



Roj: **SAN 2629/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2629**

Id Cendoj: **28079230062023100344**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **50/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000050 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00457/2018

Demandante: TOP CABLE, S.A.

Procurador: DÑA. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

SENTENCIA N° :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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. 50/18 promovido por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro, en nombre y representación de la sociedad **TOP CABLE, S.A.**, contra la resolución de 23 de noviembre de 2017, dictada en el expediente sancionador S/DC/0562/15 Cables BT/MT, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Se ha personado como codemandada GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. y GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L. ("GC"), representada por la procuradora D^a. María Isabel Campillo García

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia declarando anule en su integridad la Resolución de la CNMC de 21 de noviembre de 2017, Cables BT/MT, Exp. S/DC/0562/15 por los motivos expuestos y, de manera subsidiaria, anule parcialmente la referida Resolución del Consejo de la CNMC, reduciendo sustancialmente el importe de la multa impuesta en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Material de la demanda.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

La representación procesal de GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. y GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L. ("GC") ha presentado escrito de contestación a la demanda interesando que una eventual estimación o desestimación, aun parcial, de la demanda en nada debe afectar a la condición de clemente de GC y a la consiguiente exención del pago de la sanción.

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 15 de marzo del año en curso, continuando, no obstante, la deliberación hasta el día 3 de mayo.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 23 de noviembre de 2017, dictada en el expediente sancionador S/DC/0562/15 Cables BT/MT, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que declaró responsable a GC de varias infracciones del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, aunque se le eximió del pago de la multa dada su condición de clemente.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

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

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

- CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. y solidariamente su matriz CABELTE-CABOS ELÉCTRICOS ETELEFONICOS, 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:

(...)

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

(...)

Segundo. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:

a) En el cártel de fabricantes:

(...)

- TOP CABLE, S.A.: 4.909.440 euros

b) En el cártel de PEISA y fabricantes:

(...)

- TOP CABLE, S.A.: 654.592 euros

c) En el cártel de NICSA y fabricantes:

(...)

- TOP CABLE, S.A.: 1.063.712 euros

d) En el cártel de AMARA y fabricantes:

(...)

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."

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"14. TOP CABLE, S.A.

Constituida en 1989, con sede en Parc d'Activitats Econòmiques Can Sant Joan Rubí (Barcelona), su objeto social es la fabricación, distribución y comercialización de todo tipo de material eléctrico, tanto de baja como media tensión. TOP CABLE forma parte de un grupo controlado por TOPALCOR HOLDING, S.L., dentro del cual desarrolla funciones de comercialización, junto a las empresas ALCABE, S.A., ORBITEL CABLES, S.A. y AKAN CABLES S.L., dedicadas a la fabricación, y ORBITEL, S.A., que desarrolla servicios administrativos para el grupo. Entre sus clientes se encuentran AMARA, NICSA y PEISA, empresas también incoadas en este expediente.

Pertenece a FACEL desde 1994".

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

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

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

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

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

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

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

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

Expone que teniendo en cuenta lo anterior, la oferta es distinta en función del canal de comercialización utilizado y así, en el suministro de cables "de catálogo", la oferta está constituida exclusivamente por el conjunto



de empresas fabricantes de cables BT/MT a los distribuidores, para su venta posterior por éstos al cliente final y que en el otro canal, sin embargo, aplicable al suministro "por proyectos", la oferta la constituyen tanto los propios fabricantes como grandes distribuidores, actuando todos ellos como ofertantes directos, compitiendo en el suministro respecto de grandes clientes.

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

A continuación, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos acreditados, señalando que tienen origen en la información aportada por GC en su solicitud de clemencia y en la información recabada por la Dirección de Competencia en las inspecciones realizadas y durante la instrucción del procedimiento y, tras examinar las pruebas recabadas, atendiendo al grupo de autores intervinientes en las mismas y a las conductas llevadas a cabo en el seno de cada grupo considera acreditada la existencia de las siguientes infracciones de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.:

- a) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables las empresas fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN, NEXANS, CABELTE, SOLIDAL, DRAKA (ahora PRYSMIAN), TOP CABLE y MIGUÉLEZ, con la colaboración de FACEL (cártel de fabricantes).
- b) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables la empresa distribuidora PEISA y los fabricantes GENERAL CABLE, TOP CABLE, PRYSMAN y NEXANS (cártel de PEISA y fabricantes), desde, al menos, noviembre de 2006 hasta, al menos, diciembre de 2013.
- c) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables la empresa distribuidora NICSA y los fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA (actualmente PRYSMIAN) y TOP CABLE (cártel de NICSA y fabricantes), desde se ha llevado a cabo, al menos, desde el mes de junio de 2002 hasta el mes de junio de 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC, desde al menos, desde noviembre de 2006 y, al menos, hasta mayo de 2013.
- d) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables la empresa distribuidora AMARA y los fabricantes GENERAL CABLE, PRYSMIAN y TOP CABLE (cártel de AMARA y fabricantes), desde al menos, desde 2011 y, al menos, hasta el año 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.
- e) Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT entre las empresas distribuidoras COMAPLE y NICSA, desde marzo de 2007 hasta junio de 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC."

TERCERO.- Por lo que se refiere al cartel consistente en acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT, recoge la resolución sancionadora que las pruebas evidencian la existencia de continuos contactos entre las empresas competidoras, ya fuera, en reuniones, por medio de correos electrónicos o mediante conversaciones a través de comunicaciones móviles, habiéndose acreditado la celebración de al menos 52 reuniones entre los años 2002 y 2015, para la fijación de tarifas y descuentos, en las que se determinaba incluso la fecha en que debían aplicarse.

Que los hechos acreditan que en realidad las empresas no tenían plena libertad para fijar el precio final del producto a sus clientes, ya que además de acordar la tarifa base, los acuerdos también incluían los descuentos máximos y otras condiciones comerciales, como los rápeles, y que ello incide claramente en la debida autonomía de las empresas para fijar los precios de sus productos y reduce la presión competitiva entre



ellas. Que en otras ocasiones se ha demostrado que el acuerdo se refería al precio final de suministro de cable (tarifas de netos), cuestión que ya limitaría de manera absoluta la libertad de las empresas.

Recuerda que el artículo 1 de la LDC no solo incluye el tradicional acuerdo de fijación de precios finales idénticos sino cualesquiera otras actuaciones encaminadas a la aplicación coordinada de precios, como pueden ser los descuentos, pero que también suponen un claro menoscabo de la libre competencia y deben ser igualmente sancionados.

Que el contenido ilícito de los acuerdos queda acreditado, además, a través de la ingente cantidad de pruebas, incluidas las aportadas por el solicitante de clemencia, recabadas por la Dirección de Competencia. Que, en particular, la fijación de precios entre fabricantes suprime la competencia entre empresas en un elemento esencial para diferenciar las ofertas como es el precio, impidiendo a los clientes beneficiarse de los menores precios y condiciones que resultarían de la competencia efectiva entre oferentes. Que se ha acreditado que las empresas, eludiendo la competencia en precios en el mercado de suministro de cables BT/MT han acordado durante años las tarifas y los descuentos para el suministro de cables BT/MT por lo que sus clientes han pagado un precio más elevado que el que habría acaecido en un entorno de normalidad competitiva en el que cada fabricante fija sus propias tarifas aplica los descuentos que considera oportuno y negocia los precios que mejor le convienen con grandes clientes dentro de su autonomía y capacidad negociadora. Que los hechos acreditan que en realidad las empresas no tenían plena libertad para fijar el precio final del producto a sus clientes, ya que además de acordar la tarifa base, los acuerdos también incluían los descuentos máximos y otras condiciones comerciales, como los rápeles, y ello incide claramente en la debida autonomía de las empresas para fijar los precios de sus productos y reduce la presión competitiva entre ellas. Que en otras ocasiones se ha demostrado que el acuerdo se refería al precio final de suministro de cable (tarifas de netos), cuestión que ya limitaría de manera absoluta la libertad de las empresas. Afirma que las conductas sancionadas en el cartel de fabricantes han dado lugar a una significativa alineación de precios, tanto en la veta sujeta a catálogo con la intención manifiesta de realizar subidas generalizadas de precios, como a través de ellos mecanismos de licitación de los cables y a un reparto del mercado de cables BT/MT.

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

Sentado lo anterior, y afirmada la culpabilidad de las empresas responsables por cuanto conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas sancionadas, se aborda la responsabilidad individual de las empresas en las distintas infracciones descritas y, por lo que ahora interesa, en el Cártel de fabricantes se recoge que consta acreditada la participación de TOP CABLE en la adopción de acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de reparto del mercado de suministro de cables BT/MT desde junio de 2002 hasta junio de 2015, entre otros, en los siguientes hechos:

"Año 2007 (hechos 12 y 16); año 2008 (hechos 12, 14, 15, 16, 17 y 18); año 2009 (hechos 20, 21 y 22); año 2010 (hechos 23, 24, 25, 28 y 29); año 2011 (hechos 30, 32, 33, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42 y 43); año 2012 (hechos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 58 y 59); año 2013 (hechos 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 70, 72, 73 y 75); año 2014 (hechos 78, 79 y 83); año 2015 (hechos 86, 88, 89, 90 y 93). Los concretos proyectos en cuyo reparto ha participado constan en el anexo a la presente resolución".

CUARTO.- Por lo que se refiere a refiere a los Acuerdos sobre reparto de proyectos/clientes, recoge la resolución sancionadora impugnada que se han acreditado, por un lado, acuerdos entre empresas fabricantes y, por otro lado, acuerdos entre fabricantes y una distribuidora (AMARA, PEISA o NICSA) y de distribuidoras entre sí, (caso de NICSA y COMAPLE) y distingue las infracciones en función de los grupos de empresas que participan en las mismas, toda vez que el conjunto de participantes no son coincidentes y, por tanto, no aprecia identidad de sujetos.

Explica la resolución que estas conductas eliminan las estrategias de captación de clientes entre empresas y que los grandes clientes suelen tener un importante poder de negociación, por lo que suelen solicitar ofertas de suministro simultáneamente a fabricantes y grandes distribuidores, actuando todos ellos en estos casos como agentes económicos competidores en relación con un proyecto o cliente concreto. Que, en estos supuestos, los precios de venta no son los establecidos en el catálogo del fabricante, sino que resultan de la negociación de cada proyecto, siendo muy frecuentes las licitaciones competitivas para el suministro de cables. Recoge que la mecánica de reparto de grandes clientes ha sido prácticamente idéntica en cada grupo infractor a través de las denominadas "coberturas" que operaban del siguiente modo: Cuando un gran cliente solicitaba, por ejemplo, oferta de suministro de cables a distribuidoras y fabricantes, las empresas previamente acordaban el precio a ofertar al cliente en la licitación, de modo que los fabricantes ofrecían un precio superior al del



distribuidor para asegurarse de que este último resultara adjudicatario. Y que una vez adjudicado el proyecto a la distribuidora -que "pilota" el acuerdo, según la terminología usada por las empresas- esta compensaba a los fabricantes implicados encargándoles la fabricación de los cables en ese u otro proyecto.

Refiere que las primeras evidencias respecto de este tipo de acuerdos se remontan a 2006, con la fijación del precio a presentar en un proyecto de suministro de cables BT/MT para ACCIONA entre la distribuidora PEISA y los fabricantes GC y PRYSMIAN, que se mantendría al menos hasta diciembre de 2013.

Añade que posteriormente se amplían los acuerdos alcanzados con GC y PRYSMIAN a TOP CABLE y NEXANS para un total de al menos 4 proyectos, todos ellos relacionados con el mismo cliente ACCIONA y que acuerdos similares se han acreditado también respecto de la distribuidora NICSA para un total de al menos 31 proyectos con los fabricantes GC, PRYSMIAN, TOP CABLE, NEXANS, DRAKA y 7 proyectos entre la distribuidora AMARA al menos desde 2011 hasta abril de 2015 con GC, PRYSMIAN y TOP CABLE

Explica que la realidad económica y jurídica de los acuerdos pone de manifiesto que distribuidoras y fabricantes han actuado como auténticos competidores en el mercado, toda vez que el cliente, para contratar el suministro de cable, recurre indistintamente tanto a fabricantes como a distribuidores, por lo que a estos efectos y en relación con estas licitaciones, y de cara al cliente final, ambos se sitúan en el mismo eslabón de la cadena de suministro y actúan como agentes económicos competidores en el procedimiento de licitación. Que en los hechos investigados, ni los distribuidores tienen una relación contractual con los fabricantes para suministrar sus cables a determinados clientes o respecto de proyectos concretos, ni los fabricantes que operan también como suministradores directos respecto de determinados proyectos imponen condición alguna para suministrar dichos cables BT/MT a determinados distribuidores dentro de una relación vertical, pues compiten en un mismo plano y en ese mismo plano acuerdan el reparto de clientes y/o proyectos de suministro de cables BT/MT. Que por lo expuesto, no cabe, por tanto, apreciar una relación vertical en estos acuerdos, toda vez que tal como exigen los apartados 24 y 25 de las Directrices relativas a las restricciones verticales, en una relación vertical los sujetos implicados deben actuar " *en planos distintos de la cadena de producción o distribución*", resultando que en las imputaciones de "cobertura" de un fabricante a un distribuidor descritas en esta resolución, como se ha señalado, ambos se sitúan en el mismo plano de comercialización, el canal de suministro por proyectos.

QUINTO. - Por cuanto se refiere al Cartel de PEISA y fabricantes, recoge la resolución recurrida que ha quedado acreditado desde, al menos, noviembre de 2006 hasta, al menos, diciembre de 2013. Que en 2006 se fechan las primeras evidencias de acuerdos de reparto de proyectos en los que participa la distribuidora PEISA con fabricantes, como demuestran los correos electrónicos que PEISA envió a PRYSMIAN y GC el 16 de noviembre de 2006, en los que se pone de manifiesto el acuerdo respecto del precio a presentar en un proyecto de suministro de cables para parques eólicos a ACCIONA, presentando los fabricantes un precio superior al ofertado por PEISA para que ésta resultara la adjudicataria (hecho 96). Que la tónica habitual consistía en acordar previamente el precio que las empresas debían presentar en las licitaciones a los proyectos de grandes clientes, de tal manera que los fabricantes ofrecerían un precio mayor que PEISA, y de ahí el término "cubrir", con el objetivo de que ésta fuese adjudicataria del contrato y que un ejemplo de estas conductas se encuentra en el correo electrónico de PEISA a PRYSMIAN y GC368 (hecho 96). Que posteriormente, constan evidencias de los acuerdos en los años 2007, 2010 y 2013 (hechos 96 a 100), siendo el día 3 de diciembre de 2013, la última prueba que existe del cártel, consistente en un correo electrónico de TOP CABLE a PEISA en el que se evidencia el intercambio de información entre el citado fabricante y el distribuidor así como la cobertura que se hacen respecto de ACCIONA385 (hecho 100).

Dicho lo anterior, se fundamenta la participación de TOP CABLE en el cartel de PEISA y fabricantes "desde 2007 hasta diciembre de 2013, entre otros en los siguientes hechos:

Año 2007 (hecho 97); año 2010 (hecho 99); año 2013 (hecho 100)"

SEXTO.- Por lo demás, y en relación con el cártel de NICSA recoge la resolución sancionadora que consta acreditada la participación de TOP CABLE desde octubre de 2010 hasta diciembre de 2012, entre otros, en los siguientes hechos: Año 2010 (hechos 109 y 110); año 2011 (hechos 113 y 115); año 2012 (hechos 140 y 145).

Los concretos proyectos en cuyo reparto ha participado constan en el cuadro de incorporado en el apartado 2.1.2 de los hechos acreditados

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

1-La CNMC ha vulnerado la presunción de inocencia y la carga de la prueba:



1.1.-No ha quedado probada la existencia de una práctica de fijación de precios. La fijación de tarifas brutas máximas para la venta de cables BT a los distribuidores no es una práctica prohibida.

1.2. La CNMC yerra al valorar la duración de la participación de Top Cable en el acuerdo de reparto de proyectos con PEISA y GC. La infracción ha prescrito.

1.3 No ha quedado demostrada la participación de Top Cable en un cártel para el reparto de proyectos con NICSA, GC y PRYSMIAN

2- Subsidiariamente, el cártel con PEISA no puede ser considerado como una práctica única y continuada.

3-subsidiariamente, la metodología utilizada por la CNMC para calcular el importe de la multa es arbitraria y resulta en una multa desproporcionada.

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación.

Por su parte, la representación procesal de GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L. y GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L. ("GC") interesa que una eventual estimación o desestimación, aun parcial, de la demanda en nada debe afectar a la condición de clemente de GC y a la consiguiente exención del pago de la sanción.

OCTAVO. - Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia que no ha quedado probada la existencia de una práctica de fijación de precios de carácter anticompetitiva.

Pues bien, con carácter previo debemos precisar que la recurrente no realiza una sola manifestación sobre su participación en los acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/M en el denominado carté de fabricantes, por lo que debemos concluir que la asume.

Así las cosas, nos ceñiremos al examen de la prueba sobre su participación en el cártel de fabricantes consistente en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales para el suministro de cables BT/MT.

Como ya hemos recogido, se afirma en la demanda que no ha quedado acreditada la práctica de fijación de precios y que la fijación de tarifas brutas máximas para la venta de cables BT a los distribuidores no es una práctica prohibida.

A estos efectos explica la recurrente que no toda conducta horizontal tiene por objeto restringir la competencia y que hay formas de cooperación que, como en el caso presente, hacen viables mercados con múltiples transacciones, siendo comunes y perfectamente aceptadas en la economía homogeneizaciones como las condiciones generales de contratación en mercados con muchas transacciones repetidas. Expone que, en el canal de venta a distribuidores, los fabricantes utilizan para negociar con los distribuidores las tarifas contenidas en los catálogos, sobre las cuales se negocia un descuento para alcanzar el precio final. Que, según la CNMC, los fabricantes habrían acordado fijar las tarifas brutas (precios máximos) contenidas en los catálogos, así como los descuentos a aplicar sobre las mismas (precios mínimos). Precisa la recurrente que esta supuesta práctica de fijación de precios se refiere a los cables BT estandarizados, es decir, aquellos cables BT que son iguales, independientemente del fabricante que los fabrique, por lo que se trata de productos con carácter de "commodity" cuyo margen bruto es siempre muy ajustado y que, de hecho, diferencias de precio de pocos puntos porcentuales, incluso décimas, en productos estandarizados (o comoditizados) con una bajo margen bruto supone estar o no estar en el mercado. Que la mayor parte (entre el 60 y el 65%) del coste de estos cables BT refleja el precio del cobre que cotiza en el London Metal Exchange (LME) y que sufre variaciones continuas, lo que obliga a los fabricantes de cables BT a ajustar con frecuencia las tarifas de los cables por lo que las variaciones de las tarifas brutas de los cables contenidas en los catálogos que se utilizan para negociar en los precios finales con los distribuidores, reflejan, precisamente las grandes oscilaciones en el tiempo de la materia prima, a veces incluso de un día para otro.

Añade que el uso de una tarifa bruta permite simplificar notablemente el funcionamiento del mercado y lo hace viable al permitir a los distribuidores:

(a) Hacer viable su administración comercial al poder trabajar con una sola tarifa de cables para todos los fabricantes y, a la vez, dar una sola tarifa de precios a sus clientes (instaladores de material eléctrico, integradores, etc), independientemente del fabricante del cable que suministre el producto a sus clientes, lo que no obstaría a la existencia de competencia efectiva, que en realidad se estaría produciendo aguas arriba (entre fabricante y distribuidor), vía descuentos (agresivos) y servicios.

(b) Beneficiarse de una ventaja clara en su capacidad de compra porque a la hora de comparar los precios de sus respectivos proveedores (fabricantes), la comparación de precios es fácil ya que solo deben comparar los descuentos ofrecidos por cada uno de los fabricantes



Así las cosas, se concluye, que la competencia se producía, en el nivel de descuentos ofrecidos por cada fabricante sobre la tarifa bruta de mercado utilizada como punto de partida en cada negociación con los distribuidores.

Continúa explicándose en la demanda que la práctica de fijación de la tarifa bruta única de mercado es una práctica que se puso en funcionamiento ya en los años 90, según se indica en el párrafo 141 del PCH (folio 30536 del expediente), si bien Top Cable empezó a aplicar dicha tarifa bruta única de mercado (precio máximo) desde el año 2007. Que, en la práctica, dichas tarifas eran comunicadas por GC o PRYSMIAN, por lo que eran las tarifas brutas de estas empresas, contenidas en sus catálogos, las que servían de referencia para empezar a negociar el precio final con los distribuidores, tal y como reconoce GC en su solicitud de clemencia (folio 4 del expediente). Y que, a estos efectos, GC y PRYSMIAN comunicaban también las fechas en las que anunciarían dichas tarifas brutas, así como las fechas en las que empezarían a aplicarlas. Rechaza la sociedad actora que la práctica de la tarifa bruta única de mercado para cables BT estandarizados, que actuaban como precios máximos, viniera acompañada de una fijación de los descuentos máximos aplicables, por lo que los fabricantes participantes del supuesto cártel habrían fijado precios mínimos. Y tras examinar los elementos de prueba en que se sustenta la resolución sancionadora, concluye afirmando que en el expediente administrativo no existe mención ni prueba alguna de un acuerdo de descuentos y, en cualquier caso, no se deduce ningún acuerdo de fijación de descuentos máximos.

Por lo demás, se afirma en la demanda que los fabricantes nunca llegaron a acordar los descuentos máximos a aplicar y que, en cualquier caso, la falta de seguimiento sistemático por parte de TOP CABLE de los supuestos precios mínimos demostraría la ausencia de una concurrencia de voluntades por su parte a participar en dicho acuerdo.

Para desvirtuar los hechos en los que la resolución sancionadora fundamenta su participación en este cartel, la recurrente ofrece explicaciones alternativas sobre los hechos 20, 21, 22, 25, 28, 29, 31, 45, 46 y 52 y concluye afirmando que, los documentos en los que se apoya la CNMC como prueba para demostrar la existencia de un acuerdo de fijación de descuentos máximos, i.e., de precios mínimos, además de no ser analizados con la debida diligencia en la Resolución al no hacerse ni siquiera mención concreta al contenido específico de los mismos, en ningún caso hacen mención a acuerdos de descuentos máximos, y que, por el contrario, la documentación contenida en el expediente demuestra:

(i) Que los fabricantes utilizan idénticas tarifas brutas que sirven de base para negociar los precios finales de los cables BT comoditizados con los distribuidores (precios en los que sí hay una (enorme) competencia).

(ii) Que las mencionadas tarifas brutas únicas de mercado aplicadas por los fabricantes eran las comunicadas por GC y PRYSMIAN.

(iii) Que teniendo en cuenta que GC y PRYSMIAN, empresas multinacionales de gran tamaño que operan a nivel mundial, disfrutaban de unos costes de producción y de estrategias comerciales distintos, las tarifas brutas no siempre eran del agrado del resto de fabricantes. Que los líderes del mercado, GC y PRYSMIAN, que calculaban unilateralmente la "tarifa bruta única de mercado", establecían tarifas brutas muy bajas para los cables BT estandarizados más vendidos e hinchaban las tarifas de los cables estandarizados BT menos habituales, de manera que eran capaces de asumir el margen medio. La consecuencia directa era que los cables BT estandarizados (sometidos a la práctica de "tarifa bruta única de mercado"), los más vendidos, eran vendidos con pérdidas importantes, mayores para los fabricantes pequeños por una cuestión de escala. Que, no obstante, debido a la necesidad de los clientes de que el mercado sea funcional, los fabricantes aceptan esta tarifa bruta. Que en cuanto a los cables BT estandarizados menos habituales cuyas tarifas brutas eran hinchadas, los competidores de GC y PRYSMIAN ofrecían mayores descuentos que GC y PRYSMIAN.

