

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera)

de 14 de julio de 2006 *

En el asunto T-417/05,

Endesa, S.A., con domicilio social en Madrid, representada por los Sres. J. Flynn, QC, y S. Baxter, Solicitor, y el Sr. M. Odriozola Alén, la Sra. M. Muñoz de Juan y los Sres. M. Merola, J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez y J. Varcárcel Martínez, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. F. Castillo de la Torre, E. Gippini Fournier, A. Whelan y M. Schneider, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por

Reino de España, representado por la Sra. N. Díaz Abad, Abogado del Estado,

* Lengua de procedimiento: español.

y por

Gas Natural SDG, S.A., con domicilio social en Barcelona, representada por los Sres. F. González Díaz, J. Jiménez de la Iglesia y A. Leis García, abogados,

partes coadyuvantes,

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión de 15 de noviembre de 2005 por la que se declara que una concentración no tiene dimensión comunitaria (Asunto COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Tercera),

integrado por el Sr. M. Jaeger, Presidente, y la Sra. V. Tiili y el Sr. O. Czúcz, Jueces;
Secretario: Sr. J. Palacio González, administrador principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de marzo de 2006;

dicta la siguiente

Sentencia

Marco jurídico

Reglamentos sobre el control de las concentraciones

- ¹ El artículo 1 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento»), dispone lo siguiente:

«1. El presente Reglamento se aplicará a todas las concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en los apartados 2 y 3 del presente artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 4 y en el artículo 22.

2. 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 5.000 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.

[...]»

- 2 El artículo 5 del Reglamento, titulado «Cálculo del volumen de negocios», establece lo siguiente:

«1. El volumen de negocios total en el sentido del presente Reglamento incluirá los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las empresas afectadas durante el último ejercicio correspondientes a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios. El volumen de negocios total de una empresa afectada no tendrá en cuenta las transacciones que hayan tenido lugar entre las empresas contempladas en el apartado 4 del presente artículo.

El volumen de negocios realizado en la Comunidad o en un Estado miembro incluirá los productos vendidos y los servicios prestados a empresas o consumidores, bien en la Comunidad, bien en dicho Estado miembro.

[...]»

3 Conforme al artículo 19 del Reglamento:

«1. En el plazo de 3 días laborables, la Comisión remitirá a las autoridades competentes de los Estados miembros copia de las notificaciones, así como, a la mayor brevedad, de los documentos más importantes que le hayan sido enviados o que haya emitido en aplicación del presente Reglamento. [...]

2. La Comisión tramitará los procedimientos previstos en el presente Reglamento en estrecha y constante colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que estarán facultadas para formular cualquier observación respecto de dichos procedimientos. [...]

4 A tenor del artículo 21 del Reglamento:

«2. La Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sujeta al control del Tribunal de Justicia.

3. Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.»

5 El artículo 22 del Reglamento dispone lo siguiente:

«1. Uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración que se ajuste a la definición del artículo 3 y que no tenga dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, pero que afecte al comercio

entre Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud.

Esta solicitud deberá presentarse en un plazo máximo de 15 días laborables a partir de la fecha de notificación de la concentración o, si no se exige notificación, a partir de la fecha de su comunicación al Estado miembro en cuestión.

2. La Comisión informará sin demora a las autoridades competentes de los Estados miembros y a las empresas afectadas de cualquier solicitud recibida con arreglo al apartado 1.

Cualquier otro Estado miembro tendrá derecho a sumarse a la solicitud inicial en el plazo de 15 días laborables a partir de la fecha en que haya recibido de la Comisión la información sobre la solicitud inicial.

El cómputo de todos los plazos nacionales relativos a la concentración quedará suspendido hasta que, de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se haya decidido la jurisdicción que estudiará la concentración. En cuanto un Estado miembro haya informado a la Comisión y a las empresas de que se trate de que no desea sumarse a la solicitud, terminará la suspensión de sus plazos nacionales.

3. La Comisión podrá, en un plazo máximo de 10 días laborables desde la expiración del plazo establecido en el apartado 2, adoptar la decisión de examinar la concentración cuando considere que afecta al comercio entre Estados miembros y amenaza con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que hayan presentado la solicitud. Si la Comisión no adopta una decisión en el plazo citado, se considerará que ha decidido examinar la concentración de conformidad con la solicitud.

La Comisión informará a todos los Estados miembros y a las empresas afectadas de la decisión que haya adoptado. Podrá exigir la presentación de una notificación con arreglo al artículo 4.

El Estado o Estados miembros que hayan presentado la solicitud dejarán de aplicar a la concentración su normativa nacional en materia de competencia.

[...]»

- 6 A tenor del artículo 17, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (DO L 133, p. 1):

«El derecho de acceso al expediente no abarcará la información confidencial, ni los documentos internos de la Comisión o de las autoridades competentes de los Estados miembros. El derecho de acceso al expediente tampoco abarcará la correspondencia entre la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros o entre estas últimas.»

- 7 El artículo 1 del Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad (DO L 243, p. 1), establece lo siguiente:

«El presente Reglamento tiene como objetivo la adopción y aplicación en la Comunidad de normas internacionales de contabilidad con el fin de armonizar la información financiera facilitada por las sociedades a que se refiere el artículo 4 para garantizar un alto grado de transparencia y comparabilidad de los estados

financieros y, por ende, un funcionamiento eficiente del mercado de capitales de la Comunidad y del mercado interior.»

Normativa sobre la contabilidad de las sociedades

- 8 El artículo 4 del Reglamento n° 1606/2002 (titulado «Cuentas consolidadas de las sociedades con cotización oficial») dispone lo siguiente:

«Para los ejercicios financieros que comiencen a partir del 1 de enero de 2005 inclusive, las sociedades que se rigen por la ley de un Estado miembro elaborarán sus cuentas consolidadas de conformidad con las normas internacionales de contabilidad adoptadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 6 si, en la fecha de cierre de su balance, sus valores han sido admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro, en el sentido del [número] 13 del artículo 1 de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables.»

- 9 El Reglamento (CE) n° 1725/2003 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 (DO L 261, p. 1), prevé lo siguiente:

«Artículo 1

Quedan adoptadas las Normas Internacionales de Contabilidad que figuran en el anexo.

[...]»

- 10 La Norma Internacional de Contabilidad n° 18 (NIC 18), titulada «Ingresos Ordinarios», que va adjunta como anexo al Reglamento n° 1725/2003, establece lo siguiente:

«Definiciones

7. Los siguientes términos se emplean, en la presente Norma, con el significado que a continuación se especifica:

Ingreso ordinario es la entrada bruta de beneficios económicos, durante el ejercicio, surgidos en el curso de las actividades ordinarias de una empresa, siempre que tal entrada dé lugar a un aumento en el patrimonio neto que no esté relacionado con las aportaciones de los propietarios de ese patrimonio.

Valor razonable es el importe por el cual puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre un comprador y un vendedor interesados y debidamente informados, en una transacción libre.

8. Los ingresos ordinarios comprenden solamente las entradas brutas de beneficios económicos recibidos y por recibir, por parte de la empresa, por cuenta propia. Las cantidades recibidas por cuenta de terceros, tales como impuestos sobre las ventas, sobre productos o servicios o sobre el valor añadido, no constituyen entradas de beneficios económicos para la empresa y no producen aumentos en su patrimonio neto. Por tanto, estas entradas se excluirán de los ingresos ordinarios. De la misma forma, en una relación de comisión, entre un principal y un comisionista, las entradas brutas de beneficios económicos del comisionista incluyen importes recibidos por cuenta del principal, que no suponen aumentos en el patrimonio neto de la empresa. Los importes recibidos por cuenta del principal no constituirán ingresos ordinarios, aunque sí lo será el importe de las comisiones.»

- 11 El Reglamento (CE) n° 707/2004 de la Comisión, de 6 de abril de 2004, por el que se modifica el Reglamento n° 1725/2003 (DO L 111, p. 3), dispone lo siguiente:

«Artículo 1

En el anexo del Reglamento [...] n° 1725/2003, “SIC 8: Aplicación, por primera vez, de las NIC como base de contabilización” se sustituirá por el texto recogido en el anexo del presente Reglamento.

Artículo 2

El presente Reglamento entrará en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

[...]»

- 12 El anexo del Reglamento n° 707/2004, titulado «NIIF 1 — Adopción por primera vez de las normas internacionales de información financiera», puntualiza lo siguiente:

«36. Para cumplir con la NIC 1 Presentación de Estados Financieros, los primeros estados financieros con arreglo a las NIIF de la entidad incluirán, al menos, un año de información comparativa de acuerdo con las NIIF.

[...]

47. La entidad aplicará esta NIIF si sus primeros estados financieros con arreglo a las NIIF corresponden a un ejercicio que comience a partir del 1 de enero de 2004. Se aconseja su aplicación anticipada. [...]»

Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios

- 13 Según el punto 26 de la Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO 1998, C 66, p. 25) (en lo sucesivo, «Comunicación»):

«La Comisión se propone basar su trabajo en los datos más exactos y fiables de cuantos estén disponibles. Como norma general, por tanto, la Comisión se remitirá a cuentas auditadas u otras cuentas definitivas, si bien, cuando existan diferencias importantes entre las normas contables comunitarias y las de terceros países, la Comisión puede considerar necesario que se reelaboren dichas cuentas de conformidad con las disposiciones comunitarias al respecto. En cualquier caso, la Comisión es reacia a utilizar cuentas de gestión, salvo en circunstancias excepcionales (véase el siguiente punto). Cuando la operación de concentración tenga lugar durante los primeros meses del año y no se disponga de cuentas auditadas del ejercicio más reciente, se tendrán en cuenta los datos correspondientes al ejercicio anterior. En el caso de que existan diferencias importantes entre las dos series de cuentas y, sobre todo, cuando esté disponible el último borrador de las cuentas de los ejercicios más recientes, la Comisión puede optar por utilizarlo.»

- 14 A tenor del punto 27 de la Comunicación:

«Sin perjuicio de lo expuesto en el punto 26, cualquier adquisición o cesión posterior a la fecha de cierre de las cuentas auditadas ha de quedar reflejada en ellas

mediante los oportunos ajustes, con objeto de delimitar los recursos que realmente están en juego en la operación de concentración. Así, si una empresa se desprende de una parte de su negocio en cualquier momento anterior a la firma del acuerdo definitivo, al anuncio de oferta pública de adquisición, o a la adquisición de participaciones de control que den lugar a la concentración, o si la operación está condicionada a tal cesión o cierre, la parte del volumen de negocios que se atribuirá a dicha filial o fábrica habrá de deducirse del que figure en las cuentas auditadas de la parte notificante. Por el contrario, a efectos de la notificación, la empresa deberá añadir a su volumen de negocios el que se atribuirá por los activos sobre los que haya adquirido control con posterioridad a la elaboración de las cuentas auditadas más recientes.»

Hechos que originaron el litigio

- 15 La demandante, Endesa, S.A., es una sociedad mercantil que cotiza en la Bolsa de Madrid, entre otras. Es la sociedad cabecera del grupo Endesa, el mayor grupo eléctrico de España, que también tiene presencia en Italia, Francia, Portugal, Polonia y Latinoamérica.

- 16 Gas Natural SDG, S.A. (en lo sucesivo, «Gas Natural»), es una sociedad mercantil que cotiza en la Bolsa de Madrid. Es la sociedad cabecera del grupo Gas Natural, un grupo empresarial que presta servicios en el sector energético y se dedica fundamentalmente al aprovisionamiento, la distribución y la comercialización de gas natural en España, Italia y Latinoamérica. Opera asimismo en el ámbito del negocio eléctrico, principalmente en la producción y comercialización de energía eléctrica, actividad que ha iniciado recientemente.

- 17 El 5 de septiembre de 2005, Gas Natural anunció su intención de lanzar una oferta pública de adquisición (en lo sucesivo, «OPA») sobre la totalidad del capital social de Endesa, que daba lugar a una operación de concentración con arreglo al artículo 3 del Reglamento. La OPA fue declarada hostil por los órganos de administración de Endesa.

- 18 El 12 de septiembre de 2005, Gas Natural notificó la operación de concentración a las autoridades españolas de defensa de la competencia.
- 19 Poco después del anuncio de la OPA de Gas Natural, Endesa se dirigió a la Comisión para exponerle que, a su juicio, la operación de concentración tenía dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1 del Reglamento. Según Endesa, de ello resultaba, por una parte, que la operación de concentración debía notificarse a la Comisión en virtud del artículo 4 del Reglamento y, por otra, que las autoridades españolas de defensa de la competencia no eran competentes para pronunciarse sobre esta operación.
- 20 El 19 de septiembre de 2005, Endesa pidió a la Comisión que se pronunciase sobre su competencia para analizar la operación de concentración debido a su dimensión comunitaria.
- 21 En estos escritos, Endesa señalaba en particular i) que los datos que debían tenerse en cuenta para determinar el volumen de negocios de 2004 eran los calculados sobre la base de las nuevas Normas Internacionales de Información Financiera («NIIF») y no los resultantes de la auditoría de cuentas y ii) que era necesario practicar varios ajustes sobre estos datos para respetar las disposiciones de la Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios. Sobre la base de los datos obtenidos así, Endesa estima que en 2004 no realizó más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en España.
- 22 El 20 de septiembre de 2005, las autoridades portuguesas de defensa de la competencia solicitaron a la Comisión que aceptase la remisión de la operación de concentración sobre la base del artículo 22 del Reglamento. El 22 de septiembre de 2005, la Comisión informó de esta solicitud de remisión a los demás Estados miembros y les dio ocasión de unirse a ella. El 28 de septiembre de 2005, las autoridades españolas de defensa de la competencia comunicaron a la Comisión que

no deseaban sumarse a la solicitud portuguesa. El 7 de octubre de 2005, las autoridades italianas informaron a la Comisión de que deseaban adherirse a la solicitud presentada por las autoridades portuguesas. La Comisión desestimó estas solicitudes el 27 de octubre de 2005, por considerar que las autoridades nacionales no demostraban en qué medida la operación de concentración afectaba al comercio intracomunitario y al libre juego de la competencia, y concluyó que no era la autoridad mejor situada para conocer del asunto.

- 23 El 26 de septiembre de 2005, la Comisión escribió a Gas Natural pidiéndole que especificase con qué base había notificado la operación de concentración a las autoridades españolas de defensa de la competencia y que le remitiese sus observaciones en relación con los argumentos de Endesa. Gas Natural respondió a este escrito el 3 de octubre de 2005. En su respuesta, indicaba que para identificar la autoridad competente había utilizado los datos publicados en las cuentas auditadas de Endesa correspondientes a 2004. A juicio de Gas Natural, dichas cuentas muestran que en 2004 Endesa, al igual que Gas Natural, realizó más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en España.
- 24 También el 26 de septiembre de 2005, la Comisión escribió a Endesa para pedirle aclaraciones respecto a sus escritos. Además, el 4 de octubre de 2005, transmitió a Endesa copia de las observaciones de Gas Natural sobre sus primeros escritos y le pidió que las comentase. Endesa respondió a estas peticiones el 5 y el 7 de octubre de 2005 respectivamente.
- 25 El 6 de octubre de 2005, las autoridades españolas de defensa de la competencia comunicaron a la Comisión su desacuerdo con los argumentos presentados por Endesa e indicaron que se consideraban competentes para apreciar la operación de que se trata.
- 26 El 25 de octubre de 2005, la Comisión remitió a Gas Natural copia de los escritos de Endesa de 5 y 7 de octubre de 2005, dándole ocasión de responder a ellos. El 26 de octubre de 2005, la Comisión invitó a Gas Natural, a Endesa y a las autoridades españolas de defensa de la competencia a comunicarle su opinión acerca de la

interpretación del artículo 5 del Reglamento sobre concentraciones a la luz del punto 40 de la Comunicación de la Comisión antes mencionada. Al mismo tiempo, transmitió a las autoridades españolas de defensa de la competencia copia de los escritos de Endesa de 5 y 7 de octubre de 2005, ofreciéndoles la posibilidad de pronunciarse sobre todas las cuestiones controvertidas.

27 El 27 de octubre de 2005, las autoridades españolas de defensa de la competencia informaron a la Comisión de que no deseaban formular ninguna observación adicional en relación con los ajustes y le comunicaron su opinión acerca de la interpretación del artículo 5 del Reglamento sobre concentraciones a la luz del punto 40 de la Comunicación de la Comisión citada. El 2 de noviembre de 2005, Gas Natural y Endesa dieron a conocer su punto de vista al respecto. Además, Gas Natural presentó nuevos comentarios en relación con los ajustes propuestos por Endesa, sobre la base de los escritos de Endesa de 5 y 7 de octubre de 2005. En sus comentarios, Gas Natural proponía nuevos ajustes que, a su juicio, habían sido olvidados por Endesa. El 4 de noviembre de 2005, se remitió copia de estas propuestas de ajuste a Endesa, que comunicó sus observaciones al respecto el 9 de noviembre de 2005.

28 El 15 de noviembre de 2005, la Comisión adoptó la Decisión por la que se declara que una concentración no tiene dimensión comunitaria (Asunto COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa) que es objeto del presente recurso (en lo sucesivo, «Decisión»).

29 Por lo que respecta al procedimiento nacional de control de las concentraciones, el Ministro de Economía español decidió el 7 de noviembre de 2005 abrir la «segunda fase» de dicho procedimiento y remitir el expediente del Servicio de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, «SDC») al Tribunal de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, «TDC»).

- 30 El 20 de diciembre de 2005, la Comisión Nacional de la Energía (en lo sucesivo, «CNE») emitió su dictamen sobre la operación de concentración, en el cual recomendaba que se autorizase la operación con determinadas condiciones.
- 31 El 5 de enero de 2006, el TDC emitió su dictamen, en el cual recomendaba que se prohibiese la operación de concentración.
- 32 El 3 de febrero de 2006, el Consejo de Ministros español autorizó la operación de concentración con determinadas condiciones.
- 33 El 21 de marzo de 2006, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid suspendió la operación de concentración.

