



Roj: **SAN 2848/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2848**

Id Cendoj: **28079230062022100329**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/06/2022**

Nº de Recurso: **328/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000328 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 2735/2017

Demandante: NEXANS IBERIA y NEXANS, S.A

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a nueve de junio de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 328/17 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **NEXANS IBERIA y NEXANS, S.A**, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se desestima el recurso interpuesto por Nexans Iberia y Nexans contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 15 de diciembre de 2016, de ampliación de la incoación del Expediente S/DC/0562/15 - Cables BT/MT.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el



que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia "...en la que estime el recurso contencioso-administrativo formulado por esta parte y, en su virtud:

(I) *Anule la Resolución de 9 de marzo de 2017 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se desestima el recurso interpuesto por Nexans Iberia y Nexans contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 15 de diciembre de 2016, de ampliación de la incoación del Expediente S/DC/0562/15 - Cables BT/MT y, en consecuencia, anule y deje sin efectos el citado Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 15 de diciembre de 2016, de ampliación de la incoación del Expediente S/DC/0562/15 - Cables BT/MT.*

(ii) *Condene a la demandada a pagar las costas del presente procedimiento."*

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

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 8 de junio de 2022, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 9 de marzo de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se desestima el recurso interpuesto por Nexans Iberia y Nexans contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 15 de diciembre de 2016, de ampliación de la incoación del Expediente S/DC/0562/15 - Cables BT/MT.

Como antecedentes de dicha resolución pueden destacarse los siguientes:

El 28 de noviembre de 2014, el principal fabricante de cables de media y baja tensión presente en España presentó una solicitud de clemencia en la que ponía en conocimiento de la Dirección de Competencia la existencia de prácticas supuestamente anticompetitivas llevadas a cabo por ciertas empresas fabricantes de cables de media y baja tensión en España contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Según la solicitud de clemencia, Nexans Iberia habría participado en las prácticas objeto de denuncia.

1) En julio de 2015, la Dirección de Competencia inició una información reservada, con el fin de determinar la existencia de indicios de infracción en el mercado de la distribución y venta de cables eléctricos de baja y media tensión.

2. En el marco de dicha información reservada, la OC realizó inspecciones los días 1, 2 y 3 de julio de 2015 en las sedes de varias empresas activas en el sector investigado.

3. Con fecha 24 de febrero de 2016, la OC acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0562/15 contra varias entidades del sector, entre las que no se encontraba NEXANS, por una presunta infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, consistente en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas para la fijación de precios u otras condiciones comerciales y el reparto del mercado de la distribución y venta de cables de baja y media tensión (BT/MT).

4. Con fecha 15 de diciembre de 2016, la DC adoptó un acuerdo de ampliación de la incoación para incluir a NEXANS en el expediente de referencia.

5. Con fecha 2 de enero de 2017, tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por la representación de NEXANS, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 15 de diciembre de 2016, alegando que la ampliación de la incoación le genera indefensión y perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos.

6. Con fecha 3 de enero de 2017, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261 /2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la OC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.

7. Con fecha 10 de enero de 2017, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido. En dicho informe, la DC considera que procede la desestimación del mismo, por no ser el repetido acuerdo de ampliación de la incoación susceptible de recurso y por no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de NEXANS.



8. Con fecha 19 de enero de 2017, se admitió a trámite el recurso de NEXANS, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones. El Acuerdo fue notificado el 23 de enero de 2017.

9. El 27 de enero de 2017 tuvo entrada en la CNMC solicitud de ampliación de plazo para presentar alegaciones formulada por NEXANS. Tal ampliación fue concedida el 2 de febrero de 2017, por un plazo adicional de 7 días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

10. El 22 de febrero de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de la recurrente, de la misma fecha.

11. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 9 de marzo de 2017.

SEGUNDO.- En su demanda, el recurrente denuncia, en síntesis, la vulneración del art. 24 de la Constitución y de su derecho de defensa. Expone que la Dirección de Competencia, al incoar contra Nexans Iberia y Nexans un expediente de más de 30.000 folios casi simultáneamente con la notificación del Pliego de Concreción de Hechos (PCH), pese a conocer con anterioridad los indicios en los que fundó dicha incoación, vulneró su derecho de defensa pues cuando fueron emplazados para contestar al PCH sólo 17 días después de tener acceso al expediente no podían tener un conocimiento suficiente de su contenido ni habían tenido ocasión de preparar adecuadamente su estrategia de defensa.

Nexans Iberia y Nexans no tuvieron ocasión de analizar con la profundidad suficiente el contenido del expediente, pues no contaron con más de 17 días, incluyendo las fiestas navideñas, para analizar los más de 30.000 folios de documentación y preparar su defensa frente a la inminente adopción del PCH.

El proceder de la Dirección de Competencia hurtó a Nexans Iberia y Nexans la posibilidad real de plantearse una estrategia de defensa basada en algún tipo de colaboración con la CNMC y, en particular, una solicitud de clemencia. En este sentido, desde el punto de vista temporal, el ejercicio de la clemencia requiere que el solicitante haya realizado con carácter previo un análisis de la información en poder de la DC así como una investigación interna para tratar de obtener información que aporte valor añadido, todo ello para cumplir con los requisitos que establece el artículo 66 de la LDC para poder beneficiarse de una reducción de la posible sanción. Es obvio que las circunstancias en las que se produjo la incoación contra NEXANS impidió que pudieran llevar a cabo este ejercicio.

Desde el punto de vista material, considera que, tras casi diez meses de investigación, la instrucción estaba prácticamente concluida, por lo que Nexans Iberia y Nexans tampoco hubieran tenido ninguna opción real alguna de aportar información que fuera susceptible de añadir valor a la que ya conocía la DC.

De la lectura conjunta de ambos preceptos, arts 49 LDC y 29 de su Reglamento se infiere la existencia de una obligación de incoar tan pronto existe conocimiento de los indicios obtenidos que apuntan a la participación en una conducta supuestamente infractora. Esta obligación es coherente con las garantías que deben regir un procedimiento sancionador a fin de salvaguardar en todo caso el derecho de defensa de los interesados.

En segundo lugar, denuncia la infracción por la resolución recurrida del principio de igualdad al incoar expediente contra mis representadas sobre la base de unos indicios idénticos a los que sirvieron de base para incoar expediente contra sus competidoras casi 10 meses antes.

TERCERO.- La cuestión litigiosa versa sobre si la CNMC tiene obligación de ampliar la incoación de expediente tan pronto como dispone de indicios suficientes para hacerlo.

El art. 49.1 de la Ley dice que "La Dirección de Competencia incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificarán a los interesados el acuerdo de incoación, excepto en el supuesto previsto en el apartado 4 de este artículo".

A su vez el art. 29 del reglamento dispone que "*Asimismo, podrá disponer la ampliación del acuerdo de incoación cuando en el curso de la instrucción se aprecie la participación de otros presuntos responsables, la presunta comisión de otras infracciones, o se personen nuevos interesados no incluidos en dicho acuerdo.*"

La interpretación conjunta de ambos preceptos requiere, a juicio de la Sala, que la ampliación se produzca en el curso de la instrucción que, como dice el art. 28.4 del reglamento, es de 12 meses desde el acuerdo de incoación. En éste caso, la incoación del procedimiento sancionador se produjo el 24 de febrero de 2016 y la ampliación a la actora el 15 de diciembre de 2016, por lo tanto, dentro del plazo del año.

La ampliación se subordina, además, a que se aprecie la participación de otros presuntos responsables o que se aprecie la presunta comisión de otras infracciones. Dice la recurrente que "*si admitimos que la CNMC está obligada a incoar expediente tan pronto como tenga conocimiento de indicios que apuntan a la existencia de*



una posible infracción, debe reconocerse que la misma obligación existe cuando la CNMC acuerda ampliar la incoación de un expediente."

Por lo tanto, hay que analizar desde cuando disponía la CNMC de tales indicios respecto de NEXANS. La actora sostiene que " *el documento nº 2 del escrito de demanda demuestra que la CNMC contaba en el momento de la incoación inicial con los indicios necesarios para incoarle expediente. No obstante, el PCH se refiere a 10 documentos que fueron incorporados al expediente con anterioridad al 6 de abril de 2016 (esto es, dos meses después de la fecha de incoación inicial), siendo por tanto esta la fecha límite en la que la CNMC debería en todo caso haber incoado el expediente contra mis representadas.*"

Sin embargo, el examen del expediente revela que el 16 de febrero de 2016, la CNMC llevó a cabo nuevas inspecciones simultáneas en las sedes de CABELTE, CABLES RCT, COMAPLE y OTEINVER siendo el 24 de febrero de 2016, cuando se adoptó el acuerdo de incoación.

Con posterioridad a esa fecha, los días 28 de julio de 2016 (folios 28524 a 28536) y el 2 de noviembre de 2016 (folio 30121), el solicitante de clemencia GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. (GC), aportó documentación adicional.

Esta información que completa la que ya disponía la CNMC justifica la ampliación de la incoación del procedimiento no solo respecto de NEXANS sino también respecto de SOLIDAL, S.A. y su matriz COMPANHIA INDUSTRIAL QUINTAS & QUINTAS SGPS, S.A. (folios 30340 a 30405.6).

Fue esa documentación adicional la que decidió a la CNMC ampliar el recurso no solo frente a la recurrente sino también respecto de la empresa citada. No hay por ello infracción del principio de igualdad porque no son idénticos los indicios empleados para incoar expediente a la actora a los que sirvieron de base para incoar expediente contra sus competidoras casi 10 meses antes ya que hubo documentación complementaria de la solicitante de clemencia.

No advertimos por ello una voluntad arbitraria de la Dirección de Competencia en retrasar la ampliación de la incoación contra NEXANS pues la adopción del citado acuerdo respondió a su apreciación de contar en ese momento con indicios racionales de su participación en conductas prohibidas.

En el ejercicio de la potestad sancionadora, de naturaleza reglada, la CNMC dispone de un limitado margen de apreciación a la hora de determinar si dispone de indicios racionales suficientes que justifiquen la incoación frente a una empresa con sujeción en todo caso a los requisitos expuestos previstos en la Ley 15/2007 y el reglamento que la desarrolla y que no se han vulnerado.

CUARTO.- Cuestión distinta es que al adoptar el acuerdo de ampliación se hayan podido ver limitados los derechos de defensa de la actora como esta sostiene.

Sin embargo, examinadas sus alegaciones en relación al contenido del expediente puede decirse que la indefensión que denuncia por haber dispuesto solo de 17 días antes de dictarse el Pliego de Concreción de Hechos el 3 de enero de 2017 es más formal que real pues tanto NEXANS como los demás interesados en el expediente sancionador han dispuesto del oportuno plazo de alegaciones, en este caso ampliado de oficio, tras la notificación del Pliego de Concreción de Hechos. Además, el artículo 50.4 de la LDC prevé un nuevo plazo de 15 días para formular alegaciones a la propuesta de resolución, por lo que las incoadas pudieron presentar alegaciones a tal Propuesta.

En cuanto a la afectación de su estrategia de defensa que según dice, de haber sido incluida en la incoación inicial le hubiera permitido plantearse alguna colaboración con la CNMC para obtener algún tipo de reducción de la sanción los datos del expediente desvinculan esa posibilidad de la actuación de la CNMC que denuncia.

Es decir, la Dirección de Competencia ya había requerido información a la ahora recurrente en fecha 2 de julio de 2015 en el marco de la información reservada correspondiente a dicho expediente. Asimismo, en fecha 9 de julio de 2015, se publicó en la web de la CNMC una nota de prensa que informaba de las inspecciones simultáneas que se realizaron en las sedes de varias de las entidades activas en el mercado de distribución y venta de cables eléctricos de baja y media tensión. En la nota de prensa se indicaba expresamente la "sospecha de posibles prácticas anticompetitivas en este sector, que consisten en la fijación de precios y condiciones comerciales, así como en el reparto de contratos en el marco de licitaciones competitivas convocadas en el territorio español" y en la propia nota de prensa se mencionaba la existencia del Programa de Clemencia.

Posteriormente, se publicó otra nota de prensa el 7 de marzo de 2016, informando de la incoación del expediente sancionador de referencia con la relación de las empresas afectadas y nueva referencia al Programa de Clemencia. Las notas fueron recogidas por la prensa en general y específicamente por la económica en los días sucesivos a la publicación en la web de la CNMC.



Por lo tanto, disponía de elementos suficientes para suponer que podía ser incluida en la incoación inicial de empresas investigadas.

A partir de ese conocimiento, la ampliación de la incoación del expediente para la actora el 16 de diciembre de 2016, no le impidió acogerse a una reducción de la multa si esa hubiera sido su voluntad teniendo en cuenta que la propuesta de resolución fue acordada el 20 de abril de 2017 y que el artículo 50.5 de la Ley 15/2007, dispone que *"Una vez instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo remitirá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, acompañándolo de un informe en el que se incluirá la propuesta de resolución, así como, en los casos en los que proceda, propuesta relativa a la exención o a la reducción de multa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 65 y 66 de esta Ley."* Es decir, que tuvo margen de tiempo suficiente desde su incoación hasta la propuesta de resolución para plantear a la CNMC una reducción de la sanción a imponer cumpliendo los requisitos que establece la Ley.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Dada la desestimación del recurso, las costas de habrán de ser satisfechas por la parte recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **NEXANS IBERIA y NEXANS, S.A**, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se desestima el recurso interpuesto por Nexans Iberia y Nexans contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 15 de diciembre de 2016, de ampliación de la incoación del Expediente S/DC/0562/15 - Cables BT/MT, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.