



Roj: **SAN 1234/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1234**

Id Cendoj: **28079230062021100126**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/03/2021**

Nº de Recurso: **10/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000010 /2018

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 03166/2018

Demandante: ALPIQ ENERGÍA ESPAÑA, S.A.

Procurador: DÑA. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA **Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno.

Visto el recurso contencioso administrativo seguido por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona que ante esta Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ALPIQ ENERGÍA ESPAÑA, S.A.**, Sociedad Unipersonal (Alpiq), representada por la procuradora Dª Sharon Rodríguez de Castro, contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 10 de mayo de 2018, dictada en el expediente R/AJ/021/18 - Alpiq, por la que se desestimó el recurso administrativo interpuesto por la Sociedad frente al Acuerdo de la Dirección de Competencia de 29 de febrero de 2018, en el expediente VC/0098/08 - Gas Natural/ Unión Fenosa. Ha sido parte demandada la Comisión Nacional de Defensa de los Mercados y la Competencia, representada y asistida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Se impugna en este recurso la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 10 de mayo de 2018, dictada en el expediente R/AJ/021/18 - Alpiq, por la que se desestimó el recurso administrativo interpuesto por la Sociedad frente al Acuerdo de la Dirección de Competencia de 29 de febrero de 2018, en el expediente VC/0098/08 - Gas Natural/Unión Fenosa que denegó a Alpic la condición de parte interesada en el expediente de vigilancia VC/0098/08 tramitado por la Subdirección de Vigilancia en relación al cumplimiento de los compromisos (Compromisos) establecidos en la Resolución de 11 de febrero de 2009 relativa a la concentración dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (hoy en día CNMC) (Resolución de Concentración) respecto a la adquisición de Unión Fenosa, S.A. por Gas Natural SDG, S.A. (Gas Natural-Fenosa).

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ante la Sala de este orden de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico que se dicte Sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso-Administrativo por los trámites del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona y en consecuencia, anule en su integridad la Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2018, Alpiq, Exp. R/AJ/021/18, considerando a Alpiq como parte interesada en el expediente de vigilancia Gas Natural/Unión Fenosa, Exp. VC/0098/08.

TERCERO. - Presentada la demanda, se acordó poner de manifiesto las actuaciones y el expediente al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, dándoles traslado de la demanda y documentos acompañados para que presentasen alegaciones, lo que hicieron solicitando su desestimación.

CUARTO. - No habiéndose solicitado el recibimiento del recurso a prueba, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 17 de marzo del año en curso, fecha en la que, tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Ilma Sra. D^a M.^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 10 de mayo de 2018, dictada en el expediente R/AJ/021/18 - Alpiq, por la que se desestimó el recurso administrativo interpuesto por la Sociedad frente al Acuerdo de la Dirección de Competencia de 29 de febrero de 2018, en el expediente VC/0098/08 - Gas Natural/Unión Fenosa que denegó a Alpic la condición de parte interesada en el expediente de vigilancia VC/0098/08 tramitado por la Subdirección de Vigilancia en relación al cumplimiento de los compromisos (Compromisos) establecidos en la Resolución de 11 de febrero de 2009 relativa a la concentración dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (hoy en día CNMC) (Resolución de Concentración) respecto a la adquisición de Unión Fenosa, S.A. por Gas Natural SDG, S.A. (Gas Natural-Fenosa).

SEGUNDO.- Denuncia la parte recurrente que las resoluciones recurridas, al denegar su personación como interesado en el expediente de vigilancia, vulneran el artículo 24 de la Constitución al privar a Alpic de la posibilidad de defender sus intereses legítimos en relación al cumplimiento de los compromisos establecidos en la Resolución de 11 de febrero de 2009 relativa a la concentración dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (respecto a la adquisición de Unión Fenosa, S.A. por Gas Natural SDG, S.A. (Gas Natural-Fenosa).

