



Roj: **SAN 2600/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2600**

Id Cendoj: **28079230062023100333**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **24/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000024 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00228/2018

Demandante: NEXANS IBERIA S.L. y NEXANS S.A.

Procurador: DON RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veintitrés.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **24/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por las entidades **NEXANS IBERIA S.L. y NEXANS S.A.** representadas por el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira contra la resolución de 21 de noviembre de 2017, expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se las declara responsable y sanciona por infracciones de competencia.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



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

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

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

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 8 de marzo del año en curso, fecha en la que se inició la deliberación, que finalizó el 3 de mayo de 2023.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso deducido por la entidad NEXANS IBERIA S.L. y NEXANS S.A., contra la resolución de 21 de noviembre de 2017, expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia por la que se la declara responsable y sanciona por infracciones de competencia.

En la parte dispositiva de la resolución impugnada, se indicaba « *[P]rimero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 6/1989 y de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE .*

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:

(...)

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

(...)

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

a) En el cártel de fabricantes:

(...)

- NEXANS IBERIA, S.L.: 1.356.214 euros [...]». Co mo resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

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

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

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

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

5.- El 19 de octubre de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC adoptó un acuerdo de recalificación de la conducta de PRYSMIAN, motivado por la detección de un error en la imputación de su conducta en la propuesta de resolución, consistente en no imputarle los años 2012 y 2013, dándose el trámite para alegaciones, tras lo que se dictó el acuerdo objeto del presente recurso.

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



« [P]rimero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE .

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

- CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A. y solidariamente su matriz CABELTE-CABOS ELÉCTRICOS E TELEFONICOS, S.A.
- FACEL como asociación colaboradora del cártel.
- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. y solidariamente su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L.
- MIGUÉLEZ, S.L. y solidariamente su matriz GRUPO MIGUÉLEZ, S.L
- NEXANS IBERIA, S.L. y solidariamente su matriz NEXANS, S.A.
- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A. y solidariamente su matriz DRAKA HOLDING, S.L.
- SOLIDAL CONDUCTORES ELECTRICOS, S.A. y solidariamente su matriz COMPANHIA INDUSTRIAL QUINTAS & QUINTAS SGPS, S.A.
- TOP CABLE, S.A.

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

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

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

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

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

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

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

- COMAPLE, S.L. y solidariamente su matriz OTEINVER, S.L.
- NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A. y solidariamente su matriz ABENGOA, S.A.

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

a) En el cártel de fabricantes:

- CABELTE INCASA INDUSTRIA NAVARRA DE CABLES, S.A.: 1.849.107 euros
- FACEL: 80.000 euros
- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U.: 8.791.040 euros



- MIGUÉLEZ, S.L.: 2.985.216 euros
- NEXANS IBERIA, S.L.: 1.356.214 euros
- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A.: 11.821.875 euros
- SOLIDAL CONDUTORES ELECTRICOS, S.A.: 27.350 euros
- TOP CABLE, S.A.: 4.909.440 euros

b) En el cártel de PEISA y fabricantes:

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

c) En el cártel de NICSA y fabricantes:

- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U.: 2.197.760 euros
- NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.: 264.772 euros
- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A.: 2.994.875 euros
- TOP CABLE, S.A.: 1.063.712 euros

d) En el cártel de AMARA y fabricantes:

-
AMARA, S.A.U.: 2.255.890 euros

- GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U.: 387.840 euros
- PRYSMIAN CABLES SPAIN, S.A.: 788.125 euros

e) En el cártel entre NICSA y COMAPLE:

- COMAPLE, S.L.: 22.491 euros
- NEGOCIOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.: 90.135 euros

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

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

SEGUNDO.- Las recurrentes insta la anulación del acuerdo sancionador y lo explican por varios motivos. Con carácter previo y acompañado de un informe pericial intentan poner de manifiesto cuál es la situación, que califica de particular, de la actora en el mercado español. Dice que no fabrica cables de BT/MT en España y que su posición no es la misma que el resto de los fabricantes involucrados en el cartel, y le supuestos ciertas dificultades para competir en España y una considerable pérdida de cuota de mercado. Todo ello implica que la actora actuó de manera completamente independiente respecto de las demás expresas, llevando a cabo su propia estrategia; sus decisiones fueron tomadas de manera unilateral. Esta particularidad se traduce en la falta de auténticos elementos incriminatorios y las quiebras que se detectan en la actividad probatoria de la CNMC, para lo que analiza el comportamiento durante los años investigados. De hecho, solo poco antes del traslado del Pliego de Concreción de Hecho (PCH) fue traída la actora al procedimiento. Su comportamiento fue siempre pro competitivo y nunca tuvo efectos en el mercado, de hecho no consta acredita que siguiera los precios marcados por el cártel. Afirma que Grupo Nexans ha elaborado e instaurado, tiempo atrás, un estricto programa de cumplimiento normativo en materia de competencia.

La respuesta a estas alegaciones, en ningún caso desdice que las recurrentes hayan podido incurrir las practicas colusorias que se han imputado.

En primer lugar, el que la fabricación de los cables no tenga lugar en España, no significa que, a través de la filial española haya participado en el cártel de fabricantes detectado en nuestro país. Nada desdice el lugar de fabricación respecto a que la práctica se haya urdido aquí, especialmente si nos atenemos al mercado definido por la resolución sancionadora.

En segundo lugar, la relevancia de los hechos incriminatorios serán examinados más adelante cuando entremos a analizar las pruebas en la que el acuerdo sancionador sustenta su decisión. Son estos extremos los



determinantes de la infracción imputada, y no lo temprano o tarde que se haya incorporado al procedimiento sancionador. La afirmación de que su comportamiento fue siempre pro competitivo no supera el ámbito de una mera aseveración de parte, del mismo modo que la referencia a la ausencia de efectos, máxime cuando estamos ante una infracción por objeto en la que no se precisa, en estos momentos, la concreción de los causados por la resolución sancionadora para que la conducta resulte reprochable.

En tercer lugar, en lo que se refiere al establecimiento de un programa de cumplimiento, que se ha seguido estrictamente, la previsión de estos programas no ha sido expresamente contemplado por nuestra LDC. Es cierto que la CNMC los ha valorado en ocasiones, aunque con escaso éxito salvo en la resolución de 11 de mayo de 2021, S/DC/0627/18 respecto de INDRA, en el que se acogió positivamente, sobre todo, por el despido por parte de la sancionada de los directivos responsables de las prácticas colusorias. También lo es que la CNMC aprobó el 10 de junio de 2020, la «Guía de programa de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia», posterior a la comisión de los hechos, que sin perjuicio de la aplicación de los criterios de ponderación que le corresponden a quien tiene la potestad sancionadora, no tiene encaje directo en la presente redacción del artículo 64 de la LDC. Tampoco está de más recordar que la Autoridad de la competencia francesa (Autorité de la Concurrence), país de origen de la matriz, tiene aprobado un programa de cumplimiento normativo desde el 10 de febrero de 2012 (Programmes de conformité aux règles de Concurrence), en el que la finalidad y objetivo principal no es la reducción de la sanción, sino la prevención de las conductas anticompetitivas y su pronta detección, lo que no ocurrió el presente caso. Por último, y como ha citado de manera reiterada la propia CNMC en resolución en la que ha denegado la eficacia atenuante o eximente de la aplicación de programas de cumplimiento normativo, la STJUE de 18 de julio de 2013, C-501/11 Schindler Holding y otros/Comisión, reconoce que no cabe el automatismo en la aplicación de estos programas para atenuar la infracción imputada.

TERCERO.- En segundo lugar, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ante la falta de acreditación de la participación de NEXANS IBERIA en la infracción. No hay constancia de su directa intervención en la infracción y que todo se refiere a documentos o correo de terceros y a su participación en las reuniones de FACEL, en las que no consta que se abordara a tomaran decisiones ilícitas o anticompetitivas.

Este segundo motivo requiere que entremos en el análisis de las pruebas en la que se sustenta la resolución para justifica la imposición de la sanción, que se construye en la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC en el cártel de fabricantes que se extiende desde junio de 2002 a julio de 2013.

