



Roj: **SAN 2603/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2603**

Id Cendoj: **28079230062023100336**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **54/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000054 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00470/2018

Demandante: NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.

Procurador: DON ARTURO ROMERO BALLESTER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

Dª. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veintitrés.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **54/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad **NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.** representada por el procurador don Arturo Romero Ballester contra la resolución de 21 de noviembre de 2017, expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se la declara responsable y sanciona por infracciones de competencia.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso con anulación de la resolución impugnada.

TERCERO.- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 8 de marzo del año en curso, continuando, no obstante, la deliberación hasta el día 3 de mayo.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso deducido por la entidad NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A. (en adelante NICSA), contra la resolución de 21 de noviembre de 2017, expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia por la que se la declara responsable y sanciona por infracciones de competencia. En la parte dispositiva de la resolución impugnada, se indicaba:

« [P]rimero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 6/1989 y de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE .

(...)

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:

- 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.

(...)

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:

(...)

c) En el cártel de NICSA y fabricantes:

(...)

NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.: 264.772 euros

(...)

e) En el cártel entre NICSA y COMAPLE:

(...)

NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.: 90.135 euros [...]» .

Como resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

1.- El 28 de noviembre de 2014, la empresa GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. (GC), 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.

2.- A la vista de la información recibida y de conformidad con el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), la Dirección de Competencia (DC) inició una información reservada, en la que se practicaron diferentes actuaciones, concediendo el 30 de junio de 2015, la Dirección de Competencia concedió la exención condicional a GC y a su matriz GENERAL CABLE CORPORATION.

3.- El 24 de febrero de 2016, la DC acordó la incoación del expediente sancionador, en el que se suscitaron diversas disputas de orden procedimental, 3 de enero de 2017, el instructor dictó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), al que presentaron los implicados las correspondientes alegaciones.

4.- El 20 de abril de 2017, la DC acordó la propuesta de resolución del procedimiento que fue elevada a la Sala de Competencia de la CNMC con fecha 29 de mayo de 2017.

5.- El 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, dándose el trámite para alegaciones, tras lo que se dictó el acuerdo objeto del presente recurso.

6.- La resolución apreció la existencia de diferentes infracciones entre las empresas implicadas:

« [P]rimero. 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 CABLE SISTEMAS, S.L.U. y solidariamente su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L.

- PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A.

- TOP CABLE, S.A.

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

- 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. [...]».

SEGUNDO.- La recurrente NICSA insta la anulación del acuerdo sancionador y lo explica por varios motivos. En primer lugar alega la falta de jurisdicción de la CNMC para examinar las conductas imputadas a NICSA en relación con los proyectos internacionales. Sostiene que la mayoría de dichos proyectos se ejecutaron fuera del Espacio Económico Europeo (EEE), para clientes ubicados también fuera del territorio del EEE y, en



consecuencia, la normativa europea de competencia no puede aplicarse. Concretamente al menos siete de los proyectos internacionales imputados a NICSA se ejecutaron fuera del EEE, concretamente los proyectos Manifa, Moerdijk, Campo Margarita, Pisco Baja Tensión, Desaladora de Ashod, Líneas de Recolección Campos de Margarita-Huayaca cables MT, Petrokemya, Tan Burrup.

Recordemos que la actora, con domicilio en Madrid, desarrolla, entre otras, la actividad de distribución y venta de cables eléctricos BT/MT desde 1997, aunque también presta servicios de consultoría técnica o consultoría para gestión y estimación de costos en proyectos. Entre sus proveedores se encuentran GC, PRYSMIAN, CABELTE, TOP CABLE y COMAPLE. Es una entidad participada al 99% por ABENGOA, quien participa en las decisiones de carácter estratégico en su condición de socio de control a través de un sistema de autorizaciones, según información facilitada por la propia matriz.

El objeto del expediente sancionador se centra en 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, en especial en Portugal, pero también fuera del Espacio Económico Europeo (EEE). La práctica que se sanciona no excluye proyectos que se materialicen fuera de este ámbito territorial, siempre y cuando el proceso de licitación tenga lugar en España.

En definitiva, el hecho de que algunos proyectos finalmente se ejecutaran fuera del EEE no obsta para considerar aplicable la norma nacional y comunitaria en el presente procedimiento, ni permite la exclusión de los citados proyectos del elenco probatorio.

