



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/021/18, ALPIQ

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO DEL CONSEJO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 10 de mayo de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/021/18 ALPIQ por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por ALPIQ ENERGIA ESPAÑA SAU (ALPIQ), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 29 de enero de 2018, de denegación de la condición de interesado en el expediente VC/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de noviembre de 2017, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de ALPIQ en el que solicita que se le otorgue la condición de parte interesada en el expediente VC/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA.
2. Con fecha 29 de enero de 2018, la Dirección de Competencia (DC) dictó acuerdo en el que deniega la condición de interesado solicitada por ALPIQ (folios 277-278).
3. Con fecha 12 de febrero de 2018, tuvo entrada en la CNMC recurso de ALPIQ contra el acuerdo de la DC de 29 de enero de 2018 (folios 1-17).

4. Con fecha 14 de febrero de 2018, 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 (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
5. Con fecha 21 de febrero de 2018, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3 (folios 261-276). En dicho informe la DC considera que procede la desestimación del recurso, al considerar que los derechos del recurrente no van a verse afectados por la resolución que se adopte en el expediente VC/0098/08 GAS NATURAL-UNIÓN FENOSA.
6. Con fecha 1 de marzo de 2018, la Sala de Competencia acordó (i) admitir a trámite el recurso de ALPIQ, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones, y (ii) denegar la suspensión de la tramitación del expediente de vigilancia solicitada (folio 292).
7. Con fecha 23 de marzo de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de la recurrente.
8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 10 de mayo de 2018.
9. Es interesada en este expediente ALPIQ ENERGIA ESPAÑA, S.A.U. (ALPIQ)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de la DC de 29 de enero de 2018, que deniega la condición de interesado solicitada por ALPIQ, en el expediente de vigilancia VC/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA.

El citado expediente de vigilancia tiene su origen en la Resolución de 11 de febrero de 2009 en la que el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) resolvió, en aplicación del artículo 58.4.b) de la LDC, subordinar la autorización de la operación de concentración consistente en la toma de control de Unión Fenosa, S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A. al cumplimiento de los compromisos propuestos por esta empresa en su calidad de notificante (expte C/0098/08 GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA).

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo 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"*.

En su recurso, ALPIQ solicita al Consejo de la CNMC que dicte resolución por la que se anule el acuerdo de la DC de 29 de enero de 2018, y se reconozca su condición de interesada en el expediente de vigilancia VC/0098/08. Subsidiariamente solicita que la CNMC le mantenga informada sobre cualquier solicitud de modificación del compromiso relacionado con la planta de Plana del Vent que pueda ser presentada por Gas Natural-Fenosa.

Los motivos en los que ALPIQ fundamenta su recurso son los siguientes.

El recurrente sostiene que su posición no es la de un mero competidor de Gas Natural-Fenosa ni la de una entidad cualquiera que mantiene una relación comercial con dicha empresa sino la de un actor esencial, como comprador del Grupo 2 de la planta de Plana del Vent y operador, hasta la fecha, del Grupo 1 y los elementos comunes de dicha planta. Como tal, fue considerado por la CNMC gestor y comprador adecuado, siendo actor destacado en el cumplimiento de las obligaciones recogidas en el plan de actuaciones (PDA).

ALPIQ manifiesta que cualquier modificación de los compromisos o del PDA que afectara a la desinversión de la planta de Plana del Vent le supondría un perjuicio tal que posiblemente resultaría en que ALPIQ se viera forzada a abandonar el mercado español. Por ello, dada su particular condición subjetiva debe estar mínimamente informada (recordando la obligación de dar audiencia a terceros interesados de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea), y a la vista de esa información, tener la posibilidad de realizar alegaciones y defender sus intereses legítimos.

Asimismo, alega que el acuerdo de la DC le priva de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses en el expediente de vigilancia, generándole indefensión, ya que los derechos de defensa materiales presuponen la posibilidad de acceder al expediente como pre-requisito a la formulación de alegaciones.

Subsidiariamente, solicita que la CNMC le mantenga informada sobre cualquier solicitud de modificación del compromiso relacionado con la planta de Plana del Vent que pueda ser presentada por Gas Natural-Fenosa, en línea con la solución adoptada en el expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA /DTS, validada por la Resolución de 21 de julio de 2016 en el expte R/AJ/165/18 Telefónica.

En su informe de 21 de febrero de 2018, la DC propone la desestimación del recurso al considerar que los derechos del recurrente no van a verse afectados por la resolución que se adopte en el expte VC/0098/08 GAS NATURAL-UNIÓN FENOSA.

La DC argumenta en su informe que ALPIQ carece de interés legítimo a los efectos de ser considerado como interesado en el expte de vigilancia VC/0098/08. La DC señala que según reiterada jurisprudencia y doctrina de la autoridad de defensa de la competencia, la noción de interés legítimo del artículo 31 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común

(LRJPAC), actualmente artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, consiste en una relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que implica que la resolución que ponga fin al procedimiento produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, para el legitimado y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación.

La DC indica que la noción de interesado en el procedimiento de vigilancia viene limitada en el artículo 71.4 del RDC: *“al responsable del cumplimiento de la obligación dispuesta en la Ley 15/2007, de 3 de julio, o sus normas de desarrollo, resolución o Acuerdo en materia de control de concentraciones sobre la que se esté llevando a cabo la vigilancia”* y que en este sentido varias decisiones de la CNC/CNMC, confirmadas por la Audiencia Nacional (entre otras Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2011, que confirma la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de diciembre de 2009) han considerado que *“en el ámbito de la vigilancia de operaciones de control de concentraciones existe una normativa especial, que debe prevalecer sobre la general (lex specialis derogat generalis) y que la misma ya se ha interpretado en sede jurisdiccional, entendiéndose limitada “exclusivamente a aquellos que promovieron el procedimiento de concentración” sin que siquiera reconozca necesariamente tal condición a los que “comparecieron en el procedimiento de concentración”*.

Asimismo, la DC reitera, tal y como ya hizo en acuerdo recurrido de 29 de enero de 2018, que la situación de ALPIQ deriva directamente del contrato bilateral suscrito entre las partes y es ajena al expediente de vigilancia que tiene por finalidad verificar y controlar el cumplimiento de Gas Natural-Fenosa de los compromisos recogidos en la resolución de la CNC de 11 de febrero de 2009 de autorización de la concentración.

Este contrato y ALPIQ como comprador, afirma la DC, fueron autorizados por Acuerdo de 18 de marzo de 2011 de la Dirección de Investigación, si bien la valoración únicamente se efectuó desde la perspectiva del cumplimiento por parte de Gas Natural-Fenosa de los compromisos de desinversión a los que venía obligada por la Resolución de 11 de febrero de 2009.

Por otra parte, considera la DC que ALPIQ no ha acreditado en qué medida la denegación de la condición de interesado le causa perjuicio irreparable ni indefensión. La recurrente alega que la recuperación del grupo 1 por Gas Natural supondría su expulsión del mercado, sin embargo, la posibilidad de que Gas Natural-Fenosa recuperara el Grupo 1 en el caso de que ALPIQ no ejerciera la opción de compra sobre el mismo, ya se contemplaba, en el contrato suscrito por ambas partes en 2010, no suscitando entonces objeción alguna por parte de ALPIQ.

La particular situación de ALPIQ como comprador adecuado y los posibles daños que pueda producirle el contrato que firmó con Gas Natural-Fenosa son a juicio de la DC ajenos al cumplimiento o vigilancia de los compromisos. La relación con el expediente

de vigilancia en su día tuvo que ver con su idoneidad como comprador, pero no se extiende a mayor extremo. Las consecuencias derivadas de la compraventa de la planta son ajenas a este expediente de vigilancia, que únicamente tiene por objetivo que los compromisos aprobados se lleven a cabo de manera adecuada.

Con respecto a las alegaciones de ALPIQ referidas a que al acuerdo recurrido le produce indefensión, la DC considera que no es posible que se le haya denegado la posibilidad de defenderse, ya que ALPIQ no tiene obligación alguna respecto de las impuestas en resolución de concentración que se vigila.

La DC sostiene que la inexistencia de un interés legítimo no puede producir un perjuicio irreparable a ALPIQ y rechaza que se esté abocando a la recurrente a realizar alegaciones a ciegas, puesto que ALPIQ no tiene por qué acceder a información ajena a la situación contractual concreta que asumió en su día al suscribir el contrato con Gas Natural-Fenosa, en el marco de unos compromisos de desinversión que sólo obligaban a Gas Natural-Fenosa; máxime cuando en los compromisos asumidos, no se especificaban centrales o plantas concretas a desinvertir, y que por lo tanto, eran a elección de Gas Natural mientras se cumplieran determinados requisitos. Por otra parte, dichos requisitos, así como los compromisos a cuyo cumplimiento está sometido Gas Natural-Fenosa, son conocidos por ALPIQ, al estar publicada la Resolución de 11 de febrero de 2009 que los recoge.

