



Roj: **SAN 2954/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2954**

Id Cendoj: **28079230062023100386**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **01/06/2023**

Nº de Recurso: **46/2018**

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: 0000046 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00448/2018

Demandante: Grupo General Cable Sistemas, S.L. ("GC")

Procurador: D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a uno de junio de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 46/18 promovido por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de la sociedad **Grupo General Cable Sistemas, S.L. ("GC")** 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. 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 declarando la disconformidad a Derecho y en consecuencia declare nula o, subsidiariamente, anulables las partes de la Resolución en las que se dan por acreditados los hechos y se cuantifican los mismos.

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.

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 1 de marzo del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

CUARTO.- Por providencia del pasado 27 de abril, la Sala acordó, con suspensión del señalamiento, oír a las partes por término común de diez días sobre la posible inadmisibilidad del recurso conforme a lo establecido en el artículo 69.b) de la misma Ley por haber sido interpuesto por persona no legitimada.

QUINTO.- Verificado el trámite de alegaciones conferido, se señaló nuevamente para deliberación, votación y fallo, la audiencia del día 31 de mayo del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

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 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:

-(...)

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

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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:

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

(...)

Segundo. (...)

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:

"La empresa tiene su sede en Barcelona y su objeto social es la fabricación y suministro de, entre otros, cables eléctricos BT/MT5. Constituida en 1957, hasta enero de 1994 se denominó General Cable Compañía, S.A., después Grupo General Cable Energía, S.A. y en diciembre de ese mismo año cambió su denominación a BICC General Cable, S.A. (BICC). En 1999 la compañía estadounidense GENERAL CABLE CORPORATION adquirió el negocio del cable de BICC a través de su filial GK TECH **NO**LOGIES INCORPORATED, que es matriz al 99,35 % de GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L., que posee el 100% de GC6. En 2006 adquirió E.C.N. CABLE GROUP, S.L.7, que fue vendida en junio de 2015 a CUNEXT COPPER INDUSTRIES, S.L.8 Dispone de tres fábricas en Cataluña y además cuenta con factorías en Portugal, Francia y Alemania. Entre sus clientes figura AMARA, NICSA11 y PEISA, empresas también incoadas en este expediente.

Desde la constitución en 1978 de FACEL, fueron miembros de dicha asociación empresas que posteriormente han sido adquiridas por GC y en todo caso, desde 1994, General Cable Compañía, S.A".

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. y AT/MAT.

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 concurrencia 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 las 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.

Por lo demás, examina los efectos de las conductas sancionadas sobre el mercado de cables BT/MT.

Por lo que se refiere a la aquí recurrente, una vez analizada y valorada la propuesta de la Dirección de Competencia, la Sala de Competencia considera que procede eximir a GC y su matriz del pago de la multa por las conductas aquí sancionadas, toda vez que tanto la información facilitada como la actitud de GC a lo largo del procedimiento, cumplen estrictamente con los requisitos exigidos en el artículo 65 de la LDC y las normas en desarrollo de éste, incluido el programa de clemencia.

TERCERO. - En su escrito de formalización de la demanda, sociedad actora precisa que recurre 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 exclusivamente en lo que se refiere a la constatación que hace la CNMC de los efectos causados en el mercado por dichas infracciones, así como su cuantificación en los apartados 4.3 y 6.2.

Expone la representación procesal de GC que durante el procedimiento sancionador seguido por la CNMC se ha sostenido que el acuerdo entre fabricantes era un acuerdo restrictivo constitutivo de cártel. Manifiesta que no objeta aquí, como no lo hizo en ningún momento durante la investigación llevada a cabo por la CNMC, que dicho acuerdo tuviera un objeto restrictivo y, eventualmente, un potencial efecto restrictivo. Que las evidencias que menciona la autoridad de competencia en la Resolución -muchas de las cuales fueron proporcionadas por ella al hilo del programa de clemencia- como sostén de la existencia de dicha infracción, así lo defienden. Pero que cuestión diferente es el grado de implementación real y efectivo de dichos acuerdos en el mercado y que, en este sentido, GC manifestó ante la CNMC sus dudas sobre el efecto real de los acuerdos en el mercado debido a diversas circunstancias. Añade que el informe KPMG, que aporta, demuestra que el mercado no se ha visto afectado en los términos indicados por la CNMC en la resolución.

Denuncia que, en la medida que la CNMC ha considerado en la Resolución que los acuerdos constitutivos de cártel en los que ha participado GC son restrictivos tanto por objeto como por efecto, UTE Energía 9 y cualquier otro cliente que se considere afectado por el cártel, podrá, con base al artículo 75.1 de la LDC, sostener que la constatación de los efectos, cuantificación y ulterior plasmación vía sobreprecio es un hecho irrefutable, no obstante, el error cometido por la CNMC en la Resolución que no solo deriva de dar por acreditados los efectos sin el análisis fáctico exigible, sino también cuantificarlos en forma de sobreprecios que no deja de ser una cuantificación de los daños, algo que excluye de su competencia como tiene establecida la jurisprudencia.

Dicho lo anterior, opone frente a la resolución recurrida los siguientes motivos de impugnación:

1- Los efectos restrictivos en el mercado que identifica la CNMC en la resolución no han sido probados, lo que supone que las partes de la resolución en las que se acreditan los efectos y se cuantifican los mismos son anulables en aplicación de los artículos 48 y 49.2 de la ley 39/2015

2- LA CNMC, al acreditar y cuantificar los efectos en forma de sobreprecio en determinadas partes de la resolución, se ha extralimitado en sus competencias, lo que supone que las partes de la resolución en las que se acreditan los efectos y se cuantifican los mismos son nulos en aplicación de los artículos 47.1.b) y 49.2 de la ley 39/2015.



CUARTO- El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación. Aduce que el Tribunal Supremo ha declarado que la impugnación de una resolución administrativa debe dirigirse a obtener un pronunciamiento sobre la parte dispositiva de la resolución, sin que sea posible atacar únicamente aspectos concretos de las partes expositivas o considerativas de la misma.

Afirma que la acreditación de efectos realizada en la resolución impugnada no ha sido arbitraria ni inmotivada ni se ha separado de la actuación precedente de las autoridades de competencia ni de la jurisprudencia aplicable al caso. Que los efectos de las conductas sancionadas expuestos en la resolución impugnada han sido debidamente acreditados en relación al objetivo de dicha resolución: la acreditación y calificación de las conductas investigadas y su debida sanción, de acuerdo con lo previsto en la LDC.

Añade que la acreditación de efectos realizada no tiene como objetivo la cuantificación de daños con efectos indemnizatorios, función que corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del orden civil y que la resolución impugnada no asume en modo alguno. Que este análisis no altera la calificación de la calificación como cártel ni agota el debido análisis de efectos que debe realizar la jurisdicción civil para la determinación de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de la infracción.

Por lo demás rechaza que en la resolución impugnada la CNMC se haya extralimitado o haya actuado fuera de sus competencias. Recuerda que el artículo 64.1 e) de la LDC establece expresamente que el importe de las sanciones a imponer por la CNMC debe fijarse, entre otros criterios, atendiendo al "efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos" y que, por tanto, la CNMC se encuentra plenamente autorizada por la LDC para analizar los efectos de las infracciones que declara sobre consumidores, usuarios y competidores, con objeto de determinar y graduar la sanción que debe imponer a los infractores de la LDC.

QUINTO.- En relación con la legitimación, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2023, rec.4265/2021 recuerda que: "*(...) para apreciar el requisito de la legitimación en una determinada persona física o jurídica, es preciso, salvo en los excepcionales supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de una acción pública, que exista un interés legítimo en la pretensión ejercitada, que debe ser identificado en la interposición de cada recurso contencioso administrativo. Así, la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto.*

En suma, la jurisprudencia existente define el interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, como la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. Esa concreta relación entre la persona física o jurídica y la pretensión ejercitada en cada proceso explica el carácter casuístico que presenta la legitimación, que también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia de esta Sala, de la que son muestra las sentencias de 24 de mayo de 2006 (recurso 957/2003) y 26 de junio de 2007 (recurso 9763/2004)".

Por otra parte, es oportuno recordar que la jurisprudencia de esta Sala viene señalando de forma reiterada que las objeciones relativas a la legitimación ad causam, en tanto que vinculadas a la relación específica entre una persona y la situación jurídica que es objeto de litigio, es una cuestión relativa a la controversia de fondo. Puede verse en este sentido las consideraciones que se exponen en la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 (casación 4453/2012, F.J. 4º), que luego han sido reiteradas en pronunciamientos posteriores, como es el caso de las sentencias 550/2018, de 5 de abril (casación 218/2016) y 181/2022, de 14 de febrero (casación 3773/2020, F.J. 4º). [...]"

Sentadas estas ideas generales sobre el concepto de legitimación activa que se vincula, ha de insistirse, a la relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo y a la necesidad de que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto debemos proyectar este concepto sobre la singular posición del que ha obtenido la clemencia en el procedimiento administrativo sancionador incoado por la comisión de una infracción de competencia.

En general, el solicitante de clemencia se persona, en su caso, en el proceso contencioso administrativo interpuesto por los sancionados en el cartel por él denunciado en calidad de codemandado, de conformidad con el art. 21.1.b) LJCA al considerar que "sus derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante". Pretende así, que la sentencia declare la conformidad a derecho de la resolución sancionadora confirmando la ilicitud de las prácticas colusorias que denunció y la



validez de los medios probatorios que aportó para acreditar la existencia del cartel, pronunciamiento del que depende su propia exención de la multa.

En el proceso contencioso administrativo solo podrá personarse como codemandado para defender la legalidad de la resolución recurrida en la medida en que esta ha plasmado su denuncia, la ha investigado y tras constatar que gracias a las pruebas aportadas por el clemente se ha podido constatar la existencia de un cartel y no obstante su participación en el mismo, le ha eximido de sanción.

Esa es la razón por la que, en este caso, la resolución sancionadora le exime de la sanción a pesar de declarar su participación en la infracción y ese aspecto que figura en la parte dispositiva de la resolución sancionadora no es discutido por la entidad recurrente.

Cabe también la posibilidad de que el denunciante que ha obtenido la clemencia de la CNMC interponga recurso contencioso administrativo contra la resolución sancionadora pero, en este caso, su legitimación se vincula a su posición de clemente, es decir, si interpone recurso contencioso administrativo será únicamente para cuestionar la, a su juicio, incorrecta aplicación del programa de clemencia que contempla el art. 65 de la LDC por ejemplo, porque le hubieran concedido la exención de la multa a otra empresa, le otorgaron la reducción de su importe en lugar de su exención, etc.

En el presente caso, General Cable presentó una solicitud de clemencia, explicando la resolución recurrida que la información aportada por el solicitante de clemencia ha incluido pruebas tales como correos electrónicos, anotaciones y conversaciones de WhatsApp con competidores que han permitido verificar reuniones, comunicaciones y contactos entre las participantes en el cártel, así como el contenido de dichas reuniones. También han permitido demostrar los objetivos, funcionamiento y alcance del cártel.

Por esa razón, la resolución sancionadora la declara responsable de varias infracciones, pero en el apartado tercero de la parte dispositiva acuerda *"eximir del pago de la multa a GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS S.L.U y a su matriz GENERAL CABLE HOLDINGS SPAIN, S.L."*

General Cable pretende que se declare nula de pleno derecho o, subsidiariamente, anulable la resolución recurrida, alegando, en síntesis, (1) la anulabilidad de la Resolución recurrida por defectuosa acreditación de los efectos restrictivos en el mercado identificados por la CNMC y (2) la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por haberse extralimitado al acreditar y cuantificar los efectos en forma de sobreprecio de determinadas partes de la Resolución.

Ha de insistirse, General Cable no pretende defender la conformidad a derecho de la resolución recurrida que ha apreciado la existencia de una infracción de competencia de la que es responsable y que le exime de la sanción que procede, conforme al art. 65 LDC en cuyo caso, ocuparía la posición procesal de codemandado a tenor del art. 21 LJCA.

Por el contrario, interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución sancionadora cuya parte dispositiva le es favorable (le exime de la sanción) solicitando la anulación de la resolución sancionadora en alguno de sus apartados en cuanto realizan, a su juicio, una defectuosa acreditación de los efectos restrictivos en el mercado identificados por la CNMC y haberse extralimitado etc al acreditar y cuantificar los efectos en forma de sobreprecio de las conductas infractoras.

Podemos anticipar que el interés real de su recurso no se centra en la resolución sancionadora que le es favorable sino en dos apartados que pretende discutir referidos a la fijación de efectos de las conductas infractoras frente a una eventual reclamación de daños posterior.

SEXTO.- Tradicionalmente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha venido afirmando que lo que constituye el objeto de la impugnación es el fallo de la resolución que se recurre, no su fundamentación y que, por ello, en el recurso se ha de pretender la revocación de la parte dispositiva y no solo de sus argumentos, pues, en otro caso, el proceso quedaría convertido en un mecanismo de resolución de consultas o de rectificación de declaraciones meramente teóricas, y no de resolución de pretensiones.

Así pueden citarse los Autos del Tribunal Supremo de 16 de julio, 26 de septiembre, 3 de octubre y 2 de noviembre de 2018 (Recursos de Queja 191/2018, 246/2018, 298/2018 y 192/2018, respectivamente).

En todos ellos, se recordaba -con cita de los Autos del TS de 24 de febrero de 2011, recs 3501/2010 y 3507/2010, 5 de mayo de 2011, rec. de Queja 29/2011 y 26 de febrero de 2012, rec. 3515/2010) que, precisamente por esas razones, la Sala Tercera había venido afirmando que la parte que ha ganado un pleito carece de legitimación para impugnar la sentencia, y que por eso el art. 448.1 LEC establece que el derecho a recurrir solo lo tienen *«los afectados desfavorablemente»* por las resoluciones judiciales, en el bien entendido de que el perjuicio solo lo ocasiona la parte dispositiva y no los meros razonamientos de las resoluciones.



Esta doctrina referida a la legitimación para recurrir en casación es también aplicable a la hora de recurrir en vía contencioso administrativa como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo que cita el Abogado del Estado.

Esta doctrina se ha visto no obstante matizada por los autos del Tribunal Supremo 5 de junio y 5 de diciembre de 2019 que afirman la posibilidad de apreciar legitimación para recurrir en casación cuando concurren circunstancias de entidad suficiente como para no poder descartar, *a priori*, la existencia de un gravamen real, cierto y actual para el recurrente, en su esfera personal o patrimonial, que derive directa y objetivamente de la fundamentación jurídica de esa sentencia estimatoria. En el bien entendido de que el referido gravamen tendrá que derivar directamente de declaraciones de la sentencia que tengan por ciertos y acreditados determinados datos o apreciaciones, no siendo suficiente a tal efecto pretender afirmar la concurrencia del gravamen con base exclusiva en meras argumentaciones discursivas o hipotéticas que la sentencia pudiera contener.

En el presente caso, recordemos la recurrente pretende que se declare nula de pleno derecho o, subsidiariamente, anulable la Resolución recurrida, alegando, en síntesis, (1) la anulabilidad de la Resolución recurrida por defectuosa acreditación de los efectos restrictivos en el mercado identificados por la CNMC y (2) la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por haberse extralimitado al acreditar y cuantificar los efectos en forma de sobreprecio de determinadas partes de la Resolución.

Sin embargo, en su calidad de clemente, ha resultado exenta de la sanción que le fue impuesta por lo que, conforme a la jurisprudencia expuesta carece de legitimación activa para recurrir una resolución sancionadora cuya parte dispositiva le es favorable y la matización que realiza la jurisprudencia no es aplicable, a juicio de esta Sala, primero, porque la legitimación del clemente debe limitarse a aquellos aspectos vinculados a su condición de tal y en segundo lugar, por la propia autonomía que presenta el ejercicio de la posterior acción de reclamación de daños derivados de una infracción de competencia.

Los arts. 75 y 76 de la Ley 15/2007, introducidos por el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, disponen que:

"1. La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español.

2. En aquellos casos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia se reclamen daños y perjuicios, se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los tribunales en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ."

Artículo 76. Cuantificación de los daños y perjuicios.

"1. La carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante.

2. Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios, pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños."

3. Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario."

Quiere ello decir que lo que vincula a efectos de la eventual reclamación posterior de daños es la declaración judicial de la existencia de una infracción de competencia que, de ser calificada como cartel determina una presunción de haber ocasionado daños y perjuicios, salvo prueba en contrario. En todo caso, la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponde a la parte demandante.

Por lo tanto, si la parte dispositiva de la resolución sancionadora es favorable a la actora porque le exime de la sanción, es el demandante quien, ante una reclamación de daños derivada de la apreciación de una conducta infractora en sentencia que confirme la resolución sancionadora de la CNMC, debe probar los daños y perjuicios que le ha originado aquella conducta, la actora carece de interés legítimo alguno en el presente recurso contencioso administrativo.

SÉPTIMO. - A esta conclusión no se oponen los razonamientos de la actora en su escrito de conclusiones cuando afirma " *los efectos declarados por la resolución tienen una influencia decisiva en su parte dispositiva en cuanto que fundamentan la calificación de las conductas y la determinación de la cuantía de la sanción*".



Sin embargo, estamos ante infracciones por objeto que no requieren el análisis ni la cuantificación de los efectos y en el caso de la actora ha sido eximida de la sanción impuesta.

Lo determinante a efectos de la posibilidad de impugnación de una resolución, es que su parte dispositiva sea gravosa o perjudicial para quien pretende recurrirla, lo que aquí no sucede pues aunque la actora sostiene que la declaración de los efectos de las conductas en el mercado y su cuantificación se utiliza por la resolución para la calificación de la conducta y la fijación del importe de la sanción y se traslada a la parte dispositiva de la sentencia ello no es así para la recurrente que ha sido declarada exenta de la sanción.

Procede, en consecuencia, declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto por la aquí recurrente frente a la resolución de 21 de noviembre de 2017, que declaró la existencia de varias infracciones de los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado de la distribución y venta de cables de baja y media tensión si bien la eximió del pago de la multa impuesta por su condición de clemente.

OCTAVO. - Da da la inadmisibilidad del recurso, no procede imponer costas a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

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

FALLAMOS

Declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto promovido por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de la sociedad **Grupo General Cable Sistemas, S.L. ("GC")** 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.

Sin imposición de 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.