Procedimiento

- 34 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 29 de noviembre de 2005, Endesa interpuso el presente recurso. Mediante escrito separado presentado en la misma fecha, la demandante solicitó que su recurso se sustanciase mediante procedimiento acelerado, de conformidad con el artículo 76 *bis* del Reglamento de Procedimiento de este Tribunal.
- 35 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal el 29 de noviembre de 2005, la demandante formuló una demanda con objeto de que, por una parte, se suspendiese la ejecución de la Decisión impugnada y, por otra, se ordenase a la Comisión requerir a las autoridades españolas de defensa de la competencia que suspendieran todos los procedimientos nacionales.

- 36 Mediante sendos escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia respectivamente los días 2 y 9 de diciembre de 2005, Gas Natural y el Reino de España solicitaron intervenir en el litigio en apoyo de las pretensiones de la parte demandada, en virtud del artículo 115, apartados 1 y 2, del Reglamento de Procedimiento.
- 37 Ambas demandas de intervención se notificaron a las partes, conforme al artículo 116, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento.
- 38 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 15 de diciembre de 2005, la demandante pidió que determinados elementos de los documentos obrantes en autos no fueran comunicados a las partes coadyuvantes, en su caso, con arreglo al artículo 116, apartado 2, segunda frase, del Reglamento de Procedimiento.
- 39 El 15 de diciembre de 2005, la Sala Tercera del Tribunal de Primera Instancia, a la cual se había atribuido el asunto, decidió sustanciar el presente asunto mediante procedimiento acelerado.
- 40 Mediante sendos autos de 16 de diciembre de 2005, el Presidente de la Sala Tercera de este Tribunal admitió la intervención de Gas Natural y del Reino de España y reservó la decisión sobre la procedencia de la solicitud de tratamiento confidencial.
- 41 Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia, respectivamente, los días 3 y 4 de enero de 2006, Gas Natural y el Reino de España emitieron objeciones respecto al tratamiento confidencial de determinados elementos de los documentos obrantes en autos que les habían sido comunicados.

- 42 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 11 de enero de 2006, la demandante retiró la solicitud de tratamiento confidencial en relación con Gas Natural por lo que se refiere al informe de Deloitte, S.L., adjunto como anexo a la demanda.
- 43 Los días 12 y 13 de enero de 2006, respectivamente, Gas Natural y el Reino de España presentaron el escrito de formalización de su intervención.
- 44 El 19 de enero de 2006, la Comisión presentó su escrito de contestación.
- 45 Mediante auto de 24 de enero de 2006, el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal de Primera Instancia estimó en parte la solicitud de tratamiento confidencial de la demandante, decidió que se notificase a las partes coadyuvantes una versión no confidencial de todos los escritos procesales y las invitó a exponer en la vista observaciones adicionales en relación con los documentos que se les notificasen. Además, reservó la decisión sobre las costas.
- 46 Mediante auto de 1 de febrero de 2006, Endesa/Comisión (T-417/05 R, no publicado en la Recopilación), el Presidente del Tribunal de Primera Instancia desestimó la demanda de medidas provisionales, considerando que la demandante no había demostrado que pudiera sufrir un perjuicio grave e irreparable si no se adoptaban éstas, y reservó la decisión sobre las costas.
- 47 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) decidió abrir la fase oral del procedimiento y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, instó a las partes a responder a una serie de preguntas escritas. Las partes dieron cumplimiento a lo solicitado dentro de los plazos señalados.

48 En la vista de 9 de marzo de 2006 se oyeron los informes orales de las partes, así como sus respuestas a las preguntas orales.

Pretensiones de las partes

49 Endesa solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Declare la admisibilidad de su recurso.

- Anule la Decisión.

- Condene en costas a la Comisión.

50 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso.

- Condene en costas a la demandante, incluyendo las costas relativas al procedimiento sobre medidas provisionales.

51 El Reino de España solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso.

- Condene en costas a la demandante.

52 Gas Natural solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso.

- Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

53 En apoyo de su recurso, la demandante formula cinco motivos, basados, en primer lugar, en la existencia de vicios de procedimiento, en segundo lugar, en la inversión de la carga de la prueba y en el defecto de motivación, en tercer lugar, en el hecho de que no se utilizasen las cuentas elaboradas con arreglo a las normas contables NIC/NIIF, en cuarto lugar, en el rechazo de los ajustes propuestos y, en quinto lugar, en la violación de los criterios establecidos en la Comunicación, en la falta de análisis y de motivación y en la desviación de poder.

Sobre el primer motivo, basado en la existencia de vicios de procedimiento

Sobre la primera parte del motivo, basada en la adopción de las decisiones sobre las solicitudes de remisión con anterioridad a la Decisión

— Alegaciones de las partes

- 54 Endesa sostiene que del Reglamento resulta claramente que cualquier decisión basada en el artículo 22 de éste ha de referirse a una operación de concentración que cumpla los umbrales de una o más normativas nacionales y que no tenga dimensión comunitaria. Así, el mecanismo del artículo 22 permite a la Comisión adquirir competencia sobre operaciones excluidas *a priori* de su ámbito de competencia.
- 55 Endesa afirma que ello implica que la falta de dimensión comunitaria constituye un presupuesto esencial para que se adopte una decisión de remisión al amparo del artículo 22. Por tanto, a su juicio, desde el momento en que había pedido formalmente a la Comisión que se pronunciara sobre la dimensión comunitaria de la concentración, ésta podía optar entre desestimar la petición sin abrir un procedimiento por considerarla manifiestamente infundada e iniciar un procedimiento y pronunciarse formalmente sobre la cuestión de la autoridad competente antes de resolver sobre las solicitudes de remisión. Añade que el hecho de que el plazo para pronunciarse sobre las solicitudes de remisión esté previsto en el Reglamento (diez días hábiles desde el vencimiento del plazo del que disponen las autoridades nacionales para sumarse a una o varias solicitudes) no sirve para justificar una inversión del orden lógico al que está sometido el examen de la Comisión. Endesa considera que, puesto que el Reglamento no menciona los incidentes procedimentales de determinación de la autoridad, pero sí los relativos a la competencia material (a través de las reglas sobre remisión del artículo 22), el plazo previsto para éstos debe aplicarse por analogía a aquéllos. Si la Comisión no disponía de todos los elementos necesarios para tomar una decisión y se vio obligada

a solicitar información adicional, su petición de información debería haber suspendido automáticamente el plazo del que disponía para pronunciarse, así como, necesariamente, los plazos relativos a la adopción de todos los actos que trajeran causa de éste, entre ellos la decisión basada en el artículo 22.

- 56 Endesa alega que, en el presente asunto, transcurrieron treinta y ocho días desde la primera solicitud de remisión hasta la decisión de la Comisión de desestimar las solicitudes de la República Italiana y de la República Portuguesa. A su juicio, al adoptar las decisiones sobre la remisión antes de determinar si la operación tenía dimensión nacional o comunitaria, la Comisión prejuzgó el resultado de la Decisión pese a haber hecho una salvedad puramente formal al respecto. Esto se desprende claramente de la motivación de la decisión sobre las solicitudes de remisión, que indica, entre otras cosas, que la Comisión no era la autoridad mejor situada para pronunciarse sobre la operación de que se trata. Con independencia del fundamento de dicha afirmación, queda claro que prejuzga por lo menos una de las apreciaciones que debe efectuar la Comisión en el marco del examen de una operación de dimensión comunitaria, a saber, la de las eventuales solicitudes de remisión sobre la base del artículo 9 del Reglamento.
- 57 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, sostiene que el motivo es simplemente inoperante, que no existe analogía entre la situación de un Estado miembro que presenta una solicitud en virtud del artículo 22 y una situación en la que una empresa pide a la Comisión que se pronuncie sobre su propia competencia y que las decisiones que se adoptaron respecto a las solicitudes presentadas sobre la base del artículo 22 no prejuzgaron las cuestiones relativas a la competencia comunitaria, ya que la Comisión se pronunció expresamente sobre dichas solicitudes sin prejuzgar tal cuestión.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 58 Endesa sostiene que la Decisión debería haberse adoptado antes que la decisión sobre las solicitudes de remisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento, ya que la falta de dimensión comunitaria constituye un presupuesto esencial para que se adopte una decisión de remisión.

- 59 El artículo 22, apartado 1, del Reglamento dispone que «uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración [...] que no tenga dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, pero que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud [...]».
- 60 Es necesario recordar que, el 19 de septiembre de 2005, Endesa pidió a la Comisión que se pronunciase sobre su competencia para analizar la operación de concentración. Mediante escrito de 20 de septiembre de 2005, las autoridades portuguesas de defensa de la competencia solicitaron a la Comisión que aceptase examinar la concentración sobre la base del artículo 22 del Reglamento. A raíz de que la Comisión transmitiese esta solicitud de remisión a los demás Estados miembros, las autoridades italianas de defensa de la competencia informaron a la Comisión, el 7 de octubre de 2005, de que deseaban adherirse a la solicitud presentada por las autoridades portuguesas. La Comisión desestimó estas solicitudes de remisión el 27 de octubre de 2005, por considerar que no estaba demostrado que la operación amenazase con afectar a la competencia en Portugal y en Italia ni que la Comisión fuese la autoridad mejor situada para apreciar tales efectos.
- 61 A este respecto, procede señalar, por una parte, que el vicio aducido por la demandante no se refiere a la Decisión sino sólo a las decisiones de 27 de octubre de 2005 relativas a las solicitudes de remisión, que no son objeto del presente recurso. Por tanto, la imputación es en cualquier caso inoperante.
- 62 Además, es preciso observar que, como afirma la Comisión, no resulta muy claro cuál es la consecuencia jurídica de las alegaciones formuladas por la demandante. En efecto, si se estimasen dichas alegaciones, cualquier decisión que se adoptase después de las decisiones de 27 de octubre de 2005 relativas a las solicitudes de remisión, incluida una decisión que declarase que la operación de concentración tiene dimensión comunitaria, se vería afectada por la irregularidad invocada y, en consecuencia, podría ser anulada por motivos idénticos a los que invoca la demandante. Así pues, cualquier decisión que adoptase la Comisión respecto a la petición de Endesa después de la fecha citada, aunque fuese favorable a esta petición, debería anularse.

- 63 Por otra parte, hay que señalar que la demandante no ha demostrado por qué las decisiones de 27 de octubre de 2005 relativas a las solicitudes de remisión prejuzgaban la cuestión de la competencia comunitaria, dado que, por el contrario, las decisiones sobre las solicitudes de remisión indicaban expresamente que su adopción no prejuzgaba la apreciación de la dimensión comunitaria de la operación de concentración proyectada.
- 64 Es necesario añadir que no se puede reprochar a la Comisión que se pronunciase sobre las solicitudes de remisión antes de pronunciarse sobre la dimensión comunitaria. En efecto, el artículo 22, apartado 3, del Reglamento obliga a la Comisión a pronunciarse sobre una solicitud de remisión en el plazo de diez días y, si no lo hace, existe una decisión presunta de aceptación de la remisión. En consecuencia, la Comisión está obligada a pronunciarse rápidamente sobre la remisión. En tales circunstancias, si hubiera tenido que resolver previamente sobre la dimensión comunitaria, habría debido hacerlo en un plazo inferior a diez días, de modo que no habría podido examinar con toda la atención necesaria la cuestión de la dimensión comunitaria de la operación proyectada.
- 65 Por tanto, en el caso de autos, la circunstancia de que la Comisión continuase con el examen de la dimensión comunitaria y no adoptase la Decisión hasta que hubo adoptado las decisiones de 27 de octubre de 2005 relativas a las solicitudes de remisión no sólo no perjudicó a los intereses de Endesa, sino que, por el contrario, permitió que la decisión acerca de la dimensión comunitaria se basase en un examen detallado de todos los elementos pertinentes.
- 66 Por otro lado, debe desestimarse la alegación de la demandante según la cual el plazo previsto para pronunciarse sobre las solicitudes presentadas al amparo del artículo 22 del Reglamento debe suspenderse, por analogía, hasta que se haya resuelto el incidente relativo a la determinación de la dimensión comunitaria de la operación de concentración. En efecto, no hay nada en el Reglamento que indique que el plazo para pronunciarse sobre una solicitud presentada en virtud del artículo 22 quede suspendido en estas circunstancias. Pues bien, al tratarse de plazos que producen

efectos jurídicos, cualquier motivo de suspensión debe estar previsto expresamente. A este respecto, ha de recordarse la importancia de garantizar el control de las operaciones de concentración en plazos compatibles tanto con las exigencias de una buena administración como con las del tráfico mercantil (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2003, Schlüsselverlag J.S. Moser y otros/Comisión, C-170/02 P, Rec. p. I-9889, apartado 34).

67 En consecuencia, debe desestimarse la primera parte del primer motivo.

Sobre la segunda parte del motivo, basada en la falta de transparencia y en la violación del derecho de defensa

— Alegaciones de las partes

68 Endesa señala que el Reglamento no establece un procedimiento especial para dilucidar si una operación de concentración tiene dimensión comunitaria. Por tanto, ante el requerimiento formal de Endesa para que la Comisión se pronunciase sobre la autoridad competente para conocer de la concentración, ésta debería haber indicado claramente cuál era el procedimiento que iba a seguir, lo que habría permitido garantizar un mínimo de seguridad jurídica. Endesa afirma que solicitó expresamente a la Comisión desde el principio del procedimiento que informase a las partes de las reglas de éste, solicitud que fue desoída.

69 Endesa afirma que el procedimiento seguido por la Comisión careció además de transparencia, ya que ésta no la informó de cuáles eran exactamente los documentos que se habían puesto en conocimiento de Gas Natural, ni tampoco le comunicó de manera completa los argumentos presentados por ésta. Sobre todo, pese a que el SDC había sido parte en el procedimiento, Endesa no recibió y ni siquiera fue informada de las observaciones presentadas por dicho Servicio, a pesar de haberlo solicitado de manera expresa y reiterada en sus escritos de 23 de septiembre, 10 y 12 de octubre de 2005.

70 Añade que la confusión y la falta de transparencia de las reglas de procedimiento aplicadas constituyeron una flagrante violación del derecho de defensa. Lo mismo puede decirse del envío de documentos de Endesa al SDC, para lo cual nunca se solicitó su autorización, a excepción del escrito inicial, que fue remitido a dicho Servicio directamente por la demandante a petición de la Comisión.

71 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, alega que la participación de Endesa en el procedimiento fue sin duda alguna suficiente para salvaguardar sus intereses.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

72 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la alegación basada en que la Comisión no informó a la demandante acerca del procedimiento aplicable, debe observarse que el Reglamento no establece un procedimiento especial para determinar si una concentración tiene dimensión comunitaria. Es necesario señalar asimismo que la demandante no ha demostrado cómo puede afectar a la legalidad de la Decisión esta falta de información.

73 En cualquier caso, el hecho de que la Comisión no indicase a la demandante el procedimiento que iba a seguir para examinar si la concentración tiene o no dimensión comunitaria sólo podría afectar a la legalidad de la decisión adoptada al término de este procedimiento si diese lugar a una violación del derecho de defensa. Pues bien, según se desprende de las consideraciones que se formulan a continuación, ese supuesto no se da en el presente asunto.

74 Por lo que respecta, en segundo lugar, a la alegación de la demandante basada en que la Comisión no le indicó cuáles eran exactamente los documentos que se habían puesto en conocimiento de Gas Natural, procede señalar que la demandante no

especifica cómo pudo esta circunstancia afectar a sus derechos ni influir en el contenido de la Decisión. Además, ni el derecho de defensa de la demandante ni su derecho de acceso al expediente exigen que se la informe también del acceso de otras personas a determinados documentos del expediente. En tales circunstancias, debe desestimarse la alegación.

75 En lo que atañe, en tercer lugar, a la alegación de la demandante basada en que la Comisión no le comunicó de manera completa los argumentos presentados por Gas Natural, es necesario hacer constar, para empezar, que la Comisión reconoce que se omitieron determinados datos confidenciales. Procede observar asimismo que, como pone de manifiesto la Comisión, la demandante no aporta ninguna prueba de que solicitase el acceso a los datos considerados confidenciales. Además, y sobre todo, la demandante no demuestra en modo alguno que dichos datos hubieran sido útiles para su participación en el procedimiento, bien porque se trate de datos citados en la Decisión o bien porque permitan acreditar que la operación de concentración tiene dimensión comunitaria. Por otra parte, dado que la divergencia entre Endesa y la Comisión se refería principalmente a la determinación del volumen de negocios de Endesa y no del de Gas Natural, los datos confidenciales de Gas Natural carecen de relevancia al respecto. En consecuencia, debe desestimarse la alegación.

76 En cuarto lugar, en lo relativo a la alegación basada en que la Comisión no le comunicó de manera completa los argumentos presentados por el SDC, resulta de la jurisprudencia (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, T-65/89, Rec. p. II-389, apartado 33) que los escritos intercambiados con los Estados miembros constituyen en principio documentos internos que no deben ser comunicados a las personas que participan en el procedimiento. Además, según el artículo 17, apartado 3, del Reglamento nº 802/2004, el derecho de acceso al expediente no abarca la correspondencia entre la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros. En cualquier caso, es necesario señalar que la demandante no indica qué datos transmitidos por el SDC fueron utilizados por la Comisión o pudieron afectar a sus derechos o influir en la Decisión. En consecuencia, la alegación carece de fundamento.

77 En quinto y último lugar, en cuanto a la alegación de la demandante basada en que la Comisión envió documentos de Endesa al SDC sin haber solicitado su autorización, basta recordar que el artículo 19, apartado 2, del Reglamento establece que la Comisión tramitará los procedimientos previstos en el Reglamento en estrecha y constante colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, y que el apartado 1 del mismo artículo dispone que, en el plazo de tres días laborables, la Comisión remitirá a las autoridades competentes de los Estados miembros copia de las notificaciones, así como, a la mayor brevedad, de los documentos más importantes que le hayan sido enviados o que haya emitido en aplicación del Reglamento. En cualquier caso, hay que observar que la demandante no ha demostrado cómo pudo afectar a la legalidad de la Decisión la transmisión de los documentos al SDC. En tales circunstancias, no puede estimarse la alegación.

78 A la luz de las anteriores consideraciones, procede desestimar la segunda parte del primer motivo.

Sobre la tercera parte del motivo, basada en el hecho de que no se suspendiese el procedimiento nacional

— Alegaciones de las partes

79 Endesa sostiene que, durante el desarrollo del procedimiento relativo a la determinación de la autoridad competente, la Comisión debería haber solicitado la suspensión del procedimiento nacional que estaba desarrollándose en paralelo ante las autoridades españolas de defensa de la competencia y ante las autoridades regulatorias del mismo país. Considera que el hecho de que no se solicitase dicha suspensión constituye un grave vicio de procedimiento.

80 Endesa alega que la suspensión era necesaria en virtud del artículo 21, apartado 3, del Reglamento, que obliga a los Estados miembros a abstenerse de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria, y como consecuencia del deber general de colaboración al que se refiere el artículo 10 CE. Por otra parte, hay tener en cuenta que, si el artículo 22 del Reglamento impone la suspensión de los plazos nacionales hasta que la Comisión decida sobre su competencia, con el objetivo de evitar procedimientos paralelos, debería haberse aplicado la misma lógica una vez observado que existe una laguna en el Reglamento en relación con la decisión que determine si la operación de concentración tiene o no dimensión comunitaria. Por tanto, la Comisión debería haber solicitado la suspensión de los procedimientos nacionales.

81 Endesa señala que la suspensión del examen de las solicitudes de remisión hasta que se dictase la decisión relativa a la autoridad competente debería haber sido automática con arreglo al artículo 22 del Reglamento. El hecho de que la Decisión se adoptase sin respetar uno de los principios generales del sistema de control de las concentraciones, a saber, el principio de ventanilla única que permite evitar que se desarrollen en paralelo procedimientos comunitarios y nacionales, vicia de nulidad esta Decisión. Además, Endesa afirma que el hecho de obligarla a actuar simultáneamente ante las autoridades comunitarias y nacionales constituye una violación de su derecho de defensa. La violación de este derecho constituye un motivo de anulación según jurisprudencia reiterada (sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, Rec. p. 5193, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric/Comisión*, T-310/01, Rec. p. II-4071).

82 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, alega que, con independencia de la cuestión de si tiene en realidad la potestad que la demandante le reconoce, ésta en ningún momento le pidió claramente que la ejercitase. Por otra parte, no puede existir una obligación de suspensión por simple analogía. La Comisión añade que el derecho a participar en un procedimiento administrativo no implica un derecho a participar en un único procedimiento administrativo.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 83 Por lo que respecta a la alegación basada en que la Comisión no solicitó a las autoridades españolas competentes que suspendiesen el procedimiento nacional, basta señalar que carece por completo de pertinencia en el marco del presente recurso. Además, la demandante no ha demostrado cómo pudo afectar a la legalidad de la Decisión el hecho de que no se suspendiese el procedimiento nacional, aun suponiendo que fuera consecuencia de un comportamiento culposo de la Comisión.
- 84 En efecto, en primer lugar, en la medida en que la demandante basa su alegación relativa a la falta de suspensión de los procedimientos nacionales en el artículo 21, apartado 3, del Reglamento y en el deber general de colaboración al que se refiere el artículo 10 CE, basta destacar, como hace la parte demandada, que, en su caso, sería una ilegalidad cometida por el Reino de España y no por la Comisión. Por tanto, dicha ilegalidad no habría sido provocada por ninguna decisión de ésta y, en cualquier caso, no afectaría a la legalidad de la Decisión.
- 85 En segundo lugar, en la medida en que la alegación se basa en el artículo 22, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento, que impone la suspensión de los plazos nacionales hasta que la Comisión decida sobre su competencia, es necesario recordar que no hay analogía entre la situación de un Estado miembro que presenta una solicitud de remisión en virtud del artículo 22 y una situación en la que una empresa pide a la Comisión que tome posición sobre su competencia, y que no puede existir una obligación de suspensión por simple analogía.
- 86 En tercer lugar, por lo que respecta a la alegación de la demandante de que la Decisión se adoptó sin respetar el principio de ventanilla única y a la alegación según la cual el hecho de haber obligado a Endesa a actuar simultáneamente ante las autoridades comunitarias y nacionales constituye una violación de su derecho de defensa, basta señalar que la demandante, que fue precisamente quien solicitó la

intervención de la Comisión, no ha demostrado en qué medida ni por qué le resultó difícil defender su posición ante varias autoridades simultáneamente, ni cómo pudo influir esta circunstancia en la Decisión. Por otra parte, es necesario observar que cuando no existe dimensión comunitaria es frecuente que las empresas deban notificar las operaciones de concentración a varias autoridades nacionales.

87 Por tanto, debe desestimarse la tercera parte del primer motivo.

88 Resulta de lo anterior que el primer motivo de la demandante es infundado.

Sobre el segundo motivo, basado en la inversión de la carga de la prueba y en el defecto de motivación

Alegaciones de las partes

89 Endesa sostiene que la motivación de la Decisión es incorrecta, dado que la Comisión no respetó los artículos 1, 5 y 21 del Reglamento. Afirma que, aunque en el Reglamento no exista ninguna disposición que lo indique explícitamente, la Comisión está obligada a determinar la autoridad competente debido a la competencia exclusiva que tiene para conocer de las operaciones de dimensión comunitaria (sentencia Schlüsselverlag J.S. Moser y otros/Comisión, citada en el apartado 66 de la presente sentencia). Dicha competencia exclusiva de la Comisión exige que ésta decida sobre la aplicabilidad del artículo 1 del Reglamento. Para ello, ha de precisar y aclarar cuál es el volumen de negocios realizado por las empresas afectadas en el último ejercicio contable, según las reglas contenidas en el artículo 5 del Reglamento.

- 90 Endesa alega que la Comisión no puede invertir la carga de la prueba en materia de determinación de la autoridad competente. Dado que la Comisión tiene competencia exclusiva para pronunciarse sobre cuál es la autoridad competente para conocer de una concentración, le corresponde en exclusiva verificar y, sobre todo, motivar el volumen de negocios de las empresas afectadas.
- 91 Endesa considera que, por el contrario, la Comisión basa la Decisión en el hecho de que ella no aportó pruebas suficientes que justificasen la necesidad de utilizar las cuentas elaboradas según las NIC/NIIF y de llevar a cabo una serie de ajustes con arreglo a la Comunicación. Afirma que esta motivación resulta inaceptable por la propia naturaleza de las normas aplicables que regulan la determinación de la autoridad competente, que constituyen normas de orden público. Se trata de una motivación que va contra toda lógica y contra los principios elementales del ordenamiento jurídico comunitario, más aún teniendo en cuenta que la Comisión pudo contar con la colaboración total de Endesa y podría haber solicitado cualquier información adicional que considerase relevante. En realidad, la Comisión dedicó casi la totalidad de los dos meses que duró el procedimiento a examinar aspectos que finalmente no trató en la Decisión.
- 92 Endesa añade que, al considerar que corresponde a los particulares convencer a la Comisión de que es exclusivamente competente, la Decisión incurre en un grave defecto de motivación, ya que es la Comisión quien está obligada, a raíz de una denuncia o de oficio, a establecer con certeza las materias que son de su competencia, en el marco de las responsabilidades que le impone el Tratado como guardiana de éste.
- 93 A este respecto, Endesa hace referencia a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2005, EDP/Comisión (T-87/05, Rec. p. II-3745), en la cual este Tribunal recordó a la Comisión, en relación con la aplicación de otra Comunicación sobre concentraciones, referente a los compromisos, que la Comisión no puede invertir la carga de la prueba imponiendo a las partes una

obligación que no tiene base jurídica en el Reglamento sino únicamente en la Comunicación. Corresponde a la parte interesada poner en manos de la Comisión todos los elementos necesarios para la valoración de la operación y a la Comisión realizar dicha valoración sin invertir la carga de la prueba.

- 94 Endesa afirma que, para llevar a cabo esta valoración, la Comisión cuenta con importantes instrumentos procedimentales tales como la petición de información. La Comisión podría haber contratado a expertos independientes que revisasen las cuentas de Endesa de haberlo considerado oportuno, y tuvo dos meses para efectuar un análisis pormenorizado y exhaustivo sobre el mejor modo de determinar el volumen de negocios de Endesa en 2004.
- 95 Endesa señala además que no hay ningún elemento en el expediente del procedimiento seguido ante la Comisión que permita afirmar que la información aportada por ella era insuficiente. Una vez concluido el procedimiento, en el que Endesa prestó a la Comisión la máxima colaboración, no se puede alegar que la información aportada era insuficiente.
- 96 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, sostiene que el debate que se produjo durante el procedimiento seguido ante ella era principalmente jurídico y que, en la Decisión, respondió a los argumentos de la demandante no porque considerase que la carga de la prueba recaía sobre ésta, sino porque el deber de motivar sus decisiones incluye el de responder a los argumentos presentados por las partes si se desestiman.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 97 Endesa sostiene que la Comisión invirtió la carga de la prueba respecto a la determinación de la autoridad competente para examinar la operación de

concentración al basar su Decisión en que Endesa no había aportado pruebas suficientes que acreditasen la necesidad de utilizar las cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF y de practicar una serie de ajustes.

98 Procede recordar que se considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera los umbrales previstos en el Reglamento. Con arreglo al decimoséptimo considerando del Reglamento, se otorga a la Comisión competencia exclusiva para la aplicación del Reglamento, sujeta a la revisión del Tribunal de Justicia. A tenor de su artículo 1, apartado 1, el Reglamento se aplica a todas las concentraciones de dimensión comunitaria. En consecuencia, cuando la operación de concentración tiene dimensión comunitaria, la Comisión tiene competencia exclusiva para examinarla. Sin embargo, de ello no se desprende automáticamente que la Comisión tenga competencia exclusiva para determinar si una concentración tiene dimensión comunitaria.

99 A este respecto, es necesario señalar que, a tenor del Reglamento, corresponde en primer lugar a las empresas afectadas efectuar una primera apreciación de la dimensión de la concentración y determinar en consecuencia a qué autoridades procede notificar el proyecto de concentración. Posteriormente, cuando, como en el caso de autos, una operación de concentración no es notificada a la Comisión sino a las autoridades de uno o varios Estados miembros, corresponde a éstas, habida cuenta, en especial, de la obligación de cooperación leal derivada del artículo 10 CE, y del artículo 21 del Reglamento, que establece la competencia exclusiva de la Comisión para examinar la compatibilidad de las concentraciones de dimensión comunitaria y la prohibición correlativa de que los Estados miembros apliquen su normativa nacional relativa a la competencia a las citadas concentraciones, comprobar que la concentración que se les ha notificado no tiene dimensión comunitaria. Ciertamente, en este supuesto, la Comisión siempre tiene la posibilidad de decidir que, en contra de la opinión de las autoridades de los Estados miembros, la concentración sí tiene dimensión comunitaria y es de su competencia exclusiva.

100 Por otra parte, el Reglamento sobre el control de las concentraciones no contiene ninguna disposición específica que obligue expresamente a la Comisión a asegurarse

de oficio de que cualquier operación de concentración que no le haya sido notificada efectivamente no tiene dimensión comunitaria. Sin embargo, se desprende de la jurisprudencia que, si una empresa presenta ante la Comisión una denuncia por considerar que una concentración que no le ha sido notificada tiene dimensión comunitaria, ésta está obligada a pronunciarse sobre el principio de su competencia como autoridad de control (sentencia Schlüsselverlag/Comisión, citada en el apartado 66 de la presente sentencia, apartados 27 y 28). En este contexto, corresponde al denunciante, en principio, probar la procedencia de su denuncia, si bien queda claro que la Comisión, en aras de una buena administración, debe efectuar un examen diligente e imparcial de las denuncias que se le presenten y responder de manera motivada a los argumentos formulados por el denunciante con el fin de demostrar que la concentración está comprendida en el ámbito de la competencia exclusiva de la Comisión.

- 101 De lo anterior resulta que, al contrario de lo que sostiene la demandante, la Comisión no está obligada, en principio, a aportar la prueba de que no es competente para pronunciarse sobre una concentración que no le ha sido notificada ni a demostrar que dicha operación no tiene dimensión comunitaria, ni siquiera en el caso de que se le haya presentado una denuncia.
- 102 En cualquier caso, es necesario señalar que, al contrario de lo que afirma la demandante, la Comisión no se limitó a declarar que Endesa no había probado que la concentración tuviese dimensión comunitaria, sino que efectivamente examinó con detalle los elementos relativos a la dimensión de la concentración y concluyó que la operación no tenía dimensión comunitaria, refutando los argumentos de la demandante.
- 103 En efecto, de la lectura de la Decisión se desprende que la Comisión explicó bien las razones por las cuales no consideraba oportuno utilizar las cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF ni efectuar los ajustes propuestos.

- 104 En primer lugar, por lo que respecta a la supuesta necesidad de utilizar las cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF, la Comisión comenzó indicando, en el punto 20 de la Decisión, que del artículo 1 del Reglamento y de la Comunicación resulta que el principio general consiste en que el volumen de negocios debe calcularse sobre la base de las cuentas auditadas y que la Comisión sólo puede apartarse de este principio en circunstancias excepcionales. A continuación, la Comisión concluyó que, como había quedado acreditado que, sobre la base del volumen de negocios que consta en las cuentas auditadas de Endesa correspondientes a 2004, la sociedad realizó más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en España, correspondía a Endesa aportar elementos suficientes que revelasen la existencia de circunstancias excepcionales que justificasen la utilización de un volumen de negocios distinto del que figura en sus cuentas auditadas (punto 21 de la Decisión).
- 105 Es cierto que la Comisión afirmó después que Endesa no había aportado tales elementos suficientes (punto 23 de la Decisión). Sin embargo, la Comisión explicó las razones por las cuales en el caso de autos no existían tales circunstancias excepcionales y expuso los motivos por los cuales era necesario dar preferencia a las cuentas elaboradas con arreglo a los principios contables generalmente aceptados (en lo sucesivo, «PCGA»), refutando los argumentos invocados por la demandante.
- 106 Así, en primer lugar, la Comisión señaló en la Decisión, por una parte, que Endesa estaba obligada legalmente a elaborar sus cuentas consolidadas oficiales correspondientes a 2004 sobre la base de los PCGA y, por otra, que esta exigencia era conforme a las normas contables comunitarias aplicables en aquel momento. Indicó además que Endesa no tenía obligación de presentar cuentas consolidadas auditadas conforme a las NIC/NIIF antes del ejercicio que se inició el 1 de enero de 2005. La Comisión añadió que Endesa estaba obligada a elaborar cuentas con arreglo a las NIC/NIIF para 2004 únicamente para que fuera posible comparar las nuevas cuentas del ejercicio 2005 conforme a las NIC/NIIF con las elaboradas para el año anterior, lo que explica también que Endesa no estuviese obligada a someter a auditoría sus cuentas correspondientes a 2004 elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF. Observó asimismo que estas cuentas no eran definitivas y podían modificarse, ya que las NIC/NIIF según las cuales debían elaborarse las cuentas relativas a 2005 aún no se habían ultimado del todo.

- 107 En segundo lugar, la Comisión explicó en la Decisión que el objetivo de medir la potencia económica de las empresas no la obliga ni le permite, en un caso individual de aplicación de los artículos 1 y 5 del Reglamento, realizar una apreciación general de los méritos de los distintos métodos contables previstos por el Derecho comunitario o por la legislación de los Estados miembros, en particular cuando sólo están auditadas las cuentas elaboradas en virtud de uno de los métodos contables y éste es el que exigían tanto el Derecho nacional como el Derecho comunitario en el momento de que se trataba. La Comisión indicó que esto sería contrario a los objetivos, igualmente válidos, de aplicar requisitos sencillos y objetivos para determinar su competencia en materia de concentraciones y de respetar el principio general de seguridad jurídica. Afirmó que su papel se limita a examinar determinados ajustes impuestos por el artículo 5 del Reglamento (punto 25 de la Decisión).
- 108 La Decisión puntualiza asimismo que el hecho de que el legislador comunitario estimase que las NIC/NIIF adoptadas por el Reglamento nº 1606/2002 darían lugar a una representación fiel de la situación financiera de una empresa no implicaba *ipso facto* que estos criterios contables gozasen de superioridad técnica, puesto que la exigencia de una representación fiel también figuraba en la normativa comunitaria que regulaba los antiguos criterios contables nacionales (punto 26 de la Decisión).
- 109 Por último, la Comisión expuso en la Decisión que no opinaba que en el caso de autos fuera preferible utilizar las cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF para garantizar la aplicación uniforme de las normas sobre el control de las operaciones de concentración. Señaló que la utilización de cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF y no auditadas en el presente asunto crearía una disparidad de trato en relación con todos los casos en los cuales la Comisión se ha basado en cuentas auditadas del ejercicio 2004 elaboradas conforme a métodos nacionales.
- 110 A la luz de lo anterior, es necesario observar que la Comisión no hizo recaer sobre la demandante la carga de demostrar si la operación de concentración tenía dimensión comunitaria o nacional, sino que, por una parte, examinó la dimensión de dicha

operación y expuso los motivos por los cuales en el caso de autos procedía basarse en las cuentas elaboradas con arreglo a los PCGA (véase, por analogía, la sentencia EDP/Comisión, citada en el apartado 93 de la presente sentencia, apartado 73) y, por otra, señaló que la demandante no había presentado argumentos que permitiesen cuestionar este análisis.