TERCERO. - En segundo lugar, sostiene NICSA que su relación con los fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN y TOP CABLE es una relación vertical que no puede calificarse como acuerdo de cártel. Los fabricantes están presentes en el mercado de la producción y venta de cables, mientras que NICSA únicamente comercializa los cables que le suministran los fabricantes, sus proveedores.

Tampoco este motivo puede ser acogido puesto que el expediente revela que tanto fabricantes como las distribuidoras competían en el mercado descrito en un mismo plano en relación con los clientes. De hecho, los clientes se entendían directa e indirectamente o con los fabricantes o con las comercializadoras para el reparto de los proyectos. Las diversas reuniones e intercambios de información a los que luego nos vamos a referir revelan que las implicadas actuaban en el mismo plano de competencia, sin subordinación o ascendencia comercial de ningún tipo. El estrato competitivo entre las implicadas, y concretamente el NICSA con las ilícitamente asociadas tenía lugar en francos términos de horizontalidad.

CUARTO. - También cuestiona las pruebas sobre su participación en el acuerdo de cártel con los fabricantes. La carga de la prueba recae sobre la Administración y no puede producirse una inversión de la carga de la prueba, ni obligar a la empresa investigada a demostrar su inocencia.

Este motivo nos obliga al examen de la prueba recogida en el acuerdo sancionador y descender a los concretos elementos incriminatorios destacados por la Autoridad de competencia para imputar las conductas colusorias. El análisis requiere distinguir por entre las pruebas de cargo de los diferentes acuerdos o bloques de acuerdos:

1.- En los acuerdos entre la empresa distribuidora NICSA y las empresas fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE.

A su vez dentro de estos acuerdos debemos diferenciar entre:

(i) El proyecto REPSOL, donde la resolución describe con detalle y precisión el contenido de correos desde el año 2006 a 2012, de los que la demanda no da explicación ni respuesta razonable, y que por el contrario revelan en intercambio de una información entre competidores incompatible con el buen funcionamiento del mercado.

Esta sentencia no va a reproducir uno por uno puesto que tampoco la demanda se va a centrar en cuestionarlos de manera individualizada o pormenorizada. No obstante, a mero título ejemplificativo expondremos alguno de los más relevantes para constatar que la culpabilidad de la conducta está sobradamente acreditada.

Destacamos un correo electrónico de 17 de noviembre de 2006, con asunto «Precios Media Tensión Acuerdo Repsol», con el que acredita un acuerdo de cobertura entre la empresa la actora y la empresa fabricante DRAKA relativo a los cables MT para el Acuerdo Marco de Repsol para 2007. NICSA adjunta la oferta que va a presentar al cliente y le indica a DRAKA el precio y las condiciones comerciales que tiene que ofertar para cubrirle «*[A]djuntamos los precios que va a dar Nicsa para el Acuerdo Marco de la MT. En vuestra oferta debéis cubrir estos precios [...]*».

Otro correo de 20 de noviembre de 2006, en el que NICSA adjunta un fichero Excel con los precios por tipo de cable que ha presentado a REPSOL para el suministro de cables BT atendiendo a una estimación de consumo anual por tipo de cable y con una cotización del cobre a 5900 €/Tm, y en el que indica al fabricante CONTECSA el porcentaje de incremento en los precios de cobertura que debe presentar « *[E]stos son los precios que hemos presentado a Repsol. Vosotros debéis cubrirnos incrementando un 4% - 5% estos precios [...]* ».

De corte parecido el 19 de diciembre de 2006 NICSA envió un correo electrónico a los fabricantes DRAKA, PRYSMIAN y GC adjuntando un fichero Excel en el que se reflejan las mismas estimaciones de consumo de REPSOL para cables de BT llegando a precisar hasta los descuentos.

La continuidad de esta práctica de reparto entre NICSA y DRAKA, PRYSMIAN y GC para el suministro a REPSOL se confirma en anotaciones en la libreta del director comercial de mercado general e Industrias de PRYSMIAN de noviembre de 2007 y a este acuerdo de reparto se sumaría posteriormente NEXANS, constando en anotación en la misma libreta, fechada el 7 de enero de 2008, un primer cuadro de reparto del suministro de los cables BT a REPSOL entre P, G y D (PRYSMIAN, GC y DRAKA) a partes iguales (33% cada uno) y para los cables MT al 50% entre GC y PRYSMIAN, y un segundo cuadro de reparto, dando cabida a NEXANS, redefiniendo los porcentajes de participación de los fabricantes (PRYSMIAN 28%, GC 28%, DRAKA 28% y NEXANS 15% para los cables BT, y PRYSMIAN 37,5%, GC 37,5%, DRAKA 10% y NEXANS 15% para los cables MT) La participación de NEXANS en el citado reparto del suministro de cables a REPSOL, así como la existencia de reuniones entre NICSA y los citados fabricantes, queda confirmada por una anotación contenida en la libreta recabada en el despacho del responsable del Área de Negocio de Cables de NICSA, que aparece encabezada con la indicación «*Reunión Nexans 29/05/08*». Hay correos electrónicos internos de NICSA de 27 de mayo de 2008 sobre la celebración de una reunión entre NICSA y las empresas fabricantes para valorar el descuento en el precio a ofertar a REPSOL, así como los posibles descuentos por parte de PRYSMIAN en otro proyecto del que sería adjudicataria. También se han localizado una serie de anotaciones manuscritas recabadas en la inspección de NICSA, con título « *Reunión Fabricantes 18/10/10* », en la que la distribuidora junto con GC, PRYSMIAN, DRAKA, TÉCNICAS DEL CABLE266 y CONTECSA acuerdan la cobertura que los fabricantes deben hacer a NICSA, tanto de cables MT como de cables BT, fijando los porcentajes.

La explicación de estas anotaciones manuscritas consta en un correo interno de NICSA de 24 de noviembre de 2010, en el que además confirma su reunión con GC, PRYSMIAN y DRAKA, para repartirse el proyecto « *[A]sí están las cosas en el tema cables: (...) Cables de MT. Los fabricantes subieron los costos que tenían en el antiguo AM y nosotros sobre esos costos aumentados, metimos un 10% de margen (salvo en algunas posiciones de cables no armados que pusimos precios de venta por debajo del equivalente en armado para evitar temas como el de Enagás). Los fabricantes cubrían sus costos ante otros competidores con un 30%, con lo que nuestra oferta, en teoría, debería estar un 20% por debajo de los costos que tiene nuestra competencia. Cables de BT. En la reunión con DRK-GC-PRY, se acordó mantener la línea de precios del AM antiguo. Como teníamos ofertas más bajas de Técnicas del Cable y sobre todo de Contecsa, procedimos así item por item: 1) Posiciones en las que Contecsa era más barato: Margen del 7%. (Contecsa hablaba de que nos cubría "con dos dígitos" con lo que estaríamos con unas ventas un 3% más bajos que los costos de nuestra competencia). 2) Posiciones en las que Técnicas era más barato: Margen del 9%. (Técnicas nos cubría con un 15% con lo que estaríamos con unas ventas un 6% más bajos que los costos de nuestra competencia). 3) Posiciones en los que los costos de DRK-GC-PRY eran los más baratos: Margen de un 8% (siempre quedando por debajo de los costos que Técnicas y Contecsa había dado a la competencia) [...]* ».

En este acuerdo entra TOP CABLE, al se refiere la anotación en un cuaderno recabado en la sede de NICSA, fechada con posterioridad al 1 de diciembre de 2010, bajo el título Estrategia Repsol, hace referencia a los acuerdos de cobertura adoptados en la reunión con fabricantes de 18 de octubre de 2010 fijando en un 30% en MT y un 20% en BT.

En el año 2011 destacamos un correo interno de NICSA de 9 de febrero de 2011, en relación con una solicitud de Repsol para Cable MT, en el que se revela sus contactos con TOP CABLE, que se compromete a cubrirla « *[t]ambién he hablado con Top Cable (...) En principio nos van a cubrir, pero el problema va a ser a la hora de repartir, todo el mundo lo quiere y están desesperados por pillar el pedido. [...]* ». En el de agosto de 2011, se acredita la cobertura realizada por NEXANS para la segunda fase de este proyecto « *[T]engo que mandar la estimación para la Fase II de Margarita. Me han mandado la oferta de Nexans y el total de la oferta es de 2.618.000 [...]* »

El 29 de noviembre de 2011 TOP CABLE remitió un correo electrónico a NICSA solicitándole información del del acuerdo marco REPSOL 2012 para poder cubrirlas « *[¿C]uando me pasarás el cuadro del precario de Repsol? Lo necesito para cotizar a tu competencia cubriéndoos tal y como quedamos. Me están apretando. Dime algo [...]* », que fue contestado por NICSA el 30 de noviembre de 2011 contesta a TOP CABLE adjuntando un fichero Excel con una relación detallada de las condiciones comerciales (precios, descuentos, metrajes) pactadas



En 2012 la cobertura de PRYSMIAN a NICSA respecto a una petición de REPSOL-Cartagena se evidencia en una cadena de correos electrónicos fechados entre el 23 y el 29 de febrero de 2012 en los que NICSA solicita a PRYSMIAN que le cubra con un 20%.

