



Roj: **SAN 6507/2023 - ECLI:ES:AN:2023:6507**

Id Cendoj: **28079230062023100870**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/12/2023**

Nº de Recurso: **384/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000384 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 4031/2018

Demandante: ALPIQ ENERGÍA ESPAÑA, S.A.

Procurador: DOÑA SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

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 once de diciembre de dos mil veintitrés.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **384/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **ALPIQ ENERGÍA ESPAÑA, S.A.** representada por la procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro, contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 18 de mayo de 2018, en el marco del expediente sancionador VC/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando « [s]e acuerde estimar el presente recurso Contencioso-Administrativo 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.- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO.- El presente recurso ha sido señalado para votación y fallo para el día 25 de octubre del año en curso, en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 18 de mayo de 2018 por la que se desestima el recurso 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, en el que se le denegaba de la condición de interesado en el expediente VC/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA.

Podemos destacar como antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

- 1.- El 24 de noviembre de 2017, tuvo entrada en la CNMC escrito de ALPIQ en el que solicita la condición de parte interesada en el expediente VC/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA.
- 2.- El 29 de enero de 2018, la Dirección de Competencia (DC) dictó acuerdo en el que deniega la condición de interesado solicitada por ALPIQ.
- 3.- El 12 de febrero de 2018, se interpuso recurso de ALPIQ contra el acuerdo de la DC de 29 de enero de 2018.
- 4.- Solicitado informe, el 21 de febrero de 2018 fue emitido por la DC y se instaba la desestimación del recurso, toda vez que los derechos de la recurrente no veían afectados por la resolución que se tomase en el expediente VC/0098/08 GAS NATURAL-UNIÓN FENOSA.
- 5.- Admitido a trámite el recurso, concedido el trámite de alegaciones, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló en resolución que es objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen de la pretensión de la actora, recordemos que su intento de personación tuvo lugar en el procedimiento de vigilancia originado 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, en el expediente C/0098/08 GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA.

La concentración se origina con la adquisición de Unión Fenosa, S.A. (Unión Fenosa) por Gas Natural SDG, S.A. (GNF), nº INF/DE/239/17. A través del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, GNF pretendía obtener la autorización por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización y suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, con vistas a la adquisición de Grupo 1 de la central de Plana del Vent.

El escrito de demanda, tras una descripción de los hechos, discrepa de la terminación de la decisión impugnada e insiste en que le sea reconocida la condición de parte interesada en el expediente vigilancia. Esencialmente porque ALPIQ fue autorizado como comprador de la planta de ciclo combinado de GNF en Plana del Vent, como parte de la desinversión de activos incluida en el mencionado plan detallado de actuaciones para implementar los compromisos de la resolución de concentración, y mediante resolución de la CNC del 18 de marzo de 2011, expediente Gas Natural/Unión Fenosa, referencia 003/08, se autorizó la compraventa y cesión de derecho de uso de en relación con la planta de Plana del Vent. En consecuencia, la actora adquirió: (i) la propiedad del



Grupo 2 de la planta de ciclo combinado de Plana del Vent; (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), que ALPIQ está gestionando actualmente; y (iii) un derecho de opción de compra sobre el Grupo 1 (incluyendo elementos comunes) a favor de ALPIQ. La CNMC ha una errónea interpretación del contrato y sin escuchar a la actora ni haber valorado las posibles pruebas relativas al interés que tiene, va a permitir a GNF la recuperación del control de Grupo 1 soslayando el procedimiento de desinversión del fideicomisario. Va a permitir a GNF adquirir el control permanente de Grupo 1, lo que revela su evidente interés económico en el proceso de desinversión. Esto le lleva a decir que la resolución hace una equivocada interpretación del concepto de interesado en los términos establecidos en el artículo 71.4 del Reglamento de competencia, que le ocasiona indefensión y unos perjuicios irreparables, además de contravenir el principio de confianza legítima.

TERCERO.- Recordemos que el interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, y *mutatis mutandi* en la interposición de los diferentes recursos, ha sido caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real; no potencial o hipotético (SsTC 65/1994, de 28 de febrero, FJ 3; 105/1995, de 3 de julio, FJ 2; 122/1998, de 15 de junio, FJ 4; 1/2000, de 17 de enero, FJ 4; y 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4). Dicho de otro modo, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta. Luego, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso.

Esta doctrina nos obliga a examinar el marco legal en el que tiene lugar la pretensión, la naturaleza del acto impugnado y las consecuencias que tendría el pronunciamiento respecto del posible interesado.

CUARTO.- Establece el artículo 41.1 de la Ley 15/2007 de la LDC, bajo la rúbrica «Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones, y acuerdos», que «[1.] La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley 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 restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones. [...]». Constituye la vigilancia un procedimiento que se inicia y desarrolla en el ejercicio de la potestad de vigilancia y ejecución que ostenta la CNMC sobre las resoluciones que dicta, con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones o compromisos impuestos en la correspondiente resolución correspondiente a las partes afectadas.

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 (RDC) dice que «[S]e 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. [...]».

Esta previsión normativa establece una delimitación del concepto de interesado que es específica para el procedimiento de vigilancia en materia de control de concentraciones otorgando la normativa de defensa de la competencia la protección específica que implica el reconocimiento de la condición de interesado en este concreto procedimiento administrativo, exclusivamente a aquellos que promovieron el procedimiento de concentración, bien motu proprio bien requeridos por la CNMC, y no considera como tales a quienes comparecieron en el procedimiento de concentración, como se dijo en la SAN de 20 de enero de 2011, recurso 168/2010.

Como apunta la resolución impugnada, 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.

El hecho de que el contrato con ALPIQ como comprador, fuera autorizado por acuerdo de 18 de marzo de 2011 de la Dirección de Investigación, se hizo únicamente 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.

El que, en cumplimiento de lo acordado, pudiera permitir la recuperación del grupo 1 por Gas Natural en el caso de que ALPIQ no ejerciera la opción de compra, no es más que consecuencia de lo firmado y asumido por la entidad que ahora recurre.

Dicho de otro modo, la ejecución del contrato resulta ajena al cumplimiento o vigilancia de los compromisos el expediente de vigilancia en su día tuvo que ver con la idoneidad del comprador. Como dijo la DC, los



compromisos no guardan relación alguna con la posición en el mercado de ALPIQ que esta empresa debe conocer por sí misma los problemas de posible expulsión del mercado que plantea la actora 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.

QUINTO.- Lo dicho nos lleva a la desestimación del recurso, con la expresa condena en costas a la recurrente de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **ALPIQ ENERGÍA ESPAÑA, S.A.** contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 18 de mayo de 2018, en el marco del expediente sancionador VC/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA, con expresa condena en costas a la recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día 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.