(iv) Que, en el momento en que comunicaban dichas tarifas brutas, GC y PRYSMIAN también comunicaban en ocasiones los descuentos máximos que ellos planeaban aplicar sobre las tarifas brutas anunciadas y que esta información era utilizada por los competidores de GC y PRYSMIAN para captar clientela (es decir que en esos casos y desde la perspectiva de Top Cable esa información era un acicate para mejorar sus ofertas) puesto que sabían hasta donde iba a llegar GC y PRYSMIAN a la hora de negociar precios con los distribuidores., como lo demuestra la afirmación de GC contenida en su primera solicitud de clemencia (folio 4 del expediente), cuando reconoce el mantenimiento de la competencia al indicar que *"esta conducta no se implementaba con regularidad en la práctica y cuando se implementaba no tenía demasiado éxito por la presión que ejercían en los precios los pequeños competidores"*.

(v) Que, en ningún caso, ha quedado demostrado que los fabricantes hayan acordado descuentos máximos o precios mínimos dado que, además de no existir pruebas directas del otorgamiento de consentimiento por parte de los fabricantes a esta práctica de fijación de precios, han incumplido sistemáticamente los supuestos precios mínimos acordados.



NOVENO. - Co mo decíamos en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia:

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

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

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

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que "Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/ Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/ al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

"(46). es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión) , apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE , apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999 , Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96 , T-189/96 y T-190/96 , Rec. p. II-93, apartado 47).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/



Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 , C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)."

Y podemos mencionar, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, la reflejada, entre otras, en sentencia de 19 de junio de 2015, recurso 649/, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en los siguientes términos:

"Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculcado 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 inculcado 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.)

DÉCIMO- Di cho lo anterior, recordemos que la recurrente ha sido sancionada, por lo que ahora interesa, por la comisión de una infracción única y continuada-consistente en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT desde al menos, desde 2007 hasta el año 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.

A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida en la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni (C- 49/92, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Participazioni, apartado 31 supra, apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95,

T-48/95, T- 50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que *"también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06 ., Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)(apartado 240)"*.

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que *"en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada uno de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)"*.

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

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

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

Esta construcción jurisprudencial permite que, tanto al sujeto o a la empresa que han participado en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, como a aquel o aquella que solo ha participado en una parte de los que componen la infracción única y continuada, pero con conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo, se le puedan imputar en ambos casos la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 43).

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



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

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

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

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

La falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un periodo concreto, *«[n]o impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua [...]»*, STJUE 11 de enero de 2008, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 260), y STG Trelleborg, (apartado 59).

Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Las consecuencias son muy relevantes. (i) Permite que la infracción o la participación de una empresa en ella, no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, siempre apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.

No obstante, para permitir imputar este periodo intermedio de aparente inactividad, de actividad más reducida, o cuando estamos ante actos separados en el tiempo, no basta para poder sancionar la mera *«[r]referencia genérica a la distorsión de la competencia [...]»* se requiere de indicios objetivos y concordantes de una eventual voluntad persistente de las demandantes de reactivar el cartel o de adherirse a sus objetivos para presumir válidamente una participación continua, aun pasiva, por parte de las empresas, STG Trelleborg, (apartados 61 y 62).

Por último, el supuesto carácter abusivo del recurso a la teoría de la infracción continuada no puede apreciarse in abstracta y depende en esencia de las circunstancias de cada caso concreto, y en particular de que el órgano sancionador consiga demostrar que se trata de una infracción única durante los diferentes periodos considerados, STG Trelleborg, (apartado 94). No obstante, se debe estar especialmente atento o actuar con la debida cautela puesto que «la Comisión podría postergar indefinidamente la prescripción y reducirla así a la nada, lo que es contrario al principio de seguridad jurídica.», (apartado 93).

Por lo demás, el supuesto carácter abusivo del recurso a la teoría de la infracción continuada no puede apreciarse in abstracta y depende en esencia de las circunstancias de cada caso concreto, y en particular de que el órgano sancionador consiga demostrar que se trata de una infracción única durante los diferentes periodos considerados, STG Trelleborg, (apartado 94). No obstante, se debe estar especialmente atento o actuar con la debida cautela puesto que «la Comisión podría postergar indefinidamente la prescripción y reducirla así a la nada, lo que es contrario al principio de seguridad jurídica.», (apartado 93).

DÉCIMOPRIMERO. Así las cosas, nos corresponde analizar si la imputación que realiza la CNMC a la recurrente tiene suficiente apoyo probatorio toda vez que la defensa de la recurrente refiere básicamente que se le ha sancionado sin que existan pruebas que permitan sostener que formó parte del cártel que ahora examinamos.

Pues bien, de la prueba recogida en la resolución recurrida resulta lo siguiente:

En 2007 en anotaciones manuscritas del responsable de Ventas Mercado General y T&I de Prismyan consta acreditada las reuniones de 6 de marzo, en la que participó Top Cable como resulta de las Actas de las reuniones plenarias de del grupo de Actividad de cables de energía de uso industrial, de las mismas fechas (folio 2544 expte) en la que se consignaron tarifas.

Entre las notas manuscritas del responsable de Ventas Mercado General y T&I de Prisión que se encabezan con la palabra "FACEL" (hecho 12 de la resolución sancionadora), aparece la relativa a una reunión celebrada el 1 de abril de 2008, con el siguiente contenido:

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

DECÁLOGO.

1. Aplicar Tarifa 13.
2. No mover dtos.
3. Vender en nuestros clientes.
4. Seguimiento entre nosotros [símbolo de teléfono]
5. Condiciones estructurales (no tocar): pagos/rápeles/bob/pallets.
6. Control de los killers del ME.
7. Control otros fabr.: GGC, CONDUMEX; P; RCT; Miguélez, Inp.
8. Adaptar las capacidades productivas al ME.
9. Aumentar exportación (focalizar).
10. Reuniones quincenales" (folio 2753 expte). "

Como se recoge en la resolución sancionadora, el contenido de este decálogo coincide con las anotaciones realizadas por el directivo de top cable, también participante en dicha reunión (hecho no negado por la aquí recurrente).

La participación de TOP CABLE en los acuerdos consistentes en la fijación precios queda también acreditada en las anotaciones de esta sociedad a cuyo tenor: "Hay que cuadrarse con la Z-13 en los clientes importantes- Los líderes tienen que marcar las condiciones y los que compartimos esos clientes tenemos que seguir la rueda".

Obra en el expediente administrativo una cadena de correos electrónicos internos de Hay Prysmian de 2009 que pone de manifiesto el intercambio de información entre las empresas sobre las tarifas aplicadas y a aplicar (folios 2241 a 2445 expte).

Una anotación manuscrita de Prysmian indica que la tarifa M-11 se aplicará a partir del 24 de mayo 2010 (folios expte), precisamente el momento en que un correo interno de TOP CABLE anuncia la aplicación de la nueva tarifa en sustitución de la D-12 (folio 24656 y 24657 expte). El cumplimiento de este acuerdo puede constatarse también en dos cuadros recabados en la inspección de PRYSMIAN que reflejan el seguimiento de las tarifas acordadas por parte de GC, NEXANS, DRAKA y TOP CABLE (Anotaciones manuscritas contenidas en la libreta «2-6-10 a 18/1/11» del responsable de Ventas (folios 2913, 2914, 2917 y 2918 expte).



También se ha incorporado una anotación de TOP CABLE que evidencia la celebración de una reunión en la que se acordó la aplicación de la tarifa E- 11 y de los descuentos correspondientes. Las anotaciones reflejan las intervenciones de NEXANS, DRAKA, GC y PRYSMIAN durante dicha reunión y el intercambio de información entre las empresas del cártel asistentes sobre tarifas, manifestando PRYSMIAN su desacuerdo con el incumplimiento de los pactos, al denunciar que DRAKA y TOP CABLE no aplican la tarifa E-11, sino la D-12. (Anotación manuscrita contenida en «Agenda 2010 II» del Director Comercial Nacional de TOP CABLE, recabada en la inspección de TOP CABLE (folios 3497 y 3498).

Otra anotación manuscrita del Responsable de Mercado General/T&I de PRYSMIAN permite acreditar la celebración de una reunión del cártel el 6 de septiembre de 2010 con la asistencia de GC, PRYSMIAN, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ, con la colaboración de FACEL118, (Anotación en la libreta «2-6-10 a 18/1/11», recabada en la inspección de PRYSMIAN (folio 19362), de fecha coincidente con la reunión 6/10 del Consejo Directivo Grupo Energía de FACEL, celebrada a el 6 de septiembre de 2010, a la que asistieron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ y PRYSMIAN, aportada por PRYSMIAN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 13473 y 13474). en la que se trataron acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y medidas de boicot a grupos de compra.

"FACEL 6/9/10.

1.- *Se entrega facturado/expedido dentro del mes de septiembre, o se revisa los precios con actualización del cu. - Obras. - Actualización de cu2.- Si el inst pide la oferta de nuevo deberemos ofertar M-11 con tres cincos.*

- *Obras: Amara: Marineda 300 k€. EURISA: Túneles Bilbao 105k€. - Crespo: cobertura: 281k€.*

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

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

6.- *Actualizar Cu de todas las ofertas.*

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

8.- *No ofertar a grupos de compra".*

Además se considera acreditada la celebración de otras 3 reuniones entre las empresas en 2010, en las que se adoptaron acuerdos de fijación de precios y descuentos para cables BT/MT, y se controlaron las transgresiones detectadas en el cumplimiento de los mismos: de 16 de septiembre, en la que participaron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS y PRYSMIAN (Anotación en la libreta «2-6-10 a 18/1/11» del Responsable de Ventas Mercado General y T&I de PRYSMIAN, recabada en la inspección de PRYSMIAN (folio 2927) y nota informativa de la reunión del Consejo Directivo Grupo Energía de FACEL, celebrada el 16 de septiembre de 2010, aportada por NEXANS y PRYSMIAN en contestación a los requerimientos de información (folios 5926, 5927, 13266 y 13267); de 25 de octubre, en la que participaron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS, y PRYSMIAN (Anotación manuscrita contenida en libreta «2-6-10 a 18/1/11» del Responsable de Ventas Mercado General y T&I de PRYSMIAN, recabada en la inspección de PRYSMIAN (folio 2931), y nota informativa de la reunión 8/10 del Consejo Directivo del Grupo de Energía de FACEL, celebrada en Madrid el 25 de octubre de 2010, a la que asistieron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS y PRYSMIAN, aportadas por NEXANS en contestación al requerimiento de información realizado (folios 5939 a 5944). y de 10 de noviembre de 2010 (Anotación manuscrita contenida en libreta «2-6-10 a 18/1/11» del Responsable de Ventas Mercado General y T&I de PRYSMIAN, recabada en la inspección de PRYSMIAN (folio 2932).

No se cuestiona en la demanda el contenido del hecho 30 de la resolución sancionadora en el que se recoge que "En 2011 se considera acreditada la celebración de al menos otras 4 reuniones: la de 13 de enero, con la participación de GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ122; la de 27 de enero, a la que asistieron GC, PRYSMIAN, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ; la de 8 de abril, con la participación de GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOPCABLE y MIGUÉLEZ124 y la de 22 de junio de 2011, con la participación de GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ.

Tampoco se cuestionan las afirmaciones contenidas en los hechos 32 y 33 de la resolución impugnada, que vienen a corroborar la existencia del cartel al poner de manifiesto los incumplimientos por parte de alguna de las empresas participantes en el mismo de los acuerdos adoptados así como que RCT no forma ya parte del mismo (correo electrónico interno de TOP CABLE de 11 de enero de 2011, folio 24698 expte y correo interno de TOP CABLE de 20 de enero de 2011, en el que se constata el incumplimiento por parte de DRAKA y NEXANS de las tarifas acordadas y se indica expresamente que se va a hablar con GC para llamar al orden a dichas empresas (folios 24700 y 24701).



