

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 14/09/2010
Fecha Sentencia: 20/09/2010
Núm. de Recurso: 0000175/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 02305/2009
Materia Recurso: ACCION ADMINISTRATIVA
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Demandante: ENI S.P.A.
Procurador: SR. VENTURINI MEDINA
Ltrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: IBERDROLA S.A.,HIDROELECTRICA DEL
CANTABRICO, REPSOL YPF S.A. Y GAS NATURAL
S.D.G. S.A.

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:
ACCION ADMINISTRATIVA.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000175/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02305/2009
Demandante: ENI S.P.A.
Procurador: SR. VENTURINI MEDINA

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: IBERDROLA S.A., HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO, REPSOL YPF S.A. Y GAS NATURAL S.D.G. S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo 175/2009 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales Sr. Venturini Medina en nombre y representación de **ENI S.P.A.** frente a la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 11 de

Febrero de 2009, y resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 17 de Febrero de 2009 siendo la cuantía del recurso indeterminada y siendo codemandados: **IBERDROLA S.A.** representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillén; **HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO** representada por el Procurador Sr. Mairata Laviña; **REPSOL YPF S.A.** representada por el Procurador Sr. Banjul de Antonio y **GAS NATURAL S.D.G. S.A.** representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado. Ha sido Ponente la Magistrado **D^a Mercedes Pedraz Calvo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO- En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 20 de julio de 2010 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso, y **a)** declare la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida; **b)** subsidiariamente anule la resolución recurrida.

Por medio de Otrosí solicita el planteamiento de cuestión prejudicial comunitaria con base en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea sobre los siguientes extremos:

“1. ¿Constituye el cambio cualitativo de control en una joint venture 50/50, producido a resultas de la adquisición de control exclusivo sobre uno de sus dos accionistas por otra empresa, una concentración en el sentido del artículo 3.1.b del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas?

2. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, ¿tiene dicha concentración dimensión comunitaria, de conformidad con el artículo 1.2 de Reglamento (CE) nº 139/2004 de Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, teniendo en cuenta que los dos socios de la joint venture 50/50 realizan conjuntamente un volumen de negocios total a escala mundial muy por encima de 5.000 millones de euros, realizan individualmente un volumen de negocios total a escala comunitaria muy por encima de 250 millones de euros, y no realizan más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en uno y el mismo Estado miembro?

3. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, ¿puede una autoridad nacional de competencia examinar y autorizar dicha concentración sobre la base de que ésta deriva de otra concentración -la adquisición de control exclusivo sobre uno de los accionistas de la joint venture- cuya dimensión no es comunitaria sino nacional, sin infringir los artículos 4.1 y 21.3 del Reglamento (CE) no 139/2004

del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas?”

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

Igualmente argumentó sobre la improcedencia de plantear la cuestión prejudicial propuesta por la actora.

La representación procesal de la codemandada IBERDROLA S.A presento el día 10 de noviembre de 2009 escrito de contestación a la demanda, en el cual tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de rigor solicitó en el suplico literalmente *“tenga por formalizada contestación a la demanda y por efectuadas las alegaciones en el contenidas”*.

La representación procesal de la codemandada REPSOL YPF S.A. presentó igualmente el día 10 de noviembre de 2009 escrito de contestación a la demanda y con fundamento en los hechos y fundamentos de derecho que expone en el mismo solicita *“dicte sentencia por la que desestime en su totalidad las pretensiones de contrario sobre la nulidad de la resolución de 11 de febrero de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia por la que se autoriza con condiciones la operación de concentración C-0098/08 Gas Natural/Fenosa”*.

La representación procesal de la codemandada GAS NATURAL SDG SA mediante escrito de fecha 5 de enero de 2010 igualmente contestó a la demanda para solicitar su desestimación, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho que consideró de aplicación.

CUARTO- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose las siguientes pruebas: prueba documental a instancias de la actora y prueba documental a instancias de Gas Natural SDG S.A. con el resultado obrante en autos.

QUINTO- Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

SEXTO- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 14 de septiembre de 2010 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Son objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo:

- La resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 17 de febrero de 2009 resolviendo *“NO ELEVAR la decisión sobre la concentración al Consejo de Ministros”*.

- El acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 11 de febrero de 2009 por el que se acuerda:

“13. PROPUESTA

En atención a todo lo anterior y en virtud del artículo 58.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se propone subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos presentado por GAS NATURAL SDG, S.A. ante la Comisión Nacional de la Competencia con fecha 10 de febrero de 2009, en aplicación del artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.”

SEGUNDO.- Son antecedentes de hecho de la resolución impugnada los siguientes:

El día 3 de septiembre de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia una notificación relativa a la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de GAS NATURAL SDG, S.A. (“GAS NATURAL”) del control exclusivo sobre UNIÓN FENOSA, S.A (“UNIÓN FENOSA”).

La Dirección de Investigación formó expediente y elaboró el correspondiente informe de la operación junto con una propuesta de resolución.

El Consejo de la CNC dictó el día 7 de noviembre de 2008 resolución en primera fase, acordando iniciar la segunda fase del procedimiento conforme al artículo 57.2.c) de la Ley 15/2007, por considerar que la citada operación de concentración podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todos o alguno de los mercados considerados.

En la nota sucinta elaborada por la Dirección de Investigación de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la Ley 15/2007, se describe la operación en los siguientes términos:

“La operación de concentración notificada consiste en la adquisición por GAS NATURAL del control exclusivo sobre UNIÓN FENOSA, vía la adquisición en dos fases del 45,3% de su capital social y la consiguiente formulación de una oferta pública de adquisición (OPA) de acciones por el 100% del capital social, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Tras la adquisición del 45,3% del capital de UNIÓN FENOSA, GAS NATURAL detendrá control exclusivo sobre UNIÓN FENOSA.”

Respecto de los participantes de la operación, son descritos como sigue:

“GAS NATURAL, que cotiza en bolsa, está controlada conjuntamente por Repsol YPF,S.A. (REPSOL) y Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (LA CAIXA).

GAS NATURAL, que cotiza en Bolsa, es la cabecera de un grupo energético verticalmente integrado, activo principalmente en el aprovisionamiento, transporte, distribución y comercialización de gas y en la generación y comercialización de electricidad. Su principal actividad se desarrolla en los mercados gasistas en España, donde es el principal agente, aunque también es un importante operador de gas en Latinoamérica, con presencia en Argentina, Brasil, Colombia, Puerto Rico y México.....

Su facturación en 2007 fue superior a 2.500 millones de euros.

UNIÓN FENOSA, que cotiza en Bolsa, es un grupo energético integrado que opera principalmente en el sector eléctrico (generación, distribución y comercialización), si bien en los últimos años también se ha introducido en los mercados de gas (básicamente aprovisionamiento y comercialización minorista).

UNIÓN FENOSA proporciona también servicios de ingeniería y telecomunicaciones, a través de varias filiales.

UNIÓN FENOSA dispone de una empresa en participación al 50% con ENI (Unión Fenosa Gas), que gestiona su negocio de aprovisionamiento y suministro de gas.

También dispone de una empresa en participación al 50% con ENEL (Enel Unión Fenosa Renovables -EUFER-), que gestiona el negocio de energías renovables de UNIÓN FENOSA en España.

.....
Su facturación en 2007 fue superior a 2.500 millones de euros.”

Por último, describe como sigue los efectos potenciales de la operación:

“El ámbito principal en que se enmarca la presente operación es el sector energético en España, en concreto, las actividades relacionadas con el gas natural y la electricidad.

En particular, GAS NATURAL y UNIÓN FENOSA coinciden en las actividades de aprovisionamiento, distribución y comercialización de gas natural, y generación, distribución y comercialización de electricidad.

La Dirección de Investigación ha considerado a efectos del análisis en primera fase que los mercados relevantes son:

- Exploración y producción de gas, a nivel mundial y en España.*
- Mercado mayorista primario de gas (largo plazo), en el EEE+Rusia+Argelia y en España.*
- Mercado mayorista secundario de gas (corto plazo), en España.*
- Infraestructuras de importación y transporte de gas en España.*
- Redes de distribución de gas, en España y a nivel provincial (concretamente en Madrid, La Coruña, Ciudad Real, Sevilla, Toledo y Guadalajara).*
- Suministro minorista de gas a centrales de ciclo combinado, en España.*
- Suministro minorista de gas a grandes clientes (alta presión), en España.*

- *Suministro minorista de gas a clientes domésticos y PYMES (baja presión), en España.*
- *Mercado mayorista de producción de energía eléctrica en la España peninsular.*
- *Mercado de resolución de restricciones técnicas en la zona Sur.*
- *Redes de distribución de electricidad, en España y a nivel provincial (concretamente en Córdoba, las cinco provincias de Castilla-La Mancha, León Segovia, Soria, Zamora, Badajoz, las cuatro provincias de Galicia y Madrid).*
- *Suministro minorista de electricidad a grandes clientes (alta tensión), en España.*
- *Suministro minorista de electricidad a clientes residenciales y PYMES (baja tensión), en España.”*

TERCERO- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

1º Manifiesta incompetencia de la CNC para adoptar la resolución de autorización recurrida.

2º Manifiesta insuficiencia de la Administración en la valoración económica a realizar en el control de concentraciones.

Por medio de Otrosí solicita para el supuesto de que la Sala albergue dudas sobre la aplicación de la normativa comunitaria en materia de control de concentraciones formule con base en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea cuestión prejudicial comunitaria, en los términos que literalmente constan en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.

CUARTO- Entrando a examinar el primer motivo de impugnación, la actora tras exponer los hechos que considera relevantes a tales efectos, y reproducir la normativa nacional y comunitaria, analiza la a su juicio inequívoca dimensión comunitaria de la concentración enjuiciada. Con tal fundamento concluye que la resolución administrativa de autorización es nula de pleno derecho al adoptarse por órgano manifiestamente incompetente, según lo dispuesto en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/92.

El motivo que sustenta la tesis actora sobre incompetencia manifiesta de la CNC para adoptar la resolución de autorización recurrida es la dimensión comunitaria de la operación de concentración.

Y la primera razón por la que la actora sostiene que la operación de concentración tiene dimensión comunitaria es que, al adquirir Unión FENOSA, Gas Natural ha adquirido también de forma indirecta una participación de control conjunto en la joint venture Unión Fenosa Gas, participada en un 50% por Unión Fenosa y en el otro 50% por ENI líder gasista europeo.