Sobre la alegación de la obligación de dar audiencia a terceros de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea, basándose en la “Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004” la DC señala que el acceso a terceros se justifica desde el punto de vista del interés general, por cuanto dicha información pueda ayudar o ser necesaria para la Autoridad de Competencia de cara a garantizar el cumplimiento de los compromisos en el marco de la vigilancia, pero en ningún caso se justifica para dar respuesta a la situación particular de un tercero.

Por último, respecto a la solicitud de la recurrente de que se la mantenga informada sobre cualquier solicitud de modificación del compromiso o del PDA relacionado con la planta de Plana del Vent, permitiéndole presentar, en su caso, observaciones adicionales a la posible modificación, en línea con el expediente R/AJ/165/16 Telefónica, en el que la DC solicitó información a otros operadores no interesados en la vigilancia de la concentración Telefónica/DTS.

La DC rechaza la solicitud al considerar que se trata de dos situaciones diferentes que requieren diferente trato. En el expediente Telefónica/DTS la opinión de un conjunto de operadores directamente involucrados en el cálculo del coste mínimo garantizado que Telefónica les cobra era la única forma de asegurar la correcta vigilancia de los compromisos, por lo cual se les remitió el informe parcial de vigilancia en su versión no confidencial. A diferencia del caso anterior, en el expediente de vigilancia que nos ocupa, considera la DC no es necesaria información adicional para garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por Gas Natural-Fenosa, y si lo fuese, la Dirección de Competencia solicitaría la información pertinente, valorándose entonces también y en su

caso, el traslado de lo que se considerara oportuno, siempre en garantía y defensa de los intereses generales.

En sus alegaciones de 23 marzo de 2018, ALPIQ rechaza las afirmaciones de la DC en relación con su interés en ser parte interesada en el procedimiento. ALPIQ insiste en que la operación de desinversión de la central de Plana del Vent es parte del cumplimiento de los compromisos y que firmó el contrato bajo la asunción de que Gas Natural –Fenosa (GNF) no recuperaría la gestión del Grupo 1. La recuperación de la gestión del Grupo 1 por parte de GNF tendría un impacto extraordinariamente negativo en la posición de ALPIQ tanto en su calidad de propietario como de competidor.

ALPIQ afirma que se halla en una situación cualificada que se plasma en un interés legítimo concreto en el procedimiento de vigilancia y no en un mero interés particular en que GNF cumpla con los compromisos, y que no pretende modificar el contrato, sino que está interesada en que se mantengan las condiciones que llevaron a la firma del mismo y que se mantenga la obligación de desinversión del grupo 1, y que si ALPIQ no ejerce su opción de compra, el fideicomisario independiente ejecute la desinversión.

Asimismo, señala que, si hubiera habido un tercer posible desenlace, ALPIQ no habría incurrido en la inversión asociada a la entrada en la Plana del Vent o lo habría hecho en otras condiciones.

Por otra parte, alega que no es su propósito interferir en el cumplimiento o vigilancia de los compromisos como tampoco lo es obtener información confidencial. El interés de ALPIQ es muy específico, concentrándose únicamente en una potencial modificación de los compromisos en la medida en que ello pudiera suponer que GNF recuperase la gestión de la planta Plana del Vent. Por tanto, necesita tener constancia de cualquier solicitud de modificación de los compromisos que pudieran afectar a la situación o destino de la planta Plana del Vent y tener la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto habiendo tenido acceso previo a la documentación no confidencial que pudiera ser relevante.

Asimismo, señala que la DC debe facilitar los derechos de audiencia y participación en el procedimiento necesarios para que el potencial perjudicado (en este caso ALPIQ) pueda proteger sus derechos e intereses legítimos y que la práctica de la Comisión Europea plasmada en la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 contradice la postura de la DC.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza de las actuaciones de vigilancia y la condición de interesado en las mismas.

En orden a determinar quiénes pueden ostentar la condición de interesado en un expediente administrativo de vigilancia de resoluciones o acuerdos, objeto del recurso al que responde la presente resolución, procede en primer lugar, precisar la distinción entre dicho procedimiento y el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas.

Coincide esta Sala con la DC, por las razones que a continuación se exponen, en que la recurrente no aprecia las diferencias existentes entre dos procedimientos distintos e independientes con distinta regulación dentro de la LDC: el procedimiento de vigilancia (en el que se enmarca el expediente VC/0098/08 GAS NATURAL-UNIÓN FENOSA, y en cuyo seno se ha dictado el acuerdo recurrido), y el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas.