Para fundamentar su pretensión precisa que la Resolución de Concentración autorizó la adquisición de Unión Fenosa, S.A. por Gas Natural SDG, S.A. (Gas Natural-Fenosa). con varias condiciones o Compromisos, entre ellas la de desinversión de ciertos activos. Que Alpiq fue autorizado como comprador de la planta de ciclo combinado de Gas Natural-Fenosa en Plana del Vent, como parte de la desinversión de activos incluida en el correspondiente Programa de Actuación DA para implementar los Compromisos, autorizándose el contrato de compraventa y derecho de uso celebrado el 12 de julio de 2010 entre Alpiq y Gas Natural-Fenosa en relación con la planta de Plana del Vent mediante Resolución de la CNC del 18 de marzo de 2011, expediente Gas Natural/Unión Fenosa. Que, en virtud del Contrato, Alpiq adquirió (i) la propiedad del Grupo 2 de la planta de ciclo combinado de Plana del Vent; y (ii) un derecho de uso temporal del Grupo 1 de Plana del Vent (y los elementos comunes, tales como los terrenos y otros activos afectados), con un derecho de opción de compra sobre el Grupo 1 (incluyendo elementos comunes) a favor de Alpiq. En caso de que Alpiq no hubiera ejercitado la opción de compra transcurrido el plazo inicial (que ha sido sucesivamente prorrogado, si bien la prórroga actual finaliza el 1 de octubre de 2018, razón de la urgencia del asunto), un fideicomisario independiente tomaría el control del Grupo 1 y los elementos comunes mencionados, con el mandato de venta de los mencionados activos a un tercero.



Continúa exponiendo que, en contra de lo verdaderamente estipulado, la Resolución recurrida, afirma que el contrato suscrito entre Gas Natural y Alpiq establecía que, transcurrido el plazo establecido para que Alpiq ejerciera su opción de compra, Gas Natural-Fenosa recuperará la posesión del grupo 1 y cada parte gestionará su grupo de forma autónoma, si bien la operación y mantenimiento de toda la planta continuará en manos de Alpiq durante el resto de la vida útil de la Planta, ignorando deliberadamente que la propia CNMC advertía claramente en su decisión de autorización de Alpiq como comprador adecuado (pág. 4) que Gas Natural se ha comprometido, una vez finalizado el plazo para ejercer la opción de compra sobre el grupo 1 sin que tal derecho haya sido ejercido por Alpiq, a encomendar tanto la operación como la venta de dicho ciclo al fideicomisario, ampliándose a tales efectos su mandato. Y que (pág. 5) si Alpiq decide no ejercitar la opción de compra sobre el grupo 1, se convertirá a partir del mes 24 en gestor del mismo siendo el fideicomisario el responsable ante la CNC del desarrollo de las funciones de operación y venta, de forma que el grupo 1 en ningún caso volverá a ser operador por Gas Natural de conformidad con el mandato vigente y que, por tanto, no es cierto que se contemplara por Alpiq en el momento de la 1 celebración del contrato, la recuperación estable por Gas Natural-Fenosa del Grupo 1 en el caso de que Alpiq no ejerciera la opción de compra y que, por el contrario, Alpiq creyó en todo momento y de buena fe que, en caso de no ejercitar su opción de compra, el citado Grupo 1 lejos de ser recuperado por Gas Natural-Fenosa, pasaría al fideicomisario a fin de que éste lo desinvertiera y que la decisión de Alpiq de invertir como comprador de una cesión ordenada por la Resolución de Concentración, descansa en actuaciones y declaraciones realizadas por la CNMC de que el Grupo 1 no sería recuperado por Gas Natural-Fenosa. . Por todo ello explica la recurrente que necesita tener constancia de cualquier solicitud de modificación de los Compromisos que pudiera afectar a la situación o destino de la planta Plana del Vent, así como la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto, habiendo tenido acceso previo a la documentación no confidencial que pudiera ser relevante.

Explica que ante las sospechas de que la intención de Gas Natural-Fenosa era recuperar el control estable del Grupo 1 sin pasar por el procedimiento relativo al fideicomisario, solicitó la condición de parte interesada en el expediente de vigilancia, temores s que dice haber resultado confirmados. Añade que la CNMC es concedora, de estos hechos sin que haya objetado nada.