(ii) Acuerdos de suministro para otros proyectos, distintos del de REPSOL pero que revelan si dudas la conducta ilícita que se le imputa. Igual que en el anterior, no se da una razonada respuesta a las pruebas incriminatorias de las que también haremos un somero resumen.

En el año 2008 podemos destacar un correo interno de NICSA del 16 de junio respecto del acuerdo con GC y PRYSMIAN en relación con un proyecto para CEPSA. En otro del 16 de septiembre de 2008 consta acreditada una cobertura entre NICSA y el fabricante CONTECSA, en un proyecto a desarrollar en Barcelona para TÉCNICAS REUNIDAS, en el que la primera indica a la segunda el margen al que tienen que ofertar para cubrir su oferta « *[P]uedes presentar oferta a TTRR subiendo los precios que nos has dado un 15% [...]* ».

En el 2009, consta una anotación fechada el 21 de enero de 2009 bajo la rúbrica « *Reunión NEXANS* », que refiere « *[C]uadro año pasado Reparto año pasado. Pasárselo a (empleada de NEXANS) 17-18 febrero reunión en Madrid con NEXANS Enagás precios pasar a (empleada de NEXANS) que nos cubra (igual que Cepsa) [...]* ». En otro correo interno de 14 de abril de 2009, se trata el asunto « *Reunión Fabricantes* », y confirma la participación de GC, PRYSMIAN, NEXANS y DRAKA en el reparto del proyecto C10, con el compromiso de todas ellas para cubrirle en el *preciario* de ENAGÁS, constatándose la celebración de reuniones previas entre los citados 4 fabricantes y la comunicación posterior de los acuerdos adoptados entre ellos en reuniones con NICSA.

En la ejecución del acuerdo de ENAGÁS, la cobertura realizada por DRAKA a NICSA queda confirmada en correos electrónicos de 21 de abril de 2009, adjuntando DRAKA el « *[p]reciario ENAGAS según comentado [...]* », indicándole NICSA las condiciones que tiene que ofrecer al cliente en su oferta directa que se describe con toda exactitud y precisión « *[C]antidad mínima de suministro 500 Mts Cables BT y MT. 1000 Mts. Cables resistentes al fuego. Plazos de entrega: BT: 8- 10 Semanas. MT: 14-16 Semanas. Cables Resistentes al fuego: 12-14 Semanas. Precios para pedidos con cantidades superiores a 1000 Mts. Caso de pedidos con cantidad inferior a 1000 Mts, aumentar un 10% los precios del cable de BT y un 20% el cable de MT. [...]* ».

En el proyecto para PETRONOR, en un correo electrónico interno de NICSA de 2 de junio de 2009 se acredita no sólo la cobertura realizada por PRYSMIAN y GC, sino también el acuerdo de reparto del citado proyecto entre GC, PRYSMIAN, DRAKA y NEXANS « *[L]es pasé el alcance de los cables de energía a Prysmian y General Cable. En costo estamos hablando de 3 millones de euros. Ellos me han pasado un alcance "B" reducido para pasar a los demás como "oficial" y así que se lo repartan entre 4 (DRK, PRY, GC y NXS) [...]* ».

En el reparto entre los fabricantes de los cables de energía BT/MT para el proyecto de PETRONOR consta en un correo electrónico interno de NICSA de 20 de octubre de 2009, en el que se adjunta un Excel con dos pestañas, una relativa a cables MT, que se reparten GC y PRYSMIAN y otra relativa a cables BT, que se reparten entre PRYSMIAN, GC y DRAKA.

En relación con el proyecto con IBERDROLA, consta el 29 de junio de 2009, en un correo electrónico interno de NICSA, en que solicita la cobertura de GC y PRYSMIAN en las ofertas a presentar a clientes finales para resultar adjudicatario y el posterior reparto « *[E]sta semana hay que entregar la oferta del cable de MT, antes de hacerlo, tenemos que tener muy claro que tanto GC como Prysmian nos apoyan sin fisuras [...]* ».

