



Roj: SAN 4654/2025 - ECLI:ES:AN:2025:4654

Id Cendoj: 28079230062025100446

Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 6

Fecha: 04/11/2025

Nº de Recurso: 1344/2019

Nº de Resolución:

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Ponente: RAFAEL MARIA ESTEVEZ PENDAS

Tipo de Resolución: Sentencia

## AUDIENCIA NACIONAL

*Sala de lo Contencioso-Administrativo*

### SECCIÓN SEXTA

**Nºm. de Recurso:** 0001344/2019

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Nºm. Registro General:** 09743/2019

**Demandante:** Vodafone España, S.A.U. y Vodafone Ono, S.A.U.

**Procurador:** DOÑA ASCENSIÓN GRACIA LÓPEZ DE ORCERA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. RAFAEL ESTEVEZ PENDAS**

**SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Dª. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAFAEL ESTEVEZ PENDAS

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil veinticinco.

Visto por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional los autos del Procedimiento Ordinario 1344/2019, interpuesto por las mercantiles Vodafone España, S.A.U. y Vodafone Ono, S.A.U., representadas por la Procuradora Doña Ascensión G. López de Orcera, contra la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, defendida por el Abogado del Estado, en la representación que por Ley le corresponde. La cuantía de este recurso es indeterminada. Es ponente de esta Sentencia el Magistrado Don Rafael Estévez Pendás, que expresa el parecer de la Sala.

### Antecedentes de Hecho

**Primero.**-Se interpuso este recurso el día 16 de octubre del año 2019, formalizándose demanda por las mercantiles recurrentes en la que terminaban suplicando una Sentencia que, estimando sus pretensiones,



anule la resolución recurrida por ser contraria a Derecho, declarando su derecho a la condición de parte interesada en el expediente de vigilancia VC/0612/14, con cuantas consecuencias procedan en derecho respecto de dicha declaración, condenando a la administración demandada a estar y pasar por tal pronunciamiento así como a la ejecución y cumplimiento de lo ordenado.

**Segundo.**-El Abogado del Estado contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones de las demandantes, y concluyó interesando una Sentencia íntegramente desestimatoria del recurso, imponiéndoles las costas.

**Tercero.**-Practicada la prueba que en su día se admitió, se despachó por las partes el trámite de conclusiones, tras lo cual quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 17 de septiembre de 2025.

### Fundamentos de Derecho

**Primero.**-Se impugna en este recurso contencioso-administrativo la Resolución de 20 de junio de 2019 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se desestimó el recurso interpuesto por Vodafone España, S.A.U. y Vodafone Ono, S.A.U., contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 19 de febrero de 2019, por la que se le deniega la condición de interesado en el expediente VC/0612/12 TELEÓNICA/DTS.

**Segundo.**-La Resolución impugnada de 20 de junio de 2019 dice, en lo que ahora interesa, lo que sigue textualmente:

" 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, y antes de examinar los argumentos de VODAFONE en favor de su recurso, la Sala estima necesario analizar la naturaleza de las actuaciones de vigilancia desarrolladas por la CNMC, así como la condición de interesado en las mismas, para precisar la distinción entre dicho procedimiento de vigilancia y el procedimiento de autorización de operaciones de concentración ( art. 55- 60 LDC) o el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas.( art. 49- 54 LDC).

La regulación de dichos procedimientos en la LDC está prevista en distintos capítulos, dentro d el Título IV, "De los procedimientos". El procedimiento de vigilancia está regulado en el Capítulo I, Sección 2<sup>a</sup>, "Facultades de la Comisión Nacional de la Competencia" de la LDC. 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 RDC, que, de conformidad con el artículo 35.2 c) de la LDC, determina que la Dirección de Investigación (ahora Dirección de Competencia) será 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 verificación del cumplimiento 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, compelir 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.

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".*



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).

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 VODAFONE, supone verificar si el acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019, por el que se deniega la condición de interesado de Vodafone en el expediente de vigilancia VC/0612/12 TELEFÓNICA/DTS, 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":

*"Quiérese decir, pues, que tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados. Pero, repetimos, no cabe en el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u ocasionado perjuicios irreparables. El resto de motivos impugnatorios eventualmente oponibles frente a aquellos actos queda reservado, repetimos, al enjuiciamiento de la resolución final del expediente sancionador".*

A la vista de la citada doctrina del Tribunal Supremo deben examinarse los argumentos expuestos por VODAFONE en relación con la presunta indefensión o perjuicio irreparable causado por el acuerdo de 19 de febrero de 2019 recurrido.

#### A. Ausencia de indefensión.

Respecto a la posible existencia de indefensión, en su recurso VODAFONE sostiene que el Acuerdo recurrido le genera evidentemente indefensión al privársele de acceso al expediente VC/0612/12 en el que se están adoptando decisiones que afectan de forma directa a sus derechos e intereses.

Sin embargo, 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 que 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 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 sus alegaciones VODAFONE sostiene que esta interpretación, citada por la DC en su informe sobre el recurso, incurre en una defectuosa interpretación del artículo 47 de la LDC, dado que cuando dicho precepto hace referencia a la indefensión, evidentemente se está remitiendo a todos los ámbitos de la indefensión en vía administrativa, no sólo a la descrita en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, sino también a la mencionada en el artículo 48.2 de la Ley 39/2015 (un defecto de forma que dé lugar a la indefensión de los interesados). Según VODAFONE dicha interpretación es errónea porque circunscribe la posible generación de indefensión al ámbito de la potestad sancionadora de la administración, cuando ni el artículo 47 de la LDC, ni los artículos 47 y 48



de la Ley 39/2015, establecen esa acotación. Tal interpretación omite que igualmente se produce indefensión cuando en un procedimiento seguido entre la Administración y un competidor, se detecta un menoscabo patrimonial a otra entidad de más de 29 millones de euros, sin que dicha entidad pueda tomar parte en dicho procedimiento y ejercer sus derechos de defensa, sino que aquellos dependan de la función tuitiva que, sobre el funcionamiento del mercado, tiene la propia CNMC.

Según VODAFONE, en el ordenamiento jurídico español es la parte -y no terceros- quien tiene el derecho y la carga de defender sus propios derechos e intereses legítimos y aunque determinadas garantías derivadas del artículo 24 de la Constitución son específicas del procedimiento sancionador, ahora bien, no lo es menos que la prohibición de indefensión como elemento rector del funcionamiento de las administraciones públicas, no es privativa del mismo.

En el presente caso, tal y como expone la DC en su informe, el acuerdo recurrido no ha supuesto la imputación de cargo alguno a VODAFONE 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. Por tanto, no resulta posible apreciar que el acuerdo recurrido emitido por la DC pueda causar indefensión a VODAFONE.

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 sostiene VODAFONE en su recurso. En las alegaciones presentadas la recurrente reconoce que la DC realizó requerimientos de información donde se dio traslado a VODAFONE de versiones no confidenciales de las propuestas de IPV para conocer sus observaciones a las mismas, todo ello dando cumplimiento a las obligaciones establecidas en los compromisos. Con esta afirmación VODAFONE viene a reconocer que la cuestión sometida a debate no radica en la posibilidad de presentar alegaciones al expediente, que VODAFONE asume como posible, ni en el desconocimiento de las cuestiones que le afectan directamente en el mismo, sino en la imposibilidad de acceder al expediente a su criterio (salvados los condicionantes que la DC decida sobre la confidencialidad) para tomar conocimiento de mayor información que la ofrecida por la DC.

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

#### B. Ausencia de perjuicio irreparable.

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

Según expone VODAFONE en sus alegaciones el perjuicio irreparable se ha producido en este caso. Considera la recurrente que la DC confunde en su Informe el derecho constitucional vulnerado con el daño patrimonial ya que, aunque 29 millones de euros, son susceptibles de reintegro a la entidad, dicha cantidad pecuniaria no es el derecho vulnerado, sino la consecuencia derivada de una determinada actuación en el orden patrimonial. El derecho constitucional vulnerado viene determinado por el hecho de que VODAFONE no haya podido iniciar un procedimiento de arbitraje o tomar parte en la adopción de un acto administrativo, del que ha resultado el reconocimiento de que se le había producido un daño patrimonial de más de 29 millones de euros y de hecho, que mediante la denegación de su acceso al expediente en condición de parte interesada, deba permanecer ajena a nuevas actuaciones en el seno de dicho expediente, con afección a sus derechos e intereses. La mera imposibilidad de tomar parte en la formación de la voluntad administrativa, mediante la participación en el procedimiento, antes de que aquella ya esté enunciada mediante la notificación de la propuesta de IPV, evidentemente genera un perjuicio irreparable que no se sana por la mera posibilidad de accionar posteriormente y en derecho, frente al acto adoptado, sin su intervención.

Esta Sala, contrariamente a lo alegado por VODAFONE, considera que el acuerdo recurrido no es susceptible de causar un perjuicio irreparable a la recurrente.

De un lado, porque el hecho de no ser interesada en el procedimiento no le ha impedido conocer la forma en que Telefónica estaba cumpliendo con los criterios de cálculo del coste mínimo garantizado establecido en los compromisos y, por tanto, de ello no puede derivarse el daño patrimonial que alega.

Por otro lado, esta Sala tampoco comparte la hipótesis de la recurrente de que de haber sido VODAFONE interesado en el expediente, ello le hubiese facilitado un conocimiento sustancialmente mejor, o con una mayor antelación, de la adecuación de los costes mayoristas por abonado (CPA) a las obligaciones establecidas en



los compromisos (2.9.j) y, en definitiva, hubiese mejorado la posición de VODAFONE de cara a poder defender sus intereses con medidas administrativas o ante los tribunales.

Esta Sala está de acuerdo con VODAFONE cuando argumenta que la mera condición de competidor no determina un acceso general a todos y cada uno de los expedientes de vigilancia, sino que debe haber un examen individualizado de las circunstancias de cada concreto expediente.

Sin embargo, discrepa de VODAFONE cuando este operador añade que en el caso de los compromisos objeto de vigilancia, las obligaciones para Telefónica afectan directa e inmediatamente a la posición y a los derechos de VODAFONE, por lo que resultaba debido su reconocimiento como parte interesada en el expediente.

El acuerdo de la DC recurrido realiza un análisis sobre si la vigilancia de los compromisos en el expediente VC/0612/14 daba lugar a que los derechos e intereses legítimos de VODAFONE resultaran dañados, llegando a la conclusión que los derechos e interés legítimos de VODAFONE no resultan afectados, por lo que no se debía otorgar a esta empresa, ahora recurrente, la condición de interesado en el expediente.

El acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019 tiene en cuenta ,entre otros, los aspectos esenciales de la información que se había puesto a disposición de VODAFONE y que se han materializado en requerimientos de información donde se dio traslado a VODAFONE de versiones no confidenciales de las propuestas de IPV para conocer sus observaciones a las mismas, todo ello dando cumplimiento a las obligaciones establecidas en los compromisos (y en particular del compromiso 2.9.j) de una oferta mayorista en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias.

Estas acciones por parte de la DC en el expediente de vigilancia han permitido a VODAFONE conocer la forma en que Telefónica estaba cumpliendo con los criterios de cálculo del coste mínimo garantizado establecido en los compromisos y permiten descartar por si mismas que la no consideración de interesado haya generado un perjuicio económico irreparable.

VODAFONE manifiesta que el acuerdo de la DC reconoce implícitamente que VODAFONE es interesada en ese expediente y ello, tanto desde un punto de vista sustantivo, como jurídico-formal.

En cuanto al primer punto de vista, VODAFONE hace referencia principal al ajuste en la resolución de 4 de mayo de 2017 por la que se reconoce a su favor el derecho a una devolución por importe de 29.431.392€, entendiendo VODAFONE que por ello resulta de aplicación el supuesto descrito en el artículo 4.1.b) de la Ley 39/2015.

Considera VODAFONE, por tanto, que el hecho de que la resolución reconozca y establezca unos determinados ajustes en los pagos es consecuencia de no ser interesado y prueba de la existencia de un daño económico.

Pues bien, sobre este punto, coincide esta Sala con la DC en que el desajuste derivó de diferencias de criterio en la implementación detallada de los compromisos, y tuvo una cuantía excepcionalmente alta dadas las condiciones particulares en el reparto del CMG 2015/2016 (el primero que se realizó) y, como se ha visto, fue identificado y puesto en conocimiento de VODAFONE a través de la propuesta de IPV, aunque VODAFONE no ha podido ser resarcido hasta el 11 de enero de 2019, una vez que la Audiencia Nacional había declarado la ejecutividad de la resolución recurrida por Telefónica.

Por tanto, de nuevo, no se considera en este caso que los derechos e intereses de VODAFONE hayan sido afectados por no haber sido interesado en el expediente. De hecho, lo que se muestra en este apartado es que precisamente la resolución del IPV, cuyo borrador fue puesto en conocimiento de VODAFONE, mediante el establecimiento de ajustes vino a evitar la existencia del propio daño económico que la recurrente alega.

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 Pública), 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).

A la vista de lo anterior, entiende esta Sala que el acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019 no es un acto capaz de producir un perjuicio irreparable en la esfera de la recurrente.

Por otra parte, con respecto a la petición subsidiaria de acceso por VODAFONE a la información pública obrante en el expediente relativa a las obligaciones de replicabilidad efectiva de sus ofertas minoristas establecidas en los Compromisos, cabe señalar que la disposición adicional primera de la Ley de transparencia, dispone que



se regirán por su normativa específica aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, tal como ocurre en el caso de la LDC.

En este sentido, el Consejo Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el acceso a expedientes de la CNMC, señalando que toda la información o documentación conseguida por la CNMC como consecuencia de su labor de investigación goza de la condición de información reservada, por expreso mandato legal, y que la disposición adicional primera de la Ley de transparencia, reconoce la aplicación prevalente de su normativa específica a las materias que tengan previsto un régimen específico de acceso a la información como es el que caso que nos ocupa.

La información contenida en los expedientes, aún la declarada no confidencial, solo es accesible a los declarados interesados en el expediente, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida por la empresa no significa que estos adquieran el carácter de públicos, ya que todos aquellos que tengan acceso a la totalidad de la información contenida en el expediente están sometidos al deber de secreto de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la LDC.

En todo caso, el acuerdo recurrido señala que la mayor parte de la información contenida en el expediente de vigilancia es información confidencial, y que el acceso parcial (en base al artículo 16 de la LTAIBG), resultaría en una información distorsionada o carente de sentido.

En consecuencia, la alegación debe ser rechazada.

Por ello, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de VODAFONE. "

**Tercero.**-Las sociedades recurrentes resumen en su escrito de conclusiones los argumentos de la demanda, en los términos textuales siguientes:

#### " CONCLUSIONES EN RELACIÓN A LOS HECHOS

1. Ha quedado acreditado en las presentes actuaciones y así lo reconoce la contestación a la demanda que del expediente administrativo en el que mi representada reclama el reconocimiento de la condición de parte interesada (VC/0612/12 TELEFONICA/DTS), ha derivado el reconocimiento de cantidades a favor de la misma por importe de 31.937,138€ sólo de principal.
2. A este hecho se alude en los párrafos 58, 65, 76, 91, 92 y 98 del escrito de contestación a la demanda. En efecto, como consta con toda claridad en la demanda y resulta de las resoluciones de la propia CNMC acompañadas a la misma, los importes que le han sido reconocidos a Vodafone en dicho expediente, han sido 29.431.392€ y 2.505.746€. El primero de ellos en la Resolución de 4 de mayo de 2017 aportada como Documento nº 5 al escrito de demanda y el segundo en la Resolución de 11 de julio de 2019 aportada como Documento nº 7 adjunto al escrito de demanda.
3. Obviamente dichas cantidades llevan aparejada la correspondiente deuda de intereses, por lo que el importe resultante de las mismas es superior, siendo los dos conceptos citados, sólo el principal de la deuda que, en virtud de las decisiones adoptadas por la CNMC en el referido Expediente de Vigilancia, TELEFÓNICA ha tenido que reintegrar a mi representada.
4. Ha quedado acreditado igualmente, que mi mandante ha sido parte en el expediente de Concentración C/0612/12 TELEFONICA/DTS (del que se deriva el expediente de vigilancia (VC/0612/12 TELEFONICA/DTS) como consecuencia de la directa del impacto de la operación de concentración objeto del mismo en los mercados relevantes afectados en los que también está presente mi representada, en concreto, nos referimos a los siguientes mercados: (i) el de la televisión de pago; (ii) el de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales; (iii) el de comercialización mayorista de canales de televisión; y (iv) los mercados de comunicaciones electrónicas, entre ellos, el mercado minorista de servicios de telefonía fija, el mercado minorista de acceso de banda ancha fija, y el mercado minorista de servicios de comunicaciones móviles; afectando también al (v) mercado minorista de ofertas convergentes, es decir, aquel que incluye la oferta conjunta de servicios de comunicaciones electrónicas fijos, móviles y televisión de pago.

5. Estos hechos que, por lo demás, ni niega, ni puede negar la administración demandada, son muy determinantes a la hora de analizar la situación que es objeto del presente procedimiento y ello por cuanto mi mandante no está planteando un reconocimiento de la condición de interesado en abstracto, sino que lo invocado por mi mandante, en atención a las características del concreto supuesto que nos ocupa, es que se reconozca a Vodafone la condición de parte en un Expediente de Vigilancia, que sigue abierto, que se proyecta para ejercicios sucesivos y en el que, hasta el momento, se han adoptado decisiones sobre derechos de contenido económico de mi representada por más de 31 millones de euros, más intereses.



6. En efecto, esta parte no está sosteniendo que abstractamente, la condición de parte en el expediente de concentración pueda trasladarse de forma inmediata al expediente de vigilancia, lo que esta parte está argumentando es que, si en ese expediente de vigilancia se están adoptando decisiones que afectan de forma inmediata y directa, como sucede en este caso, a los derechos de un tercero, ese tercero ostenta la condición de parte interesada en el mismo.

7. A Vodafone no se le están reconociendo las cantidades indicadas, porque graciosamente quisiera acceder a ello la CNMC, a mi mandante se le están reconociendo esas cantidades como consecuencia de un incumplimiento de Telefónica, respecto de los compromisos que asumió como condición sine qua non para poder adquirir DTS, que ha ocasionado a Vodafone un indebido daño patrimonial por ese importe y esta situación concreta, acreditada y evidente para la CNMC que es la entidad que ha dictado esas resoluciones de reintegro, determina que mi representada deba ser parte en el referido expediente de vigilancia.

8. Esta parte, lo que solicita respetuosamente es un examen de la condición jurídica de interesado a tenor de estos hechos. Ya sabemos, porque la ley lo indica expresamente, que la condición de parte en el expediente de concentración no concede automáticamente la condición de parte en el expediente de vigilancia, ahora bien una cosa es eso que es exactamente lo único que manifiesta como particularidad la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), y otra bien distinta, que puedan estar discutiéndose entre TELEFÓNICA y la CNMC, sin dar acceso al expediente a esta parte, derechos de contenido económico de mi representada por los importes mencionados.

#### HECHO NUEVO ACAECIDO CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE DEMANDA

9. Esta parte debe poner en conocimiento de la Sala la producción de un hecho nuevo que ha tenido lugar, con posterioridad a la presentación de nuestro escrito de demanda, en concreto, por resolución de 21 de mayo de 2020.

10. En virtud de Resolución de Vigilancia de 21 de mayo de 2020 se ha dispuesto, entre otros extremos, que Vodafone debe reintegrar a Telefónica 3.351.192 €. Se adjunta dicha Resolución como Documento nº 1 interesándose su tratamiento confidencial, siendo de fecha posterior, como decimos, a nuestra demanda y, por lo tanto, de pertinente aplicación al siguiente trámite procesal a cargo de esta parte, conforme a los Arts. 270 y 271 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Igualmente, y en el mismo supuesto, se adjunta como documento número 1 bis, la justificación del pago de la referida cantidad.

11. De esta forma, no ya es que en un expediente al que mi mandante es ajena, se han reconocido cantidades a su favor, es que de ese expediente al que se nos niega el acceso en condición de interesados, se deriva un deber de reintegro de una cantidad muy significativa que debe ser satisfecha (y se ha satisfecho) por mi representada, al igual que, en ejercicios anteriores, han tenido que serle abonadas cantidades a su favor.

12. Esto excede evidentemente al concepto de un pronunciamiento meramente ejecutorio que ha de entenderse exclusivamente con la entidad sometida a vigilancia, dado que el referido expediente de vigilancia y las resoluciones dictadas en el mismo se han convertido en un instrumento esencial de regulación del sector en el que, mediante el rechazo al reconocimiento de la condición de interesado, se opera sobre la base de una asimetría esencial e injustificada con los operadores distintos de Telefónica, entre ellos, desde luego mi representada.

13. Es más, con ser ello revelador de que no estamos haciendo referencia a un interés etéreo, sino a intereses patrimoniales de mi mandante cuya existencia es incuestionable a la vista de las cinco resoluciones recaídas hasta el momento en el presente expediente de vigilancia. Las resoluciones no se limitan a dictar pronunciamientos por los que Vodafone ve reconocido el derecho a ser indemnizada en cantidades superiores a 31 millones de euros de principal, o se ve obligada a hacer frente (en la resolución de 21 de mayo de 2020) a más de 3,3 millones de euros. Además, en este expediente se están decidiendo cuestiones esenciales del sector como la prórroga o la modificación de determinados compromisos (y recordemos que la determinación de los compromisos es parte, no del expediente de vigilancia, sino de la segunda fase del procedimiento de autorización de concentraciones en la que nadie niega que mi mandante tiene la condición de parte interesada), así en la Resolución de 9 de julio de 2020 de la CNMC, dictada en el presente expediente de vigilancia y también de fecha posterior a nuestro escrito de demanda, procediendo su aportación, por los mismos motivos y supuestos ya indicados, como se modifican y Documento nº 2, prorrogan por tres años los compromisos de Telefónica, decisión que tiene un muy significativo impacto sobre Vodafone. Es más, insistimos, si para determinar los compromisos es preceptivo un procedimiento en el que las distintas compañías afectadas han sido parte (segunda fase del procedimiento de autorización de la operación de concentración) ¿Cómo es posible que la modificación del alcance de los mismos y su prórroga, por tres años más, se acuerde en un expediente, en el que sólo ostenta la condición de parte interesada Telefónica? Evidentemente, ni desde la perspectiva de defensa de la competencia, esta situación resiste el más elemental juicio lógico.



14. Es más, si bien insiste la Abogacía del Estado en su escrito, en el carácter meramente ejecutorio del expediente de vigilancia, en el sentido de serlo, respecto de un acto cuyo único destinatario es la propia entidad sometida a dicho procedimiento, la pregunta, muy especialmente a tenor de la resolución de 21 de mayo de 2020 es muy evidente ¿Cómo se puede compatibilizar ese carácter ejecutorio y limitado pretendidamente sólo a Telefónica, con un pronunciamiento vinculante que afecta directamente al ámbito de Vodafone y por el que esta compañía se ve obligada a satisfacer 3,3 millones de euros?

15. Se nos trata de presentar un supuesto único en nuestro ordenamiento, en virtud del cual puede surgir un pronunciamiento que condena a mi mandante a abonar una elevada cantidad, en un procedimiento, respecto del que se le niega la condición de interesado y que se entiende exclusivamente con el principal competidor del sector.

16. Es más, no se nos diga que todo ello puede subsanarse con requerimientos puntuales de información a las demás empresas, porque si todo ello fuese así y bastase con llevar a cabo tal actuación, entonces lo que se estaría postulando es la absoluta inutilidad de la noción y concepto jurídico de interesado y de su estatuto jurídico, si para sortear el reconocimiento de esa condición, basta con realizar un requerimiento de información o un traslado puntual.

17. Eso no es reconocer matizaciones o modalidades propias a los procedimientos en competencia, frente al procedimiento administrativo general, sino derrogar el estatuto jurídico de interesado en los mismos y construir una disciplina en la que los más elementales derechos de la parte son exceptuados en virtud de una aparente complejidad o particularidad de la actividad pública en defensa de la competencia.

## II CONCLUSIONES EN RELACIÓN A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

18. Esta parte se afirma y ratifica en los términos de su escrito de demanda, si bien, debe hacer referencia a las distintas cuestiones planteadas por la representación del Estado en su escrito de contestación.

19. La defensa del Estado plantea, en primer lugar, la vigencia del principio de especialidad y la preferente aplicación de la normativa de defensa de la competencia a los procedimientos de dicha naturaleza como contra argumentación a lo expuesto por esta parte en el sentido de sostener la resolución recurrida una interpretación contraria a derecho del Artículo 71.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC).

20. Esta parte no desconoce la preferente aplicación de la LDC a los procedimientos comprendidos en su ámbito, en virtud de lo dispuesto en su Artículo 45 LDC, ahora bien, cuando esta parte lo que está sosteniendo es que cabe y es exigible una interpretación del Artículo 71.4 RDC respetuosa del concepto jurídico de interesado, lo que la apelación al principio *lex specialis derogat generalis* nos está poniendo de manifiesto es que de contrario se asume una posición de derogación de dicho concepto para el procedimiento de vigilancia, cuestión esta que no cabe admitir.

21. El Artículo 71.4 RDC está indicando que, por definición de la propia norma, es interesado en el procedimiento de vigilancia el responsable del cumplimiento de la obligación dispuesta, ahora bien, ese precepto no está indicando que sólo pueda reconocerse la condición de interesado a la entidad sometida a vigilancia.

22. Afirma la demandada en su escrito de contestación que el citado precepto 71.4 quiso especificar que, única y exclusivamente los destinatarios o sujetos a la vigilancia, tendrían en este caso el carácter de interesados y lo cierto es que el precepto en cuestión no dice absolutamente nada de ello.

23. El texto del Artículo 71.4 RDC indica:

4. 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.

24. Es decir, el precepto no está manifestando "sólo se considerará interesado..." como con toda facilidad podría haber expresado el autor de la norma, si su intención hubiese sido la de acotar al sometido a vigilancia la intervención en el referido procedimiento administrativo y, por tanto, en nuestra opinión, la referida autorización que postula con toda claridad la representación del Estado no encuentra acomodo suficiente en el texto normativo.

25. Es más, el término "como excluyente de una intervención alternativa a la sólo" prevista en la norma se emplea en el propio Artículo 66.1 RDC que, pese a referirse con carácter general al concepto de interesado, no establece prohibición alguna como la que se sostiene de contrario y que, incluso desde el punto de vista, no sólo literal, sino también sistemático, pone en evidencia el error interpretativo en el que se incurre respecto de la dicción del Artículo 71.4 RDC.



26. Lo que nos está indicando este último precepto, es que el sometido a vigilancia, por definición, es interesado y ha de entenderse con el mismo el procedimiento, pero no está prohibiendo que esa condición pueda reconocerse a terceros.

27. No está convirtiendo al procedimiento de vigilancia en materia de defensa de la competencia en un ámbito en el que no rige el concepto legal de interesado y en el que pueden adoptarse decisiones sobre terceros, de enorme alcance e intensidad, rechazando a esos terceros su presencia en el procedimiento.

28. Decíamos al inicio de estas conclusiones que, el hecho de que en dicho expediente se haya reconocido a mi representada un daño de más de 31 millones de euros, sólo por el concepto de principal, es un dato que no puede perderse de vista, como tampoco puede obviarse que mi representada, en virtud de la resolución de 21 de mayo de 2020 en dicho expediente, viene obligada a pagar más de 3,3 millones de euros.

29. Decimos esto porque la demandada realiza una cuidada exposición, que compartimos, sobre cuál sea el objeto del expediente de concentración y cuál sea el objeto del expediente de vigilancia. Lo hace para concluir que, en base a la naturaleza meramente ejecutoria de este último no se aprecia la existencia de un interés competitivo que pueda ser ejercitado y defendido por un agente económico.

30. Nuevamente, el argumento merece contestación. La solicitud de reconocimiento de la condición de interesado por parte de mi representada, no deriva de un mero interés competitivo o de la mera presencia en el mercado afectado por la decisión de concentración. Hemos partido de la consideración de que esa mera presencia e incluso la llamada al procedimiento de control de concentraciones, no implica, sin más, que esa condición se aplique de forma al procedimiento de automática vigilancia, lo que sucede es que no estamos haciendo referencia a un interés competitivo difuso que pudiera reconocerse por la mera condición de operador en el mercado, sino al interés derivado de la detección en dicho procedimiento de un daño patrimonial a mi representada de más de 31 millones de euros de principal, como consecuencia de la ejecución incorrecta de las medidas objeto de vigilancia.

31. La Administración sostiene que el reconocimiento de esa cantidad supone que nuestro derecho ha sido preservado pero la situación dista mucho de ser esa. Lo que ese reconocimiento supone es que entre TELEFÓNICA y la CNMC han estado adoptando decisiones que afectan, al menos, en 31 millones de euros de principal a mi mandante. Sin intervención de Vodafone y sin posibilidad de que dicha compañía pudiera ejercitar sus más elementales derechos como interesado. Es más, todo lo indicado se pone aún más en evidencia con la reciente resolución dictada en el mismo Expediente de Vigilancia por la que se obliga a mi mandante a hacer frente a más de 3,3 millones de euros.

32. No es esta parte, sino la propia línea interpretativa de la demandada, la que conduce al Artículo 71.4 RDC a un escenario imposible e ilegal, la que nos plantea que el mismo supone una íntegra derogación del concepto de interesado aún en un supuesto de afección grave a derechos subjetivos de la parte con un grave daño patrimonial a la misma, construyendo la tesis inédita en nuestro derecho administrativo, en el sentido de que el interesado, en este tipo de procedimiento, no puede personarse en el mismo porque la tutela de su derecho, ya se sustituye por una suerte de posición tutelar o tutiva por parte de la Administración.

33. Esto no es admitir una matización derivada de las particularidades del procedimiento de defensa de la competencia, sino una derogación en toda regla del concepto de interesado y del estatuto jurídico del interesado en sus derechos respecto de la Administración, en el expediente de vigilancia, cuestión que, insistimos, no está amparada ni por la dicción literal del precepto, ni siquiera por la aplicación llevada a cabo del mismo por los tribunales de justicia, como veremos posteriormente, por referencia muy especialmente al pronunciamiento previo de la Sala a la que nos dirigimos.

34. Debemos indicar, por lo demás, que el Artículo 45 LDC alude estrictamente a los "procedimientos administrativos" en materia de defensa de la competencia. La derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, L.30/92) a la que la LDC remite con carácter subsidiario integraba en sus preceptos, tanto las normas de procedimiento, como las de régimen jurídico y en su Artículo 35 un verdadero estatuto jurídico del interesado frente a la Administración, que ha tenido desarrollo posterior en los Artículos 13 y 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante L.39/2015). La remisión estricta al "procedimiento" no implica que sobre la base de ella pueda establecerse una derogación de derechos del interesado que, en cualquier ámbito de la Administración, tiene derecho a personarse en el procedimiento en el que se dilucidan sus intereses y que, de esta forma, y en base a la extrema posición interpretativa sostenida por la Administración, ve derogado ese derecho en aquellos casos en los que el mismo esté afectado por la conducta de un tercero sometido a un expediente vigilancia ante las autoridades de competencia.



35. Creemos que es evidente que tal línea interpretativa no es sostenible y es respecto de esa interpretación sostenida de contrario, que establece términos de incompatibilidad entre el Artículo 71.4 RDC y las normas legales que regulan el régimen jurídico del interesado frente a la Administración, respecto de lo que esta parte ha de invocar el incumplimiento manifiesto de los principios de reserva de ley y jerarquía normativa con aplicación del Artículo 61.2 L.30/92 y 47.2 L.39/2015 e incluso la posibilidad de inaplicación, vía Artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ). De hecho, no sólo debemos remitirnos en este punto a los términos de la demanda, sino recordar que, ni siquiera en el propio texto de la LDC, encuentra fundamento bastante la referida aplicación del Artículo 71.4 LDC.

36. Por lo demás, no se indique que el Artículo 41 LDC ampara la posición de la administración demandada, porque el mismo no hace ninguna referencia a la condición de aquellos que puedan ostentar la condición de interesados en el expediente administrativo, sin que la referencia genérica a en los términos en que se establezca reglamentariamente, pueda ser entendida como un cauce de deslegalización de una materia que afecta directamente al estatuto jurídico del interesado y respecto de la que, además, por referencia al expediente de vigilancia, la propia Ley no indica absolutamente nada.

37. Aducía esta parte que la Administración lleva a cabo en el acto administrativo recurrido, una aplicación contraria a Derecho y contraria a sus propios términos de la Sentencia de 20 de enero de 2011 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

38. Debemos insistir en un planteamiento que no es objeto de contestación por la parte demandada. La Sala en aquella resolución judicial, no renunció a analizar las concretas características del supuesto controvertido, y precisamente por ello, indicó a la recurrente "que la actora no ha establecido cuál es su derecho susceptible de ser afectado por la resolución que pudiera dictarse en el procedimiento de vigilancia".

39. En nuestra opinión, este planteamiento es determinante. Si la Sala a la que nos dirigimos, estaba confirmando la tesis de la Administración demandada en virtud de la cual, sean cuales fueren las circunstancias y, en todo caso, sólo y exclusivamente puede considerarse interesado en el expediente de vigilancia al vigilado ¿para qué tenía que analizar la Sala el derecho de la parte recurrente susceptible de verse afectado en el expediente de vigilancia? ¿por qué hacía ver a la parte que no bastaba con una invocación genérica a "la innegable transcendencia para la actividad económica" para poder ostentar esa condición? hubiera bastado con decir -como sostiene la Administración- que ninguna persona distinta de la entidad sometida a vigilancia puede tener la condición de interesado en dicho expediente sin más.

40. Tampoco puede olvidarse que la recurrente en aquel procedimiento era una asociación que apelaba a un interés difuso que ni siquiera le ampararía para ostentar la condición de interesado en un procedimiento ordinario por cuanto, más allá de la concreta defensa de determinados intereses colectivos, la mera defensa de la legalidad, del mercado o de la actividad económica general, no es un per se título legitimador de la participación de ningún tercero en un procedimiento, razón por la cual, asistimos, no sólo a una deformación de los criterios contenidos en la sentencia, sino a una indiscriminada generalización de lo que la misma no dice, cuando el presupuesto de hecho de ese pronunciamiento no tiene nada que ver con el caso que nos ocupa, y en recta interpretación de un fallo judicial, no puede ser desvinculado de la decisión adoptada.

41. Creemos que la interpretación que sostiene la Administración no se sostiene y que la Sala no necesita apartarse radicalmente de su previo pronunciamiento para estimar la pretensión de esta parte. La Sala se pronunció en su momento ante la mera alegación de un interés difuso y quien se presenta ahora en las actuaciones es una entidad que, ha tenido que hacer frente al pago de más de 3,3 millones de euros a consecuencia de una resolución dictada en el procedimiento. Nos parece que las diferencias son notables y entender que el Artículo 71.4 RDC incluye una nota de exclusividad en cuanto al concepto de interesado, que su texto no refleja y que impediría que tanto la propia administración como los tribunales del orden contencioso puedan valorar si en atención a las concretas características del caso concreto, merece atribuirse esa condición a una parte directamente afectada por las decisiones que se toman en el mismo, carece por completo de sentido y, de ser esa la aplicación, sitúa al precepto reglamentario en las tachas de ilegalidad que para el referido precepto reglamentario, se han identificado en nuestro escrito de demanda.

42. Finalmente, y en relación con la infracción manifiesta del Artículo 47 LDC, la demandada hace supuesto de la cuestión. La Resolución recurrida utiliza su posición sobre el fondo de la cuestión controvertida en el recurso, para adoptar una decisión de inadmisión, lo que es en todo punto incorrecto. Esta parte ha interpuesto un recurso en plazo y al amparo de los motivos legalmente establecidos, la administración podrá discrepar y considerar que tales motivos no concurren, si bien ello dará lugar a un pronunciamiento de desestimación, no de inadmisión.

43. Por lo demás, el alegato contrario a la apreciación de indefensión o de perjuicio irreparable, no se sostiene aún más a la vista de los nuevos hechos acaecidos. Si tal indefensión es evidente ante un procedimiento en



el que se reconoce que esta parte ha sufrido un daño patrimonial de más de 29 millones de euros, sin dar a la misma la posibilidad de ostentar la condición de interesada en el mismo, ello cobra más sentido aún si cabe, cuando en ese expediente se nos impone una obligación de abonar más de 3,3 millones de euros, sin ser parte interesada en el mismo y sabido es que para considerar una decisión a efectos materialmente sancionadora de aplicación del instituto de la indefensión, no es siempre exigible que la misma sea consecuencia de un pronunciamiento estrictamente punitivo en el orden administrativo, pudiendo recordar al respecto el criterio jurisprudencial en relación a la derivación de responsabilidad tributaria. Pero, es más, es que el perjuicio irreparable se produce cuando se permite que, desde el año 2015 se esté llevando a cabo la regulación del sector por medio de un expediente en el que sólo Telefónica es parte interesada. "

**Cuarto.**-En primer lugar, vamos a reproducir los artículos 66 y 71 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia:

**"Artículo 66. Solicitud de condición de interesado.**

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 58.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, *las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas* sólo podrán solicitar su condición de interesados una vez iniciada la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones económicas.
2. En la nota sucinta se concederá un plazo de diez días dentro del cual se podrá solicitar la condición de interesado en el procedimiento y, en su caso, presentar alegaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.
3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, valorando el derecho subjetivo o interés legítimo acreditado, decidirá sobre las solicitudes de condición de interesado, aceptándolas o denegándolas de forma motivada, en un plazo de diez días. A tal efecto, no se considerarán interesados a las personas físicas o jurídicas afectadas por el mero hecho de que se les haya remitido la nota sucinta.
4. Las personas físicas o jurídicas que hubieran solicitado la condición de interesados en el plazo señalado en la nota sucinta, una vez aceptada dicha solicitud por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, tendrán intervención plena en los distintos trámites del procedimiento, en los términos establecidos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, y en el presente Reglamento.

5. El ejercicio de los derechos que corresponde a las partes declaradas interesadas en ningún caso podrá alterar el normal desarrollo del procedimiento, ni suponer dilación en los plazos, ni retroacción de los trámites ya vencidos. "

**" Artículo 71. Vigilancia de las obligaciones, resoluciones y acuerdos.**

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la mencionada Ley y en sus normas de desarrollo, así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma en materia de control de concentraciones.
2. En el caso de que las obligaciones impuestas deriven de un acuerdo del Consejo de Ministros, dicho acuerdo especificará el órgano administrativo que, de acuerdo con las atribuciones que le sean propias, deba ser el responsable de la vigilancia.
3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Investigación. En todo caso, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá declarando finalizada la vigilancia.
4. 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 puede apreciarse, el tratamiento de la condición de interesado es diferente en la tramitación previa a la autorización de las concentraciones económicas, en la que se admite a todo aquel que pueda resultar afectado por la Resolución que se dicte, de la condición de interesado una vez que se autoriza la concentración económica en la que se impongan obligaciones y compromisos, restringiéndose la condición de interesado en este segundo caso a aquellos a quienes se ha impuesto el cumplimiento de los correspondientes compromisos.

Este diferente tratamiento de la condición de interesado es claro e indiscutible en el Reglamento de Defensa de la Competencia, y tiene su fundamento en que una vez autorizada la concentración económica sujeta a obligaciones y compromisos que corresponde vigilar a la Dirección de Investigación de la CNMC, de lo que se trata es de controlar si las empresas respecto de las que se autorizó la concentración, cumplen o no las



obligaciones y los compromisos que se les impusieron. Dicho de otra manera, la vigilancia es una facultad propia y exclusiva de la Dirección de Investigación y no de terceras empresas.

Este tratamiento específico de la condición de interesado en los procedimientos administrativos que regula la Ley de Defensa de la Competencia, no resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, porque el artículo 45 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la aplicación preferente en esta materia de la dispuesto en esta Ley, aplicándose sólo supletoriamente la Ley 39/2015.

En segundo lugar, esta misma Sala y Sección ha resuelto un recurso que presenta una gran semejanza tanto en los hechos como en el Derecho aplicable al que ahora enjuiciamos, en la Sentencia de 24 de marzo de 2021 (recurso 10/2018), en cuyos Fundamentos de Derecho se expone lo siguiente:

**"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 mandado 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 Grupo1 en el caso de que Alpiq no ejerciera la opción de compra y que, por el contrario, Alpic 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 desinvirtiera 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 que dice haber resultado confirmados. Añade que la CNMC es conocedora, 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 4<sup>a</sup>), 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 afección 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 interesada en las actuaciones de vigilancia, en aplicación del artículo 4 LPAC (antes artículo 31 de la ley 30792). "

La Sentencia de esta Sala y Sección acabada de transcribir, firme en la actualidad, desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la mercantil Alpiq, S.A. contra las Resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ( CNMC ) que denegaron su personación como parte interesada en un expediente de vigilancia que tenía por objeto el control de los compromisos adquiridos por Gas Natural y Unión Fenosa tras la autorización de la concentración de estas dos empresas por la CNMC.

Los hechos que dieron lugar a la solicitud de personación por parte de Alpiq, S.A. en el expediente de vigilancia anterior, se producen en años posteriores a la Resolución de 11 de febrero de 2009 que autorizó la concentración con compromisos de Gas Natural y Unión Fenosa, y se trata además de hechos que sin duda afectaron a Alpiq, S.A., en la medida en que entre los compromisos derivados de la autorización de concentración, se hallaban determinadas desinversiones que se concretaban en una compra y una opción de compra por Alpiq a Gas Natural-Unión Fenosa, de unas plantas de ciclo combinado.

Pese a lo anterior, la Sentencia transcrita consideró que la legitimación para ser parte interesada en los procedimientos de vigilancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, estaba restringida exclusivamente a las partes respecto de las que la Resolución que autorizó la concentración de empresas, impuso las obligaciones objeto del expediente de vigilancia, excluyendo en consecuencia a Alpic, S.A. de la condición de parte interesada.

Si comparamos la situación de Alpic, S.A. en el expediente de vigilancia en el que solicitó ser parte interesada, con la situación de las mercantiles recurrentes en el presente recurso contencioso-administrativo respecto del expediente de vigilancia derivado de la concentración de TELEFÓNICA/DTS, apreciamos sin margen para la duda que en ambos supuestos la afección de una y otras es similar. Por tanto y al igual que en el caso enjuiciado por nuestra Sentencia de 24 de marzo de 2021, consideramos que no existe indefensión ni infracción del artículo 24 de la Constitución, en la medida en que las Resoluciones de la CNMC que denegaron la personación de las ahora demandantes como interesadas en el expediente de vigilancia, han podido ser impugnadas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Por último, en el expediente de vigilancia que es objeto del presente recurso contencioso-administrativo, la Dirección de Vigilancia puso a disposición de las sociedades ahora demandantes la información no confidencial relativa a la forma en la que Telefónica estaba cumpliendo con los compromisos impuestos en la autorización de la concentración, así como determinados informes parciales de vigilancia, lo que descarta indefensión o perjuicios irreparables a sus derechos e intereses legítimos.

Por todo lo expuesto, desestimamos el recurso contencioso-administrativo.

**Quinto.**-Al haberse desestimado en su integridad el recurso, conforme a lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, se imponen las costas a la parte demandante.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo promovido por las mercantiles Vodafone España, S.A.U. y Vodafone Ono, S.A.U. contra la Resolución de 20 de junio de 2019 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se desestimó el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 19 de febrero de 2019, reseñados en el Fundamento de Derecho Primero, imponiendo las costas a la parte recurrente.

Llévese esta Sentencia al libro de su clase y expídase testimonio de ella que se enviará, junto con el expediente administrativo, al órgano de origen de éste.

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.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.