- 111 Lo mismo sucede, en segundo lugar, por lo que se refiere a la presunta necesidad de practicar una serie de ajustes. Es cierto que, por lo que respecta tanto al ajuste por «pass through» como al relativo a los intercambios de gas, la Comisión, de nuevo, afirmó en la Decisión (puntos 32 y 38) que Endesa no había aportado suficientes elementos para convencerla de que en virtud del artículo 5 del Reglamento y de la Comunicación estuviera justificado practicar los citados ajustes en sus cuentas auditadas. Sin embargo, es necesario observar que la Comisión, además de refutar los argumentos de la demandante, expuso las razones por las cuales no consideraba oportuno efectuar los ajustes propuestos, sin invertir la carga de la prueba.
- 112 Así, primero, por lo que respecta al ajuste por «pass through», la Comisión señaló en la Decisión (puntos 30 a 36) que la Comunicación no hace referencia al concepto de ingresos repercutidos (en parte) y procedentes de la venta de productos y la prestación de servicios. Añadió que las distribuidoras de electricidad españolas no pueden asimilarse a las empresas que actúan como meras intermediarias, cuyo volumen de negocios está constituido exclusivamente por el importe de las comisiones que perciben. La Comisión observó asimismo que el riesgo de impago por los consumidores finales del precio regulado del suministro de electricidad es soportado por las empresas distribuidoras y no por los gestores de las redes de transporte, los productores de electricidad o el pool.
- 113 A continuación, en lo que atañe al ajuste relativo a los intercambios de gas, la Comisión consideró en la Decisión (puntos 37 a 40) que estos intercambios deben considerarse operaciones en las cuales Endesa vende y compra la cantidad de gas correspondiente, lo que queda demostrado por el hecho de que estas transacciones

se facturen por separado. Además, indicó que la circunstancia de que el precio de venta y de compra fuera el mismo carecía de relevancia al respecto y significaba únicamente que Endesa no obtiene ningún margen de beneficio en estas operaciones consideradas en conjunto.

- 114 En consecuencia, la Comisión tampoco hizo recaer sobre la demandante la carga de la prueba en relación con estos ajustes. Por el contrario, examinó los ajustes propuestos y expuso las razones por las cuales estimaba que no debía efectuarlos.
- 115 Procede señalar, por otra parte, que la Comisión no puede estar obligada a asegurarse de oficio en cada caso de que las cuentas auditadas que le han sido presentadas reflejan de manera fiel la realidad y a examinar todos los ajustes imaginables. Sólo cuando alguien llama su atención sobre problemas específicos debe examinarlos, como hizo en el presente asunto.
- 116 Por último, la demandante sostiene, en tercer lugar, que no hay ningún elemento en el expediente del procedimiento seguido ante la Comisión que permita afirmar que la información que había aportado era insuficiente. Alega además que, al término de un procedimiento que duró casi dos meses, en el cual Endesa prestó a la Comisión la máxima colaboración y durante el cual ésta podría haberle pedido cualquier información adicional que considerase pertinente, no se puede alegar que la información aportada era insuficiente.
- 117 A este respecto, basta observar que, en la Decisión, la Comisión no se limitó en modo alguno a afirmar que la información aportada por Endesa era insuficiente. Además, como señala la Comisión, el debate que se produjo durante el procedimiento seguido ante ella era principalmente jurídico y se refería a la interpretación de las disposiciones aplicables. De los fundamentos considerados en la Decisión para rechazar la utilización de las cuentas elaboradas con arreglo a las

NIC/NIIF y los ajustes propuestos resulta que la Comisión no reprochó a la demandante que no le hubiese proporcionado la información fáctica necesaria, sino que estimó que los argumentos de la demandante no eran convincentes.

- 118 En cualquier caso, en la medida en que Endesa sostenía que procedía no utilizar sus cuentas auditadas y practicar ajustes que no correspondían a la práctica habitual y no estaban previstos por ningún texto aplicable, se encontraba en la situación de un denunciante en el sentido de la sentencia Schlüsselerlag J.S. Moser y otros/Comisión, citada en el apartado 66 de la presente sentencia. En tales circunstancias, le correspondía especificar sus argumentos y demostrar su fundamentación, habida cuenta, en particular, del imperativo de celeridad que caracteriza a los procedimientos de control de concentraciones. La demandante puede tanto menos censurar una supuesta inversión de la carga de la prueba cuanto que pretendía impugnar su propia contabilidad y, por tanto, debía tener un conocimiento preciso de todos los elementos pertinentes.
- 119 De las anteriores consideraciones resulta que el segundo motivo es infundado.

Sobre el tercer motivo, basado en el hecho de que no se utilizasen las cuentas elaboradas con arreglo a las normas contables NIC/NIIF

- 120 La demandante divide su motivo en tres partes, que se basan, respectivamente, en el hecho de que no se utilizasen las NIC/NIIF como únicas normas contables en vigor, en la preponderancia de las NIC/NIIF y, por último, en la existencia de errores de Derecho y de errores manifiestos de apreciación que afectan al rechazo de las cuentas elaboradas con arreglo a las normas contables NIC/NIIF.

Sobre la primera parte del motivo, basada en el hecho de que no se utilizasen las NIC/NIIF como únicas normas contables en vigor

— Alegaciones de las partes

- 121 Endesa alega que la Comisión no se pronunció sobre el hecho de que, en la fecha en que se anunció la OPA, el 5 de septiembre de 2005, las únicas normas contables en vigor eran las NIC/NIIF. A raíz de la sustitución de todos los sistemas contables nacionales por las NIC/NIIF, las únicas cuentas consolidadas que pueden tomarse en consideración para determinar que la concentración tiene dimensión comunitaria son las elaboradas conforme a las normas contables en vigor.
- 122 Endesa señala que la dimensión comunitaria de una operación debe determinarse en la fecha en la que surge la obligación de notificación. En el presente asunto, la obligación de notificación surgió en el momento en el que se anunció la OPA. Con arreglo al artículo 5 del Reglamento, el volumen de negocios incluye los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios correspondientes a las actividades ordinarias del último ejercicio. Endesa afirma que esta referencia a las actividades del último ejercicio no es más que una convención formal a la que ha recurrido el legislador ante la imposibilidad de tener en cuenta el volumen de negocios del ejercicio en curso en el momento de la notificación de la operación. La circunstancia de que sea obligatorio hacer referencia, por razones prácticas, al ejercicio anterior no significa que deban o puedan aplicarse normas jurídicas derogadas o normas contables anticuadas.
- 123 Endesa estima que, en consecuencia, para valorar el volumen de negocios con el fin de determinar que la operación tiene dimensión comunitaria, es indispensable considerar que las únicas normas contables válidas eran las vigentes en la fecha en que se anunció la OPA de Gas Natural. Dado que en esa fecha existían cuentas

conciliadas y, además, eran públicas y definitivas, la Comisión debería haber usado exclusivamente dichas cuentas al verificar la dimensión comunitaria de la concentración.

124 Endesa añade que la Decisión no tomó en consideración que la determinación del volumen de negocios en el ámbito europeo sigue principios muy diferentes de los existentes en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el de Estados Unidos. En este último, la competencia sobre una concentración se determina también sobre la base de los resultados obtenidos el año anterior, pero sin tener en cuenta lo ocurrido tras el cierre de ese ejercicio contable. El legislador comunitario, por el contrario, se ha inclinado por el criterio de la potencia económica real de las empresas afectadas en el momento de la notificación.

125 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, alega que la invocación del hecho de que la nueva normativa contable estaba en vigor en septiembre de 2005 busca solamente ocultar que las cuentas de 2004 debían prepararse obligatoriamente conforme a los PCGA.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

126 Endesa sostiene que la Comisión no tuvo en cuenta que, en la fecha en que se anunció la OPA, las únicas normas contables en vigor eran las NIC/NIIF, lo que, a su juicio, vicia de nulidad la Decisión.

127 Procede recordar que, a tenor del artículo 5 del Reglamento, «el volumen de negocios total [...] incluirá los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las empresas afectadas durante el último ejercicio correspondientes a sus actividades ordinarias [...]».

128 Como admite la demandante, el Reglamento se refiere necesariamente, por razones prácticas, al volumen de negocios del ejercicio anterior. El motivo es que normalmente sólo existen cuentas auditadas para el último ejercicio completo, mientras que las cuentas de los períodos más recientes carecen de las garantías que ofrecen las cuentas auditadas.

129 En el caso de autos, es sabido que las cuentas del último ejercicio, en el sentido del artículo 5 del Reglamento, son las relativas al ejercicio 2004. Es necesario recordar asimismo que una empresa que esté obligada a elaborar cuentas anuales sometidas a auditoría sólo tiene un tipo de cuentas oficiales, a saber, las que han sido elaboradas y auditadas con arreglo a la normativa aplicable. Pues bien, es indiscutible que las cuentas anuales de la demandante correspondientes al ejercicio 2004, que estaban sujetas a la obligación de auditoría, debían imperativamente elaborarse de conformidad con los PCGA españoles. Es más, si la demandante hubiese presentado cuentas relativas a 2004 elaboradas según las NIIF, no habría cumplido sus obligaciones legales en España. A tenor del artículo 4 del Reglamento nº 1606/2002, las NIIF sólo son aplicables y obligatorias a partir del ejercicio 2005. La «conciliación» de las cuentas del ejercicio 2004 con los principios de las NIIF sólo está prevista en el Reglamento nº 707/2004 con el fin de facilitar la transición entre las antiguas y las nuevas normas, proporcionando a los accionistas e inversores una referencia con la que comparar las cuentas del ejercicio 2005, que constituyen las primeras cuentas elaboradas en virtud de las nuevas normas. Además, las cuentas «conciliadas» correspondientes al ejercicio 2004, que sólo se elaboraron a efectos de comparación, no ofrecen las mismas garantías que las cuentas oficiales formuladas con arreglo a los PCGA y sometidas a auditoría. En consecuencia, la alegación de la demandante basada en que la nueva normativa contable estaba en vigor en la fecha en que se anunció la OPA, el 5 de septiembre de 2005, carece de pertinencia.

130 Procede observar asimismo que la argumentación de la demandante provocaría que cada vez que se producen cambios en la normativa contable se descartasen las cuentas oficiales auditadas y fuese necesario elaborar de nuevo esas cuentas con arreglo a los principios aplicables en el momento en que nace la obligación de notificación, lo que no es razonable ni prudente, dado que estas cuentas nuevas y no auditadas no ofrecen las mismas garantías que las cuentas oficiales sometidas a auditoría.

131 La demandante tampoco tiene razón al sostener que la Comisión aplicó normas jurídicas derogadas. En realidad, la Comisión no aplica normas contables, sino que se refiere, como le impone el Reglamento, a las cuentas de las empresas relativas al último ejercicio, que constituyen un hecho situado en el pasado y que deben apreciarse con arreglo a las normas que les eran aplicables. En el presente asunto, dado que las cuentas de la demandante correspondientes a 2004 debían elaborarse, como se ha declarado anteriormente, conforme a los PCGA, la demandante no puede afirmar que la Comisión ignoró el ámbito de aplicación temporal de las normas de que se trata. Puesto que el Reglamento n° 1606/2002 sólo hacía obligatoria la aplicación de las NIIF a partir de las cuentas del ejercicio 2005, es la tesis de la demandante, por el contrario, la que le da un alcance retroactivo al aplicarlo a las cuentas del ejercicio 2004. Por otra parte, ni el Reglamento n° 1606/2002 ni el Reglamento n° 707/2004 permiten suponer que el legislador comunitario tuviese la intención de descartar las cuentas oficiales elaboradas según las normas contables nacionales en vigor y sustituirlas, de manera general o a efectos del Reglamento sobre el control de las concentraciones, por las cuentas correspondientes a 2004 conciliadas con las NIIF, elaboradas únicamente a efectos comparativos.

132 Por último, por lo que respecta a la alegación según la cual la Decisión no tuvo en cuenta que la determinación del volumen de negocios en el ámbito europeo sigue principios diferentes de los existentes en otros ordenamientos jurídicos, es necesario señalar, primero, que el sistema estadounidense no hace sino confirmar la necesidad de poder determinar de manera rápida y previsible si una concentración debe ser notificada y, en su caso, ante qué autoridades. A continuación, procede observar que, si bien es cierto que el sistema comunitario, a diferencia del estadounidense, permite tener en cuenta acontecimientos ocurridos en la vida de la empresa después del cierre del último ejercicio contable, tales como cesiones o adquisiciones de empresas que se hayan realizado durante el ejercicio en curso, este supuesto, según se desprende de la Comunicación, tiene por objeto, en principio, considerar los cambios que hayan sucedido en la situación económica de la empresa y no realizar una revisión completa del tratamiento contable de una realidad económica que se ha mantenido estable. Hacer depender en cada caso la aplicabilidad del Reglamento comunitario sobre las concentraciones de un nuevo examen completo de la contabilidad de las empresas afectadas por parte de la Comisión sería contrario a los imperativos de seguridad jurídica y de rapidez que persigue el legislador comunitario.

133 En consecuencia, procede desestimar la primera parte del tercer motivo.

Sobre la segunda parte del motivo, basada en la preponderancia de las NIC/NIIF

— Alegaciones de las partes

- ¹³⁴ Endesa sostiene que la Comisión debería al menos haber evaluado qué normas contables, las NIC/NIIF o los PCGA, permitían determinar con mayor precisión el volumen de negocios real correspondiente al ejercicio contable 2004. Añade que, para ello, la Comisión simplemente debería haber analizado las características de las distintas normas contables y de los dos estados contables a su disposición, ambos válidos, legales y definitivos.
- ¹³⁵ Según Endesa, de haberse realizado este análisis, la conclusión habría sido necesariamente dar preferencia a las cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF, ya que estas cuentas dan prioridad a la sustancia sobre la forma, al contrario que las normas que desarrollan los PCGA, que hacen precisamente lo contrario: determinadas transacciones, pese a estar desprovistas de contenido económico real, se registran en las cuentas sobre la base de elementos puramente formales.
- ¹³⁶ Endesa señala que el punto de partida de la motivación de la Decisión (punto 20) es la indicación de que el principio general consiste en que el volumen de negocios debe calcularse sobre la base de las cuentas auditadas de la empresa y la Comisión sólo puede apartarse de dicho principio en circunstancias excepcionales. A juicio de Endesa, este razonamiento es manifiestamente erróneo. No sólo parece sugerir que la obligación que tiene la Comisión de determinar correctamente la dimensión comunitaria se limita a una mera verificación de las cuentas auditadas de las empresas afectadas, sino que además se basa en una interpretación deliberadamente incompleta de la propia práctica de la Comisión y de la Comunicación, que otorgan igual importancia a las cuentas auditadas y a otras cuentas definitivas. En la

Decisión, la Comisión alude al punto 26 de la Comunicación pero olvida en su motivación que este punto se refiere a las cuentas auditadas pero también a «otras cuentas definitivas», entendiendo que sólo en circunstancias excepcionales pueden utilizarse cuentas no definitivas.

137 Endesa sostiene que la Decisión constituye una renuncia inaceptable de la Comisión a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario, que la obliga a ejercer sus competencias exclusivas sin escudarse en presunciones sobre la supuesta conformidad de las cuentas auditadas. Esta presunción, que según la demandante es una creación *ad hoc* de la Comisión, no tiene sustento en ninguna disposición del Reglamento, el cual no sólo evita hacer referencia al carácter auditado o no de las cuentas, sino que además impone a la Comisión la obligación precisa e incondicional de determinar en cada caso el volumen de negocios real de las empresas afectadas. Endesa afirma que la referencia a las cuentas auditadas sólo aparece en la Comunicación de la Comisión, que no puede en ningún caso modificar el tenor o el alcance del Reglamento. El menor conflicto entre las dos normas está sometido al principio de jerarquía normativa (sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1992, Soba, C-266/90, Rec. p. I-287, y de 16 de junio de 1994, Peugeot/Comisión, C-322/93 P, Rec. p. I-2727, y del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996, AIUFFASS y AKT/Comisión, T-380/94, Rec. p. II-2169). Pero, en este caso, la Comunicación pone en el mismo plano las cuentas auditadas y las otras cuentas definitivas, es decir las relativas a un ejercicio fiscal completo y cerrado.

138 Endesa señala además que la postura de la Comisión a este respecto es contradictoria con su propia práctica. Así, en un asunto anterior (M.705 Deutsche Telekom/SAP), la Comisión aceptó la utilización de las cuentas no auditadas más recientes, ya que éstas presentaban diferencias sustanciales con las cuentas auditadas y eran las únicas que reflejaban la dimensión comunitaria de la operación. La Comisión también aceptó el uso de cuentas no auditadas en el asunto M.2340 EDP/Cajastur/Caser/Hidroeléctrica del Cantábrico.

139 Endesa alega que la Comisión incurrió en un error adicional al considerar que sus cuentas consolidadas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF, comunicadas a los mercados cinco meses antes del anuncio de la OPA, no constituían cuentas definitivas. La Comisión no tuvo en cuenta que estas cuentas eran una conciliación

de las cuentas auditadas de 2004 con las nuevas normas contables, ni que todas las empresas cotizadas en bolsa han presentado ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en lo sucesivo, «CNMV») la conciliación de sus cuentas consolidadas de 2004 con las normas contables NIC/NIIF (en lo sucesivo, «cuentas conciliadas») y toda la información periódica correspondiente al ejercicio 2004, ni tampoco que son éstas las cuentas que el mercado toma como referencia.

140 Así pues, a juicio de Endesa, la Comisión no sólo infringió las normas sobre la competencia, al introducir una presunción inexistente en el Reglamento a favor de las cuentas auditadas, sino que también incurrió en un error manifiesto de apreciación por haber considerado que las cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF no eran definitivas. Además, la motivación a este respecto es contradictoria, ya que la Comisión, por un lado, sugiere que las citadas cuentas no se toman en consideración porque no están auditadas (olvidando la referencia a «otras cuentas definitivas» contenida en el punto 26 de la Comunicación) y, por otro, afirma que la razón de rechazarlas estriba en que no son cuentas definitivas. Por consiguiente, a juicio de Endesa, la Decisión debe anularse por los vicios mencionados, en la medida en que no determina cuáles de las cuentas consolidadas correspondientes a 2004 se ajustan mejor a las exigencias del artículo 5 del Reglamento.

141 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, sostiene que la demandante parte de la premisa falsa de que los PCGA y las cuentas correspondientes a 2004 elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF tienen idéntico estatus y añade que estas últimas no pueden considerarse cuentas definitivas.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

142 Por lo que respecta, en primer lugar, al carácter supuestamente más adecuado de las cuentas conciliadas de la demandante, es necesario recordar, para empezar, que la Comisión expuso en los puntos 19 a 27 de la Decisión las razones por las cuales el

volumen de negocios de la demandante debía determinarse sobre la base de las cuentas oficiales elaboradas con arreglo a los PCGA y no sobre la base de las cuentas conciliadas. Como ya se ha apreciado anteriormente, la Comisión actuó de manera acertada al señalar, a este respecto, que Endesa estaba obligada legalmente a elaborar sus cuentas consolidadas oficiales correspondientes a 2004 sobre la base de los PCGA, que esta exigencia era conforme a las normas contables comunitarias aplicables en aquel momento y que sólo debían elaborarse cuentas conciliadas a efectos de comparación.

¹⁴³ A continuación, procede observar que, como se expone en los puntos 25 y 26 de la Decisión, no puede estimarse la alegación de la demandante según la cual los principios contables de las NIIF reflejan con mayor exactitud la potencia económica de las empresas.

¹⁴⁴ Por una parte, el objetivo de medir la potencia económica de las empresas no obliga a la Comisión, en un caso individual de aplicación de los artículos 1 y 5 del Reglamento, a realizar una apreciación general de los méritos de los distintos métodos contables previstos por el Derecho comunitario, en particular cuando sólo están auditadas las cuentas elaboradas en virtud de uno de los métodos contables y éste es precisamente el que exigían tanto el Derecho nacional como el Derecho comunitario aplicable en aquel momento.

¹⁴⁵ Por otra parte, la afirmación de la demandante según la cual las NIIF reflejan mejor la realidad económica debido a que dan preferencia a la sustancia sobre la forma, al contrario que los PCGA, no se ha acreditado en modo alguno. Como se expone en el punto 26 de la Decisión, el hecho de que el legislador comunitario estimase que las Normas Internacionales de Contabilidad adoptadas por el Reglamento nº 1606/2002 darían lugar a una representación fiel de la situación financiera de las empresas no implica *ipso facto* que estas normas gocen de superioridad técnica a efectos de la aplicación del artículo 5 del Reglamento sobre las concentraciones en relación con las normas contables aplicables en virtud de la legislación de los Estados miembros hasta el 1 de enero de 2005. El Reglamento nº 1606/2002, que se adoptó sobre la base del artículo 95 CE, apartado 1, constituye una medida de armonización y no

contiene ningún juicio de valor sobre las distintas normas nacionales. Además, como ha destacado Gas Natural, muchas normas contables españolas que desarrollan los PCGA establecen que la sustancia debe prevalecer siempre sobre la forma, y el Plan General de Contabilidad hace hincapié en la idea de «imagen fiel», corolario de un «mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas».

146 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la alegación de la demandante según la cual sus cuentas conciliadas deberían ser consideradas «otras cuentas definitivas» en el sentido del punto 26 de la Comunicación, es necesario recordar que, según se desprende de la Comunicación, el volumen de negocios de las empresas afectadas debe calcularse sobre la base de datos fiables, objetivos y fácilmente identificables. Si bien el punto 26 de la Comunicación puntualiza que, «por tanto, la Comisión se remitirá a cuentas auditadas u otras cuentas definitivas [...]» y que, «en cualquier caso, la Comisión es reacia a utilizar cuentas de gestión, salvo en circunstancias excepcionales», ello no significa que la Comunicación ponga en pie de igualdad las cuentas auditadas y las «otras cuentas definitivas». El punto 26 de la Comunicación no puede interpretarse en el sentido de que presenta varias opciones, entre las cuales sea posible escoger libremente, sino que pretende abarcar situaciones específicas en las cuales no existen cuentas auditadas correspondientes al último ejercicio. Por otro lado, el punto 27 de la Comunicación sólo hace referencia a las cuentas auditadas del ejercicio más reciente y no a «otras cuentas definitivas». Pues bien, en el caso de autos no se discute que existen cuentas auditadas correspondientes al ejercicio 2004 y que, por tanto, no procede tomar en consideración otras cuentas definitivas.

147 En cualquier caso, es preciso reconocer que la demandante no ha logrado demostrar que las cuentas conciliadas que presentó a la Comisión sean cuentas definitivas.

148 A este respecto, basta recordar el tenor de los comentarios de Endesa que acompañaban a sus cuentas conciliadas cuando fueron comunicadas a la CNMV el 5 de abril de 2005. En la parte titulada «Consideraciones generales», Endesa afirma que «los Balances y Cuentas de Resultados consolidados del Ejercicio 2004 elaborados de acuerdo con los criterios de valoración y clasificación de las NIIF son

estados proforma que servirán únicamente como comparación de los de 2005, que será el primer ejercicio en que se formularán cuentas con NIIF» (p. 3, punto 1). Por otra parte, Endesa menciona que existen varias excepciones en la primera aplicación de las NIC/NIIF (p. 13). Por último, en la Nota Legal (II) (p. 34), Endesa explica que el Comité de Interpretación de las Normas Internacionales de Contabilidad (IASB) podría emitir nuevas normas aplicables a partir del 1 de enero de 2005, que todavía no existe un órgano relevante para la correcta implantación al que recurrir al respecto, que los cambios derivados de cualquiera de las cuestiones anteriores o de la evolución de la práctica del sector también podrían incidir en su interpretación de las normas y que, en consecuencia, es posible que se introduzcan cambios en la información presentada antes de que sea publicada (en 2006) como información financiera comparativa en el informe anual del ejercicio 2005.

149 En tales circunstancias, procede estimar que las cuentas conciliadas presentadas por Endesa no pueden ser consideradas cuentas «definitivas» en el sentido de la Comunicación.

150 En cuanto a los dos asuntos invocados por la demandante en los cuales, según ella, la Comisión aceptó que se utilizasen las cuentas no auditadas más recientes, basta indicar que en aquellos dos asuntos la operación de concentración fue notificada a principios de año (la primera en febrero de 1996 y la segunda en febrero de 2001) y que las empresas de que se trataba aún no disponían de cuentas auditadas relativas al último ejercicio. Por consiguiente, había que decidir entre utilizar las cuentas auditadas de un ejercicio anterior (1994 y 1999, respectivamente) y las cuentas del último ejercicio, ya cerrado, aunque todavía no estuviesen auditadas. Por otro lado, en ambos casos las cuentas más antiguas no reflejaban cambios considerables que se habían producido en la actividad económica de las empresas durante el último ejercicio y su utilización habría infringido el artículo 5 del Reglamento. Por tanto, los hechos de aquellos dos asuntos se distinguen de manera determinante de las circunstancias del caso de autos.

- 151 De todo lo anterior se deduce que las cuentas presentadas por Endesa y elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF no pueden ser consideradas definitivas, por lo que, en cualquier caso, no pueden estimarse las alegaciones según las cuales la Comisión debería haberles otorgado preferencia.
- 152 Resulta de las anteriores consideraciones que debe desestimarse la segunda parte del tercer motivo.

Sobre la tercera parte del motivo, basada en la existencia de errores de Derecho y de errores manifiestos de apreciación que afectan a la desestimación de las cuentas conciliadas

— Alegaciones de las partes

- 153 Endesa invoca, en primer lugar, el carácter manifiestamente erróneo de los fundamentos que la Comisión consideró para rechazar sus argumentos relativos a la oportunidad de utilizar las cuentas conciliadas, en segundo lugar, la existencia en el presente asunto de circunstancias excepcionales que justifican en cualquier caso el uso de las cuentas conciliadas y, en tercer lugar, el carácter manifiestamente erróneo de los fundamentos de la Decisión relativos a la supuesta incompatibilidad de la utilización de las cuentas conciliadas con el objetivo de simplicidad, el principio general de seguridad jurídica y la exigencia de una aplicación uniforme del Reglamento.
- 154 Endesa sostiene, por un lado, que el razonamiento seguido en el punto 24 de la Decisión es incompleto, ya que no tiene en cuenta que, conforme a las NIIF-1, aprobadas por el Reglamento nº 707/2004, la fecha de transición a las NIC/NIIF es el 1 de enero de 2004. Más concretamente, el legislador comunitario estableció, para las empresas cotizadas, la obligación de preparar cuentas consolidadas y conciliadas al menos para el año 2004. En España, la CNMV fijó el 31 de agosto de 2005 como

fecha límite para presentar las cuentas conciliadas del ejercicio 2004. Endesa lo hizo el 5 de abril de 2005. En consecuencia, la interpretación coherente y completa de la intención del legislador comunitario, en contraste con la lectura parcial que realiza la Comisión, permite concluir que el ejercicio contable 2004 era un período transitorio en el cual coexistían dos sistemas contables por imperativo legal.

155 Por otro lado, Endesa señala que la Comisión afirma, también en el punto 24 de la Decisión, que las cuentas del ejercicio 2004 elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF podían modificarse y que tenían un valor meramente comparativo, tesis que se ve demostrada por la inexistencia de obligación legal de auditar dichas cuentas. Pues bien, la Comisión parece ignorar que todas las cuentas de una empresa tienen un propósito comparativo y que las cuentas del ejercicio 2004 elaboradas conforme a las NIC/NIIF se prepararon para cumplir una obligación prevista por el Derecho comunitario. La inexistencia de una obligación de auditar estas cuentas responde a las particularidades de un período transitorio. En efecto, sería absurdo que el legislador comunitario o nacional sumara a los costes de la transición contable el gasto de realizar una auditoría doble para un mismo ejercicio, ya que las cuentas de 2004 elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF constituyen una conciliación de las cuentas auditadas del mismo ejercicio contable, con idéntico valor contable y legal.

156 En cuanto a la afirmación de que las NIC/NIIF podrían sufrir cambios antes del final del ejercicio 2005, lo cual, según la Decisión, impide considerarlas definitivas, Endesa afirma que refleja el desconocimiento de las normas contables establecidas por el legislador comunitario y de los reglamentos de aplicación adoptados por la propia Comisión durante los últimos meses. Por una parte, el nuevo sistema contable es aplicable a partir del 1 de enero de 2005 y el hecho de que algunas normas contables del nuevo sistema hayan sido aprobadas por la Comisión después del lanzamiento de la OPA no afecta al carácter definitivo de las cuentas, ya que las cuentas conciliadas de Endesa se elaboraron sobre la base de datos ciertos y definitivos, aplicando las normas contables utilizadas hasta entonces para el desarrollo de las NIC/NIIF. A juicio de Endesa, considerar que dichas cuentas no son definitivas porque posteriormente se han ido añadiendo otras normas dentro del

nuevo marco legal es tan absurdo como afirmar que nunca existen cuentas definitivas porque la adaptación y el desarrollo de un sistema contable es un proceso permanente.

- 157 Por otra parte, Endesa sostiene que las normas recientemente aprobadas con efecto retroactivo no afectan en modo alguno a sus cuentas, puesto que se refieren al sector financiero y asegurador, y no al sector eléctrico. Además, las modificaciones relativas a la NIC 39 no tienen ninguna incidencia sobre la determinación del volumen de negocios, ya que afectan únicamente al tratamiento contable de instrumentos financieros. Endesa añade que desde la fecha en la que Gas Natural anunció su OPA sobre ella no se ha producido ninguna modificación de las NIC/NIIF que pueda afectar a la contabilización de la cifra de ingresos correspondiente a los ejercicios 2004 y 2005, ni tampoco puede ya producirse ninguna.
- 158 Endesa alega que, por consiguiente, ninguno de los argumentos de la Comisión permite negar que las cuentas consolidadas del ejercicio 2004 elaboradas conforme a las NIC/NIIF constituyen cuentas definitivas. Pretender postergar la utilización de dichas cuentas hasta que concluya el ejercicio 2005 es manifiestamente contrario a la intención del legislador comunitario, que impuso la aplicación de las normas contables comunitarias desde el 1 de enero de 2005 y no desde el 1 de enero de 2006. En consecuencia, toda la información contable que las empresas que cotizan en bolsa deben divulgar al mercado durante el año 2005, con independencia de que se refiera al ejercicio 2005 o al 2004, se comunica exclusivamente según las NIC/NIIF.
- 159 Endesa concluye que, aunque se adopten modificaciones, pues el perfeccionamiento de un sistema contable es un proceso permanente, no es menos cierto que, como ha reconocido la Comisión en varias ocasiones, «con arreglo al Reglamento [...] nº 1606/2002, es objetivo de la Comisión contar con una plataforma estable de normas internacionales de contabilidad en vigor para el 1 de enero de 2005» [cuarto considerando del Reglamento (CE) nº 2086/2004 de la Comisión, de 19 de noviembre de 2004, por el que se modifica el Reglamento nº 1725/2003 (DO L 363, p. 1), y segundo considerando del Reglamento (CE) nº 2238/2004 de la Comisión, de 29 de diciembre de 2004, que modifica el Reglamento nº 1725/2003 (DO L 394, p. 1)].

- 160 Por lo que respecta al punto 25 de la Decisión, Endesa señala que la Decisión no explica por qué la Comisión no podría valorar los distintos métodos contables disponibles. Esta postura de la Comisión contradice claramente el punto 60 de la Comunicación, en el que la propia Comisión reconoce que es posible «tomar en consideración distintas normas contables, en particular en lo que atañe a la elaboración de cuentas consolidadas, que, si bien están parcialmente armonizadas, no son idénticas en toda la Comunidad» y que «esto es así con cualquier tipo de empresa afectada por el Reglamento [...]». Este punto de la Comunicación, si bien se refiere principalmente a las sociedades de cartera, indica que la posibilidad de tener en cuenta diferentes normas contables se extiende a cualquier empresa, sea cual sea el sector al que pertenezca.
- 161 Endesa se opone a la afirmación, que figura asimismo en el punto 25 de la Decisión, según la cual «el papel de la Comisión, que se describe con mayor detalle en la Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios, se limita a examinar los ajustes específicos exigidos por el artículo 5 del Reglamento [...]» y estima, por el contrario, que la obligación contenida en el artículo 5 del Reglamento incluye el examen de la adecuación de las cuentas de las empresas afectadas para determinar su volumen de negocios real.
- 162 Según Endesa, esta afirmación, contenida en la Decisión, incurre nuevamente en una contradicción manifiesta con la Comunicación, la cual indica en su punto 26 que «la Comisión se propone basar su trabajo en los datos más exactos y fiables de cuantos estén disponibles». En el presente asunto, como resultado del trabajo de armonización realizado por las instituciones comunitarias, existen dos series de cuentas consolidadas correspondientes al ejercicio contable 2004 y era necesario determinar cuáles de los dos tipos de cuentas disponibles eran las más exactas y fiables. Endesa afirma que, a la luz de los informes preparados por sus auditores externos, informes que la Comisión no menciona ni una sola vez en la Decisión, es evidente que las cuentas consolidadas elaboradas conforme a las normas contables españolas distorsionan de manera significativa los ingresos operativos de una empresa que opere en el sector eléctrico.

- 163 Por lo que se refiere a la superioridad técnica de las normas contables comunitarias respecto a las normas nacionales, acerca de la cual la Comisión emite dudas en el punto 26 de la Decisión, Endesa manifiesta que en los actos preparatorios del Reglamento nº 1606/2002 la Comisión se refiere expresamente a la necesidad de mejorar, armonizar y hacer más fiable la información financiera, yendo más allá de lo previsto en la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO 222, p. 11; EE 17/01, p. 55), y que, si esta Directiva hubiera garantizado una información tan clara y fiable como la que requiere el nuevo sistema contable, habría resultado inútil introducirlo. A este respecto, la Comisión no tuvo en cuenta los dictámenes de los auditores externos de Endesa, que explican con claridad las diferencias que existen entre los resultados mostrados en las cuentas preparadas según las distintas normas contables.
- 164 Endesa añade que el fundamento de la Decisión según el cual tanto las normas contables comunitarias actuales como las antiguas tienen por objeto dar una representación fiel de la realidad económica de las empresas ignora las diferencias concretas que existen entre una armonización parcial y una armonización total de las normas, así como los principios básicos del Derecho comunitario y la lógica más elemental. Por lo demás, la propia Comisión señaló que las antiguas Directivas contables «no [cubrían] las necesidades de las empresas que desean obtener capital en los mercados de valores paneuropeos o internacionales» [véase el punto 9 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 13 de junio de 2000, COM(2000) 359 final] y reconoció asimismo que «las NIC [...] constituyen un grupo completo y conceptualmente robusto de normas para la información financiera, que debe responder a las necesidades de la comunidad empresarial internacional».
- 165 Endesa sostiene que la Comisión se equivoca también al considerar que la utilización de cuentas no auditadas sólo es posible en circunstancias excepcionales. Endesa afirma que esta interpretación no resulta de manera explícita ni implícita del Reglamento, que constituye la única regulación aplicable de carácter vinculante, ni tampoco se ajusta al contenido del punto 26 de la Comunicación, según el cual sólo

es necesario probar la existencia de circunstancias excepcionales cuando se pretenda utilizar cuentas de gestión o no definitivas.

166 Endesa alega que aunque se aceptase la tesis de la Comisión sería necesario considerar que en el presente asunto efectivamente existen circunstancias excepcionales. Por una parte, la cuestión de la utilización de unas normas contables u otras es en sí misma excepcional. Por otra parte, el uso de distintos sistemas contables provoca una diferencia en los ingresos de Endesa de 4.400 millones de euros, lo que constituye un hecho poco habitual y que puede producirse en pocos mercados, por lo que el cambio de sistema contable debe considerarse en sí mismo un elemento excepcional y de gran relevancia para el mercado eléctrico español, donde la presencia de un pool obligatorio duplica artificialmente las transacciones desde el punto de vista financiero, si no se realiza la compensación de partidas que exige el nuevo sistema de contabilidad.

167 Por otra parte, Endesa rechaza el fundamento contenido en el punto 25 de la Decisión, según el cual la utilización de las cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF sería contraria a otro «objetivo, igualmente válido, consistente en aplicar criterios sencillos y objetivos para determinar la competencia de la Comisión en los asuntos de concentración, así como al principio general de seguridad jurídica».

168 En cuanto a la objetividad, Endesa sostiene que la Comisión no explica las razones por las cuales las cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF son menos objetivas que otras y olvida que el auditor externo de Endesa certificó que estaban basadas en datos correctos y auditados y que el método de conciliación también era correcto.

- 169 Por lo que se refiere a la simplicidad, según Endesa, todas las empresas comunitarias que cotizan en bolsa estaban informadas desde hacía años de la introducción de los nuevos criterios y sabían que el año 2004 sería un año de transición. Endesa añade que el hecho de considerar que la simplicidad de las reglas de interpretación es un objetivo que tiene el mismo valor jurídico que la obligación de determinar correctamente la competencia de la Comisión es difícilmente conciliable con la Comunicación, que destaca en sus puntos 60 y 61 la necesidad de realizar un análisis minucioso, estricto e incluso gravoso de las cuentas cuando el volumen de negocios se aproxima a los umbrales del Reglamento (asunto IV/M.213 Hong Kong and Shangai Bank/Midland).
- 170 Por lo que respecta al principio de seguridad jurídica, Endesa alega que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que este principio garantiza que la normativa sea «clara y precisa, con el fin de que los justiciables puedan conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia» (sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1981, *Gondrand Frères y Garancini*, 169/80, p. 1931; de 13 de febrero de 1996, *van Es Douane Agenten*, C-143/93, Rec. p. I-431, apartado 27, y de 14 de abril de 2005, *Bélgica/Comisión*, C-110/03, Rec. p. I-2801). Ello no significa que la determinación del volumen de negocios deba ser «fácil» en todos los casos, ni justifica que no se tome en consideración toda la información disponible. Endesa recuerda que la conciliación de cuentas es una obligación derivada de normas comunitarias que cualquier operador prudente debe conocer desde hace varios años y que la protección de los derechos de los operadores económicos no está justificada «cuando un operador económico prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida comunitaria» (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004, *Di Lenardo Adriano y Dilexport*, C-37/02 y C-38/02, Rec. p. I-6911, apartado 70). En este caso, las NIC/NIIF eran claras, precisas y conocidas por los operadores prudentes y diligentes en el momento del lanzamiento de la OPA, por lo que no existió ninguna violación del principio de seguridad jurídica.
- 171 En cuanto al último fundamento, expuesto en el punto 27 de la Decisión, según el cual «la utilización de cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIIF y no auditadas en el presente asunto crearía una disparidad de trato en relación con todos los demás casos en los cuales la Comisión se ha basado en cuentas elaboradas en virtud de normas nacionales para examinar las cuentas auditadas del ejercicio 2004», Endesa destaca que la Comisión no tuvo en cuenta la jurisprudencia según la cual

existe desigualdad de trato no sólo cuando se tratan de manera distinta dos situaciones similares, sino también cuando dos situaciones diferentes reciben un trato semejante. Endesa afirma haber aportado durante el procedimiento administrativo numerosos informes que explicaban el particular tratamiento contable que se aplica a las empresas eléctricas españolas, que no afecta a las demás empresas españolas ni tampoco a las empresas del mismo sector o de otros sectores establecidas en otros Estados miembros.

- 172 Endesa añade que el carácter obligatorio del pool en España, sumado a la naturaleza de las antiguas normas contables, que no permitían la compensación de partidas, implica, entre otros efectos, que transacciones realizadas entre empresas del mismo grupo o, en definitiva, que responden a una única transacción económica, se contabilicen dos veces. Por tanto, en realidad es la Decisión la que provoca un trato discriminatorio, ya que, si se hubiese realizado la misma operación entre empresas del mismo tamaño que Gas Natural y Endesa pero en otros sectores económicos o en otros países de la Comunidad, los volúmenes de negocios de las empresas afectadas se habrían calculado evitando la duplicidad de partidas.
- 173 Endesa concluye que, por todas las razones expuestas anteriormente, la Comisión incurrió en una falta de análisis de la información proporcionada por ella, que se tradujo en una grave carencia en la motivación de la Decisión y en un error manifiesto resultante de no aplicar los principios que se desprenden del artículo 5 del Reglamento y de la Comunicación.
- 174 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, sostiene que ninguna de las alegaciones presentadas por la demandante es fundada.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 175 Por lo que respecta, primero, a las alegaciones de la demandante basadas en que la Comisión cometió un error al descartar la posibilidad de utilizar las cuentas

conciliadas, basta remitirse a la apreciación de las dos primeras partes del motivo. En efecto, ya se ha señalado que las únicas cuentas de Endesa válidas para apreciar si la operación de concentración tiene dimensión comunitaria o nacional son las del ejercicio 2004 elaboradas con arreglo a la normativa española en vigor en el momento de la OPA, revisadas por los auditores y aprobadas por los accionistas, y que, en cualquier caso, las cuentas conciliadas que la demandante presentó a la Comisión, elaboradas únicamente a efectos de comparación, no podían considerarse definitivas. Además, el carácter no definitivo de las cuentas conciliadas de la demandante resulta confirmado por la circunstancia de que, el 19 de septiembre de 2005, modificase dichas cuentas con el fin de incluir ajustes que reducían el volumen de negocios realizado en España en un importe de 111 millones de euros respecto a las cuentas adaptadas a las NIIF y presentadas a la CNMV el 5 de abril de 2005. Por último, la circunstancia de que los cambios introducidos posteriormente en las NIC/NIIF no afectasen al sector eléctrico no influye en el hecho de que las NIC/NIIF aplicables al ejercicio 2005 no tuviesen aún un contenido estable y definitivo en septiembre de 2005, ni tampoco, sobre todo, en el hecho de que no existiese aún una autoridad para interpretar estas nuevas normas. Por otro lado, es necesario destacar que el propio auditor de Endesa afirmó que no podía pronunciarse sobre la validez de los métodos de conciliación aplicados.

- 176 Por lo que se refiere, a continuación, a las circunstancias excepcionales que, a juicio de la demandante, exigían que se utilizasen las cuentas conciliadas, es preciso observar que ninguna de las circunstancias invocadas puede considerarse excepcional. En efecto, en lo que atañe, en primer lugar, a las particularidades del sector eléctrico en España, basta señalar que el pool existe en España desde 1998 y que ni Endesa ni ninguna otra empresa del sector han invocado la necesidad de practicar ningún ajuste en sus cuentas elaboradas con arreglo a los PCGA en ninguno de los procedimientos de control de concentraciones, nacional o comunitario, en los que han participado. Es necesario observar asimismo que las supuestas especificidades y distorsiones graves de la contabilidad de las empresas del sector eléctrico en España a las que alude la demandante tampoco constituyen circunstancias excepcionales, ya que la oportunidad de practicar posibles ajustes para tenerlas en cuenta puede examinarse con independencia del sistema contable. Además, en el presente asunto la Comisión examinó los principales ajustes propuestos por la demandante al respecto.

- 177 En segundo lugar, el hecho de que las NIC/NIIF fueran a sustituir a los PCGA a partir del ejercicio 2005 no puede considerarse excepcional, ni tampoco la necesidad de elaborar cuentas conciliadas correspondientes a 2004 a efectos de comparación. Es cierto que un cambio en la normativa contable constituye un acontecimiento importante e infrecuente en la vida de una empresa, pero la demandante no invoca ningún elemento basado en el tenor y en los objetivos del Reglamento que convierta ese cambio en una circunstancia excepcional. Por otra parte, la aplicación obligatoria de las nuevas normas contables no significa necesariamente que las normas contables aplicables anteriormente fueran poco fiables o imprecisas.
- 178 En tercer lugar, la circunstancia de que la utilización de distintos sistemas contables provoque una diferencia de 4.400 millones de euros en los ingresos de Endesa tampoco puede considerarse excepcional. En efecto, esta diferencia es consecuencia de ajustes cuya oportunidad puede examinarse con independencia del sistema contable.
- 179 En cualquier caso, hay que señalar que las circunstancias excepcionales mencionadas en los puntos 26 y 27 de la Comunicación se refieren únicamente, salvo por lo relativo a las diferencias existentes con las normas contables de Estados que no sean miembros de la Unión Europea, a la necesidad de tener en cuenta los cambios significativos y permanentes que afecten a la realidad económica de las empresas de que se trate (adquisiciones y cesiones posteriores a la auditoría de cuentas, cierre de fábricas). Pues bien, en el caso de autos, la demandante no alega que se hayan producido tales cambios.
- 180 Por lo que respecta, por último, a la alegación basada en la violación del principio de seguridad jurídica, basta observar que las cuentas auditadas ofrecen mayores garantías objetivas, dado que comprometen la responsabilidad de la empresa y del auditor. Por el contrario, lo que sería incompatible con el objetivo consistente en aplicar criterios sencillos y objetivos para la determinación de la dimensión de una concentración sería utilizar cuentas que no han sido aprobadas por los accionistas ni

confirmadas por una auditoría externa. Debe recordarse que el propio fundamento del sistema de umbrales establecido por el artículo 1 del Reglamento es proporcionar un método sencillo y eficaz para determinar la autoridad competente. Como ha alegado acertadamente la Comisión, el uso de cuentas oficiales y auditadas y la limitación de los ajustes practicados en dichas cuentas, en principio, a los que sean estrictamente indispensables a la luz del artículo 5 del Reglamento son elementos esenciales de este método sencillo, previsible y eficaz.

- 181 Por otra parte, aceptar la tesis de Endesa equivaldría a admitir que en cualquier operación de concentración la Comisión debe efectuar un examen contable previo para comprobar que las cuentas de las empresas afectadas son conformes a los principios expuestos en el artículo 5 del Reglamento.
- 182 En cuanto a la alegación de Endesa según la cual la utilización de las cuentas conciliadas no habría vulnerado en modo alguno el principio de seguridad jurídica, dado que cualquier operador diligente estaba en condiciones de prever la entrada en vigor de un nuevo sistema contable, procede indicar que un operador diligente y razonable no habría podido prever que la Comisión descartaría las únicas cuentas oficiales que habían sido auditadas. Por otro lado, hay que recordar que las normas contables NIC/NIFE, y más aún su interpretación, todavía no estaban definitivamente fijadas en septiembre de 2005.
- 183 En cualquier caso, procede recordar una vez más que las cuentas conciliadas presentadas por la demandante a la Comisión no pueden ser consideradas definitivas.
- 184 Por último, la alegación basada en la supuesta discriminación existente respecto a las concentraciones que se realicen en otros sectores o en otros Estados miembros debe desestimarse por carecer manifiestamente de fundamento. Por una parte, se basa en simples afirmaciones y en la premisa de que las cuentas oficiales y auditadas de Endesa correspondientes al ejercicio 2004 no reflejan la realidad económica, premisa

que no se ha acreditado. Por otra parte, dado que la práctica de la Comisión consiste en basarse en las cuentas oficiales auditadas, sería, por el contrario, el abandono de esta práctica sin que existan circunstancias excepcionales lo que podría percibirse como una discriminación. Además, las cuentas auditadas que se utilizan para apreciar la dimensión de la operación pueden ser objeto de ajustes eventuales que tengan en cuenta las posibles especificidades del sector o del país de que se trate. A este respecto, es necesario recordar que la Comisión examinó los ajustes propuestos por la demandante.

185 Resulta de lo anterior que no puede estimarse la tercera parte del tercer motivo.

186 Por consiguiente, procede desestimar el tercer motivo.

Sobre el cuarto motivo, referente al rechazo del ajuste por «pass through» y del ajuste relativo a los intercambios de gas

187 En el marco del presente motivo, Endesa se opone al rechazo por parte de la Comisión de dos ajustes que reclamaba, uno de los cuales se refiere a las operaciones de distribución (el ajuste por «pass through») y el otro a los intercambios de gas. Procede observar, con carácter preliminar, que las cuentas anuales de la demandante correspondientes a 2004 y elaboradas con arreglo a los PCGA indican que su volumen de negocios en España representaba el 80,07 % de su volumen de negocios comunitario. Si se estimase que los dos ajustes controvertidos, solicitados por Endesa, estaban justificados, el porcentaje de su volumen de negocios realizado en España se reduciría al 73,94 % de su volumen de negocios comunitario. En consecuencia, aunque se estimase este motivo, ello no significaría automáticamente que la operación de que se trata tiene dimensión comunitaria, sino que la Comisión habría de examinar los demás ajustes propuestos por la demandante y los propuestos por Gas Natural sobre los cuales no se pronunció en la Decisión, porque únicamente una combinación de numerosos ajustes permitiría descender por debajo del umbral de los dos tercios.

- 188 Dado que el ajuste por «pass through» es necesario en cualquier caso para que la operación de concentración pueda alcanzar dimensión comunitaria, es necesario examinar en primer lugar la primera parte del motivo, que se refiere a éste.

Alegaciones de las partes

- 189 Endesa señala que el artículo 5, apartado 1, del Reglamento está copiado literalmente del artículo 23 de la Ley alemana de competencia (GWB), cuyo artículo 29 indica que «los ingresos por actividades no ordinarias se tendrán en cuenta únicamente en ocasiones excepcionales». En consecuencia, únicamente la parte de los ingresos relacionada con la actividad de distribución debería ser considerada a la hora de determinar el volumen de negocios de la empresa distribuidora, es decir, únicamente la comisión por dicha actividad.
- 190 A este respecto, Endesa denuncia la apreciación errónea de la Comisión sobre el valor jurídico de la Comunicación y el hecho de que no examinase los ajustes propuestos de conformidad con el Reglamento. Observa que en el punto 33 de la Decisión la Comisión afirma que, «a este respecto, es necesario tener en cuenta que la Comunicación [...] no hace referencia en ningún momento al concepto de importe “repercutido” (en parte) y procedente de la venta de productos y la prestación de servicios por la empresa». Pues bien, la única base jurídica para el cálculo del volumen de negocios es el Reglamento, mientras que la Comunicación sólo tiene el valor de un acto interpretativo de la Comisión. Cualquier interpretación contraria viola el principio de jerarquía normativa. En el caso de autos, dado que la actividad de la empresa distribuidora comprende costes que corresponden a meras cantidades «repercutidas», sólo la comisión por estas actividades debe considerarse incluida en el concepto de «actividad ordinaria» recogido en el artículo 5 del Reglamento.
- 191 Endesa añade que, siguiendo su enfoque erróneo consistente en basar su motivación en la Comunicación, la Comisión hace referencia al contenido de los puntos 7, 11 y

13 de la Comunicación y afirma que, «habida cuenta de las circunstancias del presente asunto, las distribuidoras de electricidad españolas no pueden asimilarse a las empresas que actúan como meras intermediarias y cuyo volumen de negocios está constituido exclusivamente por el importe de las comisiones que perciben». Así, a juicio de Endesa, la Comisión describe el funcionamiento de la actividad de las distribuidoras y del pool en España sin motivar por qué en este caso las distribuidoras no son meras intermediarias. La Comisión no examina la cuestión de si efectivamente las distribuidoras obtienen beneficios económicos de esta actividad, más allá de la mera remuneración de sus servicios en función de la tarifa regulada. De hecho, la Comisión no tiene en cuenta que el Real Decreto por el que se determina la tarifa eléctrica de cada año establece la retribución que las empresas distribuidoras percibirán por el ejercicio de sus funciones en dicho período, retribución que es independiente de las ventas de energía que las distribuidoras puedan realizar y, por tanto, de la cantidad de energía que se les suministre.

192 A juicio de Endesa, como las operaciones realizadas por las empresas distribuidoras no aportan ningún valor a la transacción, dado que la retribución de la actividad de distribución se determina *ex ante*, con carácter previo y de manera independiente respecto a las operaciones de compraventa de energía, éstas son operaciones neutras a efectos del cálculo del volumen de negocios. El papel de intermediarias de las empresas distribuidoras se desprende expresamente del artículo 4 del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, de modo que, al contrario de lo que ocurre en el sector liberalizado, la distribuidora que recauda la tarifa regulada conserva sólo la remuneración de su servicio y transfiere al resto de los operadores el remanente pagado por el usuario. En el supuesto de que exista un déficit de recaudación, es el productor el que lo soporta.

193 Por lo que respecta al fundamento de la Decisión según el cual las distribuidoras asumen el riesgo financiero de impago y, en consecuencia, no son intermediarias, Endesa manifiesta que la Comisión interpreta de manera errónea la información remitida por ella al respecto y el concepto de «intermediario» que figura en el punto 13 de la Comunicación.

- 194 Por una parte, Endesa recuerda que las distribuidoras no asumen ningún riesgo financiero de impago que no esté compensado por un elemento incorporado en la tarifa, ya que el sistema regulado (y no el operador de manera unilateral) prevé un mecanismo de fianzas que permite evitar estos riesgos. Por otra parte, indica que la existencia o no de riesgo financiero permite diferenciar entre la situación del agente y la de un comisionista independiente. A su juicio, la Comisión interpreta, sin base jurídica, que el concepto de «intermediario» se refiere únicamente a los agentes, mientras que es necesario vincularlo a la naturaleza de las actividades del agente.
- 195 Endesa afirma que calificar de intermediarias a las empresas distribuidoras corresponde a la práctica habitual en el sector energético en España. Basta observar que Gas Natural también practica el ajuste por «pass through», no sólo en sus cuentas elaboradas con arreglo a las NIC/NIFE, sino también en las cuentas formuladas según las normas contables españolas. Así pues, en opinión de Endesa, la Comisión, al negarle el ajuste por «pass through», le impidió homogeneizar el volumen de negocios de su actividad de distribución con el de la empresa adquirente.
- 196 Endesa estima que la negativa a tener en cuenta el ajuste propuesto por ella, además, está viciada por una grave carencia en el análisis de un elemento que la Comisión finalmente consideró determinante, que se traduce en una actuación ilegal y en la insuficiencia de la motivación. Endesa señala que la Comisión emitió de repente dudas al respecto en la fase final del procedimiento, cuando nunca había solicitado aclaraciones sobre este extremo con anterioridad. Concretamente, la Comisión no manifestó ninguna duda ni pidió ninguna explicación entre el 19 de septiembre de 2005 y el 8 de noviembre de 2005, fecha en la que concedió a Endesa un plazo de veinticuatro horas para contestar a una serie de preguntas que resultarían determinantes en la motivación de la Decisión.
- 197 Además, en opinión de Endesa, el análisis de este ajuste es incompleto también a la luz de otros elementos, y la motivación de la Decisión es manifiestamente contradictoria. A su juicio, si se considera que las distribuidoras no actúan como

intermediarias, es necesario analizar si una parte de las operaciones de distribución son operaciones intragrupo y, en concreto, si existe una doble contabilización de la misma transacción cuando la energía distribuida por Endesa Distribución ha sido adquirida a Endesa Generación a través del pool.

198 A este respecto, Endesa indica que, el 10 de noviembre de 2005, la Comisión le pidió oralmente aclaraciones sobre este aspecto del ajuste. En sendos correos electrónicos de 11 y 12 de noviembre de 2005 Endesa insistió en que la lógica de este ajuste iba más allá de la simple eliminación de la parte intragrupo, proponiendo, sin embargo, aportar datos relativos a las operaciones intragrupo. La Comisión nunca reaccionó a estos correos electrónicos y no se pronunció sobre esta cuestión en la Decisión.

199 Endesa alega que el análisis efectuado por la Comisión es contradictorio en la medida en que la Comisión señala en la Decisión que no se pronunciará sobre el ajuste propuesto en relación con la facturación intragrupo, pero rechaza el ajuste relativo al «pass through», que contiene una parte sustancial de ventas intragrupo. Además, la Decisión insiste en la irrelevancia de las eventuales transacciones intragrupo, pero afirma que Endesa no suministró datos sobre su porcentaje, a pesar de los correos electrónicos mencionados, frente a los cuales la Comisión no reaccionó.

200 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, sostiene que las empresas distribuidoras no son meras intermediarias o comisionistas y que, por tanto, deben desestimarse las alegaciones de la demandante.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

201 La demandante formula varias alegaciones, relativas tanto a la motivación como al fondo, contra la negativa de la Comisión a practicar un ajuste en los ingresos de las

empresas distribuidoras afectadas para eliminar los ingresos percibidos en nombre de terceros. Alega esencialmente que en el Derecho español las distribuidoras de electricidad están obligadas a recaudar a sus clientes determinados importes para repercutirlos posteriormente a los productores de electricidad y a los operadores de la red y que, por tanto, estos importes deben deducirse de los ingresos que figuran en la contabilidad de Endesa, ya que no son importes «resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las empresas afectadas [...] correspondientes a sus actividades ordinarias» en el sentido del artículo 5, apartado 1, del Reglamento.

202 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la alegación de la demandante según la cual la Comisión cometió un error al basar su apreciación únicamente en que la Comunicación no prevé ningún ajuste para los supuestos de repercusión, es necesario señalar, por una parte, que la demandante no impugna la legalidad de dicha Comunicación, sino que sostiene que la Comisión le reconoció un alcance excesivo, cuando en realidad tiene el valor de un mero acto interpretativo, y que debería haber examinado el ajuste propuesto según lo dispuesto en el Reglamento, que constituye la única base jurídica para el cálculo del volumen de negocios.

203 A este respecto, es preciso recordar que la Comisión está obligada a aplicar la Comunicación en la medida en que no sea contraria al Reglamento y que ésta establece que, con carácter excepcional, deben efectuarse determinados ajustes en determinadas circunstancias. Dado que la demandante intentó durante el procedimiento administrativo vincular los ajustes propuestos con las categorías de ajustes mencionadas en la Comunicación, no se puede reprochar a la Comisión que aludiera en la Decisión a los puntos 7, 11 y 13 de la Comunicación para refutar los argumentos formulados por la demandante en relación con esos mismos puntos durante el procedimiento administrativo.

204 Por otra parte, procede observar que, si bien la Decisión indica que la Comunicación no hace ninguna referencia al concepto de importe «repercutido» y procedente de la venta de productos y la prestación de servicios por la empresa, la circunstancia de que la Comunicación no prevea un ajuste en caso de repercusión de costes no es la única razón por la cual la Comisión no practicó el citado ajuste. En efecto, la

Comisión señaló asimismo en la Decisión (puntos 33 *in fine*, 34 y 35), entre otras cosas, que las distribuidoras de electricidad españolas no pueden asimilarse a las empresas que actúan como meras intermediarias, cuyo volumen de negocios está constituido exclusivamente por el importe de las comisiones que perciben por las siguientes razones: las distribuidoras de electricidad están obligadas no sólo a transportar la electricidad a través de sus redes de distribución, sino también a suministrar la electricidad a los clientes que deciden permanecer en el sistema regulado; la distribución de electricidad implica la venta a consumidores finales de productos anteriormente adquiridos por las distribuidoras; los gastos derivados de la compra de electricidad deben considerarse costes para las empresas distribuidoras; el riesgo de impago por los clientes finales del precio de la electricidad suministrada es soportado por las empresas distribuidoras, y es la distribuidora la que responde de cualquier incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato suscrito con el cliente final.

205 En consecuencia, debe desestimarse la alegación de la demandante según la cual la Comisión cometió un error al basar su apreciación únicamente en que la Comunicación no prevé ningún ajuste por «pass through».

206 Por lo que respecta, en segundo lugar, a la alegación de que la motivación es insuficiente, basta remitirse a los puntos 30 a 36 de la Decisión, que exponen los fundamentos considerados por la Comisión para rechazar el ajuste por «pass through», resumidos anteriormente de manera sucinta, para apreciar que no puede estimarse.

207 A continuación, es necesario examinar si la Comisión actuó acertadamente al declarar en la Decisión que no procedía practicar el ajuste por «pass through».

208 A este respecto, es necesario recordar primero que, como se indica en el punto 9 de la Comunicación, el concepto de volumen de negocios definido en el artículo 5 del

Reglamento se refiere de manera expresa a «los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios». Por tanto, la venta, reflejo de la actividad empresarial, constituye el criterio fundamental para determinar el volumen de negocios, con independencia de que se trate de productos o de la prestación de servicios.

209 Por otra parte, los imperativos de seguridad jurídica y de rapidez que prevalecen en el marco del control de concentraciones exigen que tanto las empresas como las autoridades de defensa de la competencia puedan basarse, en principio, en un criterio previsible e inmediatamente accesible. En tales circunstancias, el volumen de negocios que ha de tenerse en cuenta para determinar la autoridad competente para conocer de una operación de concentración, en principio, debe definirse a partir de las cuentas anuales publicadas. Por tanto, sólo con carácter excepcional, cuando lo justifican circunstancias particulares, procede practicar determinados ajustes destinados a reflejar mejor la realidad económica de las empresas afectadas.

210 Además, es necesario destacar que el artículo 5 del Reglamento alude a la totalidad del volumen de negocios y no sólo a una parte de éste. Con carácter excepcional, la Comunicación prevé la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, el volumen de negocios se determine de una manera que no sea la referencia a la totalidad de las ventas de productos y prestaciones de servicios. A este respecto, el punto 13 de la Comunicación establece lo siguiente:

«Habida cuenta de la complejidad que caracteriza al sector de servicios, el principio general que antecede puede tener que adaptarse a las condiciones específicas del servicio prestado. Así, en determinados ramos de actividad (turismo, publicidad, etc.), el servicio puede venderse por mediación de terceros. Dada la diversidad que presentan tales sectores, los supuestos posibles son múltiples: puede darse el caso, por ejemplo, de que el volumen de negocios de una empresa de servicios que actúe como intermediario consista únicamente en el importe de las comisiones que percibe.»

- 211 Hay que señalar, en primer lugar, que este punto de la Comunicación se refiere a una categoría particular de intermediarios que forman parte del sector de los servicios y cuya única remuneración es el importe de las comisiones que perciben. Por tanto, se trata de una excepción a la regla general, según la cual el volumen de negocios pertinente debe determinarse sobre la base del importe total de las ventas. Por consiguiente, este concepto de intermediario ha de interpretarse de manera restrictiva.
- 212 En segundo lugar, procede observar que la demandante no afirma que en el Derecho español su actividad se realice en el marco de un contrato de agencia o de comisión, o de otra forma de contrato similar. Es necesario reconocer que la demandante no vende la electricidad al consumidor final en nombre y por cuenta de los productores de electricidad o de los operadores de la red.
- 213 Además, puesto que Endesa no ha presentado elementos de carácter jurídico en sentido contrario, la relación jurídica existente entre Endesa y los consumidores finales debe considerarse un contrato de venta de electricidad. Esta venta constituye un acto mercantil que implica una transmisión de la propiedad.
- 214 Lo mismo sucede con la relación jurídica existente entre Endesa y el productor de electricidad que se la suministra, ya sea a través del mercado de la electricidad OMEL o de otra manera. El artículo 41, apartado 2, de la Ley 54/1997, del sector eléctrico, establece que las distribuidoras de electricidad tienen, entre otros, derecho a adquirir la energía eléctrica necesaria para atender el suministro de sus clientes y a percibir la retribución que les corresponda por el ejercicio de la actividad de distribución. El artículo 45, apartado 1, letra h), de la misma Ley dispone que las empresas distribuidoras tienen la obligación, en relación con el suministro de energía eléctrica, de adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones de acuerdo con el procedimiento de liquidación que al efecto se establezca.

- 215 A la luz de estas disposiciones, procede desestimar las alegaciones expuestas por la demandante en la vista según las cuales la distribuidora no es propietaria de la energía, dado que en el momento en que el productor pone en circulación la energía en el sistema ésta se convierte en el mismo instante en propiedad del cliente. Además, el artículo 11, apartado 4, de la Ley 54/1997 dispone que, salvo pacto en contrario, la transmisión de la propiedad de la energía eléctrica se entenderá producida en el momento en que la misma tenga entrada en las instalaciones del comprador.
- 216 En consecuencia, la actividad de las distribuidoras consistente fundamentalmente en comprar electricidad o gas a sus proveedores y en distribuirlo y venderlo al consumidor final no puede calificarse como una prestación de servicios que se limite a suministrar un producto por cuenta de los productores y de los demás operadores. Por tanto, Endesa no puede ser considerada, desde el punto de vista jurídico, una mera intermediaria en el sentido del punto 13 de la Comunicación y, en principio, no puede ampararse en la excepción prevista en esta disposición, ya que los ingresos que obtiene de la distribución corresponden a sus actividades ordinarias en el sentido del artículo 5, apartado 1, del Reglamento. Por consiguiente, el ajuste controvertido no puede justificarse por el carácter supuestamente excepcional de la actividad de venta de las empresas distribuidoras.
- 217 Por otro lado, hay que observar que el artículo 20 de la Ley 54/1997 no introduce ninguna disposición particular para tener en cuenta la especificidad de las empresas como la demandante. Así, su apartado 2, párrafo tercero, tiene el siguiente tenor: «en el caso de las sociedades que tengan por objeto la realización de las actividades reguladas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la presente Ley, llevarán en su contabilidad cuentas separadas que diferencien entre los ingresos y costes imputables estrictamente a la actividad del transporte, a la actividad de distribución y, en su caso, los correspondientes a actividades de comercialización y venta a clientes a tarifa». Como señala acertadamente la Comisión, esta disposición no hace referencia a los PCGA españoles aplicables a los meros comisionistas.

- 218 No obstante, Endesa alega que la Comisión no analizó si efectivamente las distribuidoras obtenían beneficios económicos de esta actividad, más allá de la mera remuneración de sus servicios en función de la tarifa regulada.
- 219 A este respecto, es necesario poner de manifiesto que la mera circunstancia de que la remuneración de la actividad de distribución esté regulada, en mayor o menor medida, no basta por sí sola para concluir que la remuneración de las distribuidoras deba calificarse como una simple comisión a efectos de la aplicación del Reglamento.
- 220 Aun así, Endesa sostiene que el papel de intermediarias de las distribuidoras se desprende expresamente del artículo 4 del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.
- 221 Sin embargo, del citado artículo no resulta que la actividad de distribución sea una mera intermediación. En particular, este artículo no indica que una empresa distribuidora conserve únicamente la remuneración de su servicio y transfiera el remanente a los demás operadores, sino que establece una lista de ingresos y costes liquidables a efectos de la aplicación del Real Decreto.
- 222 En cuanto al hecho, aducido por la demandante, de que las operaciones realizadas por las empresas distribuidoras no aporten ningún valor a la transacción, procede señalar, al igual que la Comisión, que la distribución incluye una serie de actividades que van más allá del simple suministro de energía. Así, la distribuidora además utiliza su marca y presta un servicio integral al cliente, que incluye la atención al

cliente, recomendaciones de seguridad, la inspección de las instalaciones, la lectura de contadores, la facturación y el cobro. Por otra parte, es necesario observar que el hecho de que un sector esté regulado no crea en modo alguno la ficción económica de que la distribución no genera ningún valor añadido ni ningún flujo de ingresos.

223 Por lo que respecta a las alegaciones de la demandante según las cuales, por un lado, la retribución de las distribuidoras se fija cada año con independencia de las compras y ventas de energía y, por otro, estas empresas no asumen ningún riesgo de impago, ha de señalarse, en primer lugar, que el Real Decreto 2819/1998, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, establece en su artículo 15 los elementos de la retribución de la actividad de distribución, a saber: los costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones, los costes de la energía circulada, los costes de un modelo que caracterice las zonas de distribución, los costes de los incentivos para la calidad del suministro y la reducción de pérdidas y otros costes necesarios para desarrollar la actividad de distribución, entre los que se incluyen los costes de gestión comercial.

224 Dado que uno de los elementos de la retribución de la actividad de distribución es el coste de la energía circulada, la afirmación de la demandante según la cual la retribución de las empresas distribuidoras es absolutamente independiente de las ventas de energía que realicen y, por tanto, de la cantidad de energía que se les suministre carece de fundamento.

225 En segundo lugar, es preciso observar que, si bien, con arreglo al artículo 20 del Real Decreto 2819/1998, la retribución global de la actividad de distribución se calcula anualmente *ex ante*, las distribuidoras deben soportar los riesgos derivados de su propia gestión, en particular por lo que respecta a sus previsiones de la demanda. En efecto, la distribuidora compra la electricidad al pool a precio de mercado pero, según se desprende del artículo 4, letra e), del Real Decreto 2017/1997, es retribuida sobre la base del precio medio ponderado. Así, cuando se liquidan los costes de adquisición de la energía, conforme al anexo I.6 del Real Decreto 2017/1997, el coste

que se imputa a la distribuidora no es el coste que ha pagado efectivamente en el mercado sino el precio medio ponderado de las compras de energía por parte de las distribuidoras durante el período de liquidación. Por tanto, la distribuidora que pague un precio superior a la media perderá la diferencia, puesto que habrá soportado un coste real superior al que se le pagará efectivamente. Por el contrario, la distribuidora que pague un precio inferior a la media obtendrá un beneficio adicional. En consecuencia, como, por otro lado, reconoce la demandante en su respuesta a una pregunta escrita del Tribunal de Primera Instancia, el sistema en vigor sólo remunera la actividad de distribución teórica y la remuneración real dependerá del nivel de eficacia de las distribuidoras en la compra de energía.

226 Por otra parte, por lo que respecta a las ventas de electricidad por las distribuidoras a los consumidores finales, es necesario observar que la demandante no ha demostrado que sea inexacta la afirmación que figura en el punto 35 de la Decisión según la cual el riesgo de impago por los clientes finales del precio (regulado) de la electricidad suministrada es soportado por las empresas distribuidoras. Si bien es cierto que existe un mecanismo que permite tener en cuenta en cierta medida el riesgo de impago de manera general, no es menos cierto que es la distribuidora quien soporta dicho riesgo, según se desprende del artículo 4, letra a), última frase, del Real Decreto 2017/1997, según el cual «en el procedimiento de liquidación se computarán los ingresos obtenidos por estos conceptos a partir de los datos de facturación, con independencia de su cobro». Dado que esta disposición alude a la facturación y no a los importes efectivamente cobrados, debe considerarse que el riesgo de impago de la factura por parte del cliente recae sobre la empresa distribuidora.

227 La circunstancia de que el artículo 79, apartado 7, del Real Decreto 1955/2000, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, establezca que las empresas eléctricas pueden exigir la entrega de un depósito de garantía no desvirtúa esta conclusión. En efecto, por una parte, el importe de dicho depósito está limitado a la facturación mensual correspondiente a cincuenta horas de utilización de la potencia contratada. Por otra parte, la citada disposición prevé asimismo que algunas categorías de consumidores en un ámbito geográfico determinado pueden quedar exentas del pago de este depósito. Por último, según la disposición transitoria sexta de dicho Real Decreto, no se puede exigir este depósito

a los consumidores que ya recibían el suministro a tarifa regulada en el momento de su entrada en vigor. Pues bien, como señala la Comisión, sin que la demandante lo haya negado, la gran mayoría de los consumidores de electricidad a tarifa regulada habían suscrito su contrato de suministro de electricidad antes del año 2000. En consecuencia, estos depósitos de garantía sólo cubren una parte limitada del riesgo de impago.

228 En cuanto al hecho de que la calificación de intermediarias de las distribuidoras corresponda a la práctica habitual en el sector energético en España, procede observar, aunque esta cuestión no es decisiva, que a raíz de la pregunta escrita formulada por el Tribunal de Primera Instancia y de las observaciones presentadas por las partes en la vista resultó que no existía unanimidad en relación con la práctica del ajuste por «pass through» entre las empresas del sector.

229 Por último, por lo que respecta a la afirmación de la demandante según la cual la negativa a tener en cuenta el ajuste por «pass through» está viciada por una grave carencia en el análisis, que se traduce en una actuación ilegal y en la insuficiencia de la motivación, debido a que la Comisión emitió de repente dudas acerca de este ajuste en la fase final del procedimiento, cuando nunca había solicitado a Endesa aclaraciones sobre este extremo con anterioridad, basta señalar que la circunstancia de que determinados datos se recabaran al final del procedimiento no puede por sí sola viciar de ilegalidad la Decisión. Además, la complejidad del asunto justifica que la Comisión intentase obtener información adicional, incluso en la fase final del procedimiento y después de haber adquirido un conocimiento más detallado del contexto. Por otra parte, y en cualquier caso, es necesario observar que la petición de información enviada por la Comisión el 28 de septiembre de 2005 ya contenía varias preguntas relativas a la posible eliminación de determinados ingresos obtenidos en España (preguntas 2 y 3) y que la demandante aportó en su respuesta aclaraciones relativas al ajuste por «pass through» (escrito de 5 de octubre de 2005).

230 Se desprende de lo anterior que deben desestimarse los argumentos de la demandante presentados para justificar la alegación basada en el rechazo del ajuste por «pass through».

- 231 En tales circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia observa que no es necesario examinar la fundamentación de la tesis subsidiaria de la demandante, según la cual, aunque se considere que las distribuidoras no actúan como intermediarias, es necesario analizar además si una parte de las operaciones de distribución son operaciones intragrupo. En efecto, de la respuesta de la demandante a la pregunta escrita de este Tribunal resulta que el ajuste correspondiente asciende a 1.510 millones de euros. Pues bien, se deduce de los autos que, aunque se aceptasen todos los demás ajustes que propone la demandante y se rechazasen todos los «contraajustes» que propone Gas Natural, este importe no bastaría para que la operación de concentración pudiese tener dimensión comunitaria.
- 232 A la luz de estas consideraciones, procede desestimar la primera parte del cuarto motivo.
- 233 Dado que el ajuste por «pass through» sería preciso en todo caso para que la operación de concentración pudiera alcanzar dimensión comunitaria, tampoco es necesario examinar la segunda parte del motivo, relativa a los intercambios de gas.
- 234 Resulta de lo anterior que debe desestimarse el cuarto motivo.

Sobre el quinto motivo, basado en la violación de los criterios establecidos en la Comunicación, en la falta de análisis y de motivación y en la desviación de poder

Alegaciones de las partes

- 235 Endesa considera que, por las razones mencionadas en los motivos de anulación segundo, tercero y cuarto y por los vicios de procedimiento de que adolece la Decisión, ésta debe anularse sin necesidad de pronunciarse sobre la valoración

manifiestamente errónea que hace la Comisión de los demás ajustes propuestos. Indica que, dado que solicita que el recurso se tramite mediante procedimiento acelerado, se limita a invocar la insuficiencia de la motivación de la Decisión a este respecto.

236 Endesa critica el enfoque seguido por la Comisión, consistente en referirse a la falta de una base jurídica específica en la Comunicación para rechazar varios ajustes y en examinar algunos ajustes y otros no.

237 Por lo que se refiere al primer aspecto, Endesa afirma que la Comisión parece olvidar que la base jurídica para calcular el volumen de negocios de las empresas afectadas es el artículo 5 del Reglamento y no la Comunicación. El hecho de considerar admisibles únicamente los ajustes previstos en ella o en los términos allí indicados, sin preguntarse si dichos ajustes son conformes o no al Reglamento, constituye un error manifiesto.

238 En cuanto al segundo aspecto, Endesa estima que la Comisión debería haber explicado con qué criterio seleccionó los ajustes que merecían ser objeto de análisis y aquellos que podían no valorarse. La justificación aducida en el punto 70 de la Decisión, según la cual «la Comisión considera [...] que no es necesario resolver esta cuestión, dado que la concentración de que se trata no tendría dimensión comunitaria aunque se aceptasen estos ajustes», es inaceptable, ya que podría decirse lo mismo de muchos otros ajustes, mucho menos relevantes y que sí fueron examinados.

239 Endesa invoca otros elementos que, considerados conjuntamente, constituyen, a su juicio, indicios claros y unívocos de que existió desviación de poder. Es cuando menos singular, por ejemplo, que la Comisión no valore ninguno de los ajustes propuestos por Gas Natural, a excepción de uno solo, el relativo a las «sociedades no

consolidadas» del grupo, que juega, aunque de forma insignificante, en contra de Endesa. Aún más significativo es el hecho de que la Comisión omitiese mencionar en la Decisión el caso de otra sociedad no consolidada (Ergon Energía), que Endesa había mencionado en su respuesta a la petición de información de la Comisión de 4 de noviembre de 2005. Pues bien, a juicio de Endesa, si se considerasen todas las sociedades no consolidadas, la balanza se inclinaría hacia la dimensión comunitaria de la operación. Igualmente sorprendente es la motivación de la cuestión relativa a los ingresos adicionales de Endesa en Italia (puntos 60 a 64 de la Decisión), en la cual la Comisión hizo referencia a dos partidas pero no se pronunció sobre la que era económicamente más relevante.

240 Endesa sostiene que una lectura atenta de la Decisión permite entrever que el único objetivo de la Comisión era limitar los riesgos de que la Decisión fuese anulada por este Tribunal, cuando correspondía a ésta aplicar las normas en materia de competencia y, en particular, exponer las razones por las cuales rechazaba los ajustes propuestos.

241 Endesa afirma que la dejación por parte de la Comisión de sus responsabilidades relativas a la determinación de su competencia constituye una desviación de poder, que, además, vulnera su derecho de defensa por la inexistencia de una motivación suficiente, más aún teniendo en cuenta que Endesa colaboró activamente a lo largo del procedimiento administrativo, aportando una serie de datos solicitados por la Comisión.

242 Endesa sostiene que el plazo de veinticuatro horas que se le concedió para responder a una petición de información enviada cincuenta días después del comienzo del procedimiento y que iba a resultar determinante en la motivación de la Decisión es otro indicio de la existencia de desviación de poder y constituye además una violación del derecho de defensa.

243 A la luz de los elementos anteriormente indicados y, en particular, de la falta de justificación de la elección de los ajustes que se examinarían y de la insuficiencia de la motivación, y habida cuenta de sus argumentos relativos a las dos cuestiones principales (las normas contables, por un lado, y el ajuste por «pass through» y el correspondiente a los intercambios de gas, por otro), Endesa considera que es innecesario desarrollar sus argumentos en contra de la valoración de los distintos ajustes examinados en los puntos 37 a 72 de la Decisión.

244 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, afirma que el presente motivo se compone de argumentos variados, que se limitan fundamentalmente a expresar la sorpresa de la demandante ante determinados aspectos de la Decisión y cuyo único objeto parece ser que se consideren impugnadas las apreciaciones de los ajustes que no se impugnan expresamente. La Comisión sostiene que esta crítica no está en modo alguno justificada y no remite a ningún pasaje específico de la Decisión. Por ello, estima que se trata de un motivo inadmisibles, ya que no cumple los requisitos de forma previstos en el artículo 44 del Reglamento de Procedimiento. Añade que, aunque los errores invocados fueran reales, no podrían probar una desviación de poder.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

245 En el marco de este motivo, la demandante formula una serie de alegaciones heterogéneas relativas a los demás ajustes rechazados en la Decisión, a los ajustes sobre los cuales la Comisión no se pronunció en la Decisión o al plazo de respuesta a una petición de información. Por último, la demandante invoca una desviación de poder.

246 Por lo que respecta, en primer lugar, al examen de los demás ajustes propuestos y que fueron objeto de análisis en la Decisión, la demandante se limita a alegar que la Comisión los rechazó por la mera razón de que no están previstos en la Comunicación.

247 Es cierto que, como recuerda la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia ya ha tenido ocasión de indicar que un procedimiento acelerado, en el que no hay turno de réplica y dúplica, exige que las alegaciones de la demandante estén expresadas, desde un principio, de forma clara y definitiva, en la demanda (sentencia EDP/Comisión, citada en el apartado 93 de la presente sentencia, apartado 183). No obstante, en el caso de autos, la alegación es admisible dado que se puede entender, aunque está expuesta con brevedad y escasamente fundamentada, que imputa a la Comisión un error por haber considerado admisibles únicamente los ajustes previstos en la Comunicación, sin comprobar si estos ajustes eran o no conformes a lo dispuesto en el Reglamento.

248 Sin embargo, esta alegación debe desestimarse en cuanto al fondo. En efecto, del examen de la Decisión resulta que, al contrario de lo que sostiene la demandante, la Comisión no rechazó ninguno de los ajustes controvertidos únicamente porque no estuviese previsto de manera expresa en la Comunicación.

249 Así, el rechazo de los ajustes contemplados en los puntos 41 a 44 de la Decisión no se basa en la Comunicación sino en la circunstancia de que son ajustes que no fueron auditados o que no estaban justificados (punto 44 de la Decisión). Tampoco se hace referencia a la Comunicación en relación con el ajuste analizado en los puntos 45 a 50 de la Decisión. Por otra parte, el rechazo del ajuste examinado en los puntos 51 a 55 de la Decisión se basa en la consideración de que se trata de costes que las empresas eléctricas deben soportar para permanecer activas en el mercado y la conclusión se refiere al artículo 5, apartado 1, del Reglamento. El ajuste examinado en los puntos 56 y 57 de la Decisión se rechaza porque, desde el punto de vista contable, la transmisión de activos de que se trata debía considerarse en sí misma un ingreso, con independencia de que los activos transmitidos generasen ingresos por sí solos o no. Además, la Comisión estimó que ese tipo de práctica era habitual o, cuando menos, no era excepcional. La conclusión alude asimismo al artículo 5, apartado 1, del Reglamento. La crítica de la demandante también es infundada por lo que respecta al ajuste analizado en los puntos 58 y 59, en los cuales se indica que Endesa no demostró de manera suficientemente clara que los ingresos de que se trataba se referían realmente a años anteriores, y en lo que atañe al ajuste

contemplado en los puntos 60 a 64 de la Decisión, que se rechaza en virtud del principio de prudencia y del propio Reglamento. Por último, en cuanto al ajuste examinado en los puntos 65 a 68 de la Decisión, la conclusión también se refiere al artículo 5 del Reglamento.

- 250 En consecuencia, no puede estimarse la alegación de la demandante relativa a los demás ajustes rechazados en la Decisión.
- 251 Por otra parte, es necesario señalar que la demandante no puede reservarse la posibilidad de formular posteriormente nuevos motivos o alegaciones. Por tanto, procede considerar que la Decisión es definitiva por lo que respecta a los demás ajustes propuestos por Endesa y que fueron objeto de análisis por parte de la Comisión en la Decisión.
- 252 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a los ajustes sobre los cuales la Comisión no se pronunció, la demandante sostiene que la Comisión debería haber explicado con qué criterio seleccionó los ajustes que merecían ser objeto de análisis y aquellos que podían no valorarse. Estima que esta selección es totalmente injustificada y provocaría que la Decisión quedase sin fundamento si el Tribunal de Primera Instancia estimase uno (o ambos) de sus motivos principales, relativos, por una parte, a las normas contables que debían utilizarse y, por otra, al ajuste por «pass through» y al correspondiente a los intercambios de gas.
- 253 Esta alegación no puede estimarse. En efecto, es sabido que, aunque se aceptasen todos los ajustes sobre los cuales la Comisión no se pronunció, la concentración no tendría dimensión comunitaria, sino que sólo la tendría si, además, se admitiesen o bien la utilización de las cuentas elaboradas con arreglo a las NIIF presentadas por la demandante, o bien los dos ajustes relativos a la repercusión y a los intercambios de gas. Dado que la Comisión concluyó en la Decisión que procedía rechazar tanto las citadas cuentas como los dos ajustes, era inútil que examinase los demás ajustes propuestos por Endesa.

- 254 La demandante tampoco puede censurar una falta de motivación a este respecto. En efecto, el deber de motivación, en particular en el marco del control de las concentraciones, que requiere que las decisiones se adopten con rapidez, no exige que la Comisión se pronuncie sobre ajustes que aunque se aceptasen carecerían de consecuencias, dado que del rechazo previo de otros ajustes ya resulta de manera suficiente con arreglo a Derecho que la operación de concentración no tiene dimensión comunitaria.
- 255 Por el mismo motivo deben desestimarse las alegaciones basadas en que la Comisión no evaluó ninguno de los ajustes propuestos por Gas Natural (a excepción del que jugaba en contra de las pretensiones de Endesa), ni los relativos a las sociedades no consolidadas, en especial Ergon Energía. Además, hay que observar que, si la Comisión aceptó no obstante uno de los ajustes propuestos por Gas Natural, fue porque la propia demandante había admitido su procedencia. Por último, el reproche de no haber examinado los ajustes propuestos por Gas Natural carece de sentido ya que estos «contraajustes» propuestos por Gas Natural provocarían que aumentase la proporción del volumen de negocios que la demandante realiza en España.
- 256 En lo relativo, en tercer lugar, a la afirmación de la demandante según la cual una lectura atenta de la Decisión permite entrever que el único objetivo de la Comisión era limitar los riesgos de que la Decisión fuese anulada por el Tribunal de Primera Instancia, basta observar que no se puede reprochar a la Comisión que se asegure de la legalidad de sus decisiones con el fin de que no sean anuladas por este Tribunal.
- 257 Por lo que respecta, en cuarto lugar, a la alegación de la demandante basada en que se le concedió un plazo de sólo veinticuatro horas para responder a una petición de información enviada cincuenta días después del comienzo del procedimiento y que iba a resultar determinante en la motivación de la Decisión, basta señalar que la demandante no solicitó una prórroga del plazo y pudo responder dentro del plazo fijado.

258 En quinto y último lugar, por lo que se refiere a la alegación basada en la existencia de desviación de poder, es necesario recordar que un acto sólo adolece de desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1984, Lux/Tribunal de Cuentas, 69/83, Rec. p. 2447, apartado 30; de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, Rec. p. I-4023, apartado 24; de 13 de julio de 1995, Parlamento/Comisión, C-156/93, Rec. p. I-2019, apartado 31; de 14 de mayo de 1998, Windpark Groothusen/Comisión, C-48/96 P, Rec. p. I-2873, apartado 52, y de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-110/97, Rec. p. I-8763, apartado 137). Dado que no es fundado ninguno de los vicios o errores invocados por la demandante, ni en el marco del presente motivo ni en los demás motivos del recurso, para demostrar la existencia de una supuesta desviación de poder, debe desestimarse la alegación. En cualquier caso, aun suponiendo que los errores invocados fueran reales, no podrían probar una desviación de poder.

259 Por consiguiente, debe desestimarse el quinto motivo.

260 Resulta de todo lo anterior que procede desestimar el recurso por infundado.

Costas

261 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que han sido desestimados los motivos formulados por la demandante y tanto la Comisión como las partes coadyuvantes han solicitado que sea condenada en costas, procede decidir que la demandante soporte, además de sus propias costas, las de la Comisión y Gas Natural, incluidas las relativas al procedimiento sobre medidas provisionales.

262 Con arreglo al artículo 87, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas. En consecuencia, el Reino de España cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera)

decide:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **La demandante cargará con sus propias costas y con las de la Comisión y Gas Natural SDG, S.A., incluidas las relativas al procedimiento sobre medidas provisionales.**
- 3) **El Reino de España cargará con sus propias costas.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 14 de julio de 2006.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

M. Jaeger

Índice

Marco jurídico	II - 2543
Reglamentos sobre el control de las concentraciones	II - 2543
Normativa sobre la contabilidad de las sociedades	II - 2548
Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios	II - 2551
Hechos que originaron el litigio	II - 2552
Procedimiento	II - 2556
Pretensiones de las partes	II - 2559
Fundamentos de Derecho	II - 2560
Sobre el primer motivo, basado en la existencia de vicios de procedimiento	II - 2561
Sobre la primera parte del motivo, basada en la adopción de las decisiones sobre las solicitudes de remisión con anterioridad a la Decisión	II - 2561
— Alegaciones de las partes	II - 2561
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2562
Sobre la segunda parte del motivo, basada en la falta de transparencia y en la violación del derecho de defensa	II - 2565
— Alegaciones de las partes	II - 2565
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2566
Sobre la tercera parte del motivo, basada en el hecho de que no se suspendiese el procedimiento nacional	II - 2568
— Alegaciones de las partes	II - 2568
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2570
Sobre el segundo motivo, basado en la inversión de la carga de la prueba y en el defecto de motivación	II - 2571
Alegaciones de las partes	II - 2571
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2573
	II - 2625

Sobre el tercer motivo, basado en el hecho de que no se utilizasen las cuentas elaboradas con arreglo a las normas contables NIC/NIIF	II - 2580
Sobre la primera parte del motivo, basada en el hecho de que no se utilizasen las NIC/NIIF como únicas normas contables en vigor	II - 2581
— Alegaciones de las partes	II - 2581
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2582
Sobre la segunda parte del motivo, basada en la preponderancia de las NIC/NIIF	II - 2585
— Alegaciones de las partes	II - 2585
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2587
Sobre la tercera parte del motivo, basada en la existencia de errores de Derecho y de errores manifiestos de apreciación que afectan a la desestimación de las cuentas conciliadas	II - 2591
— Alegaciones de las partes	II - 2591
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2598
Sobre el cuarto motivo, referente al rechazo del ajuste por «pass through» y del ajuste relativo a los intercambios de gas	II - 2602
— Alegaciones de las partes	II - 2603
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2606
Sobre el quinto motivo, basado en la violación de los criterios establecidos en la Comunicación, en la falta de análisis y de motivación y en la desviación de poder ..	II - 2616
Alegaciones de las partes	II - 2616
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2619
Costas	II - 2623