En un correo electrónico de 11 de noviembre de 2009 se acredita que DRAKA cubre a NICSA para que determinados proyectos le sean adjudicados a la actora « *[A]junto la oferta mínima que Draka puede hacer para este proyecto. Te recuerdo: La oferta es exenta de rappel. Todos los cables serán marcados KEMA, exceptuando los de Media Tensión. Te adjunto las hojas de datos de BT, Control w instrumentación. Te enviaré las de MT en un par de días. Por favor, dime el importe de vuestra oferta a TTRR para poder cubrirla con un 3% [...]* ».

En el año 2010 los acuerdos se siguen en la misma línea. Consta una reunión, al menos, con PRYSMIAN y DRAKA para el seguimiento de proyectos internacionales, proponiéndole PRYSMIAN a NICSA que la reunión se haga por videoconferencia desde la sede de FACEL, a lo que NICSA contesta « *[Hola [directivo de DRAKA]: Por problemas de agenda, os proponemos que la reunión de seguimiento de Proyectos Internacionales prevista para este jueves 11/02/10 se realice vía audio conferencia Nicsa (Madrid) - Sede de Facel (Barcelona). Por favor, confirmarnos vuestra aceptación. [...]* ». Las reuniones se materializan en un hotel próximo a FACEL « *[h]emos quedado mañana a las 13h en la calle Enrique Granados/esquina Provenza (En el hotel de siempre, al lado de Facel) Iremos a comer a las 13,30h al Restaurante "La Provenza" (que ya fuimos en una ocasión), en un reservado [...]* ».

Con el proyecto para CEPSA en San Roque (Cádiz), a través de la empresa instaladora IMTECH, constan correos de abril de 2010, en los que PRYSMIAN adjunta su oferta a NICSA y se ofrece a cubrirle ante el cliente final y el

resto de los distribuidores que le han solicitado oferta. La cobertura a NICSA por GC en este proyecto consta en un correo electrónico entre NICSA y GC de 1 de junio de 2010.

En cuanto al reparto de los proyectos internacionales entre NICSA y los fabricantes GC, PRYSMIAN y DRAKA, en unas anotaciones manuscritas recabadas en NICSA y fechadas en octubre de 2010, se refleja el acuerdo entre esas empresas fabricantes para apoyar a NICSA, y un cambio de estrategia con respecto al modo en el que habían realizado las coberturas hasta el momento, fijándose una reunión con los fabricantes el 20 de octubre de 2010 para valorar distintos proyectos.

En el año 2011 en el proyecto para ENAGAS consta un correo de PRYSMIAN a NICSA preguntándole qué tiene que hacer para ofertar « *[V]osotros, podéis cubrir esos precios de costo de Nicsa en un 15% aprox., con lo que vuestra oferta directa a Enagás sería: Cable RHZ1 8.7/15 kV 1x400mm2 Cu (1F) Precio Unitario: 55,25 Eur/Mt Cable RHVMAV 8.7/15 kV 1x240mm2 Cu (1F) Precio Unitario: 45,27 Eur/Mt. ¿Te parece bien? [...]*».

Constan una cadena de correos electrónicos internos de NICSA de 21 y 22 de diciembre de 2011, con relación a la oferta para el proyecto de suministro de cables MT/BT para VOPAK se señala expresamente que GC y DRAKA están de acuerdo en los precios ofertados « *[e]n este tema ¿se pusieron de acuerdo General Cable y Draka? Es porque tengo precios de los cables nuevos de General Cable pero Draka me ha dicho que hoy no me los puede enviar...iba a utilizar los precios de General Cable y meterle el mismo margen que en la oferta anterior ¿OK?" "Están de acuer do." [...]*».

En el año 2012, se destaca un correo electrónico de NICSA a TOP CABLE de 8 de junio de 2012 se evidencia la cobertura prestada por esta última para el proyecto de la DESALADORA DE ASHOD « *[B]uenos días [empleo de TOP CABLE]. ¿La oferta de cables de BT para la desaladora Ashdod, la cubristeis de la misma manera ante el cliente que con la MT, esto es, con un 6%? [...]*».

Este mismo proceso de cobertura se evidencia en el proyecto OFERTA CEPESA TENERIFE en el que NICSA pide explícita y reiteradamente a PRYSMIAN y a DRAKA, matriz de PRYSMIAN, que le cubra a través de dos correos electrónicos de 18 de junio de 2012. Estrategia que se repite en el proyecto de las LÍNEAS DE RECOLECCIÓN CAMPOS DE MARGARITA-HUAYACA CABLES MT, en el que NICSA mediante correo electrónico a GC de 29 de junio de 2012 pregunta a GC con qué % les cubriría « *[¿C]ómo cubrirís nuestra oferta (porcentaje)? [...]*», en el correo electrónico de 28 de agosto de 2012 NICSA confirmó para ese proyecto el porcentaje de cobertura a PRYSMIAN en su oferta directa.

En octubre de 2012 continua la dinámica de cobertura a las ofertas entre GC y NICSA, en el proyecto PETROKEMMYA, que se refleja en los correos electrónicos de 22 de octubre de 2012. Por último en los correos electrónicos internos de NICSA de 14 de diciembre de 2012 queda constancia de la cobertura realizada por TOP CABLE en el proyecto Cables de MT ENJUTO ENAGAS.

En el año 2013 se mantienen los acuerdos de reparto entre NICSA, GC y PRYSMIAN respecto a IBERPOTASH, y se destaca por el solicitante de clemencia, en los correos electrónicos internos de TOP CABLE de 14 y 15 de marzo y 3 de mayo de 2013 que pone de manifiesto que TOP CABLE y el cliente sospechan de la existencia de un reparto entre NICSA, PRYSMIAN y GC « *[E]l año pasado el pedido se lo llevo Prysmian con Nicsa (este aparece en todas las fiestas grandes) y ascendía casi a 1.000.000€. Da la casualidad que un año es GGC y otro Prysmian y casi siempre por no decir siempre es con el mismo (...). Según el cliente el jefe de compras no vería con malos ojos otro posible proveedor ya que sospecha que tienen un monopolio estos dos fabricantes y se lo hacen pagar. [...]*».

A título de resumen el acuerdo sancionador hace suyo una tabla elaborada por la DC en la que se reflejan los 31 proyectos que NICSA se ha repartido desde 2006 hasta 2013 con las empresas fabricantes GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE. Y lo más importante, la demanda no ha sabido dar una respuesta satisfactoria o razonable que explique este tipo de prácticas entre empresas competidoras, incompatibles con el Derecho de la competencia.

2.- Acuerdos entre las distribuidoras NICSA y COMAPLE.

Se inicia en el año 2007. En el mes de marzo 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%. En junio de 2007 NICSA le remite a COMAPLE los precios que debe ofertar a PETRONOR.

En febrero del 2008 se documenta la cobertura de NICSA a COMAPLE en relación con el proyecto PUERTOLLANO « *[e]stos 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" [...]*». Conducta que se repite entre estas dos empresas y 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.

En el año 2009, se sigue manteniendo este comportamiento entre ambas empresas y a modo de ejemplo cita el acuerdo sancionador 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 « [y]a 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 [...]».

En el 2010, se producen más comunicaciones electrónicas entre ambas empresas fechadas entre el 22 de octubre y el 4 de noviembre de 2010, donde 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.

En el año 2011, consta un correo electrónico de 10 de febrero de 2011 la cobertura realizada por COMAPLE a NICSA para la licitación 8100161235 de Repsol relativa al Proyecto P-55. NICSA le indica a COMAPLE el precio a ofertar a REPSOL. En octubre de 2011 NICSA y COMAPLE acuerdan una cobertura en el proyecto de Repsol G43, como se evidencia en el correo electrónico de 28 de octubre de 2011 que NICSA envió a COMAPLE indicándole los precios y condiciones comerciales a ofertar.

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.

En noviembre de 2012 y respecto al proyecto LBO REPSOL, NICSA y COMAPLE se intercambiaron información de los precios a ofertar y fijaron el electrónicos que NICSA envió a COMAPLE el 16 de noviembre de 2012 « [o]s 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. [...]»

En el año 2013, es COMAPLE la que, a través de un correo electrónico de 20 de febrero de 2013, solicita a NICSA la cobertura de oferta. 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.º 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.

En el 2014, NICSA en un correo electrónico de 5 de marzo intercambia información con COMAPLE al objeto de que la cubra en el proyecto SAUDI WASTE WATER/NIC14-0241/Grounding material « [A]djunto te envío un Excel con los precios con los que nos tenéis que cubrir, según lo hablado [...]».

En septiembre de 2014 en el proyecto Oferta cables MT + Terminales NOVISAD se da cobertura entre NICSA y COMAPLE, y se refleja en el correo electrónico que envía NICSA a COMAPLE el 24 de septiembre de 2014 « [M]e 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 - Tolerancia: -3%/+3% - Embalaje marítimo incluido - Validez de la oferta: 30 días - Cotización del cobre: 5344€/Ton [...]». En la inspección de COMAPLE se recabó el cuadro denominado «Ofertas donde cubrimos a NICSA-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.

El 26 de enero de 2015 NICSA envió un correo electrónico a COMAPLE en el que expresamente le pregunta si les van a cubrir con relación a un proyecto « [H]emos recibido la petición de oferta adjunta.

Entendemos que vosotros también, Podrían indicarnos si nos van a cubrir? Te llamé pero estabas reunido [...]». El 30 de enero de 2015 y con relación a ese proyecto, NICSA envió un correo electrónico a COMAPLE señalándole, en contra de lo habitual, que sería NICSA la que cubriría a COMAPLE « [o]s 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. [...]».

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 « [E]n cuanto ofertemos también les daremos precio a ellos para que nos cubran. [...]».

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 « [E]sta 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 (...) Ajunto te envío 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 [...]».

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 « [O]fertamos 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? [...]».

También destacamos una tabla, elaborada por la DC donde se reflejan los 25 proyectos en los que COMAPLE y NICSA se dieron cobertura desde al menos marzo de 2007 hasta junio de 2015.

Solo por concluir, la corroborar que los acontecimientos descritos sí revelan la conducta imputada y por los periodos incluidos, sin que nada de lo dicho por el escrito de demanda desvirtúe el criterio seguido por la CNMC.

A pesar de que se dice por la actora que hay una ausencia de efectos de las conductas imputadas a NICSA junto a los fabricantes, no debemos olvidar que estamos ante una infracción por objeto, por lo que a pesar de los eventuales perjuicios que hubiera podido ocasionar en el mercado, para que sea sancionada no requiere, en este momento, que sean acreditados. Los intercambios de información y las coberturas versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que jamás de debieron intercambiar y que no se podrían haber obtenido de otro modo. Este comportamiento, por sí solo, es suficiente para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia directa de alterar el mercado y al consumidor que no se benefició de los menores precios con propuestas no condicionadas por los previos acuerdos entre de los competidores.

QUINTO.- También cuestiona que la calificación de la infracción imputada a NICSA en relación con los fabricantes sea calificada como infracción muy grave. Debería calificarse, en todo caso, como infracción grave. Anuda las consecuencias de esta calificación a la prescripción de acción para sancionar.

Sobre esta alegación solo decir que estamos ante una infracción de cártel que son calificadas por el artículo 62.4.a) de la LDC, como infracción muy grave, por lo que ni la calificación, ni los límites temporales fijados en la resolución sancionadora son contrarios a Derecho.

SEXTO.- Por último, invoca la desproporcionalidad y la falta de motivación de las sanciones.

Las quejas sobre motivación y proporcionalidad en las sanciones impuestas por la CNMC en materia de competencia vienen siendo habituales y conocidas por las decisiones de esta Sala. En primer término, la cuantificación de la sanción se llevó a cabo siguiendo las líneas trazadas por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013E, que no vamos a reproducir por ser de sobra conocido por las partes que intervienen en este litigio. Siguiendo los parámetros de la citada sentencia y de los que no se aparta la resolución sancionadora, la cuantificación de la multa no carece de motivación ni tampoco resulta desproporcionada. Fija un porcentaje que sitúa por debajo de la media el tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes respecto del valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas intervinientes en el cártel que permitía corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora. De hecho, a la actora se le aplicó una reducción proporcional mitigando el alcance de la sanción.

Se explicitan los elementos que sirven para imponer la decisión que toma la Administración en la cuantificación de la nueva sanción, así como una ponderada y explicada motivación. Debemos tener presente que esta Sala ha reiterado en varias sentencias, entre las que podemos recordar las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que « [l]os criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que



le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 123/81). [...]».

SÉPTIMO.- Los anteriores razonamientos nos lleva a la íntegra desestimación del recurso, lo que implica la condena a la actora de las costas causadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.** contra la resolución de 21 de noviembre de 2017, expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con expresa condena en costas a la parte actora.

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

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENJUD