2013 (folio 23693), recabados en la inspección de COMAPLE.

Año 2014

En marzo de 2014, NISCA, mediante correo electrónico de 5 de marzo de 2014 intercambia información con COMAPLE al objeto de que la cubra en el proyecto SAUDI WASTE WATER/NIC14-0241/Grounding material:

"(...) Adjunto te envío un Excel con los precios con los que nos tenéis que cubrir, según lo hablado (...)" Correo electrónico de NISCA a COMAPLE de 5 de marzo de 2014, con asunto "Saudi waste water/NIC14-0241/ Grounding material" (folios 23718 y 23719), recabados en la inspección de COMAPLE.

En septiembre de 2014 en el proyecto Oferta cables MT + Terminales NOVISAD se da cobertura entre NISCA y COMAPLE, como evidencia el correo electrónico que envía NISCA a COMAPLE el 24 de septiembre de 2014:

"(...) Me dijo ayer... que nos cubríais en esta oferta. Estos son los datos (650m del cable de MT + 2 kits terminales): - Precio con el que podéis ofertar directamente: 33.610,05€ - Condiciones: - FOB Italian Port - 3 meses de plazo. Correo electrónico de NISCA a COMAPLE de 24 de septiembre de 2014, con asunto "Oferta cables MT + Terminales Novisad" (folio 23795), recabado en la inspección de COMAPLE.

Correos electrónicos de NISCA a COMAPLE de 16 de noviembre de 2012, con asunto "LBO Repsol", recabados en la inspección de NISCA (folio 22127). Correo electrónico de COMAPLE a NISCA de 20 de febrero de 2013 con asunto "RV: OFERTA B40292_PLANTA DE HIDROGENO 2_CADEREYTA_PEMEX_PETICION OFERTA-HANDSWITCH (BULK MATERIAL)" (folio 23706), correo electrónico de COMAPLE a NISCA de 12 de marzo de 2013 (folio 23703) y correo electrónico de COMAPLE a NISCA de 14 de marzo de 2013 (folio 23693), recabados en la inspección de COMAPLE. Correo electrónico de NISCA a COMAPLE de 5 de marzo de 2014, con asunto "Saudi waste water/NIC14-0241/Grounding material" (folios 23718 y 23719), recabados en la inspección de COMAPLE. 336 Correo electrónico de NISCA a COMAPLE de 24 de septiembre de 2014, con asunto "Oferta cables MT + Terminales Novisad" (folio 23795), recabado en la inspección de COMAPLE.

En la inspección de COMAPLE se recabó el cuadro denominado "Ofertas donde cubrimos a NISCA-2014-", de fecha 14 de octubre de 2014 que incluye un total de 11 proyectos, todos ellos de 2014:

Puertollano Repsol, Tecnical-TR, Saudi Kayan/Intecsa Industrial, Cartagena Repsol, Tarragona Repsol, Pampilla Repsol, Apache Técnicas Reunidas, Foster Wheeler Low Voltage, Initec Energía, Duro Felguera y Foster Wheeler Medium Voltage. Fichero electrónico de 14 de octubre de 2014 titulado "Ofertas.xls", recabado en la inspección de COMAPLE (folio 23477).

Año 2015

El 26 de enero de 2015 NISCA envió un correo electrónico a COMAPLE en el que expresamente le pregunta si les van a cubrir en relación a un proyecto:

"(...) Hemos recibido la petición de oferta adjunta. Entendemos que vosotros también, Podrían indicarnos si nos van a cubrir? Te llamé pero estabas reunido...". Correo electrónico de NISCA a COMAPLE de 26 de enero de 2015 con asunto "Rm: UMM WUAL INFRASTRUCTURES, UTILITIES & OFFSITES PROJECT-RFQ no.MD-513-79PL-EG-EL-REQ-2001- EARTHINGAND LIGHTNING MATERIAL - NISCA // NIC15-0076" (folio 23840), recabado en la inspección de COMAPLE.

El 30 de enero de 2015 y en relación a ese proyecto, NISCA envió un correo electrónico a COMAPLE señalándole, en contra de lo habitual, que sería NISCA la que cubriría a COMAPLE:

"(...) Os cubrimos, por favor enviar en el transcurso del día los precios para poder presentar el lunes. Nisca irá con los proveedores que hemos consultado por nuestra cuenta, pero con los precios objetivos que nos indiquéis



vosotros." Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 30 de enero de 2015 con asunto "Rm: UMM WUAL INFRASTRUCTURES, UTILITIES & OFFSITES PROJECT-RFQ no.MD-513-79PL-EG-EL-REQ-2001- EARTHINGAND LIGHTNING MATERIAL - NICSA // NIC15-0076" (folio 23840), recabado en la inspección de COMAPLE.

