

## **RESOLUCIÓN DE RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN (Expte. R 001/08, TASA/FENOSA)**

### **Consejo**

Don Luis Berenguer Fuster, Presidente  
Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente  
Don Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero  
Don Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
Doña Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
Don Julio Costas Comesaña, Consejero  
Doña María Jesús González López, Consejera  
Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de abril de 2008.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente R 001/08 por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por Unión FENOSA Distribución, S.A. el 7 de febrero de 2008, contra la Resolución del Director de Investigación de fecha 22 de enero de 2008 en la que se determina la obligación para el notificante de la operación de concentración C/0018/07 de liquidar una tasa complementaria

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 6 de noviembre de 2007 tuvo entrada en la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia la notificación relativa a la adquisición por UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. (UNIÓN FENOSA) de ciertos activos de distribución de energía eléctrica a C. MARCIAL CHACÓN E HIJOS, S.L. (MARCIAL CHACÓN). Dicha notificación fue realizada por UNIÓN FENOSA según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia por superar el umbral establecido en el artículo 8.1.a).
2. Con fecha 5 de noviembre de 2007 UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. (UNIÓN FENOSA) procedió a la autoliquidación de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración (modelo 790, con

número de justificante 7900711283981), ingresando una cuota tributaria de mil quinientos euros (1.500 €) al considerar que la concentración de referencia era una operación susceptible de ser tramitada como procedimiento abreviado.

3. Con fecha 27 de diciembre de 2007 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en aplicación del artículo 57.2.a) de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia resolvió autorizar la citada operación de concentración en primera fase de acuerdo con el informe y la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación.
4. Del informe propuesta de la Dirección de Investigación se desprende que la operación no es susceptible de ser tratada como procedimiento abreviado, por lo que, con fecha 22 de enero de 2008, la Dirección de Investigación, resolvió la obligación por parte de UNIÓN FENOSA de ingresar una cuota tributaria complementaria de cuarenta y seis mil quinientos euros (46.500 €).
5. Con fecha 28 de enero de 2008 la Dirección de Investigación procedió a la rectificación del párrafo tercero de la mencionada resolución, con base en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
6. Con fecha 7 de febrero de 2008, UNIÓN FENOSA interpuso recurso administrativo ante este Consejo contra la resolución de la Dirección de Investigación de 22 de enero de 2008 de conformidad con el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
7. Con fecha 3 de marzo de 2008 el Consejo acordó abrir un plazo de quince días hábiles para formular alegaciones, dicho acuerdo le fue notificado al interesado al día siguiente.
8. Ha transcurrido el plazo de alegaciones sin que el interesado haya hecho alegaciones ni presentado documentación alguna.
9. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 23 de abril de 2008.

10. Es interesada:

- UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A.

### FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

**PRIMERO.-** El artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio establece:

*“1. Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días.*

*2. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo.”*

**SEGUNDO.-** UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A., interpuso con fecha 5 de febrero de 2008 (con registro de entrada en la Comisión Nacional de la Competencia el 7 de febrero de 2008), ante el Ministerio de Economía y Hacienda, Centro Gestor, Dirección General de Defensa de la Competencia, recurso potestativo de reposición, con base en los artículos 107 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, contra la Resolución de 22 de enero de 2008 de la Dirección de Investigación por la que se determina que UNIÓN FENOSA ha de efectuar el pago de una cuota complementaria de cuarenta y seis mil quinientos euros (46.500 €). El recurso fue admitido a trámite al ser interpuesto en plazo y según lo dispuesto en el artículo 110. 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común “El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.”.

**TERCERO.-** El escrito de interposición de recurso contiene dos alegaciones. En la primera alegación de Unión FENOSA se sostiene que la operación notificada el 6 de noviembre de 2007 no es propiamente una operación de concentración, sino más bien un pequeño intercambio de activos, por lo que no debería aplicarse de forma estricta la letra de la norma, sino también su espíritu y por ello incardinar la operación en el apartado 6 del citado artículo 23. En su segunda alegación la recurrente argumenta que, de acuerdo con el

apartado 1 del artículo 23 de la Ley 15/2007, la tasa se rige por lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia y por la normativa general sobre las tasas, por lo que, a juicio de Unión Fenosa, es desproporcionado el importe de la tasa que se gira en relación con el servicio que ha prestado la Comisión Nacional de la Competencia.

**CUARTO.-** La primera de dichas alegaciones considera que “La operación a la que se refiere este expediente no es propiamente una operación de concentración, sino más bien un pequeño intercambio de activos, por lo que no debería aplicarse de forma estricta la letra de la norma, sino también su espíritu y por ello incardinar la operación en el apartado 6 del citado artículo 26, ya que de no aplicarla así, se estaría incumpliendo lo previsto en el artículo 3 del Código Civil”. La hoy recurrente, notificó con fecha 6 de noviembre de 2007, con base en el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la adquisición por UNIÓN FENOSA de ciertos activos de distribución de energía eléctrica a MARCIAL CHACÓN. Esta notificación se efectuó por superar el umbral establecido en el artículo 8.1. a) (cuota de mercado) de la Ley 15/2007, de 3 de julio. UNIÓN FENOSA considera que la mencionada operación no es propiamente una concentración, sino un intercambio de activos.

A este respecto debe recordarse que el artículo 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio determina que *“se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:*

- a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o*
- b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.*
- c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma”.*

Por lo tanto, no resulta posible aceptar la argumentación de la recurrente respecto a la no consideración de la adquisición realizada como operación de concentración económica sino como un pequeño intercambio de activos, ya que en el presente caso, existe

una concentración de las definidas en el artículo 7.1.b) de la Ley 15/2003, de 3 de julio y no una mera distribución de activos como sugiere la recurrente. Además, la operación de concentración es notificable, puesto que supera el umbral de cuota de mercado que se establece en el artículo 8.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio

**QUINTO.-** En cuanto a la posibilidad de aplicar la tasa reducida del artículo 23.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, los términos para la autoliquidación de una tasa reducida están claros en la propia normativa. El mencionado artículo establece que *“Para aquellas concentraciones notificadas a través del formulario abreviado previsto en el artículo 56 de esta Ley, se aplicará una tasa reducida de 1.500 euros. En caso de que la Comisión Nacional de la Competencia, conforme a lo establecido en dicho artículo 56, decida que las partes deben presentar el formulario ordinario, éstas deberán realizar la liquidación complementaria correspondiente.”* Cuando se produjo la notificación no existía un desarrollo reglamentario de los distintos modelos de formularios a los que se hace referencia en el artículo 23.6, por lo que no cabía la posibilidad de que se requiriera al obligado a notificar la presentación de un formulario ordinario de notificación, posibilidad que actualmente sí existe pues el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la Competencia (en adelante el Reglamento) ha incluido dichos formularios en sus anexos. En todo caso son de aplicación al caso los supuestos previstos en el artículo 56 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, para presentar un formulario abreviado de notificación. Por lo tanto y una vez establecido que la presente operación es una operación notificable, se debe analizar si la misma entra o no en los supuestos del artículo 56 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. El mencionado artículo dispone: *“1. Se podrá presentar un formulario abreviado de notificación, que será establecido reglamentariamente, para su uso, entre otros, en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando no exista solapamiento horizontal o vertical entre las partes de la operación porque ninguna de ellas realice actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia o en mercados relacionados de modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización.*

*b) Cuando la participación de las partes en los mercados, por su*

*escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente.*

*c) Cuando una parte adquiriera el control exclusivo de una o varias empresas o partes de empresa sobre la cual tiene ya el control conjunto.*

*d) Cuando, tratándose de una empresa en participación, ésta no ejerza ni haya previsto ejercer actividades dentro del territorio español o cuando dichas actividades sean marginales”.*

En el presente caso, únicamente podrían ser aplicables los apartados a) y b) del artículo 56.1. A la luz del informe propuesta emitido por la Dirección de Investigación existe solapamiento horizontal, puesto que las partes operan en el mercado de distribución de electricidad en el conjunto de los municipios de Puerto Lápice, Herencia, Las Labores, Madrudejos y Camuñas, así como en el mercado de suministro de electricidad a consumidores finales en España, estando UNIÓN FENOSA presente en los distintos mercados relacionados verticalmente, por lo que no es de aplicación lo previsto en el apartado a) del artículo 56.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Respecto al apartado b) del artículo 56 este Consejo coincide con la opinión de la Dirección de Investigación respecto a que una cuota del 87,5% del mercado relevante no puede ser considerada una participación que “por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia”. Esta interpretación ha sido corroborada por el posterior desarrollo reglamentario del artículo 56 de la Ley 15/2007 que menciona cuotas de mercado claramente más bajas para considerar que existe una participación de menor importancia (art. 57.1 b) del Reglamento). En conclusión, la concentración de referencia no entra en los supuestos regulados en el artículo 56 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y, por tanto, no puede ser susceptible de ser tramitada como procedimiento abreviado, ni serle de aplicación el artículo 23.6 de la misma norma, como sugiere la recurrente.

**SEXTO.-** En su segunda alegación UNIÓN FENOSA argumenta lo siguiente: “Tanto la Ley 8/1989 como la Ley 42/2006, establecen que las tasas han de tender a cubrir el coste del servicio o actividad que

constituya el hecho imponible de las mismas (el denominado principio de equivalencia), por lo que es desproporcionado el importe de la tasa aplicada a la presente operación”. En relación con este argumento la Ley 15/2007 también es clara. El artículo 23 de la misma establece que para el cálculo de la tasa se tendrá en cuenta el volumen global de negocios de los partícipes en la operación de concentración, siendo en este caso UNIÓN FENOSA la sociedad adquirente, según se deriva de la definición de partícipes que se incluye en el artículo 3.2 del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, siendo lo adquirido determinados activos de MARCIAL CHACÓN. Por tanto la única manera de calcular la cuantía de la cuota tributaria a ingresar por la recurrente es aplicar el artículo 23 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. La Dirección de Investigación en su informe propuesta determinó que el volumen global de negocios en España del conjunto de los partícipes en la operación de referencia en el ejercicio 2006 fue de quince mil trescientos sesenta y siete millones doscientos treinta y ocho mil euros (15.367.238.000 €), por lo que según el artículo 23 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia la cuota correspondiente a dicho volumen de negocios es de cuarenta y ocho mil euros (48.000 €), existiendo un diferencial respecto de la cantidad efectivamente ingresada de CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS EUROS (46.500 €) puesto que UNIÓN FENOSA ya abonó 1.500 euros. A este respecto en el artículo 60.3 del Reglamento se establece que *“cuando se haya ingresado una cuota tributaria inferior a la que hubiera tenido que ingresarse de acuerdo con el apartado 2 del presente artículo, el notificante está obligado a realizar la correspondiente liquidación complementaria”*. Por todo lo anterior este Consejo no considera que sea desproporcionado el importe de la tasa por análisis y estudio de la operación de concentración de referencia, dado que la Dirección de Investigación se ha limitado a aplicar lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio en su artículo 23.5 d).

En este sentido debe tenerse en cuenta que la Dirección de Investigación y el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia han tenido que delimitar y estudiar el mercado relevante así como valorar los efectos de la operación en él, tal como se demuestra con el Informe y la Resolución elaborados y notificados.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

## RESUELVE

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso presentado por UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. en relación con el pago de una tasa reducida de 1.500 euros.

**SEGUNDO.-** Ordenar a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. el pago de la cantidad de CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS EUROS (46.500€) en concepto de cuota tributaria complementaria a lo ingresado por autoliquidación de la tasa correspondiente a la realización del análisis y estudio de la operación de concentración consistente en la adquisición por UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. de activos de distribución de energía eléctrica a C. MARCIAL CHACÓN E HIJOS, S.L. (CHACÓN).

**TERCERO.-** El pago en periodo voluntario deberá hacerse en los plazos previstos en el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y deberá en cuenta que el 25 de enero de 2008 le fueron entregados los documentos de ingreso (modelo 990) debidamente cumplimentados al interesado, los plazos anteriormente citados se entenderán desde la notificación de la presente Resolución.

**CUARTO.-** El cumplimiento de estas obligaciones deberá justificarse ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia.

**QUINTO.-** Interesar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia en la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones impuestas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.