Por lo demás manifiesta que si Gas Natural-Fenosa recuperase la gestión estable del Grupo 1, la inversión de Alpiq perdería su valor o, en el mejor de los casos, quedaría sustancialmente deteriorada, al hacerse el competidor por excelencia, con notorio poder de mercado, con el grupo paralelo de generación al que es propiedad de Alpiq por lo que la recuperación de la gestión estable del Grupo 1 por parte de Gas Natural-Fenosa podría suponer su salida del mercado español.

Sostiene que, aunque el artículo 71.4 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, establece que se considerará interesado en los procedimientos de vigilancia al responsable del cumplimiento de la obligaciones, dicho precepto para nada excluye que los interesados puedan ser terceros distintos del responsable del cumplimiento de los Compromisos (máxime cuando, como en este asunto, ese tercero se encuentra especialmente cualificado por razón de su interés concreto) e insiste en que si Gas Natural-Fenosa recupera la gestión estable del Grupo 1, ello supondría un perjuicio irreparable a la actividad empresarial de Alpiq.

Por todo ello denuncia que las resoluciones recurridas vulneran el artículo 24 de la Constitución, generando indefensión por cuanto privan a la recurrente de la posibilidad de defender sus intereses legítimos en el ámbito del expediente de vigilancia y de la posibilidad de conocer si Gas Natural-Fenosa solicita la modificación de los Compromisos, afectando así a la situación de la Plana del Vent.

Afirma que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, tienen derecho a ser considerado interesado en el expediente administrativo y, para terminar invoca la aplicación por analogía del párrafo 74 de la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004, a cuyo tenor: "Para cualquier exención, modificación o sustitución de los compromisos, la Comisión también tendrá en cuenta la opinión de terceros y el impacto que una modificación puede tener en la posición de terceros y por ello en la eficacia global de la solución. A este respecto, la Comisión también considerará si las modificaciones afectan al derecho adquirido ya por terceros después de la aplicación de la solución".

TERCERO. - El Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso porque no hay indefensión que implique una vulneración del artículo 24 de la Constitución. Expone que, de acuerdo con lo dispuestos en el artículo - 71.4 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (e "RDC"): "*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*", y que esta regla de legitimación supone una especialidad en relación con los principios generales que definen la condición



de interesado en el procedimiento administrativo en el artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común. Por ello explica que para el reconocimiento de la condición de interesado en el procedimiento de vigilancia, la titularidad de un interés legítimo sobre el mismo, exigirá estar sujeto a las obligaciones derivadas de los compromisos fijados en la resolución de concentración ahora objeto de vigilancia, por lo que fuera de este concreto supuesto, no cabe admitir en puridad la condición de interesado en terceros que aludan a intereses genéricos o distintos de los fijados en la norma y que así se ha pronunciado esta la Sala en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2011, recurso 168/2010, en cuyo (FD 4º), en la que se sostiene que el artículo 71 del RDC no admite una interpretación amplia sobre la legitimación en el procedimiento de vigilancia, pues ésta sólo se proyectará sobre los promotores de la concentración, aquellos sobre los que se han impuesto obligaciones susceptibles de vigilancia, y (2) que no ostentar la condición de interesado en el procedimiento de vigilancia no excluye la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente las resoluciones que finalmente se adopten en estos expedientes, en cuanto pudiesen afectar en concreto a sus derechos o intereses legítimos.

Y concluye que, en el caso examinado, no concurren en la recurrente los requisitos para ostentar la condición de interesada en el procedimiento de vigilancia porque la Resolución de concentración no le impuso ninguna obligación que ahora sea objeto de vigilancia.

Por su parte el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso por no apreciar la conculcación del derecho fundamental que se denuncia.

CUARTO.- Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, conviene recordar, con carácter previo, que el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales previsto en la LJCA tiene un objeto de carácter limitado lo que comporta una limitación sustantiva en el examen jurídico de la actuación administrativa quedando excluidas del debate litigioso aquellas cuestiones de legalidad ordinaria referidas a la eventual invalidez de la actuación impugnada que no guarden relevancia para el pronunciamiento sobre la afcción del derecho fundamental invocado.

Como hemos anticipado, en el caso examinado, denuncia la parte recurrente la vulneración del artículo 24 de la Constitución como consecuencia de la negativa por parte de la Administración a admitir su personación como interesado en el expediente de Vigilancia VC/0098/08 - Gas Natural/Unión Fenosa, al privarle de la posibilidad de defender sus intereses legítimos en relación al cumplimiento de los compromisos establecidos en la Resolución de 11 de febrero de 2009 relativa a la concentración dictada por el Consejo A. por Gas Natural SDG, S.A. (Gas Natural-Fenosa).

Invoca la sociedad recurrente para fundamentar su pretensión que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, tiene derecho a ser considerada interesada en el expediente administrativo de vigilancia VC/0098/08.

Pues bien, recordemos que las resoluciones recurridas fundamentaron el rechazo de la solicitud de personación formulado por la recurrente en el artículo 71.4 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que establece lo siguiente:

"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."

Como afirmábamos en nuestra Sentencia del 20 de enero de 2011 (ROJ: SAN 204/2011 - ECLI:ES:AN:2011:204) este precepto establece una delimitación del concepto de interesado que es específica para el procedimiento de vigilancia en materia de control de concentraciones y añadíamos que la no participación en el procedimiento administrativo de vigilancia no excluye que quienes sean titulares de intereses legítimos puedan y deban ser considerados legitimados para impugnar las resoluciones administrativas que en aquel se dicten ante la jurisdicción contencioso administrativa. Además, recordábamos que, como señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de noviembre de 2007 *"el reconocimiento de que las recurrentes son titulares de un interés legítimo a efectos de admitir su legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo no debe llevar a la errónea conclusión de que también ostentan la condición legal de interesadas a efectos administrativos"*. La interpretación más favorable al derecho que de la legitimación impone el art. 24.1 de la Constitución no es aplicable directamente en el procedimiento administrativo, al vincularse a la tutela "judicial". Es por esto por lo que la Administración no está sometida como los Jueces y Tribunales a la obligación de interpretar de manera amplia el derecho a la intervención de los administrados en el procedimiento administrativo pues el artículo 105. c) de la Constitución establece que la Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado."



Por todo ello, dejando al margen todas las cuestiones planteadas que exceden del ámbito propio de este procedimiento especial, debemos concluir que la sociedad recurrente no cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 71.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia para ser considerada interesada en el expediente de vigilancia VC/0098/08 y que la falta de reconocimiento de esta condición no ha vulnerado el artículo 24 de la CE y no le ha originado indefensión por cuanto sí estará legitimada para impugnar las resoluciones administrativas que en dicho expediente se dicten en cuanto afecten a sus derechos e intereses legítimos.

En cualquier caso, el hipotético incumplimiento de las obligaciones derivadas de la resolución que autorizó la concentración tampoco puede ser tenido en cuenta, sin más, como argumento preventivo para declarar a la recurrente tercero interesado en las actuaciones de vigilancia, en aplicación del artículo 4 LPAC (antes artículo 31 de la ley 30792).

QUINTO. - Las razones expuestas obligan a desestimar el recurso y dicho pronunciamiento determina a su vez que las costas de esta instancia hayan de ser satisfechas por la parte actora conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo seguido por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona que ante esta Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ALPIQ ENERGÍA ESPAÑA, S.A.**, Sociedad Unipersonal (Alpiq), representada por la procuradora D^a Sharon Rodríguez de Castro, contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 10 de mayo de 2018, dictada en el expediente R/AJ/021/18 - Alpiq, por la que se desestimó el recurso administrativo interpuesto por la Sociedad frente al Acuerdo de la Dirección de Competencia de 29 de febrero de 2018, en el expediente VC/0098/08 - Gas Natural/Unión Fenosa, con imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.