El procedimiento de vigilancia está regulado en el Capítulo I, Sección 2ª, “Facultades de la Comisión Nacional de la Competencia”. Dentro de esta sección, el artículo 41 de la LDC atribuye a la Comisión el deber de vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la LDC y sus normas de desarrollo, así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas prohibidas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

Esta previsión se desarrolla en el artículo 42 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, que, de conformidad con el artículo 35.2 c) de la LDC, será la Dirección de Investigación (ahora Dirección de Competencia) la encargada de llevar a cabo las actuaciones necesarias para realizar dicha vigilancia.

La vigilancia se convierte así en un procedimiento que se inicia y desarrolla en ejercicio de la potestad de vigilancia y ejecución que ostenta la CNMC sobre las resoluciones que dicta, que se inicia de oficio una vez dictada la Resolución, y cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas (o compromisos asumidos) en la resolución correspondiente (sancionadora, de terminación convencional, de medidas cautelares o de control de concentraciones).

Su naturaleza es fundamentalmente ejecutoria, puesto que tiene por finalidad controlar que las partes destinatarias de las obligaciones derivadas de una resolución las cumplen y, en su caso, compeler a su cumplimiento a través de los mecanismos previstos en la LDC.

La función de la DC en materia de vigilancia consiste en asegurar que tales actuaciones son adecuadas y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones y que se ejecutan en tiempo y forma. Y, en función de los casos, elevar a la Sala de Competencia del Consejo una propuesta sobre el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo, compromiso o resolución objeto de vigilancia.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado la Sala de Competencia de la CNMC, entre otras, en su Resolución de 21 de junio de 2016 (expte R/AJ/ 025/16 GESDEGAS).

En los expedientes de vigilancia, se restringe el concepto de interesado al responsable de llevar a cabo las obligaciones que han sido impuestas en la resolución objeto de vigilancia, correspondiendo a la Administración dictar los actos administrativos necesarios para ello, y a los tribunales el control de los mismos.

En este sentido, el artículo 71.4 del RDC señala que: “Se considerará interesado en la vigilancia al responsable del cumplimiento de la obligación dispuesta en la Ley 15/2007, de 3 de julio, o sus normas de desarrollo, resolución o Acuerdo en materia de control de concentraciones sobre la que se esté llevando a cabo la vigilancia”.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto del recurso interpuesto por ALPIQ, supone verificar si el acuerdo de la DC de 29 de enero de 2018, por el que se deniega la condición de interesado de ALPIQ, en el expediente de vigilancia VC/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos".

I.- Ausencia de indefensión.

Respecto a la posible existencia de indefensión, tal y como ha señalado este Consejo, en la Resolución de 21 de junio de 2016 en el expediente R/AJ/025/16 GESDEGAS:

“Respecto a la posible existencia de indefensión, recordemos que estamos ante un procedimiento de vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, adoptadas por el Consejo de la CNC y por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, respectivamente como consecuencia de la tramitación del expediente sancionador 652/07, por lo que no puede ocasionarse indefensión a GESDEGAS en la medida en que no existe imputación alguna de la que defenderse, y mucho menos si de quien estamos hablando es de un tercero, no responsable de llevar a cabo las obligaciones impuestas en la resolución que se vigila. Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras, Resolución de 7 de febrero de 2014 (Expte. R/DC/0013/14 Auditorías de Gestión Integral) “la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”, debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional “no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos.”

En el presente caso, el acuerdo recurrido no ha supuesto la imputación de cargo alguno a ALPIQ frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y

efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que no tiene aptitud para tal indefensión.

Pero incluso asumiendo un concepto de indefensión más amplio que el examinado hasta ahora, tampoco la Sala podría considerar acreditada la situación de indefensión que esgrime ALPIQ. En las alegaciones presentadas con fecha 23 de marzo la recurrente señala que sin un acceso mínimo al expediente y sin ningún conocimiento de la modificación de los compromisos, solamente le sería posible realizar “*alegaciones a ciegas*”. Con esta afirmación ALPIQ viene a reconocer que la cuestión sometida a debate no radica en la posibilidad de presentar alegaciones al expediente, que ALPIQ asume como posible, sino en la imposibilidad de acceder al expediente para tomar conocimiento de determinada información.

Ante esta manifestación debe apuntarse en primer lugar que el cumplimiento de las obligaciones que derivan de los compromisos no guarda relación alguna con la posición en el mercado de ALPIQ que esta empresa debe conocer por sí misma. Por tanto, tal y como señala la DC, carece de sentido que se le informe de las actuaciones que se producen en un ámbito que le es ajeno.

Pero, además, la citada alegación de imposibilidad de presentar alegaciones en defensa de sus intereses sin el mencionado acceso al expediente resulta contradictoria con el resto de la argumentación de ALPIQ en su recurso, donde defiende su carácter de tercero cualificado en razón de su específica relación contractual con Gas Natural-Fenosa y en su posición de propietario a la par que competidor respecto a la planta de Plana del Vent. Es precisamente este conocimiento directo de las circunstancias del mercado y de la propia posición en el mismo –constantemente referenciadas por ALPIQ– el que debiera permitir a la recurrente argumentar las consecuencias de un cambio en los compromisos respecto al activo del que es titular sin necesidad de acceder a información referida a la vigilancia efectuada por la Dirección de Competencia.

A la vista de lo anterior, no resulta posible apreciar que el acuerdo recurrido emitido por la DC pueda causar indefensión a ALPIQ.

II.- Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos en el artículo 47 de la LDC, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar al respecto que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable “*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*” (entre otros muchos, Autos del TC 79/2009, de 9 de marzo, y 124/2012, de 18 de junio de 2012.)

En su escrito de recurso, ALPIQ manifiesta que tiene un interés legítimo en el procedimiento de vigilancia alegando que una modificación de los compromisos o del PDA que afectara a la desinversión de la planta de Plana del Vent le supondría un

perjuicio tal que posiblemente podría dar lugar a que la empresa se viera forzada a abandonar el mercado español.

Según reiterada jurisprudencia y doctrina de la autoridad de competencia, la noción de interés legítimo del artículo 31 de la LRJPAC (actualmente artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), consiste en una relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que implica que la resolución que ponga fin al procedimiento *“produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto [...] y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación”* (STS 4 de febrero 1991, y en sentido equivalente, SSTs 17 marzo y 30 junio 1995, 12 febrero 1996, 9 junio 1997).

En el presente caso, esta Sala considera que la resolución que ha de recaer en el expediente de vigilancia VC/0098/08 GAS NATURAL-UNIÓN FENOSA no es susceptible de proporcionar por sí misma un beneficio o perjuicio a ALPIQ.

Es un hecho incuestionable que el expediente VC/0098/08 tiene por objeto analizar el cumplimiento de la Resolución de la CNC de 11 de febrero de 2009 y que la situación de ALPIQ deriva directamente del contrato bilateral suscrito el 12 de julio de 2010.

El citado contrato confería a ALPIQ la propiedad del grupo 2 de la planta de Plana del Vent, los derechos de uso exclusivos sobre el grupo 1 y los elementos comunes de la planta y un derecho de opción de compra sobre el grupo 1 que, a fecha de hoy y tras tres prórrogas del contrato, ha optado por no ejercer. En el contrato se recoge expresamente que, transcurrido el plazo establecido para que ALPIQ ejerza su opción de compra, Gas Natural-Fenosa recuperará la posesión del grupo 1 y de los elementos comunes y que cada parte gestionará su grupo de forma autónoma.

Este contrato y ALPIQ como comprador fueron autorizados por acuerdo de 18 de marzo de 2011 de la DC, si bien únicamente se efectuó una valoración desde la perspectiva del cumplimiento por parte de Gas Natural-Fenosa de los compromisos de desinversión a los que venía obligada, tal como exigía la propia Resolución del Consejo de 11 de febrero de 2009 en la Sección C de los compromisos.

A esta autorización como comprador es a la que ahora alude ALPIQ a la hora de establecer una vinculación entre el contrato que suscribió con Gas Natural-Fenosa y el procedimiento de vigilancia.

La posibilidad de que Gas Natural-Fenosa recuperara el Grupo 1 en el caso de ALPIQ no ejerciera la opción de compra, ya se contemplaba -como señala la DC- en el contrato suscrito por ambas partes, no suscitando entonces objeción alguna por parte de ALPIQ. Por tanto, los problemas de posible expulsión del mercado que plantea ALPIQ debió tratarlos en el momento en que se firmó el acuerdo bilateral con Gas Natural-Fenosa y

en nada cambiarán por el hecho de ser declarado interesado en el expediente de vigilancia. Las consecuencias derivadas de la compra venta de la planta para ALPIQ son ajenas a este expediente de vigilancia, que únicamente tiene por objetivo que el cumplimiento de los compromisos se lleve a cabo de manera adecuada.

