

RESOLUCIÓN
(Expte. R/0055/10 GAS NATURAL-UNIÓN FENOSA 3)

CONSEJO

D Luis Berenguer Fuster
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 15 de noviembre de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero Ponente D. Julio Costas Comesaña ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0055/10, Gas Natural-Unión Fenosa 3, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la representación de Gas Natural SDG., S.A., de conformidad con el artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (DI) de fecha 19 de octubre de 2010, por el cual se deniega la prórroga del periodo inicial de desinversión por 8 meses adicionales.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 11 de febrero de 2009, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, aprobó la operación de concentración entre Gas Natural SDG, S.A. (Gas Natural) y Unión Fenosa, S.A. (Unión Fenosa), subordinándola a una serie de compromisos propuestos por Gas Natural (en lo sucesivo, la “Resolución” y los “Compromisos”). Dicha Resolución ha sido confirmada mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2010 por la que se desestima el recurso interpuesto por ENI SpA contra la misma.
2. Con fecha 17 de marzo de 2009, el Consejo de la CNC aprobó el Plan detallado de actuaciones (PDA) para la implementación de los Compromisos.
3. Por acuerdo de 30 de julio de 2010, se aprobó, a solicitud de Gas Natural, a las entidades ING y Société Générale (SG) para ejercer cada una de ellas las funciones de fideicomisario de desinversión, y sus respectivos mandatos, de acuerdo a lo previsto en la sección F de los Compromisos y en la condición octava del PDA.
4. Con fecha 11 de agosto de 2010, Gas Natural comunicó a la Dirección de Investigación que había optado por designar a Sociéte Générale como fideicomisario de desinversión, en los términos y condiciones indicados en el

- acuerdo de la Dirección de Investigación 30 de julio de 2010. Con fecha 15 de septiembre de 2010, Gas Natural comunicó a la Dirección de Investigación las cuantías concretas de la retribución prevista para dicha entidad en sus labores como fideicomisario.
5. Por otra parte, por acuerdos de fechas 16 de diciembre de 2009, 29 de enero de 2010 y 30 de julio de 2010, esta Dirección de Investigación prorrogó el periodo inicial de desinversión. El 11 de agosto de 2010, Gas Natural aportó un plan de trabajo para la búsqueda de compradores aceptables durante el periodo prorrogado de desinversiones.
 6. Con fecha 30 de septiembre de 2010, Gas Natural solicitó una nueva prórroga del periodo inicial de desinversión por 8 meses adicionales, en atención a las dificultades para el proceso de venta de activos por el contexto económico español y por los cambios regulatorios en relación al carbón, el respeto al principio de proporcionalidad, la ausencia de perjuicios para terceros de la prórroga, los esfuerzos asumidos por Gas Natural para llevar a cabo la venta de los activos de generación, la firma de un contrato de compraventa de la central de Plana del Vent con la sociedad Alpiq y el nuevo esquema de funcionamiento en relación con Nueva Generadora del Sur.
 7. Por acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 19 de octubre de 2010, se denegó la prórroga solicitada por Gas Natural el 30 de septiembre de 2010. Dicho acuerdo ha sido recurrido ante el Consejo de la CNC por Gas Natural el 30 de octubre de 2010.
 8. Con fecha 3 de noviembre de 2010 por el Consejo de la CNC se ha solicitado a la Dirección de Investigación la emisión de informe sobre el citado recurso de Gas Natural contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de 19 de octubre de 2010.
 9. Con fecha de 8 de noviembre de 2010 la DI remitió informe sobre el recurso conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC.
 10. El Consejo de la CNC ha deliberado y fallado la presente Resolución en su reunión del día 15 de noviembre de 2010.
 11. Es interesado en este expediente Gas Natural SDG, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Fundamento del recurso y pretensiones de la recurrente

El presente recurso se ha interpuesto por la representación procesal de la mercantil interesada, al amparo del art. 47.1 de la LDC, contra el acuerdo de la DI por el cual se deniega la prórroga solicitada por Gas Natural del periodo inicial de desinversión. Por lo tanto, el Consejo deberá resolver si el acuerdo de la DI reúne las condiciones de

procedibilidad exigidas en dicho precepto para ser considerado recurrible y, por tanto, admisible.

La representación procesal de Gas Natural considera que su solicitud de 30 de septiembre de 2010 debiera ser atendida por los siguientes motivos:

- El acuerdo de la Dirección de Investigación adolece de ciertos vicios en materia de plazos y de análisis del contexto económico y delimitación del perímetro de desinversión.
- La denegación de la prórroga ocasiona a Gas Natural un perjuicio irreparable.
- La medida solicitada es proporcionada y no perjudica a los intereses de terceros ni al interés público.

SEGUNDO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

El artículo 47 de la Ley 15/2007 establece que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

Procede, pues, entrar a examinar si se trata de un acto susceptible de recurso, esto es, si la actuación administrativa recurrida puede causar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

Desde esta perspectiva, habiéndose analizado los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado, la primera observación que se desprende del mismo, y que este Consejo debe hacer constar, es que Gas Natural no alega indefensión, debiendo analizarse únicamente si concurre el segundo de los presupuestos a que hace referencia el artículo 47 de la LDC, es decir, que el acto impugnado ocasione perjuicio irreparable al recurrente.

No obstante, con carácter previo a entrar el fondo de la cuestión, es imprescindible delimitar el ámbito objetivo de debate en el presente recurso, en la medida en que el planteamiento de Gas Natural es, desde un punto de vista impugnatorio, ciertamente confuso y, en ocasiones, improcedente, por exceder de los límites a que se encuentra sometida la revisión de la actuación de la Dirección de Investigación.

En este sentido, el único debate que puede articularse a través de este recurso es si la denegación de la prórroga del plazo de desinversión mediante venta directa y la consiguiente asunción dicha obligación de venta por el fideicomisario, que es lo que se resuelve en la parte dispositiva del acuerdo impugnado, puede generar a Gas Natural alguno de los vicios que conforme a la LDC permitirían impugnar la actuación de la Dirección de Investigación en que se acuerda. Cualquier otra cuestión, como es la vigencia y validez del compromiso de desinversión, la discusión sobre el perímetro de los activos a desinvertir o las divergencias de criterio en materia de plazos, no puede ni debe ser analizada a través de este cauce impugnatorio so pena de extender a actos ajenos al aquí examinado y a vicios distintos a los contemplados por el artículo 47, el

cauce revisor que la legislación de defensa de la competencia atribuye al Consejo de la CNC. En este sentido, conviene también recordar que la figura del fideicomisario y el papel que se le atribuye en la venta de activos transcurrido el periodo de venta directa está previsto en la Resolución de 11 de febrero por formar parte de los compromisos presentados por la propia recurrente y a los cuales se subordinó la aprobación de la compra de Unión Fenosa por Gas Natural.

Efectuada esta precisión, y centrándonos en lo que debe constituir el objeto del recurso, el único argumento correctamente articulado por Gas Natural para fundar la impugnación del acuerdo de la Dirección de Investigación de 19 de noviembre es el contenido en su segunda alegación, bajo un título que, sin duda, confirma el criterio que acabamos de exponer, pues se denomina *“La denegación de la prórroga causará un perjuicio irreparable a Gas Natural en el sentido del artículo 47 de la LDC”*. En ella se señala que *“la enajenación de los activos por el fideicomisario de desinversión le irrogaría un perjuicio económico desproporcionado ya que esta se vería obligada a aceptar la desinversión de un activo en el marco de una venta forzosa en la que con total seguridad, dadas las condiciones de mercado, obtendría una compensación muy inferior a la que esta habría podido obtener en circunstancias normales de mercado habida cuenta, en particular de la posibilidad de que el fideicomisario desinvierta el activo a cualquier precio”*.

Este Consejo considera que tal alegación no puede esgrimirse en el momento presente como argumento para articular el recurso objeto de análisis. Ello es así en tanto la venta a la que hace referencia Gas Natural es indiscutiblemente un hecho futuro, del que se ignoran las condiciones en que va a tener lugar. Efectivamente, los términos en que, en su día, y una vez encontrado un comprador por el fideicomisario, se vaya a producir la enajenación de los activos de GN a desinvertir son, en el momento presente, inciertos, de suerte que no es posible que el Consejo evalúe un perjuicio que desconoce si va a existir y que, por lo tanto, es meramente hipotético.

Prueba evidente de que el perjuicio de que invoca Gas Natural no existe en el momento presente es que, como acertadamente indica la Dirección de Investigación, con el plan vinculante de desinversión recogido en el mandato de fideicomisario, propuesto por Gas Natural y autorizado por dicha Dirección con fecha 30 de julio de 2010, *“se estima que hasta el término de los 6 meses no será posible llegar a la firma de acuerdos vinculantes de cesión con terceros”*.

La CNC ya ha alertado en anteriores ocasiones sobre los límites a los que está sometida la apreciación de perjuicio irreparable al recurrir actos de la Dirección de Investigación. En concreto, la Resolución del Consejo de 14 de diciembre de 2009 (Expte. R70030/09, UNESA), que aunque se refiere a un procedimiento sancionador es perfectamente aplicable al caso, señala que *“cuando el artículo 47 habla de perjuicios irreparables se refiere a aquéllos que tengan un carácter real y actual, por lo que tampoco podría admitirse tal alegación cuando hablemos de riesgos hipotéticos y futuros. Dicho de otro modo, no puede interponerse un recurso administrativo con carácter meramente preventivo y pretender que, con base en meras conjeturas, se procede a la anulación del acto impugnado solo por la amenaza de una sanción que desconocemos si va a tener lugar”*.

En cualquier caso, no está de más añadir que, como apunta la Dirección de Investigación, difícilmente puede existir perjuicio irreparable con la entrada del fideicomisario de desinversión cuando, por un lado, éste tiene la misma obligación de venta de activos que Gas Natural, cuando, por otro, las directrices de actuación que le han sido fijadas exigen que actúe como un representante fiel y en el mejor interés de aquél, tratando de obtener, en la medida en que sea compatible con la obligación de venta en plazo, el mejor precio por los mismos y cuando, por último, la forma de remuneración fijada en el contrato de mandato le incentiva a la venta al mayor precio posible, en la medida en la que tiene una comisión de escalado vinculada al exceso del precio de venta sobre un precio de referencia fijado por Gas Natural.

En conclusión, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, el Consejo de la CNC entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **ELCONSEJO**

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por la representación de Gas Natural SDG S.A. contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 19 de octubre de 2010 por el que se deniega la prórroga solicitada por Gas Natural del periodo inicial de desinversión.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente.