

**RESOLUCIÓN**  
**(Expte. R/0045/10 GAS NATURAL-UNIÓN FENOSA)**

**CONSEJO**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 21 de julio de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0045/10, Gas Natural-Unión Fenosa, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la representación de Gas Natural SDG., S.A. , de conformidad con el artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de abril de 2010, por el cual se deniega la modificación de determinados extremos del Plan de Actuaciones para la ejecución de los Compromisos aprobados por la Resolución del Consejo de la CNC de 11 de febrero de 2009 en el expediente C-0098/08 GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 11 de febrero de 2009 el Consejo de la CNC resolvió en aplicación del artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007 subordinar la autorización de la operación de concentración consistente en la toma de control de Unión Fenosa, S.A. (UF) por parte de Gas Natural SDG, S.A. (GN) al cumplimiento de los compromisos propuestos por esta empresa en su calidad de notificante (Expte C/0098/08 GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA).

La Sección B-a) de los compromisos aprobados en dicha Resolución recoge la obligación de desinvertir 600.000 puntos de distribución de gas natural, preferentemente en provincias donde se solapan las redes de gas de Gas Natural y redes eléctricas de Unión Fenosa y constituyendo redes de distribución completas.

La Sección B-b) establece la desinversión de la cartera de clientes doméstico-comerciales y PYMES asociada a los puntos de distribución desinvertidos, aproximadamente 600.000.

2. De acuerdo con lo previsto en la Resolución de 11 de febrero de 2009, el 24 de febrero Gas Natural presentó un Plan de Actuaciones para la instrumentación de todos y cada uno de los compromisos a cuyo cumplimiento la autorización de la operación viene sujeta. Con fecha 17 de marzo de 2009, la CNC aprobó el Plan detallado de Actuaciones (PDA) para la instrumentación de los compromisos aprobados en la citada Resolución.

De acuerdo con la condición Primera del PDA, la instrumentación de la obligación de desinvertir 600.000 puntos de distribución de gas natural se llevará a cabo mediante la transmisión de activos de distribución que constituyan redes de distribución completas en las provincias de Madrid y Murcia. Asimismo, la condición Segunda establece que se transmitirá la cartera de contratos de gas de clientes doméstico-comerciales y PYMES que se corresponda con los puntos de distribución a desinvertir en las citadas redes de Madrid y Murcia.

3. Con fecha 24 de julio de 2009 Gas Natural solicitó a la Dirección de Investigación una modificación del PDA consistente en la inclusión de una obligación de desinversión de sus activos de distribución de gas y de su cartera de clientes domésticos y PYMES de gas en Cantabria al objeto de asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos en la Resolución del Consejo de la CNC de 11 de febrero de 2009. Dicha modificación fue denegada por Acuerdo de la Dirección de Investigación de 23 de octubre de 2009 sobre la base de que en ese momento de la vigilancia no se había hecho efectiva la desinversión de la mayor parte de los puntos de distribución, no siendo posible conocer por ello el tamaño de la cartera de clientes asociada ni, por tanto, el grado de cumplimiento de las condiciones.
4. Mediante Resolución de 21 de octubre de 2009 el Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación, aprobó la adquisición por NATURGAS ENERGÍA GRUPO S.A. del control exclusivo sobre ciertos activos de distribución y comercialización de gas natural y de electricidad propiedad de GAS NATURAL SDG S.A. (Expte. C/0176/09) consistentes, entre otros, en sus activos de distribución de gas en Murcia y en Cantabria y la cartera de contratos de suministro de gas a clientes domésticos y PYMES asociada a dichos activos. Dicha venta se ejecutó el 31 de diciembre de 2009 según manifiesta la propia Gas Natural.
5. Con fecha 27 de enero de 2010 se recibió en la Dirección de Investigación escrito de Gas Natural en el que solicitaba la aprobación de MSIP Violin BV (MSI) como comprador de los activos de distribución de gas en Madrid y de GALP Energía SGPS (Galp) como comprador de su cartera de contratos de suministro de gas a clientes domésticos y PYMES asociada a esos activos de distribución. Asimismo, solicitaba nuevamente la modificación de las condiciones del PDA para incluir una obligación de desinversión de sus activos de distribución y de su cartera de clientes domésticos y PYMES de gas en Cantabria.

Las correspondientes operaciones de concentración fueron aprobadas por el Consejo mediante Resoluciones de 24 de marzo de 2010 (Expte C-0211/10 y Expte C-0212/10). Según sostiene Gas Natural en su escrito de recurso, *“dicha venta se ejecutó el pasado 30 de abril de 2010, si bien a día de hoy aún no se conoce el número exacto de puntos de distribución desinvertidos, ni el número de clientes conectados a los mismos que finalmente han sido objeto de desinversión”*.

6. Con fecha 26 de abril la Dirección de Investigación acordó denegar la modificación propuesta el 27 de enero de 2010 por Gas Natural sobre el PDA mediante Acuerdo motivado que es objeto del presente recurso. La Dirección de Investigación basa la denegación en que en el momento procedimental que la solicitud se ha presentado no se dispone de los elementos de juicio necesarios para valorar bajo los principios de suficiencia y proporcionalidad la conveniencia de modificar el PDA para ampliar las obligaciones de

desinversión que en él se incluyen con el fin de alcanzar los 600.000 clientes que impone el Compromiso B-b) recogido en la Resolución.

Sostiene además la Dirección de Investigación que, en contra de lo que pretende Gas Natural, es el compromiso de desinversión de los puntos de suministro el que determina cuantitativamente el resultado del número de clientes desinvertidos y no a la inversa. Además, caso de ser necesario ampliar el número de puntos de suministro para asegurar el cumplimiento de los compromisos no es evidente, en opinión de la Dirección de Investigación, que la red de Cantabria fuera la más adecuada a las condiciones establecidas, puesto que no se encuentra ubicada en zona de solape con redes de electricidad de Unión Fenosa.

7. Con fecha 11 de mayo de 2010 ha tenido entrada en la CNC recurso interpuesto por Gas Natural, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 26 de abril de 2010 por el que se deniega la modificación del PDA propuesta por Gas Natural el 27 de enero de 2010.

El recurso se fundamenta en las tres siguientes alegaciones a las que la recurrente denomina “motivos” de la disconformidad con el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 26 de abril de 2010:

- Aceptación de la desinversión de Cantabria como parte del compromiso Primero y Segundo de la Resolución del Consejo de la CNC de 11 de febrero de 2009: una desinversión del mismo o mayor número de puntos de distribución en otro territorio debería ser aceptable a efectos del cumplimiento de los requisitos de la Resolución. Su falta de consideración haría imposible cumplir con el requisito de desinvertir aproximadamente 600.000 clientes conectados a puntos de suministro desinvertidos.
- La Dirección de Investigación ha denegado de plano la modificación propuesta en un momento en el que, como ella reconoce, todavía no se había efectuado la venta
- 
- de activos de Madrid y siendo aún indeterminado tanto el número de puntos de distribución como el número de clientes efectivamente desinvertidos en Madrid.
- La Dirección de Investigación, al amparo de lo dispuesto en el PDA, está habilitada para aceptar una modificación de la forma en que Gas Natural desea para cumplir el compromiso de enajenación de los puntos de suministro y clientes. Parece razonable que si el notificante tuvo la facultad de proponer la forma en que cumpliría las condiciones la Resolución, también tenga la facultad de proponer modificaciones a dicha forma de cumplimiento y que las mismas deban ser aceptadas si la nueva propuesta (i) no implica modificación de las condiciones de la Resolución y (ii) si precisamente permite asegurar el pleno cumplimiento de las mismas.

En vista de todo ello el recurrente solicita al Consejo de la CNC que proceda a estimar el recurso y resuelva revocar el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 26 de abril de 2010 y apruebe la propuesta de modificación del PDA de 17 de marzo de 2009, presentada por Gas Natural el 27 de enero de 2010. Subsidiariamente solicita que, estimando el recurso, revoque el citado Acuerdo de la Dirección de Investigación y acuerde que ésta se

pronuncie sobre la propuesta de modificación de 227 de enero de 2010 una vez se haya determinado el número total de puntos de distribución y de clientes desinvertidos en virtud del PDA.

8. Con fecha de 14 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación remitió Informe sobre el recurso conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC.
9. El Consejo de la CNC ha deliberado y fallado la presente Resolución en su reunión del día 21 de julio de 2010.
10. Es interesado en este expediente Gas Natural SDG, S.A.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El artículo 47 de la Ley 15/2007 establece que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

El escrito de recurso ha tenido entrada en la CNC el 11 de mayo de 2010, si bien consta sello de entrada en Correos el día 7 del citado mes, de forma que el recurso se ha interpuesto en plazo.

Procede, pues, entrar a examinar si se trata de un acto susceptible de recurso, esto es, si la actuación administrativa recurrida puede causar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

La Resolución 11 de febrero de 2009 por la que autoriza en base al artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007 la toma de control de Unión Fenosa, S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A. hace vinculantes y de obligado cumplimiento para Gas Natural los compromisos presentados por ella como notificante y a los que se subordina la autorización de la operación. En particular GN viene obligado a desinvertir, de acuerdo con las Secciones B-a) y B-b) de dichos Compromisos, 600.000 puntos de distribución de gas natural y la cartera de contratos de gas de clientes doméstico-comerciales y PYMES que se corresponda con dichos puntos de distribución.

El PDA, que Gas Natural elaboró y autorizó la Dirección de Investigación, recoge las redes concretas y cartera de clientes asociada a desinvertir para dar cumplimiento a dichas obligaciones.

Gas Natural pretende que se modifique el PDA para considerar la venta de sus activos de distribución y de su cartera de clientes domésticos y PYMES de gas en Cantabria como parte de los compromisos de desinversión.

La Dirección de Investigación ha rechazado dicha modificación del PDA en ese momento procesal porque, como Gas Natural admite, no es posible calcular adecuadamente el número de clientes efectivamente desinvertidos y, por tanto, no es posible valorar adecuadamente si la inclusión en el PDA de otras redes y cartera de clientes y, en particular, la de Cantabria, para dar cumplimiento a lo requerido por la Resolución de 11 de febrero de 2009 resultaría sería necesaria, proporcionada y adecuada.

El acto que se recurre es el Acuerdo por el que la Dirección de Investigación deniega la modificación del PDA.

Como cuestión previa, debe señalarse que el planteamiento del recurso por Gas Natural, por manifiestamente deficiente, debe llevar a su inadmisión de plano en la medida en que ni alega los motivos del artículo 47 de la LDC ni justifica en que medida la actuación recurrida incurre en alguno de ellos. No se puede impugnar un acto y dejar en manos de la Administración el dilucidar en qué sentido existe una infracción que permita su impugnación.

Dicho lo anterior, encuentra este Consejo que el Acuerdo recurrido es un acto de trámite que no es susceptible de causar a Gas Natural un perjuicio irreparable ni indefensión.

La Vigilancia de la Resolución de 11 de febrero de 2009 (Expte VIG 00309) estaba en curso en el momento de la adopción del Acuerdo impugnado y lo sigue estando. El hecho de que en el momento de adoptar dicho Acuerdo la Dirección de Investigación no haya considerado oportuno revisar el PDA en la manera propuesta por Gas Natural no es susceptible de generar indefensión.

Como reconoce reiterada Jurisprudencia, la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española solo es posible en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador.

La Dirección de Investigación no ha iniciado un procedimiento sancionador contra Gas Natural por incumplimiento de los Compromisos de las Secciones B-a) y B-b) recogidas en la Resolución de 11 de febrero de 2009. El Acuerdo recurrido no causa ni puede causar por tanto indefensión ninguna a Gas Natural, menos aún en ese momento del procedimiento de vigilancia, en el que ni siquiera se ha cuestionado el incumplimiento de los Compromisos de las Secciones B-a) y B-b) de la Resolución.

El recurrente no argumenta que el Acuerdo recurrido le cause perjuicio irreparable ni este Consejo aprecia que pueda hacerlo. Por un lado, la denegación no tiene por qué ser definitiva, lo que excluye irreparabilidad. Por otro lado, haciendo ejercicio de su libre iniciativa empresarial, Gas Natural ha decidido vender una serie de activos de distribución y la cartera asociada en clientes en Cantabria y la venta, de hecho, se ha perfeccionado, sin que el Acuerdo de la Dirección de Investigación haya constituido un obstáculo para ello.

En conclusión, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, el Consejo de la CNC entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **ELCONSEJO**

## **RESUELVE**

**ÚNICO.-** Inadmitir el recurso interpuesto por la representación de Gas Natural SDG S.A. contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 26 de abril de 2010 por el cual se deniega la modificación de determinados extremos del Plan de Actuaciones para la ejecución de los Compromisos aprobados por la Resolución del Consejo de la CNC de 11 de febrero de 2009 en el expediente C-0098/08 GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa.