En 2015 también se acredita la cobertura entre NICSA y COMAPLE para el proyecto CABLES DE BAJA TENSIÓN, BAMBOO PROJECT, según se evidencia en correo electrónico interno de NICSA de 13 de mayo de 2015:

Fichero electrónico de 14 de octubre de 2014 titulado "Ofertas.xls", recabado en la inspección de COMAPLE (folio 23477).

Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 26 de enero de 2015 con asunto "Rm: UMM WUAL INFRASTRUCTURES, UTILITIES & OFFSITES PROJECT-RFQ no.MD-513-79PL-EG-EL-REQ-2001- EARTHINGAND LIGHTNING MATERIAL - NICSA // NIC15-0076" (folio 23840), recabado en la inspección de COMAPLE.

Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 30 de enero de 2015 con asunto "Rm: UMM WUAL INFRASTRUCTURES, UTILITIES & OFFSITES PROJECT-RFQ no.MD-513-79PL-EG-EL-REQ-2001- EARTHINGAND LIGHTNING MATERIAL - NICSA // NIC15-0076" (folio 23840), recabado en la inspección de COMAPLE.

" *Comaple tb tiene esta consulta. En cuanto ofertemos también les daremos precio a ellos para que nos cubran.*" Correo electrónico de interno de NICSA de 13 de mayo de 2015, con asunto "RFQ BAMBOO Project nº 10000-1272 suppl.00 - L.V CABLES - NICSA", recabado en la inspección de NICSA (folio 22146).

Y en correos electrónicos internos de NICSA de 19 de mayo de 2015 y entre NICSA y COMAPLE de 21 de mayo de 2015, se evidencia la cobertura entre NICSA y COMAPLE para el proyecto CABLES DE BAJA TENSIÓN PARA DUBA MINATITLÁN:

"(...) *Esta es la económica de lo que hemos presentado a TR (Viakon). A continuación, te envió la técnica para que saques las fichas técnicas de ahí. Aquí moveros entre un 3.4% y un 4% arriba - Y tb te mando a continuación la oferta de General Cable. Yo ofertaría con ellos las partidas de los calibres más grandes (250, 350, 500 KCms, etc.), para tener algo diferente. Aquí considerar un 3.5% más caro (...)*"

"[...] *Adjunto te envió la oferta que vamos a presentar, importe total 5.612.668,81 USD, embalaje + transporte a obra incluido y 17 semanas de plazo; es un +3,79 % sobre vuestra oferta. Ofertamos con Viakon para las secciones pequeñas y con GC para las secciones grandes según tus indicaciones.*

Dame tu ok para presentar, tenemos que presentar hoy sin falta." "[...]"

Solo confirma k las partidas de calibres grandes no estén más caras de un 1% con respecto a las nuestras. Con eso estaréis por encima nuestro, pero por debajo de Viakon."

"[...] *Ok, para hacer lo que me dices, las partidas de cable de sección pequeña tendrían que ir un 5,813 más caros que vuestros precios. Nuestra oferta quedaría en 5.604.195,58 USD (+3,637% sobre vuestra oferta). Dame el visto bueno y aunque sea la presento mañana a primera hora.*" Correo electrónico interno de NICSA de 19 de mayo de 2015 con asunto "RV: Oferta Económica Cable Baja Tensión, Duba Minatitlan, Técnica Reunidas" y correos electrónicos de 21 de mayo de 2015 entre COMAPLE a NICSA con asunto "RE: Oferta Económica Cable Baja Tensión, Duba Minatitlan, Técnica Reunidas", recabados en la inspección de COMAPLE (folios 23910 a 23912).

En junio de 2015, continúan las coberturas entre NICSA y COMAPLE para cables BT/MT, como se evidencia en los correos electrónicos de 17 de junio de 2015 de COMAPLE a NICSA para el proyecto PLANTA FV PANAMA:

"(...) *Ofertamos un 1% por debajo de los precios que nos habéis mandado? O un 1% quitando el 5% de margen que habéis cargado? O para quedarnos un 1% por debajo de GC?*" Correo electrónico interno de NICSA de 19 de mayo de 2015 con asunto "RV: Oferta Económica Cable Baja Tensión, Duba Minatitlan, Técnica Reunidas" y correos electrónicos de 21 de mayo de 2015 entre COMAPLE a NICSA con asunto "RE: Oferta Económica Cable Baja Tensión, Duba Minatitlan, Técnica Reunidas", recabados en la inspección de COMAPLE (folios 23910 a 23912).

Correo electrónico de COMAPLE a NICSA de 17 de junio de 2015, con asunto "Oferta Económica, Planta FV, Panamá", recabado en la inspección de NICSA (folio 22155) y correo electrónico de 17 de junio de 2015 de COMAPLE a NICSA con asunto "RE: Oferta Económica, Planta FV, Panamá", recabado en la inspección de COMAPLE (folios 23989 y 23990).

Recoge además la resolución recurrida en una tabla elaborada por la Dirección de Competencia, los 25 proyectos en los que COMAPLE y NICSA se dieron cobertura desde al menos marzo de 2007 hasta junio de 2015, de acuerdo con las evidencias recabadas en las inspecciones de NICSA y COMAPLE.

De aquí deduce la resolución recurrida que generalmente COMAPLE, aunque en alguna ocasión puntual sería NICSA, presentaba ofertas de cobertura para la otra empresa distribuidora en relación con un total de 25



proyectos para el suministro de cables BT/MT a determinados clientes, con el objeto de que NICSA fuese la adjudicataria del citado proyecto, constando acreditado que NICSA indicaba a COMAPLE la oferta concreta que tenía que presentar al cliente para "cubrirle".

Ello integra, según la resolución recurrida, 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.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia la vulneración del art. 24 CE ante la falta de acreditación de una infracción del artículo 1 LDC y art. 101 TFUE consistente en un acuerdo de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT.

A su juicio, la resolución no acredita la existencia del supuesto acuerdo e incumple la carga de la prueba de la infracción, infringiendo su derecho a la presunción de inocencia porque no existe una sola prueba directa en el expediente que acredite que COMAPLE tenía un acuerdo de reparto de los Proyectos con NICSA.

Considera que la resolución sancionadora no prueba la conexión entre los indicios y la infracción. Los indicios constan acreditados: una serie de comunicaciones por las que NICSA indicaba a COMAPLE las ofertas que esta realizó para los Proyectos. Sin embargo, no se razona la relación que debe existir entre los indicios mencionados y la conducta anticompetitiva consistente en un acuerdo bilateral de reparto de los mencionados proyectos.

Para explicar la inexistencia de ese razonamiento se refiere la actora a la presencia residual en el mercado de COMAPLE y el hecho de no haber resultado adjudicataria de ninguno de los proyectos de suministro de cables BT/MT a que se refiere la Resolución.

Explica que si NICSA quisiera llegar a un acuerdo bilateral de reparto de proyectos con alguien no lo haría con una empresa que tiene una presencia residual en este mercado y que no constituye para ella ni para ningún otro operador una presión competitiva para la obtención de proyectos de suministro de cable de BT/MT a clientes. Ese acuerdo debería realizarlo con fabricantes o con grandes distribuidores que son aquellos con los que competiría en los proyectos de suministro de cables BT/MT. COMAPLE tenía una presencia residual en el mercado de suministro de cables BT/MT, e inexistente en el canal de comercialización de grandes clientes. En realidad, COMAPLE no es un competidor de NICSA ni de ningún fabricante o distribuidor para la venta de cables BT/MT para grandes clientes, de forma que ni siquiera estaríamos en presencia de un acuerdo horizontal.

La imputación descansa necesariamente en la consideración de COMAPLE como competidor creíble en el mercado de suministro de cables de BT/MT, y particularmente en el canal de comercialización de grandes clientes, sin lo cual carecería de sentido llegar a un acuerdo bilateral con mi representada. Razón por la cual deviene esencial para la Resolución mantener la condición de COMAPLE de competidor en el mercado de suministro de cables de BT/MT.

Subsidiariamente, denuncia la infracción de los arts 1 de la LDC y 101 del TFUE porque su conducta no vulnera tales preceptos.

Expone que COMAPLE carece de departamento de asesoría jurídica y de conocimientos en materia de defensa de la competencia, de forma que tenía un nulo conocimiento de las consecuencias que con arreglo a la norma de competencia podía tener una cuestión tan técnica y compleja como es la realización de ofertas a petición de terceros en las especiales circunstancias que concurren en el presente caso.

COMAPLE no es propiamente un distribuidor de cables BT/MT en el período al que se refiere la infracción, en el que esta actividad era puramente residual. Carece de presencia en el canal de comercialización de grandes clientes y no aparece en ninguna de las tablas, cuadros o párrafos en los que a lo largo del expediente sancionador analiza a los principales fabricantes y distribuidores, o en los que se refiere a la cuota de mercado de los mismos. COMAPLE es la única empresa imputada a la que NO se le imputa un acuerdo con un fabricante, que a tenor de la descripción de la Resolución son los que tienen poder de mercado al ser los que suministran a los grandes distribuidores y los que deciden si a un determinado proyecto acuden en solitario o a través de grandes distribuidores. COMAPLE no aparece mencionada en la solicitud de clemencia.

El comportamiento de COMAPLE tiene una explicación alternativa a la coordinación anticompetitiva. COMAPLE dada su relación muy cercana con NICSA, pues esta empresa había sido tradicionalmente su principal cliente, representando un porcentaje elevado de su facturación recibió de NICSA la información sobre la que se ha construido la imputación. La realización de las ofertas indicadas en los Proyectos obedecía únicamente a acceder a una petición de su principal cliente, que se refería a un mercado en el que COMAPLE no tenía ningún interés: su participación en el mercado era residual siendo nula su capacidad para concurrir a este tipo de proyectos.



En tercer lugar, denuncia la falta de proporcionalidad de la sanción.

En concreto, destaca que en ningún caso COMAPLE resultó adjudicataria de ningún proyecto de suministro de cables de BT/MT a los que se refiere la Resolución. Que la duración de la supuesta conducta infractora es idéntica para NICSA y para COMAPLE, y que el volumen de negocios de ambas empresas en el mercado afectado guarda una proporción de más de 1800 veces a favor de NICSA. Que no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes.

Entiende que el tipo sancionador debía ser, como la cuota de mercado, testimonial pues los efectos en el mercado de la supuesta infracción atribuida a COMAPLE no han quedado acreditados y tampoco ha obtenido ningún beneficio de la conducta infractora imputada.

La estricta aplicación de los criterios del artículo 64 de la LDC debe conducir a imponer un tipo sancionador meramente testimonial a COMAPLE, en caso de que se considere acreditada la infracción imputada.

Además, COMAPLE reconoció en las alegaciones formuladas en vía administrativa, desde un primer momento, la existencia de los contactos con NICSA lo que debería de haberse valorado como un atenuante a la hora de determinar la sanción de COMAPLE.

En definitiva, el hecho de que se le aplique un tipo sancionador muy superior al de NICSA, supone una vulneración del principio de proporcionalidad por lo que debe situarse su tipo sancionador por debajo del aplicado a NICSA.

SEXTO.- En relación al primer motivo del recurso en el que la parte recurrente denuncia la vulneración de la presunción de inocencia.

En la sentencia de 27 de junio de 2022, rec. 291/2017, con cita de la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia, decíamos 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, rec 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 concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda".

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de septiembre 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 polidédrico 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)".

La demanda admite que " *los indicios constan acreditados: una serie de comunicaciones por las que NICSA indicaba a mi representada las ofertas que COMAPLE realizó para los Proyectos. Sin embargo, no consta un solo razonamiento que permita engarzar, con arreglo a los requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia, los indicios mencionados con una conducta anticompetitiva consistente en un acuerdo bilateral de reparto de los mencionados proyectos.*"

Pues bien, acreditada la existencia de tales indicios cuya realidad no puede negarse, la conclusión a la que llega la Sala es la misma que la resolución recurrida cuando tras relatar las prácticas realizadas afirma que:

[...] consistiendo dichas prácticas en que generalmente COMAPLE [...] presentaba ofertas de cobertura para la otra empresa distribuidora en relación con un total de 25 proyectos para el suministro de cables BT/MT a determinados clientes, con el objeto de que NICSA fuese la adjudicataria del citado proyecto, constando acreditado que NICSA indicaba a COMAPLE la oferta concreta que tenía que presentar al cliente para "cubrirle".

A juicio de la Sala, esa finalidad que perseguía la oferta realizada por COMAPLE integra la conducta ilícita que no se ve desvirtuada por las alegaciones de la actora.

Sostiene COMAPLE que tenía una presencia residual en el mercado de suministro de cables de BT/MT e inexistente en el canal de comercialización de grandes clientes por lo que la apreciación de la CNMC carece de racionalidad económica porque si NICSA quisiera llegar a un acuerdo bilateral de reparto de proyectos con alguien, no lo haría con una empresa que tiene una presencia residual en este mercado y que no constituye para ella ni para ningún otro operador una presión competitiva para la obtención de proyectos de suministro de cable de BT/MT a clientes. Ese acuerdo debería realizarlo con fabricantes o con grandes distribuidores, que son aquellos con los que competiría en los proyectos de suministro de cables BT/MT.

Ofrece una explicación alternativa a la coordinación anticompetitiva consistente en que COMAPLE tenía una relación muy cercana con NICSA, pues había sido tradicionalmente su principal cliente (no un competidor), representando un porcentaje elevado de su facturación. Por tanto, la realización de las ofertas indicadas en los Proyectos por parte de COMAPLE obedecía a acceder a una petición de su principal cliente, que se refería a un mercado en el que ella no tenía ningún interés.

Tal explicación, que no ofrece una motivación económica racional y lícita a su conducta, respondería, según COMAPLE, a la voluntad de agradar a su principal cliente, pero no se corresponde con las conversaciones mantenidas con NICSA, reflejadas en los correos transcritos cuya realidad no se discute y que ponen de manifiesto la presentación de ofertas por quien sabe que no va a ser adjudicataria. Refleja la voluntad consciente de COMAPLE de participar en una licitación alterando artificialmente su desarrollo. Es cierto que normalmente, las coberturas se realizan por parte de COMAPLE para que NICSA resulte adjudicataria del proyecto, pero hay ocasiones en que es al revés.

Así, COMAPLE, a través de un correo electrónico de 20 de febrero de 2013, solicita a NICSA la cobertura de oferta. Ello se reitera en los correos electrónicos de COMAPLE a NICSA de 12 y 14 de marzo de 2013 para el proyecto PLANTA GENERADORA DE HIDRÓGENO N° 2 EN MÉJICO, cuyo cliente final es PEMEX y en la licitación lanzada por OHL INDUSTRIAL, S.L/TECNIMONT KT/C.I. TAPIA, S.A. Correo electrónico de COMAPLE a NICSA de 20 de febrero de 2013 con asunto "RV: OFERTA B40292_PLANTA DE HIDROGENO 2_CADEREYTA_PEMEX_PETICION OFERTA-HANDSWITCH (BULK MATERIAL)" (folio 23706), correo electrónico de COMAPLE a NICSA de 12 de marzo de 2013 (folio 23703) y correo electrónico de COMAPLE a NICSA de 14 de marzo de 2013 (folio 23693), recabados en la inspección de COMAPLE.

Asimismo, el 30 de enero de 2015 y en relación al proyecto "Rm: UMM WUAL INFRASTRUCTURES, UTILITIES & OFFSITES PROJECT-RFQ no.MD-513-79PL-EG-EL-REQ-2001- EARTHINGAND LIGHTNING MATERIAL - NICSA // NIC15- 0076" NICSA envió un correo electrónico a COMAPLE señalándole, en contra de lo habitual, que sería NICSA la que cubriría a COMAPLE.

"(...) Os cubrimos, por favor enviar en el transcurso del día los precios para poder presentar el lunes. Nicsa irá con los proveedores que hemos consultado por nuestra cuenta, pero con los precios objetivos que nos indiquéis vosotros." Correo electrónico de NICSA a COMAPLE de 30 de enero de 2015 con asunto "Rm: UMM WUAL INFRASTRUCTURES, UTILITIES & OFFSITES PROJECT-RFQ no.MD-513-79PL-EG-EL-REQ-2001- EARTHINGAND LIGHTNING MATERIAL - NICSA // NIC15-0076" (folio 23840), recabado en la inspección de COMAPLE.

La lectura de las conversaciones que describen los correos intervenidos refleja la presentación de ofertas de cobertura para conseguir el reparto de proyectos que revelan una conducta de coordinación anticompetitiva



acreditada desde marzo de 2007 hasta junio de 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.

En marzo de 2007, por primera vez se acredita una cobertura entre las empresas distribuidoras COMAPLE y NICSA, adjuntando NICSA los precios ofertados y proponiendo a COMAPLE que cubra sus precios para el suministro de cables BT/MT para el proyecto ADI-1000, incrementando éstos en un 5-7%³⁹³.

Posteriormente, en junio de 2007, NICSA le remite a COMAPLE los precios que debe ofertar a PETRONOR. Posteriormente, se han acreditado contactos y acuerdos cada año hasta el año 2015. Así, en junio de 2015 continúan las coberturas entre NICSA y COMAPLE para cables BT/MT, como se evidencia en los correos electrónicos de 17 de junio de 2015 de COMAPLE a NICSA para el proyecto PLANTA FV PANAMÁ:

"(...) Ofertamos un 1% por debajo de los precios que nos habéis mandado? O un 1% quitando el 5% de margen que habéis cargado? O para quedarnos un 1% por debajo de GC?". Correo electrónico de COMAPLE a NICSA de 17 de junio de 2015, con asunto "Oferta Económica, Planta FV, Panamá", recabado en la inspección de NICSA (folio 22155) y correo electrónico de 17 de junio de 2015 de COMAPLE a NICSA con asunto "RE: Oferta Económica, Planta FV, Panamá", recabado en la inspección de COMAPLE (folios 23989 y 23990).

Las empresas se cubrían las unas a las otras en los procedimientos de licitación presentando ofertas simuladas para asegurarse el ganador previamente pactado y luego repartirse el contrato entre todas. La presencia residual de COMAPLE en el mercado de suministro de cables de BT/MT e inexistente en el canal de comercialización de grandes clientes solo se explica por la participación voluntaria y consciente de la distribuidora COMAPLE en una conducta consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT con NICSA.

Y es que si COMAPLE se presenta a proyectos de suministro de cables BT/MT al margen de que pueda o no realizarlos, es porque el pacto implica que el contrato será adjudicado a NICSA y, por eso, COMAPLE ofrece precios más altos que su competidor.

No ofrece duda, a juicio de la Sala, el carácter anticompetitivo de la conducta de COMAPLE.

SÉPTIMO.- Finalmente, COMAPLE denuncia la falta de proporcionalidad de la sanción que le ha sido impuesta que lógicamente debe entenderse por comparación a la sanción de NICSA.

No discute COMAPLE la calificación de la conducta como constitutiva de una infracción única y continuada constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT entre las dos empresas distribuidoras.

Tampoco discute las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas ni la metodología seguida para concretar la sanción.

Critica únicamente que el tipo sancionador aplicado a COMAPLE, el 3,5% es superior al de NICSA, el 1,6% y que para concretar el tipo sancionador definitivo a imponer a COMAPLE se debería haber aplicado un factor de corrección adicional: el de la cuota de participación en la infracción única y continuada apreciada en el expediente. Es decir, en qué medida la infracción continuada resultaba imputable a NICSA y en qué medida lo era a COMAPLE.

A juicio de la Sala, puesto que la fijación de la sanción responde a una metodología en la que se valoran los diferentes criterios del art. 64 de la Ley 15/2007, la desproporción habrá que apreciarla respecto del resultado final, la sanción finalmente impuesta que, en este caso, es de 22.491 euros a COMAPLE frente a 90.135 euros de NICSA, cuatro veces más.

La resolución explica que el volumen de negocios en el mercado afectado de COMAPLE es la mitad (98.296 euros) que el de NICSA (181.180.964 EUROS) porque la cuota de COMAPLE en el mercado de BT/MT es, como destaca la actora, residual. Asimismo, destaca que los mayores beneficios derivados de los contratos los ha obtenido NICSA al ser su adjudicataria final.

Lo que determina un tipo infractor menor es la consideración de que NICSA ya es sancionada en el cartel de fabricantes con 264.772 euros. Por esa razón, se le aplica un tipo sancionador de 1,6% teniendo en cuenta que su volumen de negocios total en 2016 es de 5.633.450 euros, muy superior al de COMAPLE que es de 642.590 euros.

A juicio de la Sala, la diferencia de tipo sancionador entre una y otra empresa que han realizado la misma conducta se encuentra motivada y es razonable.

A partir de ahí, la sanción impuesta a COMAPLE, por importe de 22.491 euros, la menor impuesta al resto de empresas sancionadas es proporcionada respecto a la de NICSA 90.135 euros de NICSA, cuatro veces más.



Tampoco procede aplicar atenuante alguna pues lo que la actora hace una vez que tiene conocimiento de los correos intervenidos es no cuestionar la infracción a la vista de los términos que estos reflejan, pero eso no supone colaboración alguna que justifique una atenuación de su conducta.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a COMAPLE.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a COMAPLE, dada la desestimación del recurso.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D^a Ascensión Gracia López Orcera, en nombre y representación de **COMAPLE S.L.** contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 21 de noviembre de 2017, por la que se le impone una sanción de 22.491 euros por la comisión de una infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables de baja y media tensión, resolución que declaramos conforme a derecho en cuanto a la sanción impuesta a la actora.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.