El 27 de enero de 2011, en una de las reuniones entre las empresas, un correo electrónico interno de GC comunica el cambio de tarifa acordado (Cadena de correos electrónicos internos de GC de 27 de enero de 2011, con el asunto «Política de Precios Mes de Febrero 2011», aportados por GC en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 1571 a 1573). y una anotación manuscrita de PRYSMIAN130 y un correo electrónico interno de TOP CABLE de la misma fecha 131 131 Correo electrónico interno de TOP CABLE de 27 de enero de 2011, con el asunto «cobertura SUMELEX», recabado en la inspección de TOP CABLE (folio 24704). confirman el anuncio de la nueva tarifa acordada.

La ejecución del acuerdo se confirma en un correo electrónico interno de GC de 14 de abril de 2011 en el que se indica que PRYSMIAN y NEXANS han anunciado la tarifa, pero que no ha sido así en el caso de DRAKA, que sigue aceptando pedidos con la tarifa anterior (Correo electrónico interno de GC de 14 de abril de 2011, aportado por GC en su solicitud de exención (folio 1574 Asimismo, en dos documentos de TOP CABLE fechados el 2 de mayo se indica que " *todos los fabricantes van aplicando las condiciones nuevas excepto NX [NEXANS] que va por "libre"* (Anotación en libreta «Comercial, producto, riscos, Consell» del Director Comercial Nacional de TOP CABLE, y acta del Comité de Dirección Comercial de TOP CABLE de 2 de mayo de 2011, adjunta al correo electrónico interno de TOP CABLE de 9 de mayo de 2011, recabados en la inspección de TOP CABLE (folios 24714 a 24716).

Recoge la resolución sancionadora que del año 2012 se dispone de numerosas evidencias que acreditan la continuación de los acuerdos entre las empresas fabricantes de cables BT/BM. Explica que el procedimiento para la fijación de tarifas por los fabricantes consistía en una reunión previa entre los fabricantes en la que se acordaban la tarifa, los descuentos aplicables, así como las fechas en que se deberían anunciar y aplicar, y la posterior difusión de la tarifa por parte de los líderes del mercado, GC o PRYSMIAN, citando un correo electrónico recabado en la inspección de CABELTE y fechado el 20 de enero de 2012 en el que GC comunica la nueva tarifa de precios J-12, columna J-05, vigente a partir del 30 de enero y los descuentos aplicables a la misma (Correo remitido por GENERAL CABLE a destinatarios desconocidos el 20 de enero de 2012, con el asunto «Nueva Tarifa de Precios J-12», recabado en la inspección de CABELTE (folio 23105).

Se explica en la resolución sancionadora que esta información coincide con la anotación recabada en la inspección de TOP CABLE, fechada el 17 de enero, y en la que se indica literalmente " *Propuesta de tarifa nueva GC J-12*" 146. Un correo electrónico interno de TOP CABLE, enviado tres días después del correo de GC, confirma este proceder, cuando el Director Comercial Nacional de TOP CABLE remite internamente la tarifa comunicada por GC con la denominación J- 12 y las columnas la J-03, J-05 y J-07, para que coincidan exactamente (Correo electrónico interno de TOP CABLE de 23 de enero de 2012, con el asunto «Nueva Tarifa de Precios J-12», y documento adjunto «Tarifa J-12.pdf», recabados en la inspección de TOP CABLE (folios 24844 a 24916).

Otra anotación manuscrita recabada en la inspección de TOP CABLE contenida en libreta «Comercial, producto, riscos, Consell» del Director Comercial Nacional de TOP CABLE, recabada en la inspección de TOP CABLE (folio 17171). evidencia una vez más el acuerdo de fijación de precios entre los fabricantes, señalándose los incumplimientos detectados en la ejecución de los mismos, haciéndose referencia en este caso concreto a que ECN (filial de GC) no está cumpliendo el acuerdo de cables BT/MT y se apela, probablemente a su matriz, para que ponga fin a la situación:

"Muchas quejas de ECN en MT y BT Aluminio. O lo controláis o se rompe la mesa [...] aguantaremos los precios en Feb. Después ya veremos. [...] Ecn sigue siendo el que va por libre"

En marzo de 2012 se acordó una nueva modificación en la tarifa, tal y como acredita una anotación manuscrita del Director Comercial Nacional de TOP CABLE de 6 de marzo (folio 3608 expte).

En otra anotación contenida en libreta "2/11/11 - 26/07/12" del Responsable de Ventas Mercado General y T&I de PRYSMIAN, recabada en la inspección de PRYSMIAN (folio 19464). correspondiente a una reunión del cártel celebrada en FACEL y denominada "reunión preparatoria del Grupo de Actividad de Cables para Compañías Eléctricas", se señala que se acordó la nueva tarifa, los descuentos y la fecha en que se ha de anunciar y aplicar:

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

Con fecha 22 de marzo de 2012, esto es, un día después al previsto para el anuncio de la nueva tarifa, GC remitió un nuevo correo electrónico a un distribuidor en el que le comunicaba la aplicación de una nueva columna (la J07) a partir del 2 de abril (precisamente un día después de lo señalado en la anotación anterior) (Correo electrónico de GC a ABM-REXEL de 22 de marzo de 2012, con el asunto «Nuevas condiciones a partir 2 de abril», aportado por GC en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 1580).

En la «Agenda 2012 IV» del Director Comercial Nacional de TOP CABLE, recabada en la inspección de TOP CABLE (folio 3637) aparece la siguiente anotación: que evidencia la participación de la aquí recurrente en el



cartel y su conocimiento del mismo: "- Solidal propone que haya una subida de precio suficiente como para poder dar un poco de dto. al distribuidor.

-Cabelte dice que no entiende que no haya pedidos ni de 1.000 mts. Creen que hay alguien que los está vendiendo.

- Solidal cree que, si se baja mucho el precio a distribución, se convierte en competencia de los fabricantes"

Añade la resolución sancionadora que en la reunión del cártel de 20 de junio de 2012 en la que participaron GC, NEXANS, PRYSMIAN, TOP CABLE, CABELTE, SOLIDAL y FACEL160 consta el siguiente apunte del Director Comercial Nacional de TOP CABLE (folio 3629 expte):

"Cabelte: creen que los precios no son los que tienen que ser. Hay que averiguar quién ha vendido el chorreo diario [...]

Solidal: su posición es la de que no pueden seguir sin vender. Yo creo que quieren romper. Ven diferenciales importantes respecto al precio pactado.

No venden y creen que no dan el precio que hacen los otros. Creo que se quedan sin aire. [...] SIMELSA: ¿? MT. Nos acusa Solidal".

Explica la resolución sancionadora que el seguimiento por las empresas de los acuerdos sobre fijación de tarifas y descuentos es perfectamente apreciable en un cuadro excel realizado por el distribuidor PEISA a fecha de septiembre de 2012, en el que compara las tarifas y descuentos aplicados por GC, PRYSMIAN, NEXANS y TOP CABLE (folios 24059 7 24060 expte)., que demuestra la gran similitud de descuentos aplicados por éstos:

También en 2012, una Anotación manuscrita contenida en «Agenda 2012 IV» del Director Comercial Nacional de TOP CABLE, recabada en la inspección de TOP CABLE (folio 17298). confirma las nuevas tarifas a acordar, indicándose que la nueva propuesta de tarifas se remitirá el 28 de noviembre de 2012 por TOP CABLE a GC y PRYSMIAN:

"En la tarifa nueva se propone dar la columna central, para que los otros fabricantes se puedan situar una columna por debajo y no putear el descuento. Dk tiene que estar en línea con el mercado (...) J-07 5 cinc's"

"Fer la tarifa general amb les variacions que he proposat jo. Enviar-la dimecres 28/11/12 per MRW a Pr i GC"

Y el 27 de noviembre de 2012, un día antes de la fecha prevista para la remisión de las tarifas por TOP CABLE, consta un correo electrónico interno del Director comercial de TOP CABLE, con asunto "Tarifa D 2012", (folio 24969). en el que señala que deben preparar una tarifa con la base de la de PRYSMIAN, pero con algunas modificaciones. En un correo electrónico posterior de 14 de diciembre de 2012, también de TOP CABLE, se indica expresamente lo siguiente: "[...] estamos intentando entre todos subir los precios de los cables demedia a los clientes españoles".

Recoge la resolución sancionadora que en 2013 ha sido posible acreditar la celebración de, al menos, 12 reuniones entre fabricantes, en las que se intercambiaba información comercialmente sensible, se fijaron precios y condiciones comerciales y se repartieron proyectos/clientes, al tiempo que se ponían en común los incumplimientos detectados de los acuerdos adoptados: reuniones de 11 de enero entre GC, PRYSMIAN, TOP CABLE y SOLIDAL; de 31 de enero entre GC, PRYSMIAN, NEXANS, TOP CABLE y MIGUÉLEZ; de 18 de febrero, en la que al menos participaron TOP CABLE y GC183; de 4 de abril; de 22 de mayo de 18 de junio entre GC, PRYSMIAN, NEXANS, TOP CABLE y MIGUÉLEZ; de 1 de julio187; de 23 de julio, en la que al menos participaron TOP CABLE y NEXANS; de 9 de septiembre entre GC, PRYSMIAN, TOP CABLE y MIGUÉLEZ; de 30 de septiembre entre GC, PRYSMIAN, NEXANS y MIGUÉLEZ; de 21 de octubre191 y de 4 de noviembre de 2013. Que dos correos electrónicos de TOP CABLE de 18 de febrero de 2013 (folio 24980) contienen una conversación entre el Director General y el Director Comercial Nacional de TOP CABLE que acreditan que el mismo día de la Junta de FACEL (antigua denominación del Consejo Directivo de FACEL) se produjo otra reunión paralela, en la que los fabricantes del cártel intercambiaron datos comerciales para fijar la tarifa, participando en dicha reunión al menos TOP CABLE y GC y señalándose una reunión al día siguiente entre TOP CABLE y el Director Comercial de MIGUÉLEZ para "hacer la tarifa":

" Com ha anat la Junta de FACEL?"

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

Sobre el tema real del cable, demà estic a Madrid amb el [Director Comercial de MIGUÉLEZ] per fer la tarifa (ho han acceptat). Sobre el paperet, el [Responsable de Ventas de GC en España] s'ha equivocat i ha donat la dada de Gener sol [...]. En aquest aspecte, un desastre total perquè no podem tenir dades encara.

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

"Val, ves amb la tarifa ja feta, q no vegi com la fem...".

Que con fecha 18 de febrero, consta también una anotación manuscrita de TOP CABLE que refleja una reunión entre los fabricantes en la que se acordó la tarifa aplicable a los cables de cobre de BT. En ella se cita como actores externos a PRYSMIAN, GC, NEXANS, MIGUÉLEZ y TOP CABLE como actores internos. Que la anotación confirma la información contenida en el correo anterior en cuanto a MIGUÉLEZ y la remisión de datos al Secretario General de FACEL, base para la adopción de los acuerdos entre los fabricantes (folios 3675 y 3676).

En un correo electrónico de 1 de marzo de 2013 del Director Comercial Nacional de TOP CABLE al Responsable de Ventas Mercado General y T&I de PRYSMIAN de 1 de marzo de 2013, con el asunto «ERKA CUBA», recabado en la inspección de TOP CABLE (folio 24986). se confirma la existencia de contactos entre TOP CABLE y PRYSMIAN para fijar una nueva tarifa.

Que, tras la reunión del cártel de 4 de abril 212, constan anotaciones de TOP CABLE referidas a la nueva tarifa, que será de aplicación el 8 de abril, y las nuevas condiciones acordadas, así como información sobre el volumen de negocio de la mesa de fabricantes y sobre los criterios utilizados para el reparto (cuotas asignadas a cada fabricante, consumos...), estando asociado el reparto de clientes con los acuerdos de fijación de precios. Otra anotación aclara que la nueva tarifa/columna L-9 se denomina, en el caso de TOP CABLE, L-11, confirmando que independientemente del acuerdo, cada fabricante utiliza una denominación distinta para sus tarifas (folios 3683, 3684 y 17546).

En julio de 2013 se acordaron nuevas tarifas por los fabricantes del cártel en torno a los días acordados para ello, como se constata en un correo electrónico interno remitido por el Director Comercial Nacional de TOP CABLE, de 12 de julio, trasladando la nueva tarifa remitida por GC (folios 25031 y 25032).

