

AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 006
MADRID
PO535 OFICIO DEVOLVER EXPEDIENTE Y ST. CASACION RESUELTA

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2008 0002929
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000233 /2008**
Recurrente: UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A.

Ref.: Adjunto copia de oficio para su localización.

Adjunto tengo el honor de devolver expediente administrativo que venía surtiendo efectos en el recurso contencioso-administrativo seguido en esta Sala con el número del margen a instancia de UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A. contra resolución de ese Ministerio de fecha 29 de Abril de 2008.

Al mismo tiempo y para que se lleve a puro y debido efecto lo en ella acordado conforme a lo dispuesto en el Art. 104 de la Ley de la Jurisdicción, se remite también copia de la resolución que, con fecha 20 de octubre de 2011 dictó la Sala Tercera del Tribunal Supremo contra la dictada por esta Sala, debiendo acusar recibo.

En MADRID, a veinticinco de Enero de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL



FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.

RECURSO CASACION EN INTERES DE LA LEY Num.: 6/2010

Votación: 19/10/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Ángel Aguallo Avilés

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

RECURSO CASACION EN INTERES DE LA LEY
SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
CERTIFICADO DE AUTENTICIDAD DE LA RESOLUCION

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SEGUNDA**

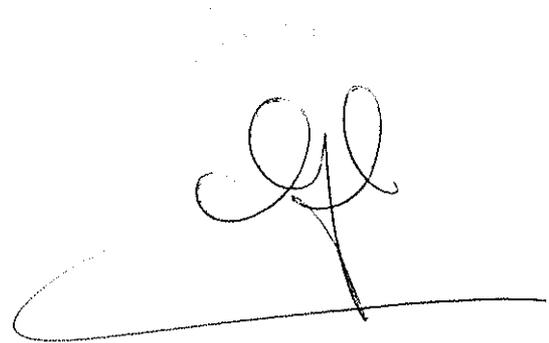
Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Rafael Fernández Montalvo

Magistrados:

**D. Juan Gonzalo Martínez Micó
D. Emilio Frías Ponce
D. Ángel Aguallo Avilés
D. José Antonio Montero Fernández
D. Ramón Trillo Torres**



En la Villa de Madrid, a veinte de octubre de dos mil once.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de casación en interés de la ley núm. 6/2010, promovido por la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** contra la Sentencia de 9 de octubre de 2009, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 233/2008, instado contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de abril de 2008, relativa a

tasa por análisis y estudio de operaciones de concentración, siendo la cuantía de 46.500 euros.

Ha sido parte recurrida la entidad **UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales don Luis Fernando Álvarez Wiese, habiendo informado el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de noviembre de 2007 tuvo entrada en la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia la notificación de Unión Fenosa Distribución, S.A. de adquisición de determinados activos de distribución de energía eléctrica de C. Marcial Chacón e Hijos S.L., conforme a lo exigido por el art. 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Previamente, Unión Fenosa Distribución, S.A. había procedido a autoliquidar la tasa por el análisis y estudio de la operación, ingresando en el Tesoro Público una cuota tributaria de 1.500 euros al estimar que se trataba de una operación de concentración susceptible de ser tratada como "procedimiento abreviado".

La entidad Unión Fenosa Distribución, S.A. era una sociedad del Grupo Unión Fenosa S.A., sociedad cabecera del Grupo que también lo integraban Unión Fenosa Generación, Unión Fenosa Comercial, Unión Fenosa Internacional, y Unión Fenosa Gas, acumulando, en aquella fecha, la mercantil ACS (Actividades de Construcción y Servicios S.A.) el 40,47 % de las acciones de Unión Fenosa S.A., matriz de Unión Fenosa Distribución.

El 27 de diciembre de 2007, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia autorizó la operación de concentración económica por adquisición de activos.

El 22 de enero de 2008, la Dirección de Investigación remitió a Unión Fenosa Distribución una Resolución del Director de Investigación -rectificada el 28 de enero- en la que, rechazando que la operación notificada pudiera acogerse al formulario abreviado, establecía la obligación de liquidar una cuota complementaria de la tasa por un importe total de 48.000 euros, por ascender a 15.367.238.000 euros, en el ejercicio 2006, el volumen global de negocios en España del conjunto de los partícipes en la operación.

Frente a la anterior liquidación, el 7 de febrero de 2008, Unión Fenosa Distribución S.A. presentó recurso de reposición por considerar desproporcionado su importe, de igual cuantía que si de una operación de concentración entre dos empresas como ACS y Unión Fenosa S.A. se tratase, estimando que la operación notificada era susceptible de considerarse como pequeño intercambio de activos (art. 23.6 de la Ley 15/2007), lo que comportaría abonar tan solo la tasa reducida de 1.500 euros.

El 23 de abril de 2008, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó Resolución desestimando el recurso al no entender desproporcionado el importe, considerando partícipe en la operación, como sociedad adquirente, a Unión Fenosa, a tenor de los arts. 3.2 del Real Decreto 1443/2001 y 23 de la Ley 15/2007.

SEGUNDO.- Contra dicha Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, la representación de Unión Fenosa Distribución, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo núm. 233/2008, que fue estimado parcialmente por Sentencia de 9 de octubre de 2009, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Respecto de la cuestión planteada sobre la determinación del volumen de negocio de las empresas partícipes en la operación para fijar la cuantía de la tasa, la Sala considera que *«[h]a de acoger el último razonamiento de la recurrente, y es que en la fijación del volumen de negocios no puede considerarse Unión Fenosa S.A. y ACS, ya que se trata de una operación entre Unión Fenosa y Marcial Chacón e Hijos S.L., y la realidad de la operación, cualquiera que sean los aspectos jurídicos, no puede ser equiparada, como sostiene la actora, a una integración entre Unión Fenosa y ACS»* (FD Segundo).

TERCERO.- Disconforme con la referida Sentencia, mediante escrito presentado el 18 de enero de 2010, el Abogado del Estado interpuso recurso de casación en interés de la ley solicitando se fijara como doctrina legal que *«la cuantía de la base imponible de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración económica se determinará mediante la suma de las ventas de todas las empresas del grupo al que respectivamente pertenezcan las empresas participantes en la operación de concentración de la que se trate, esto es: a) la empresa partícipe, b) las empresas controladas por*

la empresa partícipe, exclusiva o conjuntamente, y c) las empresas que controlen exclusiva o conjuntamente a la empresa partícipe» (pág. 8).

Para el defensor del Estado la sentencia impugnada había infringido el art. 23.5 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y los arts. 5 y 60.2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que aprueba su Reglamento, incurriendo en un error que puede causar un grave daño al interés general. De este modo, considera que el recurso se fundamenta en «lo manifiestamente erróneo y gravemente dañoso para el interés general de la doctrina sentada por la sentencia», según la cual «para fijar la base imponible de la tasa por análisis y estudio aplicable en las operaciones económicas de concentración, en la fijación del volumen de negocios, no deben considerarse (adicionarse) los de Unión Fenosa, SA y ACS ya que se trata de una operación entre Unión Fenosa, SA y Marcial Chacón e hijos, SL», y que «la realidad de la operación, cualquiera que sean los aspectos jurídicos, no puede ser equiparada a una integración entre Unión Fenosa y ACS» (pág. 4).

Considera la Abogacía del Estado que, «partiendo de la aplicación estricta de la normativa que regula la tasa», para «determinar el volumen de negocios de los sujetos pasivos de la tasa, debe estarse a las ventas de todas las empresas del grupo al que pertenezcan y no, como se dice en la sentencia, al de la empresa partícipe», puesto que «[n]o estamos en presencia de una materia opinable respecto de la cual cada parte pueda sostener y el Tribunal aplicar la solución que considere procedente. Se trata de una cuestión expresamente regulada en la Ley, con detalle y en términos indubitados, de forma que la posibilidad de que un Tribunal aplique un criterio diferente y se aparte de lo que en ella está establecido, representa un apartamiento manifiestamente erróneo que debe ser corregido por la vía de este recurso» (pág. 7).

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 18 de febrero de 2011, interesa se dicte sentencia «que declare no haber lugar al recurso de casación en interés de la Ley» (pág. 8), pues «la aplicación del derecho que efectúa la sentencia recurrida no parece pueda tildarse de incorrecta por no ajustarse e ignorar la normativa que aduce la Abogacía del Estado» (pág. 5) por diversas razones. En primer lugar, porque la «tasa, cuyo hecho imponible está constituido por el estudio de la operación de concentración, se devengó cuando el 6 de noviembre de 2007 "UF Distribución" notificó la operación de

adquisición a la Comisión Nacional, fecha en que no estaba en vigor el Reglamento de 22/2/2008 cuyos preceptos considera el recurrente que ha infringido la sentencia». En segundo lugar, porque «el artículo 3.2 del Real Decreto 1443/2001, norma aplicable al caso», no incluye «para calcular el volumen de negocio de las empresas partícipes en la operación los de las empresas que puedan controlar exclusiva o conjuntamente a las empresas partícipes, como lo hace en cambio el vigente artículo 5.2.c. del Reglamento de 22 de febrero de 2008, cuya disposición derogatoria única derogó el RD 1443/2001» (pág. 6). En tercer lugar, respecto a la alegación de que la Sentencia resulta gravemente dañosa para el interés general, porque del «recurso no se desprende que sentencias como la adoptada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se reiteren en el tiempo», por lo que, teniendo en cuenta que «[e]l grave daño para el interés general ha de venir representado por la frecuencia de supuestos similares», «[f]altando la acreditación por el recurrente de la circunstancia de gravedad descrita, y considerando que el artículo 3.2 del RD 1443/2001 fue derogado y sustituido por el 5.2 del Reglamento de 22 de febrero de 2008», no procede apoyar el recurso de casación en interés de ley. Y, finalmente, también sería «causa de desestimación el hecho de que la doctrina propuesta coincida esencialmente con el tenor y sentido del contenido de los preceptos de la Ley 15/2007 y el Reglamento de 2008 que lo desarrolla, especialmente el artículo 5.2 de éste texto reglamentario, sin que venga a aportar ningún otro contenido aclarativo de sus mandatos», lo que debe conducir a la desestimación del recurso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en Sentencias como la de fecha 21 de julio de 2009 (pág. 7).

QUINTO.- De igual forma, la representación procesal de Unión Fenosa Distribución, S.A., por escrito de fecha 7 de febrero de 2011, considera que debe dictarse sentencia que confirme la impugnada ya que a) «la liquidación practicada por la CNC es errónea, en tanto toma en consideración a los efectos del cálculo de la tasa el volumen de negocios global en España de ACS»; b) tampoco cumple «con el llamado principio de equivalencia de la Ley 8/1989» (pág. 4); y, c) existe una «falta total de motivación» en el escrito del Abogado del Estado sobre «lo gravemente dañosa para el interés general» de la sentencia recurrida, siendo «precisamente el perjuicio para el interés general el principio que debe regir la interposición de un recurso de casación en interés de Ley» y que «exige poner de manifiesto las razones por las que se estima que la doctrina establecida en la sentencia impugnada es

gravemente dañosa para el interés general», exigencia que en este caso «no ha sido atendida» (pág. 5).

SEXTO.- Señalada para votación y fallo la audiencia del día 19 de octubre de 2011, en esa fecha tuvo lugar la referida actuación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. ÁNGEL AGUALLO AVILÉS,
Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación en interés de la ley se interpone por la Administración General del Estado contra la Sentencia de 9 de octubre de 2009, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, estimatoria parcial del recurso núm. 233/2008 formulado frente a la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de abril de 2008, relativa a la tasa por el análisis y estudio de operaciones de concentración.

La representación procesal de la mercantil Unión Fenosa Distribución, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de instancia por discrepar del importe de la tasa que la Comisión Nacional de la Competencia había girado como consecuencia de una operación de adquisición de activos de la sociedad Marcial Chacón e Hijos, SL; importe que consideraba desproporcionado por ser el resultado de incluir, para el cálculo de la tasa, como partícipe en la operación a Unión Fenosa, S.A. y ACS, en aplicación de los arts. 3.2 del Real Decreto 1443/2001 y 23 de la Ley 15/2007.

La Sentencia impugnada consideró que *«en la fijación del volumen de negocios no puede considerarse Unión Fenosa S.A. y ACS, ya que se trata de una operación entre Unión Fenosa y Marcial Chacón e Hijos S.L., y la realidad de la operación, cualquiera que sean los aspectos jurídicos, no puede ser equiparada, como sostiene la actora, a una integración entre Unión Fenosa y ACS»* (FD Segundo).

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de interposición del recurso de casación en interés de la Ley, considera que la doctrina de la Sala de instancia infringe el art. 23, apartados 5 y 6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio,

de Defensa de la Competencia y los arts. 5 y 60.2 de su Reglamento (aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero), incurriendo en un error que puede causar un grave daño al interés general, pues «la aplicación estricta de la normativa que regula la tasa» conlleva que para «determinar el volumen de negocios de los sujetos pasivos de la tasa, debe estarse a las ventas de todas las empresas del grupo al que pertenezcan y no, como se dice en la sentencia, al de la empresa partícipe», siendo ésta «una cuestión expresamente regulada en la Ley, con detalle y en términos indubitados, de forma que la posibilidad de que un Tribunal aplique un criterio diferente y se aparte de lo que en ella está establecido, representa un apartamiento manifiestamente erróneo que debe ser corregido por la vía de este recurso».

TERCERO.- El Fiscal defiende que procede la desestimación del recurso de casación en interés de la Ley en virtud de los siguientes argumentos: a) la tasa se devengó el 6 de noviembre de 2007, fecha en que no estaba en vigor el Reglamento de 22 de febrero de 2008 cuyos preceptos considera el recurrente que ha infringido la sentencia; b) el art. 3.2 del Real Decreto 1443/2001, norma aplicable al caso, no incluye «para calcular el volumen de negocio de las empresas partícipes en la operación los de las empresas que puedan controlar exclusiva o conjuntamente a las empresas partícipes, como lo hace en cambio el vigente artículo 5.2.c. del Reglamento de 22 de febrero de 2008, cuya disposición derogatoria única derogó el RD 1443/2001»; c) falta la acreditación por el recurrente de la circunstancia de gravedad descrita; y d) la doctrina propuesta coincide esencialmente con el tenor y sentido del contenido de los preceptos de la Ley 15/2007 y el Reglamento de 2008 que lo desarrolla, especialmente el art. 5.2 de éste texto reglamentario, sin que venga a aportar ningún otro contenido aclarativo.

Igual solución preconiza la representación procesal de Unión Fenosa Distribución, S.A., incidiendo en la ausencia total de motivación del escrito del Abogado del Estado sobre «lo gravemente dañosa para el interés general» que resulta la sentencia recurrida.

CUARTO.- Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el recurso extraordinario de casación en interés de la Ley está dirigido exclusivamente a fijar doctrina legal o jurisprudencia -de ahí que no pueda afectar a la situación particular derivada de la sentencia recurrida- cuando quien está legitimado para su interposición estime gravemente dañosa para el interés general y

relevancia cuantitativa ni la posibilidad de su generalización a otros supuestos como el descrito.

SEXTO.- A la vista de lo anterior y toda vez que, como ya se ha dicho, en el presente recurso de casación en interés de ley no se acredita que la Sentencia de instancia sea gravemente dañosa para el interés general, procede desestimar el recurso, sin que haya lugar a hacer expresa condena en costas, atendida la especial naturaleza y finalidad del recurso de casación en interés de la ley.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** contra la Sentencia de 9 de octubre de 2009 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo núm. 233/2008. Sin costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Rafael Fernández Montalvo

Juan Gonzalo Martínez Micó

Emilio Frías Ponce

Ángel Aguillo Avilés



Recurso Nº: 6/2010

José Antonio Montero Fernández

Ramón Trillo Torres

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente don Ángel Aguallo Avilés, estando constituida la Sala en audiencia pública, lo que, como Secretaria de la misma, **CERTIFICO.**