En el año 2002, se constata en la documentación incluida en la carpeta denominada «Operaciones M.T. 25/06/02», recabada en la inspección realizada a FACEL, la existencia de contactos y acuerdos entre las empresas, entre otra entre las fabricantes GC, PIRELLI (actualmente PRYSMIAN) y NEXANS. Se remitían semanalmente las plantillas con los proyectos de importe superior a 90.000€ en los que deseaban participar y el « árbitro», denominado « A-S» (coincide con las iniciales del nombre y primer apellido del secretario general de FACEL), clasificaba y numeraba los proyectos asignándoles la clave « C (Coincidente)» o « NC (No Coincidente)». Sin embargo, no haremos mayores consideración sobre estos hechos por las razones que explicaremos cuando examinemos la alegación en la que se cuestiona que estemos ante una infracción única y continuada.

En los años 2003, 2004 y 2005 no hay referencia alguna a la participación de las actoras en el cártel.

En el 2006, así como en los años siguientes, nos centraremos solo en algunos de los correos, comunicaciones o documentación que por sí sola revela la existencia de contactos y practicas expresivas de la infracción imputada, sin necesidad de agotar la totalidad de la prueba practicada.

En la reunión el 21 de diciembre de 2006, en la que participan GC, PRYSMIAN Y NEXANS, sumándose DRAKA, las empresas adoptaron acuerdos sobre la fijación de tarifas y descuentos y coordinaron los argumentos que debían usar los fabricantes frente a los clientes para justificar el incremento de los precios, « [2]1/12/06 FACEL MK (...) - Existen deslizamientos. +- Acordar límites dtos. (...) - Presentar tarifa nueva para enero con el nivel de dtos. (...) - Descuentos acordados rapel aparte: (...) - Argumentos para justificar el Á de tarifa: Á Prima minera 25%. - Á Transformación (1 ÷ 2%). Á 25%. - Á Coste MO. - Á Coste Energía + 16%. - Á transportes [...]».

En los 2007 y 2008, se detectaron diversas reuniones, nueve en 2007 en las que participaron GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ, con la colaboración de FACEL, sumándose, por tanto, a los acuerdos TOP CABLE y MIGUÉLEZ y dejando de participar en los mismos ECN y, de momento, CABELTE y SOLIDAL; y seis en 2008 en las que participaron GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ.

Destacamos especialmente relevante en es la de 1 de abril de 2008, en la que se establecieron las bases del denominado «Decálogo» en la que se indicaba « [D]ECÁLOGO. 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 [...]. « Decálogo », que del que no se ofrece una explicación razonable entre competidores, y al que las recurrentes ni eran ajenas ni se apartaron expresamente, como lo revela los como lo revelan el intercambio de correos personales como el de 28 de marzo de 2008 remitido por el Director de Compañías Eléctricas e Instaladores de NEXANS a TOP CABLE, y como NEXANS y PRYSMIAN en el que anexa un cuadro con fecha de 26 de marzo de 2008 en el que se reflejan los pedidos cursados en 2007 y 2008 por los fabricantes «G, P, N, T» que se corresponde con GC, PIRELLI (PRYSMIAN), NEXANS y TOP CABLE, respectivamente. La resolución reproduce un cuadro que revela como los fabricantes GC, PRYSMIAN, NEXANS y TOP CABLE intercambiaban información sobre los pedidos cursados, en miles de euros, al objeto de determinar la cuota de mercado de cada uno de ellos en 2007 (30% para GC y PRYSMIAN y 20% para NEXANS y TOP CABLE, respectivamente) y que esta cuota de mercado se tomaba como base, a su vez, para determinar el reparto en 2008. El objetivo del reparto era mantener la cuota de mercado de cada uno de los fabricantes participantes en este cártel.

En el año 2009, en las libretas del responsable de ventas mercado general/T&I de PRYSMIAN, se evidencia la celebración de reuniones entre las empresas, con la colaboración de FACEL, en las que se intercambiaba información comercialmente sensible y se acordaban las tarifas y los descuentos para el suministro de cables BT/MT, como las de 9 de octubre, en la que participaron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS y PRYSMIAN, y la de 3 de noviembre de 2009, en la que participaron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS y PRYSMIAN, y se dan las gracias por la labor de seguimiento de los acuerdos realizado por PRYSMIAN se confirma que a dicha fecha cumplen los acuerdos GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA y TOP CABLE, mientras que MIGUÉLEZ y RCT no anuncian ni aplican las tarifas acordadas.

En el año 2010 hay intercambio de números de BlackBerry entre GC, PRYSMIAN, NEXANS y DRAKA, en algunos casos bajo seudónimo. Se llevaron a cabo reuniones el 16 de septiembre, en la que participaron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS y PRYSMIAN; el 25 de octubre, en la que participaron TOP CABLE, DRAKA, GC, MIGUÉLEZ, NEXANS, y PRYSMIAN, en las que se hace constar las dificultades para que las tarifas acordadas fueran efectivamente aplicadas por las empresas.

En el año 2011, se detectan al menos otras cuatro reuniones, el 13 de enero, con la participación de GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ; el 27 de enero, a la que asistieron GC, PRYSMIAN, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ; el 8 de abril, con la participación de GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ; y la de 22 de junio de 2011, con la participación de GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE y MIGUÉLEZ, que se refleja en un correo electrónico interno de TOP CABLE de 11 de enero de 2011, en el que indica una gran diversidad en las tarifas anunciadas y aplicadas por GC, PRYSMIAN, NEXANS, DRAKA, TOP CABLE, MIGUÉLEZ y RCT. En otro correo interno de TOP CABLE posterior, de 20 de enero de 2011, 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.

En el año 2012, podemos destacar reuniones los días 11 de abril entre GC, PRYSMIAN, TOP CABLE y CABELTE154; 20 de junio entre GC, NEXANS, PRYSMIAN, TOP CABLE, CABELTE, SOLIDAL y FACEL. Según un apunte del director Comercial Nacional de TOP CABLE se especifica que « [C]abelte: 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 [...] ».

En el año 2013, podemos destacar una reunión el 31 de enero entre GC, PRYSMIAN, NEXANS, TOP CABLE y MIGUÉLEZ; o el 18 de junio entre GC, PRYSMIAN, NEXANS, TOP CABLE y MIGUÉLEZ. Respecto de las actoras, el 23 de julio de 2013 se celebró otra reunión del cártel, acordando mantener la tarifa nueva y los descuentos hasta primeros de septiembre, sin embargo en el correo interno de TOP CABLE en el que se informaba de su resultado, se hizo constar la negativa de NEXANS a participar en posteriores reuniones. Esta es la fecha hasta la que la CNMC extiende la participación de NEXANS en el cártel.

Las reuniones, correos y reuniones que describimos y que solo son algunas de la que refleja el acuerdo sancionador, difícilmente pueden explicarse entre empresa competidoras en un mismo mercado, lo que revela sin demasiada dificultad hermenéutica la infracción que les ha sido imputada.

Cuestión diferente es la imputación temporal de la infracción cometida, como examinaremos a continuación cuando analicemos su naturaleza de única y continuada.

CUARTO.- Sostiene que las conductas de NEXANS IBERIA no pueden ser calificadas de infracción única y continuada. Falta el presupuesto del «objetivo común». No se puede acreditar que participara en una supuesta infracción única y continuada cuando la propia resolución reconoce expresamente que no participó en ningún



proyecto más allá de 2006. Este argumento lo conecta directamente en la prescripción de la infracción imputada a la actora por la supuesta participación en un reparto de proyectos más allá del año 2003 o, en su defecto, 2006.

Pese a las críticas que hace la recurrente, y lo poco precisa que resulta el acuerdo sancionador sobre la identificación del plan preconcebido, necesario para que podamos calificar la infracción de única y continuada, sí existen indicios relevantes de su configuración y seguimiento. El denominado «decálogo» resulta, por sí solo, lo suficientemente expresivo de la ideación de un plan preconcebido y del seguimiento de una conducta entre las empresas fabricantes y participes en el cártel de cara a la fijación de los precios de mercado del cable de baja y media tensión. Para ello deberían llegar a pactos y acuerdos previos con cierta continuidad en el tiempo, lo que se constata a través de la prueba a que hemos ido desgranando en el anterior fundamento.

Si partimos de que sí estamos ante una infracción del artículo 101 del TFUE única y continuada, esta calificación tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que 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, como apuntaba la STG 17 de mayo de 2013, T14 7/09 y T148/09 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; y « [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 [...]», como se constata en las 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).

Se plantea un problema en los casos en los que, o bien la empresa ha dejado de participar en la conducta durante un tiempo o bien no existe prueba de su participación, sin que conste un expreso apartamiento de la conducta colusoria llevada a cabo por el cártel. Cuando esto ocurre es necesario fijar cuánto tiempo se considera razonable como para considerar interrumpido el carácter «continuo» de la infracción. Estamos ante un casuismo al que no se le puede dar una respuesta apriorística, pero en la STG Trelleborg se establece 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 « [i]ndicios objetivos y concordantes que permitan apreciar la implicación de las demandantes en los contactos mantenidos durante el período de crisis del cartel [...]» (apartado 68). No obstante, este periodo de tiempo tiene un valor o meramente indicativo, por lo casuístico de las situaciones a tratar, por no lo obliga a valorar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes ante la ausencia de un pronunciamiento público y expreso de apartamiento del cartel, STJUE Comisión/Anic Participazioni, (apartado 50).

En el presente litigio hemos constatado en el anterior fundamento de derecho que no existe prueba alguna de la participación de la actora en el cártel en los años 2003, 2004 y 2005, lo que rompe el nexo temporal en la continuidad, lo que implica además la prescripción de lo que pudo ser su participación en el cártel en el año 2002, puesto que cuando se incoó el procedimiento sancionador habían transcurrido más de cuatro años respecto de esos primeros hechos.

La indebida imputación temporal de la infracción, a pesar de que sí constamos la antijuridicidad de la conducta en el periodo indicado, en la medida que ha incidido en la cuantificación de la sanción impuesta, nos llevan a la estación parcial del recurso con la anulación del acuerdo sancionador, sin perjuicio de las actuaciones que de ello se deriven.



QUINTO. El alcance de este pronunciamiento hace que resulte irrelevante que nos pronunciemos sobre el resto de los motivos invocados en sobre la proporcionalidad de la sanción.

Sin embargo, sí resulta pertinente que resolvamos el alcance de la solidaridad de la matriz de NEXANS por su filial española NEXANS IBERIA S.L., planteada como última cuestión en la demanda.

Para la resolución de este motivo recordemos que el artículo 61.2 de la LDC, contempla la imputación a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas. Le hubiera correspondido a la matriz desvirtuar dicha presunción mediante la aportación de pruebas que revelaran que la filial actuaba de modo autónomo o fuera del ámbito decisorio de la matriz. Como recuerda la Administración, la sentencia del 30 de abril de 2009, (TJCE 2009/114) « [p]ara imputar a una sociedad matriz los actos cometidos por su filial no es en absoluto necesario que la matriz haya participado directamente en los comportamientos imputados a su filial o haya tenido conocimiento de ellos. La circunstancia que permite que la Comisión considere a la sociedad matriz de un grupo de sociedades destinataria de la decisión por la que se imponen multas no es el hecho de que la matriz haya instado a su filial a participar en la infracción ni tampoco, a fortiori, la participación de la propia matriz en dicha infracción, sino el hecho de que ambas constituyan una única empresa a efectos del artículo 81 CE . [...]». En esta misma línea, la STUE de 8 de mayo de 2013 Eni/Comisión asunto C-508/11 P decía que « [46.] Procede recordar, en primer lugar, que, según jurisprudencia reiterada, a efectos de aplicar el artículo 101 TFUE , el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas. En efecto, en tal situación, al formar parte la sociedad matriz y su filial de una misma unidad económica y constituir, por lo tanto, una única empresa en el sentido de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE , la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción (véase, en particular, el auto del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, Transcatlab/Comisión, C-654/11 P, apartado 29 y la jurisprudencia citada). [...]».

La previsión legal y la interpretación jurisprudencial que citamos nos lleva a rechazar esta alegación confirmando la solidaridad en la responsabilidad exigida.

SEXTO.- La parcial estimación del recurso implica que no hagamos pronunciamiento en costas y que de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA, cada parte supla las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLAMOS

Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las entidades **NEXANS IBERIA S.L. y NEXANS S.A.** contra la resolución de 21 de noviembre de 2017, expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, anulando la resolución impugnada por no ser ajustado a Derecho la imputación temporal de la infracción, con las consecuencias previstas en el fundamento cuarto, sin pronunciamiento en costas.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.