Lo que no puede pretender ALPIQ es modificar los términos del contrato que suscribió en su día con GNF, amparándose para ello en el procedimiento de vigilancia en el que no ostenta interés legítimo alguno.

La resolución del expediente de vigilancia VC/0098/08 GAS NATURAL-UNIÓN FENOSA, no es por tanto susceptible de producir a ALPIQ un efecto (positivo o negativo), ni cierto ni inmediato, tal y como exige la jurisprudencia anteriormente referida. En todo caso, dicho beneficio o perjuicio materialmente apreciable sería predicable de la parte obligada al cumplimiento de la resolución de 11 de febrero de 2009. La propia ALPIQ en su escrito de alegaciones reconoce que los actos administrativos que se produzcan en el procedimiento de vigilancia sólo pueden “*generar efectos reflejos*” sobre los administrados y, en concreto, sobre la esfera de derechos de ALPIQ, sin argumentar ningún efecto cierto o inmediato, efectivo y acreditado sobre la misma.

A la vista de lo anterior, entiende esta Sala que no resulta posible apreciar que ALPIQ ostente un interés legítimo a los efectos de ser considerado interesado en el expediente de vigilancia VC/0098/08 GAS NATURAL-UNIÓN FENOSA. Por ello esta Sala también estima que el acuerdo de la DC de 29 de enero de 2018 no es un acto *per se* capaz de producir un perjuicio irreparable en la esfera de la recurrente.

Por otra parte, en relación a la obligación de dar audiencia a terceros invocada por ALPIQ de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea, al amparo del párrafo 74 de la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004, tal y como ha señalado la DC el acceso a terceros se justifica en estos casos desde el punto de vista del interés general, por cuanto dicha información pueda ayudar o ser necesaria para la autoridad de competencia de cara a garantizar el cumplimiento de los compromisos en el marco de la vigilancia, pero en ningún caso se justifica para dar respuesta a la situación particular de un tercero.

Finalmente, respecto a la solicitud de la recurrente de que se le permita presentar observaciones adicionales ante una posible modificación del compromiso o del PDA relacionado con la planta de Plana del Vent, en línea con el expediente R/AJ/165/16 Telefónica, cabe señalar que tanto el artículo 71.1 del RDC como el artículo 59.3 de la LDC facultan a la DC para llevar a cabo las actuaciones que sean necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en las resoluciones y acuerdos que se adopten en materia de control de concentraciones.

Así en relación con el artículo 71.1 del RDC, en la Resolución de 21 de julio de 2016 en el expte R/AJ/165/16, esta Sala de Competencia ha señalado que:

“Coincide asimismo esta Sala de Competencia con el órgano de instrucción en señalar que la previsión del artículo 71.1 del RDC otorga intencionadamente a la DC un amplio margen de apreciación a la hora de valorar y desarrollar las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC en el ámbito de control de concentraciones”.

Por tanto, nos encontramos ante una actuación discrecional de la Dirección de Competencia, de manera que será la DC la que en cada caso valore las actuaciones necesarias para vigilar el cumplimiento de la Resolución, siempre en garantía de los intereses generales que debe tutelar.

A diferencia del expediente Telefónica/DTS en este caso la DC considera que no es necesaria información adicional para garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por Gas Natural- Fenosa, y si lo fuese, solicitaría la información pertinente, valorándose en su caso el traslado de lo que se considerara oportuno. Por tanto, la alegación de ALPIQ debe ser rechazada.

Ni en su escrito de recurso ni en su posterior escrito de alegaciones la representación de ALPIQ ha precisado en qué medida la información que pudiera aportar beneficiaría los intereses generales que debe tutelar la DC en el expediente de vigilancia donde solicita ser considerada interesada. Como afirma la propia ALPIQ en sus alegaciones, su interés *“es muy específico, concentrándose únicamente en una potencial modificación de los compromisos en la medida en que ello pudiera suponer que GNF recuperase la gestión de la planta de Plana del Vent”* señalando que *“debe tener la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto”* pero sin aclarar cuál sería el objetivo específico de tales observaciones más allá de sugerir que la DC debe vigilar que una eventual modificación de los compromisos no tenga un impacto negativo en la competencia.

Por todo lo expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ALPIQ ENERGIA ESPAÑA, S.A.U. contra el acuerdo de la DC de 29 de enero de 2018, por el que se le deniega la condición de interesado en el expediente VC/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede

interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.