La segunda razón la fundamenta su valoración de que esta adquisición indirecta puede encajarse en el art. 3.1.b del Reglamento de Concentraciones según el cual:

“Definición de concentración

1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

b) *la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.*”

Con este fundamento considera que constituye igualmente una concentración la toma de participación que tiene lugar como consecuencia de la concentración Unión Fenosa-Gas Natural en una de las empresas del grupo. Apoya su alegación en el párrafo 87 de la Comunicación jurisdiccional de la Comisión (Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas).

Considera así que ha habido dos concentraciones: la primera, entre Gas Natural-Fenosa y además entre las matrices de la primera, La Caixa y Repsol; y la segunda entre *“las empresas afectadas a Unión Fenosa Gas empresa en participación y a ENI accionista anterior de la empresa en participación”* (pag. 45 del escrito de demanda).

Una vez situada la cuestión en los términos expuestos la actora añade el argumento de que los umbrales económicos a tener en cuenta son los aplicables en virtud de lo dispuesto en el Reglamento CE 139/2004: si el volumen de negocios de Gas Natural más el de sus matrices Repsol y La Caixa a nivel mundial fue de 77.678 millones de euros y superior a 2.500 millones de euros a nivel comunitario; y el volumen de negocios de Unión Fenosa en el mismo año 2007 fue a nivel mundial de 6.010 millones de euros, y superior a 2.500 millones de euros a nivel comunitario; y si el volumen de negocios de ENI en el mismo año 2007 fue a nivel mundial de 87.200 millones de euros, y superior a 250 millones de euros a nivel comunitario, de este conjunto de cifras resulta, siempre según la actora, que esta segunda concentración rebasa los umbrales del art. 1.2 del Reglamento de concentraciones.

Por otra parte argumenta que no resulta aplicable la llamada excepción de los 2/3 del artículo 1.2 citado y ello porque si se considera que solo hay una concentración, entre Gas Natural y Unión Fenosa la excepción no se produce porque ENI es una empresa afectada a los efectos de computar los volúmenes de negocio implicados y este operador no realiza más de 2/3 en España. Y si se considera que estamos ante dos concentraciones, la dimensión nacional que la primera pudiera recobrar con la excepción de los 2/3 no permitiría nacionalizar la dimensión de la segunda. El razonamiento continúa señalando que esto es así porque las dos concentraciones no son separables y deben enjuiciarse por una única autoridad, la comunitaria.

En conclusión: la resolución de autorización es nula de pleno derecho por aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/92.

El examen de esta pretensión exige recordar que según el art. 1 del Reglamento CE 139/2004 el mismo se aplicará a todas las concentraciones de dimensión comunitaria, y que una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:

“a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5000 millones de euros, y

b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2500 millones de euros;

b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;

c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y

d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

.....”

El núcleo de la tesis actora sobre la que descansan las restantes consideraciones es, como se ha expuesto más arriba, la existencia no de una sino de dos concentraciones, la de Gas Natural y Unión Fenosa y otra que es consecuencia de esta, por la toma de participación en una de las empresas del grupo.

A juicio de la recurrente, la lectura de la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (*Diario Oficial n° C 095 de 16/04/2008*) confirma que la operación examinada es de dimensión comunitaria.

La actora cita y reproduce los siguientes párrafos:

“(130) Una vez identificadas las empresas afectadas en una operación concreta, ha de calcularse su volumen de negocios para determinar la jurisdicción competente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de concentraciones. El artículo 5, apartado 4, establece criterios detallados para identificar a las empresas cuyo volumen de negocios pueda atribuirse a la empresa afectada por existir determinados vínculos directos o indirectos con ella. La intención del legislador fue establecer unas normas concretas que, consideradas en conjunto, pudieran utilizarse para determinar el concepto de "grupo" a efectos de los umbrales del volumen de negocios del Reglamento de concentraciones. El término "grupo" se utilizará en las siguientes secciones exclusivamente para referirse a la reunión de empresas cuyas relaciones con la empresa afectada responden a los términos de

uno o varios de los párrafos del artículo 5, apartado 4, del Reglamento de concentraciones.

.....
(143) *En el caso en el que uno o varios accionistas adquieran el control, bien por la incorporación o la sustitución de uno o varios accionistas, en una situación de control conjunto tanto antes como después de la operación, las empresas afectadas serán los accionistas (tanto antiguos como nuevos) que ejercen el control conjunto y la propia empresa en participación [108]. Por una parte, al igual que en la adquisición del control conjunto de una empresa existente, la propia empresa en participación puede considerarse una empresa afectada puesto que es una empresa que ya existía. Por otra, como se ha explicado, la incorporación de nuevos accionistas no sólo es de por sí una nueva adquisición de control, sino que además provoca un cambio en la naturaleza del control para el resto de los accionistas ya que la naturaleza del control de la empresa en participación viene determinada por la identidad y la composición de los accionistas que ejercen el control y, por tanto, también por la relación existente entre ellos. Además, el Reglamento de concentraciones considera una empresa en participación como una combinación de los recursos económicos de las empresas matrices con los de la empresa en participación si ésta genera ya un volumen de negocios en el mercado. Por estas razones, los accionistas con control que se acaban de incorporar son empresas afectadas junto con los restantes accionistas que ejercen el control. Debido al cambio de la naturaleza del control, se considera que todos ellos efectúan la adquisición del control.*

.....
(182) *Asimismo, cuando la empresa afectada esté bajo el control conjunto de dos o más sociedades, esto es, cuando la gestión de su actividad requiera el acuerdo de todas y cada una de las empresas, se incluirá el volumen de negocios de todas ellas. En el ejemplo anterior, se tendrán en cuenta las dos sociedades matrices (c) de la empresa afectada (a), así como sus propias sociedades matrices (c1 en el ejemplo). Esta interpretación resulta de la remisión del artículo 5, apartado 4, letra c), que aborda este caso, al artículo 5, apartado 4, letra b), que se aplica a las empresas controladas conjuntamente, como se expone en el apartado anterior.”*

De tales párrafos de la Comunicación obtiene la conclusión de que hay una segunda adquisición secuencial a la primera que integra “*en rigor una segunda concentración por cambio de control susceptible de encajarse en el artículo 3.1.b del Reglamento de concentraciones*”.

Este precepto establece:

“1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

a) *la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o*

b) *la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.”*

A juicio de esta Sala la utilización de la disyuntiva “o” por el precepto pone de manifiesto que se están contemplando distintos supuestos, o formas de adquisición del control y en este caso ha tenido lugar la primera, aunque dada la importancia económica de las empresas que se fusionan, y como consecuencia de la fusión, tengan lugar cambios en la participación en el capital de otras empresas.

En este caso, siempre según la tesis de la actora, Gas Natural al adquirir Unión Fenosa ha adquirido el control indirecto de Unión Fenosa Gas, con cita del apartado 87 de la Comunicación de la Comisión:

"(87) La incorporación de un nuevo accionista a una empresa controlada conjuntamente —bien sea uniéndose a los accionistas que ya ejercían el control o en sustitución de alguno de ellos— constituye también una concentración que debe notificarse, aunque la empresa estuviera controlada conjuntamente antes y después de la operación [79]. En primer lugar, también en este supuesto hay un accionista que acaba de adquirir el control de la empresa en participación. En segundo lugar, la naturaleza del control de la empresa en participación viene determinada por la identidad de todos los accionistas que ejercen el control. Es inherente al control conjunto que, dado que cada accionista por separado tiene un derecho de bloqueo sobre las decisiones estratégicas, los accionistas que ejercen el control conjunto tienen que tener en cuenta mutuamente sus intereses y están obligados a cooperar en la determinación del comportamiento estratégico de la empresa en participación [80]. La naturaleza del control conjunto, por tanto, no acaba en una mera suma matemática de los derechos de bloqueo ejercidos por varios accionistas sino que se determina por la composición de los accionistas que ejercen el control conjunto. Uno de los supuestos más evidentes que dan lugar a un cambio decisivo en la naturaleza de la estructura de control de una empresa controlada conjuntamente es el de una empresa en participación, controlada conjuntamente por un competidor de la empresa en participación y un inversor financiero, en la que el inversor financiero es sustituido por otro competidor. En esas circunstancias, la estructura de control y los incentivos de la empresa en participación pueden cambiar por completo, no sólo por la incorporación de los nuevos accionistas con poder de control sino también por el cambio en el comportamiento del otro accionista. La sustitución de un accionista que ejerce el control o la incorporación de un nuevo accionista en una empresa controlada conjuntamente constituye, por tanto, un cambio en la naturaleza del control [81]."

La Sala no comparte la tesis de la actora: el cambio que ha tenido lugar, y la propia actora reconoce este extremo, no es el accionariado de Unión Fenosa Gas sino el accionariado de la titular del 50% del capital, y ese cambio en el accionariado del 50% es la única concentración, la que se ha notificado.

Y es respecto a esa concentración que este Tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa, revisando el acto administrativo impugnado, tiene que valorar si reúne los requisitos que el Reglamento de Concentraciones, interpretado por la Comunicación jurisdiccional de la Comisión, establece para que la concentración tenga dimensión comunitaria.

La Sala considera que no hay dos concentraciones sino una, y que a ello no es obstáculo, vista la normativa nacional y comunitaria de aplicación, el que la

concentración Gas Natural-Unión Fenosa tenga consecuencias en sus filiales. El hecho de que tenga consecuencias en el valor de sus participaciones y en la cualidad de estas tampoco supone que se concentren las titulares de participaciones relevantes en el capital de Gas Natural como son La Caixa y Repsol.

La operación de concentración consiste, a juicio de esta Sala, en que Gas Natural adquiere control exclusivo sobre Unión Fenosa y solo como consecuencia indirecta de esto Gas Natural puede pasar a controlar la posición que Unión Fenosa tenía en otras sociedades, como es el caso de Unión Fenosa Gas, compañía en la que no ha habido cambio de accionista.

Como indica el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, junto al apartado 87 de la Comunicación de la Comisión hay que tener en cuenta la nota a pie de página de dicho párrafo 87, la nota 81:

“[81] En general, cabe señalar que la Comisión no evaluará como una concentración independiente la sustitución indirecta de un accionista que ejerce el control en un supuesto de control conjunto provocado por la adquisición de control de una de sus sociedades matrices. La Comisión evaluará cualquier cambio que se produzca en la situación competitiva de la empresa en participación en el marco de la adquisición global de control de su empresa matriz. En esas circunstancias, los otros accionistas que ejercen el control en la empresa en participación no serán, por tanto, empresas afectadas por la concentración que se refiere a su empresa matriz.”

En el supuesto de autos GAS NATURAL sustituye de forma indirecta a UNION FENOSA como acciones de control conjunto con ENI en UNION FENOSA GAS y por lo tanto no se trata de una concentración independiente, ni UNION FENOSA GAS es empresa afectada por la concentración de su matriz.

La recurrente alega que el concepto de “empresas afectadas” comprende a las empresas vinculadas a las que se concentran, según el art. 5 pfo. 4 del referido Reglamento; a juicio de este Tribunal lo que este precepto regula es el “volumen de negocios” y en el párrafo citado por la actora se establece que para calcular el volumen de negocios deben incluirse también las cifras de las empresas que resulten afectadas por la concentración:

“.....

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, para el cálculo del volumen de negocios total de una empresa afectada en el sentido del presente Reglamento, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas siguientes:

- a) la empresa afectada;*
- b) las empresas en las que la empresa afectada disponga, directa o indirectamente:*
 - i) de más de la mitad del capital o del capital circulante, o*
 - ii) del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, o*
 - iii) del poder de designar a más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o*
 - iv) del derecho a dirigir las actividades de la empresa;*

c) las empresas que dispongan, en la empresa afectada, de los derechos o facultades enumerados en la letra b);

d) las empresas en las que una empresa de las contempladas en la letra c) disponga de los derechos o facultades enumerados en la letra b);”

e) las empresas en las que dos o más empresas de las contempladas en las letras a) a d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en la letra b).”

Y como recuerda la representación de la codemandada Gas Natural al contestar a la demanda, del análisis del concepto comunitario de “*empresa afectada*” resulta que lo son la empresa adquirente y la empresa objetivo:

“adquisición del control exclusivo

(134) La adquisición del control exclusivo de toda una empresa es el supuesto más simple de adquisición de control. Las empresas afectadas serán la empresa adquirente y la empresa objetivo.”

Lo mismo decía la Comisión en la Comunicación anterior (Comunicación C 66/14):

“La Adquisición del control exclusivo de toda una empresa es el supuesto más simple de adquisición de control. En este caso las empresas afectadas son la empresa adquirente y la empresa adquirida u objetivo”.

Por otra parte, la propia Comunicación recuerda que su objetivo es “*servir de orientación*” en las cuestiones jurisdiccionales que puede plantear el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo; igualmente señala que el Reglamento de concentraciones sólo es de aplicación a las operaciones que cumplen dos condiciones: **1ª** debe tratarse de una concentración de dos o más empresas con arreglo al artículo 3 del Reglamento de concentraciones; **2ª** el volumen de negocios de las empresas afectadas, calculado con arreglo al artículo 5, debe alcanzar los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento.

El pfo. 130 que la actora cita y reproduce en apoyo de su tesis va precedido del pfo. 129 según el cual “*Desde el punto de vista de la determinación de la jurisdicción, las empresas afectadas son las empresas participantes en una concentración, es decir, en una fusión o en una adquisición de control contempladas en el artículo 3, apartado 1. El volumen de negocios individual y total de dichas empresas será decisivo para determinar si se alcanzan los umbrales.*”. Y como se señaló más arriba en este caso las empresas participantes en la concentración son Gas Natural y Unión FENOSA, no Gas Natural y ENI.

Alega la codemandada GAS NATURAL igualmente, que remitió un memorando al efecto a la Comisión Europea, señalando su consideración de que la operación no tenía dimensión comunitaria y que la Comisión no se opuso: señala a tales efectos un anexo A.1 al escrito de contestación a la demanda que no consta unido, en la página 27 de la contestación a la demanda. El anexo no fue aportado con la demanda.

Resulta en consecuencia que no concurre el fundamento de toda la argumentación actora: aunque al adquirir Unión Fenosa Gas Natural haya adquirido también de forma indirecta una participación del 50% en Unión Fenosa Gas, igualmente participada en el otro 50% por ENI líder gasista europeo, la única concentración a valorar es la de Gas Natural y FENOSA, y como ha establecido la Comisión Nacional de la Competencia y la actora no ha debatido, esta concentración no tiene dimensión comunitaria.

Como consecuencia no cabe examinar ni cual es el volumen de negocios de Unión FENOSA Gas, ni el de ENI, ni el de las matrices de Gas Natural, ni valorar por tanto si concurren en la operación de sustitución de uno de los accionistas de control de Unión FENOSA Gas los umbrales para que la concentración deba considerarse de dimensión comunitaria.

Por las mismas razones, y establecido que la concentración Gas Natural Unión FENOSA no tiene dimensión comunitaria, carece de sentido en el marco de este litigio, valorar si la decisión sobre la concentración por la Comisión Nacional de la Competencia y el Ministro de Economía, reúne o no las condiciones que la Ley y la jurisprudencia exigen para considerar que hay una incompetencia manifiesta en las resoluciones impugnadas que justificara jurídicamente la pretendida declaración de la nulidad de pleno derecho de ambos actos administrativos.

Debe en consecuencia desestimarse el primer motivo de recurso.