El 23 de julio de 2013 se celebró la siguiente reunión del cártel, acordando mantener la tarifa nueva y los descuentos hasta primeros de septiembre, señalándose en el correo interno de TOP CABLE en el que se informaba del resultado de esta reunión, la negativa de NEXANS a participar en posteriores reuniones (folio 25034):

"No hi anire. Ves tú.

Avui he estat reunit amb els comercials (Nx ha fet espantada i diu que no vindran mes).

Hem decidit que no es mou ningú de la tarifa nova i els dtes fins primers de Septembre.

Creiem que vendrem el mateix amb el preu una mica mes alt.

Nosaltres aguantarem preus disparant puntualment al que estigui al nostre abast i sigui d'un client que s'ho mereixi."

Recoge la resolución recurrida que esta nueva tarifa fue anunciada además de por PRYSMIAN, por GC, TOP CABLE y MIGUÉLEZ, pero con aplicación desigual, quedando constancia de la preocupación de los miembros del cártel de la dificultad de imponer la tarifa acordada. Así lo manifiesta, por ejemplo, el Director Comercial Nacional de TOP CABLE, tras hablar con PRYSMIAN sobre la tarifa, indicando que la situación " *Es un desgavell total*" ("Es un desbarajuste total") (folio 25097 expte).

En un informe comercial de TOP CABLE fechado el 12 de mayo de 2014 (folio 25259 expte). se plantea por primera vez una posible separación por parte de GC del cártel, indicando lo siguiente:

"la gente de GC se está descolgando prácticamente por completo, me comenta [...] que hay diferencias muy sustanciales y que así no podemos hacer nada, me deja más tranquilo que por ahora el único descerebrado es GC".

Y en otro correo electrónico interno de PRYSMIAN de 3 de octubre de 2014 se expresa la esperanza de que el nuevo cambio de tarifa sea secundado por TOP CABLE y MIGUÉLEZ, así como sus dudas respecto al cumplimiento por parte de GC y RCT (folio 25632 expte):

"esperemos que los demás (TC Y Miguélez) muevan ficha PRONTO, en [distribuidor], y que GGC y RCT no tonteen con la oportunidad".

En 2015, en la conversación de WhatsApp entre el Director General y el Director Comercial de MIGUÉLEZ mantenida el 29 de enero de 2015 se confirma que las empresas del cártel celebraron otra reunión, comprometiéndose a aplicar el incremento de tarifa, siguiendo la fijada por GC, y sumándose a dicho incremento PRYSMIAN, TOP CABLE y MIGUÉLEZ (folio (folio 28312 expediente): "(...) *Te dejo la tarifa de GG CC q ha sacado esta semana.*

Descuentos 65+5+5+ rappel de 10

Al q tenga más le quita 5 (eso dice)

Nos hemos comprometido todos incluso Top a sacarla. Yo también. El número salió un 12.5% de incremento con el 2013. Teñido x el 40% nuestro. Todos se escandalizaron, yo eché la culpa a Rct y Nexans q no fueron. GC dice un -3 Prysmian tb [...]

En cuanto a la tarifa hay q intentar ponerla.

Quede con [Vicepresidente de Iberian Market de GC] en poner el cobre desnudo a 1100€ sobre cotización.

La tarifa de [Vicepresidente de Iberian Market de GC] es más alta q la nuestra sobre un 5".

En conversación de WhatsApp entre el Director Comercial y el Director General de MIGUÉLEZ mantenida el 12 y 13 de febrero de 2015 se refleja el contacto de este último con el Vicepresidente de Iberian Market de GC y con el CEO de PRYSMIAN y la preocupación de MIGUÉLEZ ante la actitud de los participantes en el cártel por la efectiva implantación del incremento de tarifa, en particular respecto a PRYSMIAN y GC, confirmándose la actuación independiente de TOP CABLE y RCT: (folios 28312 y 28313).

"Director General de MIGUÉLEZ:

Hable x la mañana con [CEO de PRYSMIAN], esta tarde con [Vicepresidente de Iberian Market de GC], ya te diré. Director Comercial de MIGUÉLEZ: [...] yo ayer con [Responsable de Ventas Mercado General/T&I de PRYSMIAN] y le dije que aparte de Portugal me preocupaba más España y que empezando por él no veía nada positivo.

Director General de MIGUÉLEZ: [CEO de PRYSMIAN] dice q tb ve q vamos para atrás, pero q de todos modos algo hemos hecho. Q a [Vicepresidente de Iberian Market de GC] tb le ve disperso y q Rct y Top van a la suya. Q él quiere seguir peleando y no tirar la toalla. Es posible q nos veamos la semana q viene [...] con [Vicepresidente de Iberian Market de GC] x la tarde Director Comercial de MIGUÉLEZ: Yo le digo lo que a con [Responsable de Ventas Mercado General/T&I de PRYSMIAN], tenemos exceso de palabras y defecto de hechos y sobre todo una lentitud e indefinición desconcertante, si creen que hemos hecho mucho, falta un mundo, yo me canso de presionar continuamente

Director General de MIGUÉLEZ: Bueno, poco a poco a ver si x lo menos consolidamos esto [...] [Vicepresidente de Iberian Market de GC] dice q Prysmian es el q ha echado la pata atrás y q se quedó en hacer unos netos limite y q con [Responsable de Ventas Mercado General/T&I de(93) El 11 de marzo de 2015 el chat de WhatsApp entre el Director Comercial y el Director General de MIGUÉLEZ revela cómo el primero dice haber contactado con CABELTE, quien se sometería a la decisión de MIGUÉLEZ, al tiempo que manifiesta sus dudas respecto al comportamiento de GC. Con respecto a TOP CABLE (citado como "los topos"), valora que su actuación es independiente, aunque ha anunciado nueva tarifa:"

El 11 de marzo de 2015 el chat de WhatsApp entre el Director Comercial y el Director General de MIGUÉLEZ revela cómo el primero dice haber contactado con CABELTE, quien se sometería a la decisión de MIGUÉLEZ, al tiempo que manifiesta sus dudas respecto al comportamiento de GC. Con respecto a TOP CABLE (citado como "los topos"), valora que su actuación es independiente, aunque ha anunciado nueva tarifa248:

"[...] estoy contactando con Kabelte para que en Portugal la comunicación sea consensuada, [Responsable de Ventas Mercado General/T&I de PRYSMIAN] lo de Portugal me ha dado su conformidad a lo que yo decida.

[...] Solo tenemos una reserva en la que coincidimos totalmente, en la actitud y coherencia de [Vicepresidente de Iberian Market de GC] de la que los dos dudamos, [...], los topos están, aunque a su aire siendo coherentes, han anunciado una nueva tarifa, Por tanto por nuestra parte todo esa bajo control, mañana hablamos" [...]

Lo único que en las tres conversaciones que desde ayer he tenido con [Responsable de Ventas Mercado General/T&I de PRYSMIAN] nos preocupa, es [Vicepresidente de Iberian Market de GC]. Mira que incluso confiamos los dos en lo haga el topo, ya hoy por hoy. Hemos acordado que él le diga a RCT que de parte de Prysmian y Miguélez que venda todo lo que quiera que nosotros pensamos en Abril donde él no estará por haber comprometido todo a precio más bajo".

DÉCIMOSEGUNDO.- A la vista del acervo probatorio recogido en la resolución sancionadora debemos concluir ha quedado acreditado que las empresas, en el seno de FACEL se reunían y tomaban acuerdos sobre las tarifas y descuentos a aplicar por todos ellos en un determinado periodo de tiempo a los clientes finales, así como la fecha del anuncio de la tarifa acordada y la de su efectiva aplicación, llegando incluso a acordar la línea argumental común que debían seguir todos ellos para justificar el incremento de precios ante los clientes. Que las tarifas eran generalmente elaboradas, para su aplicación conjunta, a iniciativa de los líderes del mercado, GC y PRYSMIAN, si bien también consta la iniciativa de TOP CABLE al menos en 2012 y de MIGUÉLEZ en 2014 y 2015 y que también se utilizaba a la asociación FACEL para recibir la información suministrada por cada empresa para su procesamiento y posterior remisión de datos consolidados a todas las empresas.



Que además de las tarifas, los fabricantes también pactaban los descuentos que se podían aplicar a las mismas. Así, en distintas anotaciones de directivos de las empresas participantes en el cártel, recabadas en las inspecciones realizadas, se constata que la fijación de tarifas incluía la denominación de la tarifa (por ejemplo "Z-13" o "J20"), la columna a aplicar dentro de dicha tarifa y los descuentos aplicables sobre la cifra resultante de la operación anterior. Ha quedado también probado que, además de la fijación de tarifas y descuentos, las empresas también llegaron a acordar "tarifas de netos". En estos supuestos, cada fabricante participante de los acuerdos podía aplicar la tarifa y descuentos libremente, siempre y cuando el precio neto final resultante fuera el acordado.

En cuanto a los acuerdos de otras condiciones comerciales, se ha podido acreditar cómo las empresas también acordaron condiciones tales como la forma y plazos de pago, rápeles, condiciones relativas a las bobinas y condiciones de suministro, entre otros. Y, además, ha quedado probado que las empresas denunciaban los incumplimientos de los acuerdos

En concreto, por lo que aquí interesa, las pruebas recogidas acreditan la participación de TOP CABLE en los hechos sancionados y su conocimiento de los mismos, sin que las explicaciones alternativas, ofrecidas por la recurrente, resulten plausibles porque vienen a examinar cada uno de los indicios y pruebas recabadas de forma aislada y descontextualizada.

A estos efectos cumple manifestar que el hecho de que TOP CABLE aplicara precios inferiores que el resto no demuestra que no participara en el cártel.

Por lo demás, debemos precisar que las remisiones que efectúa la resolución sancionadora a las Actas de la Junta de FACEL (posteriormente, Consejo Directivo de FACEL), se realizan a los efectos de dar por acreditada la celebración de reuniones paralelas en el seno de FACEL, hecho que también se infiere de la anotación manuscrita de PRYSMIAN, de 1 de febrero de 2008, en la que se consigna la fecha de 6 de 2008 y dos indicaciones horarias; a saber, "15:30 MAQ FACEL" y 17.00 horas FACEL, coincidiendo esta última con la reunión de FACEL documentada en su correspondiente acta (folio 11161 Expte). Esta coincidencia en las fechas autoriza a dar por probada la asistencia, por lo que aquí interesa, de TOP CABLE a ambas reuniones, esto es, a las documentadas formalmente en las Actas de la Junta de FACEL o del Consejo Directivo de FACEL y a las documentadas de manera informal en notas manuscritas, lo que avala el carácter secreto de los acuerdos adoptados y su ocultamiento intencionado por su conciencia de ilegalidad, que, por otra parte, es una característica inherente al cartel.

En consecuencia, desestimamos el motivo de impugnación que denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

DÉCIMOTERCERO- Por cuanto se refiere al lapso temporal de la participación de TOP CABLE en el cartel de fabricantes, se argumenta en la demanda que el expediente contiene numerosas pruebas que demuestran, contrariamente a lo indicado por la CNMC en la resolución, que la sociedad recurrente habría participado en la supuesta práctica de fijación de precios hasta julio de 2013, momento en el cual empezó a presentar a los distribuidores sus propias tarifas brutas y que, desde entonces, se distanció de la práctica de la tarifa bruta única de mercado y nunca más la aplicó.

Pues bien, discrepamos de lo manifestado por la representación procesal de TOP CABLE por cuanto que la prueba recogida en la resolución sancionadora permite constatar que hasta 2015 su participación fue activa y que conocía los acuerdos que se estaban adoptando sobre precios y seguía su cumplimiento por las demás empresas. En este aspecto, resulta pertinente la cita de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/, T-Mobile, en cuya parte dispositiva se manifiesta que "siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas", salvo que hayan manifestado de forma pública su apartamiento del mismo, o bien lo haya hecho dirigiéndose de forma documental acreditada a los asistentes a la reunión. Igualmente se destacan de la sentencia ya referida del Asunto T-Mobile sus párrafos 53, 61 y 62 que afirman que: "(53). *A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella - relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores. . (61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos*



que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado. (63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

Las consecuencias que este Tribunal extrae de prueba obrante en autos es que la recurrente, seguía siendo considerada un miembro del mismo y recibía sus comunicaciones e informaciones, no constando un distanciamiento inequívoco del cártel, que no puede deducirse del hecho de que se levantara de una reunión del cártel el 16 de diciembre de 2013 y usara sus propias tarifas.

El hecho de que se mencionaran por las restantes empresas implicadas en el cártel reticencias sobre el seguimiento por parte de TOP CABLE de los precios acordados o que ésta utilizara la información obtenida en el seno de aquel para ofertar sus propias tarifas, incumpliendo los acuerdos adoptados, no desvirtúa el hecho de que estaba en contacto con el grupo, con conocimiento de lo acordado. Así lo avala el hecho la propia manifestación de la recurrente cuando admite que *"I legó a distraer a los demás fabricantes a este respecto con el fin de ahorrarse las presiones del resto de fabricantes para volver a aplicar la tarifa única de mercado y que un ejemplo de esta situación es la conversación de WhatsApp de 29 de enero de 2015 entre el Director Comercial y el Director General de Miguélez a la que se hace referencia en el párrafo 86 del apartado IV.1 de la Resolución, página 58 de la Resolución en la que se indica que "[N]os hemos comprometido todos incluso Top a sacarla"*.

Todo ello de por sí es suficiente, de acuerdo con la jurisprudencia anotada, para entender que formó parte integrante del cártel hasta 2015.

Por lo demás, conviene recordar que la existencia de la práctica anticompetitiva consistente en la fijación de precios y condiciones de venta no queda excluida por el hecho de que algunas empresas hayan incumplido los acuerdos adoptados. Es más, como explica la resolución recurrida, los incumplimientos detectados por parte de algunas empresas del cártel avala la existencia del cártel y no pueden ser interpretadas como un distanciamiento de aquel y así resulta del hecho de dichos incumplimientos se comentarán en las reuniones del cartel con la intención de asegurar su continuidad y la efectividad de los acuerdos adoptados.

DECIMOCUARTO - Por cuanto se refiere al Cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT de la que son responsables, - GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. y solidariamente su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L., PRODUCTOS ELÉCTRICOS INDUSTRIALES, S.A. y TOP CABLE, S.A., ha de reiterarse que la imputación a TOP CABLE descansa sobre los elementos probatorios recogidos en los hechos 97, 99 y 100 de la resolución impugnada.

Por lo que se refiere al año 2007, se recoge en el Hecho 97, que:

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

En relación con el año 2010 recoge la resolución en su Hecho 99 lo siguiente:

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

A pie de página, la resolución se remite a los -Correos electrónicos internos de TOP CABLE de 7 de octubre de 2010, con asunto "OPERACIÓN ACCIONA", recabados en la inspección de TOP CABLE, con el siguiente contenido:



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

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

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

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

Ya te diré la fecha definitiva".

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

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

Pronto tendremos toda la información".

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

¿Hemos hecho alguna acción especial?"

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

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

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

Respecto del año 2013, el hecho 100 de la resolución recoge lo siguiente: " Posteriormente, el 3 de diciembre de 2013 mediante correo electrónico de TOP CABLE a PEISA se evidencia el intercambio de información entre el citado fabricante y el distribuidor, así como la cobertura que se hacen respecto de ACCIONA, transcribiendo el contenido del siguiente correo electrónico que obra a los folios, recabados en la inspección de TOP CABLE:

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

Pásamelo por favor para cubrirte yo en Acciona".

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

Correo de: Faustino DIRECCION000 Para: " DIRECCION001 " DIRECCION001 de02/12/2013 09:50

Asunto: FW: RFQ - Green Pastures - AW3000

Buenos días Eloy ,

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

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

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

Ya veremos.

un saludo"

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

"

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

Saludos

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

"Ojalá. Falta el pedido"

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

"hostias amigo se me había olvidado contestarte.

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

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

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

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

Espero que me digas algo.

Disculpa la demora, pero se me había pasado.

un saludo".

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

La sociedad recurrente viene a reconocer en su demanda que Top Cable aceptó formar parte de un acuerdo propuesto por PEISA para el reparto de proyectos relativos al suministro de cables de goma para los aerogeneradores de Acciona pero que la participación de Top Cable en dicho acuerdo finalizó en el año 2010, lo que debería valer para considerar que esta infracción estaría prescrita, y en caso de considerar que la participación de Top Cable se mantuvo hasta diciembre de 2013, no puede considerarse como una práctica única y continuada y denuncia que la CNMC ha ignorado las explicaciones alternativas que invalidan el carácter de prueba de cargo de las pruebas en las que se ha basado la CNMC para considerar la participación de Top Cable en este cártel más allá del año 2010.

DECIMOQUINTO. -Di cho lo anterior, transcribimos los fundamentos décimo y undécimo de la sentencia dictada el 11 de mayo de 2023 recaída en el recurso tramitado con el nº 56/2018, a instancias de PEISA, a cuyo tenor:

"DÉCIMO. - Por lo demás, examinada la prueba obrante en el expediente administrativo y que recoge la resolución sancionadora, entendemos acreditada la existencia del plan común por cuanto que de aquella puede inferirse que el modus operando era similar en todos los casos detectados, pactando las empresas una cobertura consistente en presentar ofertas simuladas para asegurarse al ganador previamente pactado y luego repartirse el contrato entre todas. La existencia de este plan común no queda desvirtuado por el hecho de que, en ocasiones, no se alcanzara el objetivo buscado, por cuanto, como hemos referido, para la existencia de la infracción, basta con que las empresas hayan intentado contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos y hayan tenido conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos, o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo, como ha acontecido en el caso que examinamos.

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

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

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

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

Así las cosas, teniendo en cuenta que la infracción que examinamos, según se recoge en la resolución sancionadora, se mantuvo desde noviembre de 2006 hasta, al menos, diciembre de 2013, esto es, alrededor de 7 años, entendemos que los lapsos temporales transcurridos entre las conductas acreditadas, pese al esfuerzo



que realiza la CNMC para para justificar la continuidad de la conducta anticompetitiva en los años intermedios, nos lleva a considerar interrumpido el carácter «continuo» del cártel. Esta conclusión no quede desvirtuada por las razones expuestas en la resolución recurrida por cuanto la continuidad de los acuerdos de reparto más allá de las pruebas recabadas no puede presumirse.

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

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

Pues bien, como ya hemos recogido, de acuerdo con la doctrina contenida en la sentencia STG Trelleborg, (apartado 62), la ruptura de la continuidad de la infracción determina que el plazo de prescripción no quede interrumpido a los efectos de que la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción sea la fecha en la que la infracción continua ha finalizado.

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

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

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

Por los mismos fundamentos ha de ser estimado el motivo de impugnación que denuncia que el cártel con PEISA no puede ser considerado como una práctica única y continuada.

DECIMOSEXTO - Respecto del cartel de NICSA, denuncia la sociedad actora que las pruebas indiciarias utilizadas por la CNMC son insuficientes para fundamentar la participación de TOP CABLE.

Recordemos que la resolución sancionadora fundamenta la sanción de TOP CABLE en el referido cártel en los siguientes hechos: Año 2010 (hechos 109 y 110). Año 2011 (hechos 113 y 115) y Año 2012 (hechos 140 y 145). Añade que "Consta acreditada su participación desde octubre de 2010 hasta diciembre de 2012, entre otros, en los siguientes hechos:

Pues bien, los hechos referidos recogen lo siguiente:

(109) Posteriormente entra en este acuerdo TOP CABLE, como se acredita en anotaciones del Director Comercial Nacional de TOP CABLE de 15 de octubre de 2010, (folio 3460). que se pone de acuerdo con GC270:

"Repsol: "hablar del % que nos den antes de dar los precios a la distribución. Nosotros queremos un 20%. [Directivo de TOP CABLE] habla con [directivo de GC] para negociar antes [...]".

(110) La existencia de contactos entre TOP CABLE y GC consta acreditada en correos internos de TOP CABLE de 19 de octubre de 2010 (folio 24677 expte) y en anotaciones en la agenda de 2010 del Director Comercial Nacional de TOP CABLE, fechadas entre el 21 de septiembre y el 5 de noviembre de 2010, repartiéndose el proyecto en un primer momento entre DRAKA, GC y PRYSMIAN a partes iguales (33% para cada una) y posteriormente reducirían su porcentaje hasta el 27% para dar cabida en el reparto a TOP CABLE, con el 19% restante para cubrir a NICSA (folio 3513 expte).

"Repsol" (...)

33- 27%

33- 27%

33- 27% (hechos 109 (113) En correos electrónicos internos de NICSA de 9 de febrero de 2011, en relación con una solicitud de Repsol para Cable MT, se evidencia que NICSA contacta también con TOP CABLE, que igualmente



se compromete a cubrirle, destacando NICSA la dificultad del reparto con tantas empresas (folios 22048 y 22049 expte).

"(...) también he hablado con Top Cable y la tiene de Tainco... 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."

(115) Posteriormente, el 29 de noviembre de 2011 TOP CABLE remitió un correo electrónico a NICSA solicitándole el precario del Acuerdo Marco REPSOL 2012 para poder cubrirles según el acuerdo adoptado (folios 24765 y 24766 expte):

"(...) ¿Cuándo me pasarás el cuadro del precario de Repsol? Lo necesito para cotizar a tu competencia cubriéndolos tal y como quedamos. Me están apretando. Dime algo".

NICSA a través de correo electrónico de 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 una reunión que tuvo lugar la semana anterior (folios 1697 y 1698 expte), así como los precios y condiciones a aplicar a la competencia (folio 24763 a 24767 expte):

"Buenos días [Director de Ventas de TOP CABLE].

Os remitimos los precios del Acuerdo Marco Repsol para el 2012.

En el fichero hay dos pestañas, una para los cables de Baja Tensión y otra para los de Media.

En cada pestaña hay dos columnas:

- En la columna verde están marcados los precios a los que Nicsa os compraría los cables para el Acuerdo Marco y que fueron fijados en nuestra reunión de la semana pasada.

- En la columna roja están los precios que podéis dar directamente a la competencia (...)"

(140) En el correo electrónico de NICSA a TOP CABLE de 8 de junio de 2012 se evidencia la cobertura prestada por TOP CABLE a NICSA para el proyecto de la DESALADORA DE ASHOD (folio 22107 expte):

"Buenos días [empleado 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%?"

(145) En 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 (folio 22128 expte):

". Top Cable nos ha cubierto, estuve hablando con ellos antes de enviar la oferta. Nos cubrieron con un 10%.

Puede ser Nexans??

De los hechos expuestos podemos concluir que ha quedado acreditada la participación de TOP CABLE en el cártel de NICSA, sin que las explicaciones alternativas ofrecidas por la recurrente resulten plausibles por cuanto que en ellas se viene a reconocer que Top Cable recibió una oferta por parte de NICSA, GC, PRYSMIAN y Draka para formar parte de un acuerdo para el reparto de proyectos relativos al suministro de cables petroquímicos para Repsol. Dicho lo anterior la propia recurrente admite que llegó a responder a solicitudes de suministro de cables petroquímicos de NICSA, aunque afirma que nunca participó en ningún cálculo de precios para ofertar a través de NICSA a un cliente final aunque se aprovechó en su favor los contactos con NICSA, para obtener información comercial de este mercado en el que carecía de experiencia alguna y poder presentar ofertas más competitivas. En definitiva, se sostiene en la demanda que Top Cable distrajo a NICSA y que la engañó haciéndole creer que se planteaba la posibilidad de trabajar con ella, cuando en realidad lo único que hizo fue aprovecharse de su interés por contactar con Top Cable para obtener referencias de los precios del mercado.

Pues bien, dicho lo anterior, TOP CABLE viene a reconocer que tuvo conocimiento de la existencia los acuerdos de reparto de proyectos y participó en ellos, por lo que aun cuando su intención fuera la de aprovecharse de los contactos con NICSA, para obtener información comercial de este mercado, dicho conocimiento de la existencia del cartel es suficiente para considerar acreditada su participación en el mismo, con independencia de cual fuera el resultado final alcanzado. Como se recoge en la resolución sancionadora, la conducta ilícita se sitúa en la propia existencia de la concertación entre empresas competidoras para el reparto de los proyectos, resultando indiferente la efectiva adjudicación o implementación de los mismos. Esto es, la participación de una empresa en el reparto de un proyecto no implica necesariamente que el participante deba resultar adjudicatario del mismo ya que el reparto puede requerir la abstención de una empresa respecto de un proyecto o la presentación de ofertas de acompañamiento



DECIMOSEPTIMO- Su bsidiariamente, se opone en la demanda que, la metodología utilizada por la CNMC para calcular el importe de la multa es arbitraria y resulta en una multa desproporcionada.

Denuncia que las sanciones impuestas por la CNMC son a todas luces desproporcionadas al no haber aplicado correctamente los criterios de graduación de del artículo 64.1 LDC con el fin de calcular de manera individualizada las sanciones impuestas a Top Cable.

Por lo que se refiere al cartel de fabricantes manifiesta:

1- Que el mecanismo utilizado por la CNMC para calcular la sanción, basado en la llamada "cuota de participación en la conducta" carece de cobertura bajo la LDC, que se refiere a "cuota de mercado de la empresa responsable", que incluye para su cálculo las empresas en el mercado ajenas al cártel y que la CNMC no lleva a cabo un análisis efectivo conforme a los criterios de graduación establecidos en el artículo 64 LDC.

Expone que mediante el mecanismo de la "cuota de participación en la infracción", la CNMC estaría ponderando doblemente el tamaño de Top Cable a la hora de calcular el importe de la sanción. Una primera vez al calcular la cuota de participación en la infracción, donde a pesar de haber participado durante menos años que varios competidores, Top Cable tiene la tercera cuota más alta por tener un tamaño superior que algunos de sus competidores. Y una segunda vez al aplicar el tipo sancionador sobre el volumen de negocios total de Top Cable en 2016 en España, donde Top Cable vuelve a verse perjudicada por tratarse de una empresa multiproducto en la que las ventas de cables BT/MT representan apenas 26,08% de su facturación a nivel mundial y un 60 % de su facturación nacional.

Añade que la CNMC ha aplicado a Top Cable un tipo sancionador proporcionalmente más severo que en los casos de GC (6,8%, a pesar de que su cuota de participación en la infracción es del 31,26% conforme a la CNMC) y PRYSMIAN (7,5%, siendo en este caso su cuota de participación en la infracción del 45,55%).

Refiere que, de acuerdo con los cálculos contenidos en el apartado 10.1.2 del Informe Económico II, en caso de que la CNMC hubiese aplicado de manera proporcional la cuota de participación de Top Cable, la sanción teórica a aplicar habría sido de 2.888.362 euros, 2.021.078 euros menor que la calculada por la CNMC.

2-En relación al análisis de la proporcionalidad de la sanción, la Resolución se limita a señalar (página 197 de la Resolución) que: " *En este caso, las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas, porque se encuentran por debajo del límite de proporcionalidad estimado para cada empresa*", añadiendo en una nota al pie a dicho párrafo, en lo que respecta a dicho límite de proporcionalidad, que . " *Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes. Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico, y en caso de duda se toman siempre los valores más favorables a las empresas.*" Pero que, sin embargo no se hace referencia a ningún análisis de los parámetros señalados.

A estos efectos se afirma que la sanción impuesta es desproporcionada porque

(i) Los márgenes brutos de Top Cable, que sólo dependen de las materias primas, fueron más bajos en la época del cártel que antes y después del mismo, por lo que no se puede probar que haya habido incremento de precios alguno.

(ii) Teniendo en cuenta que la multa impuesta se ha calculado teniendo en cuenta un sobreprecio (erróneo) del 10%, el máximo de multa que debería pagar Top Cable suponiendo que el cártel haya existido, es de 1.357.530,16 euros, que correspondería a un sobreprecio igual al total del margen operativo obtenido de media por Top Cable en el periodo del cártel.

3-En cuanto a la duración de la infracción, reitera la participación de Top Cable en la misma, Top Cable habría participado (*quod non*) en el periodo comprendido entre mayo de 2007 y julio de 2013, ya que ha quedado constatado que, desde dicho momento, Top Cable se apartó de la "práctica de la tarifa bruta única del mercado" y comenzó a utilizar sus propias tarifas brutas en las relaciones con los distribuidores

4- En cuanto al criterio establecido en artículo 64.1(c) relativo al alcance de la infracción, aduce que los mercados concretos afectados serían, (i) en relación a la supuesta práctica de fijación de precios el mercado de venta a distribuidores de cables BT y (ii) en relación al reparto de proyectos la venta de cables MT a grandes clientes, por lo que la facturación de TOP CABLE en dichos mercados sería menor de la reflejada en la resolución sancionadora.



5- En cualquier caso, la resolución recurrida no ha tenido en cuenta el limitadísimo o nulo alcance del cártel, teniendo en cuenta que (i) Top Cable no ha ejecutado los supuestos acuerdos de fijación de precios (*vid.* apartado III.1.4 de los Antecedentes de Hecho, apartado 8 del Informe Económico I y apartados 6 y 10.1 del Informe Económico II), (ii) no ha resultado adjudicatario de los proyectos que supuestamente le habría asignado el cártel (*vid.* Apartado 8 del Informe Económico II).

Además, tal y como se explica en el apartado 10.1.3 del Informe Económico II, el peso de las ventas de cables BT/MT en España en las ventas totales de Top Cable pasan del 53,45% en 2007 al 28,70% en 2015, lo cual demuestra un alcance limitado para la política comercial de Top Cable.

6- En la individualización de la sanción del cartel de fabricantes, el supuesto perjuicio sufrido por los consumidores se reduce al " *supuesto incremento de los precios*" que " *se situaba, al menos en todos estos casos, entorno a un porcentaje del 10% del incremento sobre el precio competitivo*" (pág. 194) y, con respecto al acuerdo de reparto de proyectos al supuesto sobrecoste que habría repercutido en las administraciones públicas (pág. 195).

A estos efectos expone que ha quedado demostrado, en base a datos objetivos, (i) que Top Cable no aplicó los supuestos precios mínimos acordados por el cártel y que el mismo no ha producido ningún sobreprecio, lo cual se demostraba en el apartado 8 del Informe Económico I y se confirma con el análisis realizado en los apartados 6 y 10.1.4 del Informe Económico II y que (ii) Top Cable resultó ser el adjudicatario final de apenas un tercio de los proyectos que supuestamente le habían sido adjudicados, lo cual demuestra que la competencia no se vio afectada (apartado 8 del Informe Económico II).

7- Que los supuestos beneficios ilícitos resultarían en un (i) sobreprecio de al menos el 10% de incremento del precio competitivo, citándose, a estos efectos un correo electrónico de 25 de abril de 2013 en el que se discute que Top Cable habría realizado una venta por un precio 10% más bajo que el precio supuestamente fijado por el cártel, no un 10% más caro, como se pretende hacer entender.

Explica que el Informe Económico II en su apartado 10.1.5, tras un análisis de (i) los márgenes operativos del mercado, (ii) los márgenes operativos de Top Cable y (iii) la entrada de nuevos competidores en el mercado español, acredita que no puede entenderse como plausible el supuesto sobreprecio del 10% indicado por la CNMC y que, si ese sobreprecio del 10% es erróneo por ser claramente excesivo, la sanción impuesta debe ser considerada desproporcionada. Y a estos efectos, en el apartado 10.1.6 del Informe Económico II se calcula cual habría sido la sanción tomando como cifra del supuesto sobreprecio el 4,7% que representa el total del margen operativo que Top Cable consigue en el mercado de cable BT/MT en el periodo del cártel (2007-2015), dando como resultado una sanción de 1.357.530,16 euros.

8- La CNMC no tiene en cuenta como circunstancias atenuantes a la hora de modular el importe de la multa que (i) Top Cable no aplicó efectivamente los supuestos acuerdos de precios ni resultó ser la adjudicataria de los proyectos que supuestamente le fueron asignados, y que (ii) el cártel sucedió durante una de las peores crisis económicas que ha atravesado la economía española que afectó con virulencia al sector en cuestión

En relación a la multa impuesta en el cártel de NISCA y fabricantes (1.063.184 euros), manifiesta que:

(a) La CNMC se limita a hacer referencia a la facturación en el mercado supuestamente afectado y a indicar que se aminora el tipo sancionador por el hecho de que Top Cable ha sido sancionada por diversas conductas y ello podría atentar contra el principio de proporcionalidad. Sin embargo:

(i) La CNMC procede de esta forma sin un fundamento objetivo, aplicando una aminoración mucho menor en este cártel que en el cártel de PEISA, cuando la duración y la facturación afectadas son muy inferiores.

(ii) El volumen de facturación tomado en cuenta por la CNMC (130.969.000 euros) es mayor del que realmente corresponde.

Atendiendo al mercado afectado por el supuesto reparto de proyectos con NISCA (ventas de cables especiales petroquímicos), el volumen de facturación afectado habría sido de 281.000 euros. (b) La CNMC no ha realizado un adecuado ajuste de proporcionalidad de la sanción. De hecho, la CNMC no ha realizado ningún análisis a estos efectos y se limita a decir que las sanciones impuestas son proporcionadas.

(c) Teniendo en cuenta los distintos criterios contenidos en el artículo 64.1 LDC, que la CNMC ha obviado, la multa es claramente desproporcionada:

(i) La duración de la participación de Top Cable (2 años según la CNMC) tiene un alcance temporal muy limitado y es mucho más corta (2 años) que la de los otros miembros del cártel NISCA, PRYSMIAN y GC (más de 6 años).

(ii) En cuanto a la dimensión y características del mercado afectado, la CNMC yerra al considerar el mercado global de ventas de cables BT/MT. Ha quedado demostrado que el mercado afectado por este cártel de reparto es el mercado de ventas de cables especiales petroquímicos.

A causa de este error, el volumen de venta afectado que debería haberse tenido en cuenta se reduciría drásticamente.

(iii) El alcance del cártel ha sido muy limitado al haber afectado, en lo que respecta a Top Cable, al reparto de 5 de los 31 proyectos supuestamente repartidos por este cártel y proyectos entre 2007 y 2013 y por una duración mucho más corta (2 años) que los otros miembros del cártel NISCA, PRYSMIAN y GC (6,5 años).

(iv) La CNMC no analiza los efectos derivados del supuesto cártel y no tiene en cuenta que Top Cable no vendió ni un solo cable petroquímico a NISCA durante el periodo del supuesto cártel.

(v) Top Cable no pudo obtener ningún beneficio ilícito al no haber participado, ni directamente ni indirectamente a través de NISCA, en tres de los cinco proyectos supuestamente repartidos, ni haber resultado NISCA adjudicataria de los otros dos proyectos en los que solicitó una oferta para el suministro de cables a Top Cable.

(d) La CNMC no tiene en cuenta como circunstancias atenuantes a la hora de modular el importe de la multa que (i) Top Cable no aplicó efectivamente los supuestos acuerdos de precios ni resultó ser la adjudicataria de los proyectos que supuestamente le fueron asignados, y que (ii) el cártel sucedió durante una de las peores crisis económicas que ha atravesado la economía española que afectó con virulencia al sector en cuestión.

DECIMOCTAVO.- Recordemos que la resolución sancionadora recoge que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC, el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Atendiendo a dichos parámetros, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, concreta el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora.

Dicho lo anterior, procede analizar, de manera individualizada para cada infracción, los criterios para el cálculo de la sanción previstos en el citado artículo 64 de la LDC y, por lo que se refiere al cártel de fabricantes, se califica como una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales, y en el reparto del mercado de suministro de cables de BT/MT, que se ha prolongado desde el año 2002 hasta el año 2015. Recoge las características del mercado y su ámbito geográfico. Destaca que las empresas participantes en este cártel son las principales empresas fabricantes de cables BT/MT en el mercado español (se estima que en conjunto ostentan una cuota cercana al 80%), siendo las empresas que llevaban la iniciativa en la mayor parte de ocasiones (GC y PRYSMIAN) las empresas fabricantes líderes en el mercado español, con cerca del 50% de cuota de mercado. Destaca que se trata de conductas especialmente graves. Expone que la fijación de precios entre fabricantes suprime la competencia entre empresas en un elemento esencial para diferenciar las ofertas como es el precio, impidiendo a los clientes beneficiarse de los menores precios y condiciones que resultarían de la competencia efectiva entre oferentes. Reitera que los acuerdos sobre precios han tenido por objeto, en algunas ocasiones, las tarifas y descuentos a aplicar a los clientes y, en otras ocasiones, el precio final de suministro o "precio neto y, partiendo de un correo electrónico interno de 2012 de TOP CABLE que reconocía la intención de incrementar los precios, y en 2013 otro correo electrónico que daba cuenta de una reclamación de GC a TOP CABLE por haber ofertado a un cliente un 10% más barato que lo acordado y en una conversación de WhatsApp interna de MIGUÉLEZ, en la que se indica que PRYSMIAN ha ofertado "10 puntos por debajo" a un cliente, afirma que el sobreprecio derivado del cártel se situaba, al menos en todos estos casos, en torno a un porcentaje del 10% de incremento del precio competitivo. Añade que en el cártel de fabricantes se llevó a cabo un boicot a algunos de ellos, como los grupos de compra que agrupan a varios distribuidores, con el consecuente perjuicio para los mismos.

Destaca también la gravedad de los acuerdos de reparto de proyectos (al menos 332 proyectos entre fabricantes de cables BT/MT, de los que casi la mitad se refieren a infraestructuras públicas o instalaciones de comunicación y transporte). que han afectado a licitaciones para el suministro de cables destinado a infraestructuras pública, lo que constituye un plus de gravedad de la infracción, dado que este sobrecoste que ha tenido que soportar el licitador privado ha sido trasladado en última instancia a los precios que la Administración ha tenido que pagar por la ejecución de la obra principal, y en última instancia estos costes son

asumidos por los ciudadanos. Añade que tuvieron un impacto real en el mercado de suministro de cables BT/MT nacional, y que como consecuencia de ello se produjo una compartimentación de este mercado, dando lugar a que se establecieran barreras a la entrada de nuevas empresas y que pactando las ofertas y, por lo tanto, el adjudicatario de las licitaciones, se han reducido los incentivos de las entidades incoadas para competir y se ha incrementado la estabilidad interna en el mercado entre dichas entidades, con efectos especialmente perjudiciales para la competencia, al distorsionar el importe de las ofertas presentadas y con ello, al fin, los precios, que resultaban ser más altos para el cliente de lo que en un procedimiento realmente competitivo hubiesen sido. Que el análisis de su participación en el mercado permite confirmar que el objetivo final del cártel de fabricantes de mantener las cuotas de mercado de sus integrantes se cumplió en la práctica, ya que, como se ha dicho en esta resolución, dichas cuotas se mantuvieron estables en términos generales entre los años 2009 y 2014.

Por lo que afecta a TOP CABLE, se recoge que la duración de su conducta se prolongó desde mayo de 2007 a junio de 2015; que el volumen de negocios en el mercado afectado fue de 557.926.333 euros y la cuota de participación en la infracción del 9,1%, asignándole un tipo sancionador del 6%.

No se aprecia la concurrencia de agravantes ni atenuantes en ninguna de las empresas infractoras y, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, acuerda imponer a TOP CABLE una sanción de 4.909.440 euros, partiendo de un volumen de negocios total en 2016 de 81.824.000 y de un tipo sancionador del 6%.

Explica la resolución que las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas, porque se encuentran por debajo del límite de proporcionalidad estimado para cada empresa, precisando, a pie de página que "Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes. Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico, y en caso de duda se toman siempre los valores más favorables a las empresas.

DÉCIMONOVENO.- Sentado lo anterior, daremos respuesta a los motivos de impugnación respecto a la sanción impuesta a TOP CABLE en el cártel de fabricantes.

Pues bien cumple manifestar que la "cuota de participación en la conducta" encuentra cobertura en el artículo 64 LDC; que la conformidad o disconformidad a derecho del tipo sancionador aplicado a una empresa no viene determinado por la simple comparación de los impuestos a las demás infractoras; que, respecto de la duración de la infracción y su calificación como infracción única y continuada, nos remitimos a lo resuelto en el Fundamento de Duodécimo de esta sentencia. y por cuanto se refiere a la delimitación del mercado afectado, entendemos que la segmentación que propugna la actora resulta artificiosa por cuanto que el cartel de fabricantes comprende tanto los acuerdos de fijación precios y condiciones comerciales, que en la tesis de la actora afectaría al mercado de cables de baja tensión, como los acuerdos de reparto de proyectos, que, en la propuesta de la recurrente, afectaría al mercado de cables de media tensión. Así las cosas, estimamos ajustada a derecho la delimitación del mercado afectado que se realiza en la resolución sancionadora.

Por lo demás debemos precisar que el hecho de que los márgenes brutos de TOP CABLE fueran más bajos en la época del cártel que antes y después del mismo no excluye que se produjera un incremento de precios durante el periodo temporal del cartel, por cuanto que éstos, como explica la sociedad actora, dependen de las materias primas. Por lo demás, las alegaciones que sostienen que TOP CABLE no ha ejecutado los supuestos acuerdos de fijación de precios y no ha resultado adjudicatario de proyectos en los acuerdos de repartos no significan que la competencia no se viera afectada. Reiteramos en este punto que nos encontramos ante una infracción restrictiva de la competencia por su objeto que no exige el cumplimiento efectivo y la implementación de los acuerdos adoptados.

Dicho lo anterior, la Sala, no puede, sin embargo, considerar acreditado el sobreprecio que la resolución cifra en un 10%, por la mera referencia a dos correos electrónicos y al contenido de un WhatsApp y, por consiguiente, no puede reputar acreditado y considerar veraz dicho sobreprecio.

Así las cosas, no puede ser tomado como parámetro para cuantificar los beneficios ilícitos obtenidos por TOP CABLE como consecuencia de la infracción ni tampoco, los efectos de ésta sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; y, en consecuencia, para determinar la sanción que haya de imponerse a la actora, con las consecuencias que este pronunciamiento deba proyectar sobre una ulterior cuantificación de la sanción y el límite de proporcionalidad de la misma.



Por lo demás, entendemos que no son aplicables las atenuantes que invoca la demandante por las razones que pasamos a exponer. No contempla la ley de forma expresa la atenuante de la concurrencia de crisis económica durante el periodo en el que se prolongó la infracción. Y por lo que se refiere a la no aplicación efectiva de los acuerdos anticompetitivos, cumple manifestar que no ha quedado acreditado un incumplimiento absoluto, sistemático y permanente por parte de TOP CABLE de los acuerdos de fijación de precios. Y respecto de los acuerdos de reparto de proyectos, su efectividad era innata al propio acuerdo y no exigía que todas las empresas participes resultaran finalmente adjudicatarias de los proyectos repartidos. A lo dicho cabe añadir que la representación procesal de TOP Cable no dedica una sola línea de su demanda a cuestionar su participación en estos acuerdos.

VIGESIMO. -. Por cuanto se refiere al cartel de NICSA y fabricantes, la resolución sancionadora reitera que se trata 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 la distribuidora NICSA y los fabricantes GC, PRYSMIAN y TOP CABLE, que consta acreditada, al menos, desde noviembre de 2006 y, al menos, hasta mayo de 2013.

En relación con las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas, da por reproducidas las consideraciones ya efectuadas respecto del cartel de fabricantes y en cuanto a las empresas participantes, nuevamente destaca la concurrencia de empresas líderes en el sector, como son GC y PRYSMIAN, o de gran relevancia como es TOP CABLE.

Refiere que el alcance de estos acuerdos también es más limitado que en el caso del cártel de fabricantes, dado que las conductas han consistido únicamente en el reparto de proyectos. Que, en particular, estos acuerdos han afectado a un total de 31 proyectos entre 2006 y 2013 de clientes como REPSOL, CEPSA, TÉCNICAS REUNIDAS, PETRONOR o ENAGÁS, con proyectos de cuantía considerable, como la licitación de REPSOL de 2006-2007 cercana a los 4.000.000 €536 o el de 2012 para IBERPOTASH, que ascendía a cerca de 1.000.000€537.

Que el impacto de las conductas en el mercado resulta relevante si tenemos en cuenta la cantidad de repartos de proyectos que han sido acreditados, el volumen acreditado de algunos de ellos que, a diferencia del cártel con PEISA, sí resultan de gran envergadura y la diversidad de clientes que se han podido ver directamente afectados por los acuerdos que han resultado ilícitos.

Añade que, a los efectos de graduar la sanción, hay que valorar, igualmente, que en estos acuerdos el mayor beneficio directo derivado del contrato lo ha obtenido NICSA por ser la adjudicataria final del suministro de cables, sin perjuicio de que el resto de empresas, como ya se ha señalado, haya obtenido igualmente beneficios de los citados acuerdos.

Tras consignar la duración de la conducta de TOP Cable en este CÁRTEL (10/2010 A 12/2012, y su volumen de negocios en el mercado afectado (130.969.000), no aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes en ninguna de las empresas infractoras y, teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, la necesaria disuasión y el respeto al principio de proporcionalidad de las sanciones a GC, a PRYSMIAN y a TOP CABLE, considerando que ya han sido sancionadas en esta misma resolución con otras multas significativas , impone a TOP CABLE una sanción de 1.063.184 euros de multa, partiendo de un volumen de negocios total en 2016 de 81.824.000 euros , aplicando un tipo sancionador del 1.30%.

Para terminar, se señala que las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas, porque se encuentran por debajo del límite de proporcionalidad estimado para cada empresa.

Pues bien, en cuanto a la cuota de participación en la conducta, reiteramos que se trata de un parámetro previsto en el artículo 64LDC. Por lo que se refiere a la duración de la infracción nos remitimos a lo ya resuelto en el Fundamento de Derecho Décimo Quinto de la presente sentencia. En cuanto a la definición de los mercados concretos afectados, la Sala considera correcta la delimitación del mercado que realiza la resolución sancionadora, y que no es preciso llevara a cabo la segmentación que propone la recurrente puesto que, en todo caso, se trata de un tipo de cable subsumible en el mercado definido.

Respecto de la aplicación de las atenuantes que se invocan en la demanda, nos remitimos a lo resuelto respecto del cartel de fabricantes.

VIGESIMOPRIMERO - Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la estimación en parte del presente recurso:

1) En el cártel de fabricantes, a los solos efectos de declarar que el parámetro de sobreprecio recogido en la resolución sancionadora no está acreditado y , por tanto no puede ser tomado como parámetro para cuantificar los beneficios ilícitos obtenidos por TOP CABLE como consecuencia de la infracción y los efectos de ésta sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; y,



en consecuencia, para determinar la sanción que haya de imponerse a la actora, con los efectos que ello deba proyectar en una ulterior cuantificación de la sanción y sobre el límite de proporcionalidad.

2) - Anulamos la resolución recurrida en lo que se refiere al cartel de Peisa y distribuidores en relación con TOP CABLE.

VIGESIMOSEGUNDO. - No procede hacer pronunciamiento sobre pago de costas procesales.

FALLO

Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro, en nombre y representación de la sociedad **TOP CABLE, S.A.**, contra la resolución de 23 de noviembre de 2017, dictada en el sancionador S/DC/0562/15 Cables BT/MT, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a los efectos de:

1) En el cártel de fabricantes, declarar que el parámetro de sobreprecio recogido en la resolución sancionadora no está acreditado y, por tanto no puede ser tomado como parámetro para cuantificar los beneficios ilícitos obtenidos por TOP CABLE como consecuencia de la infracción y los efectos de ésta sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; y, en consecuencia, para determinar la sanción que haya de imponerse a la actora, con los efectos que ello deba proyectar en una ulterior cuantificación de la sanción.

2) - Anular la resolución recurrida en lo que se refiere al cartel de Peisa y distribuidores en relación con TOP CABLE.

3) Sin costas.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.