QUINTO- El segundo motivo de impugnación, la manifiesta insuficiencia de las medidas propuestas por la resolución impugnada para salvaguardar la libre competencia, se fundamenta en el control de la discrecionalidad administrativa, señalando que la Sala ha de examinar la competencia del órgano, el procedimiento de adopción de la decisión y la motivación de la misma.

Antes de entrar a examinar este motivo de recurso es preciso recordar que IBERDROLA pese a que en este litigio ostenta la condición de codemandada solicita la nulidad de los actos administrativos impugnados. En el escrito de contestación a la demanda, en el suplico únicamente indica que *“tenga por formalizado escrito de CONTESTACION A LA DEMANDA y por efectuadas las alegaciones en el contenidas”*, pero entre estas alegaciones hay una parte sustancial de las mismas, titulada *“La insuficiencia de los compromisos aceptados por la CNC”* y *“Los remedios o compromisos aceptados por la CNC son insuficientes para resolver todos los problemas de competencia que la operación plantea”* (apartados 25 a 56 de su escrito de contestación a la demanda). El codemandado no puede solicitar la revocación del acto administrativo impugnado, puesto que la posición procesal en la que participa en el litigio no es la de actor, e IBERDROLA no es recurrente en este recurso. Por lo tanto la Sala no entrará a valorar sus alegaciones sobre esta cuestión.

En relación con los hechos determinantes de la decisión adoptada, la actora considera que existe una falta de correspondencia entre el sustrato fáctico y/o valorativo que obra en el expediente y lo finalmente decidido. Y ello porque la valoración de los hechos debe realizarse, a su juicio, teniendo en cuenta los

principios de interdicción de la arbitrariedad, de igualdad y de proporcionalidad, examinando la suficiencia de la decisión a los efectos del fin pretendido por la misma.

Del propio escrito de demanda y del escrito de conclusiones pueden extraerse las condiciones impuestas por la Administración que según la actora son insuficientes para garantizar la libre competencia:

“Eliminar la cláusula de no competencia de ENI con Unión Fenosa Gas en España”.

“Mantener la separación funcional entre GAS NATURAL y Unión Fenosa Gas Comercializadora S.A. no obstaculizando su desarrollo competitivo en las ventas de gas a terceros, ni teniendo acceso a su información confidencial sensible en un plazo de dos años.

Esta segunda medida la actora (página 26 del escrito de demanda) la considera “cosmética” por ser una medida de comportamiento, cuyo diseño y supervisión serán “complejos y poco efectivos”.

Las medidas adoptadas son a juicio de la recurrente insuficientes tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo: denuncia que no se ha eliminado el problema de los vínculos estructurales y contractuales entre ENI y Gas Natural, acudiendo a la comparación con precedentes como las operaciones de concentración Gas Natural-Endesa y Unión Fenosa-Hidrocantábrico solicitando se acuerde la adopción de la medida de obligar a la desinversión de su participación en el capital social de Unión FENOSA Gas, al igual que la salida del Consejo de Administración. En resumen: el único remedio válido a juicio de la actora es obligar a la desinversión del 50% de Gas Natural en Unión FENOSA.

En cuanto a la medida de obligar a la desinversión de la participación de Gas Natural en UFG hay que recordar que los estatutos de UFG otorgan un derecho de adquisición preferente a ambos accionistas (titulares cada uno del 50% del capital social) en caso de que el otro venda sus participaciones, situación que al igual que las restantes circunstancias de la operación debe ser tenida en cuenta para valorar las alegaciones de la parte actora.

Como recuerda el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, ya el Tribunal Supremo en su jurisprudencia en la materia ha establecido qué deben hacer las autoridades de Defensa de la Competencia a la hora de valorar una operación de concentración económica y las exigencias de motivación de la resolución que adopte.

En primer lugar, hay en la decisión un elemento de discrecionalidad, que si bien puede ser controlado por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa tal control debe ejercerse en los términos establecidos por el art. 71.2 de la ley de la jurisdicción.

En segundo lugar, es la motivación del acto la que permite comprobar cuales han sido los criterios que justifican la decisión adoptada, y el control por la jurisdicción contencioso-administrativa comprobará si la decisión es fundada y no arbitraria.

Respecto del primer elemento, como ha recordado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración, en cuanto aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones sólo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción iuris tantum, que debe ser desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error. La prueba de que concurre alguno de estos supuestos corresponde a quién impugna la decisión administrativa, y en este caso ha sido alegada la arbitrariedad junto a la vulneración de los principios de igualdad y de proporcionalidad.

La arbitrariedad se alega en relación con los precedentes citados porque según la actora se aplican diferentes soluciones para situaciones semejantes.

El estudio de los precedentes en la materia pone de manifiesto que ordenar a una empresa que se fusiona la venta de una o varias participaciones industriales o empresariales es una condición impuesta en ocasiones por las autoridades de Defensa de la Competencia para reforzar la libre competencia en la situación que se plantea para el mercado como consecuencia de la concentración. Pero es igualmente cierto que no es la única medida posible, ni por lo tanto exigible en cualquier caso, pudiendo adoptarse otras que igualmente contengan soluciones idóneas para la resolución de los problemas planteados a la libre competencia. Y es igualmente cierto que la Ley de Defensa de la Competencia otorga a la CNC un amplio margen de discrecionalidad al respecto en lo que al diseño de los remedios más adecuados se refiere. El Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de noviembre de 20005 señaló que *“Conseguido el efecto pretendido a través de las condiciones, no parece necesaria la adopción de la medida de carácter estructural consistente en la desinversión del capital de Telefónica en Sogecable, pues es más limitativa de la libertad de empresa.”*

Esta Sala considera que, con independencia de las valoraciones de la Dirección de Investigación, y de las consideraciones tenidas en cuenta en otras operaciones examinadas por la autoridad española de defensa de la competencia, la no adopción de la medida interesada y defendida por la actora no es arbitraria. La Comisión Nacional de la Competencia no sobrepasó los límites impuestos por el ordenamiento jurídico en la adopción de una decisión como la enjuiciada al no condicionar la autorización de la operación a la enajenación de su la participación de Gas Natural en UFG.

La medida no era necesaria: el problema de UFG no era, en contra de lo que parece la conclusión de la actora, el único para la competencia en el sector del gas como consecuencia de la fusión. Existían otros, y las medidas se adoptan para resolver el conjunto de los problemas planteados y detectados en relación con la operación, y es en este marco conjunto que deben valorarse las medidas, no teniendo en cuenta únicamente los intereses de una empresa o de una de las actividades afectadas. Precisamente las exigencias del principio de proporcionalidad conllevan el que la autoridad adopte las medidas que siendo más eficaces para lograr el objetivo pretendido resulten menos gravosas para las empresas que se fusionan.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de noviembre de 2005 razonó en los siguientes términos:

“La interpretación conjunta de estos preceptos permite afirmar que una operación de concentración que produzca esos efectos beneficiosos puede ser autorizada, aunque restrinja la competencia, si tales efectos tienen importancia hasta el punto que la hacen conveniente a pesar de los efectos restrictivos. El establecimiento de condiciones iría dirigido, de un lado, a paliar los efectos restrictivos de la competencia en los mercados afectados por la operación, y, de otro, a facilitar que los efectos beneficiosos se hagan realidad. En definitiva, en el desideratum beneficio/perjuicio, se opta por el primero, aún a conciencia de que el segundo se produce, si bien se repara con la adopción de determinadas condiciones, que "compensen los efectos restrictivos" y a la vez garantizan que la operación aporte algo al progreso económico y social, a modo de equilibrio entre dichos factores. “

Continuando con el examen de las alegaciones de la actora, la motivación del acto administrativo ofrece igualmente justificación sobre cuales han sido los criterios que sirven de fundamento a la decisión adoptada. En la sentencia del Alto Tribunal citada, se indica que la Administración *“a través de la motivación del acto, bien directamente, bien mediante la remisión a los informes emitidos por los órganos competentes, expresará cuales han sido los criterios que ha seguido para tomar su decisión, y si de ellos se deduce que ésta no ha sido arbitraria, irracional o fundada en error manifiesto, no puede esta Sala declarar su invalidez. Es esta también la postura que en relación con los acuerdos sobre concentraciones adoptados por la Comisión Europea ha mantenido el Tribunal de Primera Instancia en sus sentencias de 6 de junio de 2002 (apartados 26 y 32) y 30 de septiembre de 2003 (apartado 119). El primordial examen es, en consecuencia, determinar si las medidas son, desde un punto de vista racional y no arbitrario, adecuadas para restablecer la competencia, o al menos suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración produce en ella, y, si la operación puede redundar en beneficio de los consumidores. Si este objetivo se logra a través de las condiciones, hay que declarar la validez del acuerdo. “*

En este supuesto la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia va acompañada del Informe elaborado por la Dirección de Investigación con su propuesta de resolución.

En el informe se analizan todas y cada una de las cuestiones que según el artículo 10 LDC deben considerarse:

- "a. la estructura de todos los mercados relevantes,*
- b. la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,*
- c. la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,*
- d. las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,*
- e. la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,*

- f. *la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,*
- g. *el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,*
- h. *las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios."*

Baste examinar los apartados 6.1 (letras b, c, d, f y g) 7 (letra a) 8.2 (las letras b, c, d, f y g) 8.3 (letra e) y apartado 9 (letra h).

El conjunto e interacción de todos estos elementos descritos por la ley se analiza en el apartado 10 del informe y propuesta.

A continuación el informe pasa a valorar los compromisos ofrecidos por las empresas y su adecuación para resolver los problemas que la concentración plantea, y esta valoración se efectúa en el ámbito de los principios que la Ley 157/2007 establece para valorar tales propuestas: *"conjugar la salvaguardia de las condiciones de competencia en el mercado con el máximo respeto a los principios de proporcionalidad y mínima intervención por parte de la autoridad a la hora de condicionar las operaciones de concentración"* y *"no sustraerse a la consideración de las circunstancias y características de los mercados en que se produce la operación correspondiente"*.

Como pone de manifiesto el Abogado del Estado, el informe y propuesta señala que los compromisos forman *"un conjunto que debe ser evaluado unitariamente, teniendo en cuenta para cada compromiso individual los efectos simultáneos que puede tener en los mercados analizados para mitigar uno o más de los potenciales riesgos para la competencia efectiva detectados"*, y explica los requisitos que deben cumplir los compromisos para resolver los problemas de competencia identificados: *"dado que como consecuencia de la operación desaparece UNIÓN FENOSA como competidor verticalmente integrado, los remedios deben ir encaminados a favorecer la creación o consolidación de otros operadores con capacidad de introducir gas de manera independiente de GAS NATURAL en el sistema español y de comercializarlo en los distintos mercados minoristas en competencia con la entidad resultante y el resto de operadores. Se trata por tanto de identificar desinversiones que favorezcan la entrada de operadores capaces de competir con los operadores existentes o el reforzamiento de los ya presentes, de manera que se contrarreste la desaparición de un competidor efectivo como era UNIÓN FENOSA y se contribuya a que el adquirente soslaye las barreras de entrada al mercado que, en ausencia de desinversiones, dificultarían su entrada"*.

El informe continua analizando las escasas dificultades de encontrar fuentes de aprovisionamiento y la importancia de contar con una *"escala"* en términos de clientes para ser un competidor creíble en los mercados del gas para concluir que en tal situación y de acuerdo con los precedentes comunitarios los compromisos deben basarse, principalmente en la cesión de activos y clientes que permitan a los

compradores hacerse con una escala suficiente. Los compromisos se analizan individual y conjuntamente para terminar concluyendo qué consecuencias tendrán en la situación en que previsiblemente se encontrará el mercado como consecuencia de la fusión.

No se aprecia por tanto la anulabilidad por falta de motivación denunciada, y debe desestimarse por las razones expuestas este motivo de impugnación y con él el recurso contencioso-administrativo.

SEXTO- La actora solicita el planteamiento de cuestión prejudicial sobre los siguientes extremos:

“1. ¿Constituye el cambio cualitativo de control en una joint venture 50/50, producido a resultas de la adquisición de control exclusivo sobre uno de sus dos accionistas por otra empresa, una concentración en el sentido del artículo 3.1.b del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas?”

2. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, ¿tiene dicha concentración dimensión comunitaria, de conformidad con el artículo 1.2 de Reglamento (CE) n° 139/2004 de Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, teniendo en cuenta que los dos socios de la joint venture 50/50 realizan conjuntamente un volumen de negocios total a escala mundial muy por encima de 5.000 millones de euros, realizan individualmente un volumen de negocios total a escala comunitaria muy por encima de 250 millones de euros, y no realizan más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en uno y el mismo Estado miembro?”

3. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, ¿puede una autoridad nacional de competencia examinar y autorizar dicha concentración sobre la base de que ésta deriva de otra concentración -la adquisición de control exclusivo sobre uno de los accionistas de la joint venture- cuya dimensión no es comunitaria sino nacional, sin infringir los artículos 4.1 y 21.3 del Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas?”

En la nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2009/C 297/01) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se dice:

“Función del Tribunal de Justicia dentro del procedimiento prejudicial

7. En el marco del procedimiento prejudicial, la función del Tribunal de Justicia consiste en interpretar el Derecho de la Unión o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal, labor de la que es responsable el órgano jurisdiccional nacional. Al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni tampoco resolver las diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas del Derecho nacional.

8. El objetivo del Tribunal de Justicia cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio, pero es el órgano jurisdiccional nacional quien tendrá que deducir

las consecuencias que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional.

La decisión de plantear una cuestión al Tribunal de Justicia .

Quién puede plantear una cuestión prejudicial

.....
Cuestiones de interpretación 11. Cualquier órgano jurisdiccional está facultado para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, si lo considera necesario para resolver un litigio del que esté conociendo. 12. No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están obligados, en principio, a someter al Tribunal de Justicia tales cuestiones, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar la jurisprudencia existente) o cuando la manera correcta de interpretar la norma jurídica de que se trate sea de todo punto evidente. 13. Así, un órgano jurisdiccional cuyas decisiones puedan ser objeto de recurso puede decidir por sí mismo cuál es la interpretación correcta del Derecho de la Unión y su aplicación a los hechos que considere probados, en especial cuando estime que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia proporciona indicaciones suficientes. Ahora bien, una remisión prejudicial puede resultar especialmente útil, en la fase adecuada del procedimiento, cuando se suscite una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros, o cuando la jurisprudencia existente no parezca aplicable a una situación inédita.”

Ante las cuestiones suscitadas por la parte actora, esta Sala considera que no procede el planteamiento de la cuestión prejudicial que se pretende: en primer lugar porque la Sala no alberga dudas sobre la existencia de una única operación de concentración, como se analizó en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia y este es nuevamente el eje de la cuestión que se pretende se plantee, cuestión que desgajada del elemento fundamental (que el cambio cualitativo de control en el 50% del capital de una empresa es la consecuencia de que la titular del mismo se fusiona con otra empresa), no es relevante para la resolución de este litigio.

Esta Sala considera que la interpretación del Reglamento de concentraciones, a la que coadyuvan extraordinariamente la Comunicación jurisdiccional de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria y del Tribunal Supremo en materia de concentraciones económicas, puede ser llevada a cabo por este Tribunal sin necesidad de acudir a la cuestión prejudicial, estando clara la manera correcta de interpretar la norma jurídica de aplicación a los hechos objeto de análisis en el litigio.

No procede en consecuencia el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia como solicita la parte actora.

SEPTIMO- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de de **ENI S.P.A.** contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 11 de Febrero de 2009, y resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 17 de Febrero de 2009 descritas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, las cuales confirmamos por ser conformes a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Itma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA