

AUDIENCIA NACIONAL

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

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 31/05/2011
Fecha Sentencia: 01/06/2011
Núm. de Recurso: 0000219/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 01645/2010
Materia Recurso: SANCIÓN
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Demandante: ALBERTIS TELECOM S.A.; ALBERTIS
INFRAESTRUCTURAS S.A. Y TRADIA TELECOM S.A.
Procurador: D. EDUARDO CODES FEIJOO
Letrado:
Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000219/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01645/2010
Demandante: ALBERTIS TELECOM S.A.; ALBERTIS
INFRAESTRUCTURAS S.A. Y TRADIA TELECOM S.A.
Procurador: D. EDUARDO CODES FEIJOO

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. ASUNCION SALVO TAMBO

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

Madrid, a uno de junio de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Abertis Telecom S.A.**, **Abertis Infraestructuras S.A.** y **Tradia Telecom S.A.** y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D^o Eduardo Codes Feijoo, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado,

sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de enero de 2010**, siendo la cuantía del presente recurso de 143.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Abertis Telecom S.A., Abertis Infraestructuras S.A. y Tradia Telecom S.A. y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D^o Eduardo Codes Feijoo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de enero de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día treinta y uno de mayo de dos mil once.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de enero de 2010.

Esta Resolución determina en su parte dispositiva:

*“**Primero.-** Declarar que TRADIA TELECOM, S.A. ha infringido el artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al no haber notificado la adquisición de TELEDIFUSION MADRID, S.A. previamente a su ejecución, y que sus matrices ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A. son corresponsables de la infracción.*

***Segundo:** Imponer de forma solidaria a TRADIA TELECOM, S.A., así como a sus matrices ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A., la sanción de CIENTOCUARENTA Y TRES MIL EUROS (143.000 €).*

Tercero.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución.”

SEGUNDO: De los hechos declarados probados por la Resolución impugnada, y que esta Sala asume por resultar acreditados en el expediente administrativo, hemos de destacar los siguientes:

“Con fecha 18 de julio de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) notificación relativa a la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de TRADIA TELECOM, S.A., controlada por el grupo ABERTIS, del control exclusivo sobre TELEDIFUSIÓN MADRID, S.A. (en adelante, TELEDIFUSIÓN MADRID) que dio lugar al expediente de concentración C/0084/08 TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID, posteriormente acumulado al expediente C/0110/08 ABERTIS / AXIÓN con fecha 17 de febrero de 2009.

Dicha notificación fue realizada por TRADIA TELECOM, S.A. según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), por superar el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la citada norma. La operación de concentración se instrumentaba a través de un único contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008, habiéndose producido el pago del precio pactado y la transmisión de la propiedad de las acciones el mismo día 7 de marzo de 2008.

A pesar de haber notificado la operación de concentración voluntariamente, TRADIA TELECOM, S.A. ha argumentado en todo momento que dicha operación no era notificable por no superarse el umbral del artículo 8.1.a) de la LDC.

Al respecto y como pone de manifiesto la resolución del Consejo de la CNC del 16 de julio de 2009 autorizando con condiciones las operaciones de concentración notificadas en los expedientes de concentración acumulados C/0110/08 ABERTIS/AXIÓN y C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID, la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID era notificable. De hecho, en dicha resolución de 16 de julio de 2009 el Consejo de la CNC ha instado a la Dirección de Investigación a que proceda a incoar contra TRADIA TELECOM, S.A. expediente sancionador por el incumplimiento del artículo 9 de la LDC.”

“La operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID se instrumentaba a través de un único contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008, en el que no se contemplan cláusulas suspensivas de la compraventa, habiéndose producido el pago del precio pactado y la transmisión de la propiedad de las acciones el mismo día 7 de marzo de 2008, Con fecha 11 de abril de 2008, ABERTIS presentó ante la CNC un borrador preliminar del formulario de notificación de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID, a instancias de esta Dirección de Investigación, que tuvo conocimiento de la anterior operación de concentración a través de la prensa y que entendía que cabía que la adquisición de TELEDIFUSIÓN MADRID fuese una operación de concentración notificable.

La operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID fue notificada el 18 de julio de 2008. Ésta ha sido autorizada con condiciones por el Consejo de la CNC el 16 de julio del 2009, mediante resolución en segunda fase en los expedientes acumulados C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID y C/0110/08 ABERTIS/AXIÓN. La anterior resolución devino firme en vía administrativa con fecha

31 de julio de 2009, una vez que la Vicepresidenta Segunda y Ministra de Economía y Hacienda acordó no elevarla al Consejo de Ministros.

El 6 de agosto de 2009 ABERTIS comunicó a la CNC su decisión de desistir de las operaciones de concentración TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID y ABERTIS/AXIÓN.”

TERCERO: El artículo 9 de la Ley 15/2007 establece:

“1. Las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo anterior deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución.

2. La concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el artículo 38, salvo en caso de levantamiento de la suspensión.”

Por su parte el artículo 8 determina:

“1. El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 % del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.”

Y, por último el artículo el artículo 62.3 establece:

“Son infracciones graves: ...d) La ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión.”

La CNC consideró que dicha operación de concentración económica era notificable por superarse el umbral del 30% de un mercado relevante de producto en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. Efectivamente, como consecuencia de la operación notificada Abertis adquiere el control sobre los contratos de Teledifusión Madrid para la difusión de la señal de televisión digital de sus antiguos accionistas, lo que implica que hay una adquisición por un tercero, Abertis, de la cuota de mercado que representan todos los contratos firmados por Teledifusión Madrid para la prestación de servicios de difusión de la señal de televisión digital, estén firmados con accionistas de Teledifusión Madrid o terceros ajenos a esta sociedad.

Continua la CNC razonando sobre la cuota de mercado que conforme a lo establecido en la Resolución del Consejo de la CNC de 16 de julio de 2009, los mercados de producto y geográficos relevantes donde opera Teledifusión Madrid son los de difusión terrestre de señales de televisión a nivel local en cada una de las

10 demarcaciones que existen en la Comunidad de Madrid. Únicamente se deja abierta la posibilidad de segmentar los anteriores mercados relevantes, distinguiendo entre la difusión terrestre de señales de televisión digital a nivel local y la difusión terrestre de señales de televisión analógica a nivel local, y, por ello, bajo cualquiera de las posibles definiciones de los mercados relevantes en la operación de concentración Tradia / Teledifusión Madrid, la cuota del 30% es ampliamente superada por la entidad resultante.

Y así, bajo la definición más estrecha del mercado de producto relevante, en particular, el mercado de difusión terrestre de señales de televisión digital a nivel local en cada una de las 10 demarcaciones de la Comunidad de Madrid, la cuota de mercado de TELEDIFUSIÓN MADRID sería del 100% en todas las demarcaciones de la Comunidad de Madrid, y la operación de concentración sería por lo tanto notificable.

CUARTO: Afirma la recurrente que no es de aplicación el artículo 9 de la LDC. No podemos compartir tal afirmación. Que la operación se incluía en el ámbito de dicho precepto es claro, no sólo por los hechos de los que resulta una cuota de mercado superior al 30%, sino porque la operación fue autorizada con condiciones, lo que demuestra bien a las claras que afectaba a la libre competencia, sin que tal Resolución hubiese sido anulada, quedando firme. Posteriormente, y ante las condiciones impuestas, la actora desistió de la operación.

Se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia en la medida en que se han delimitado unos hechos, realizado una concreta imputación, y se aprecia, al menos la omisión de la diligencia necesaria para cumplir los requerimientos legales.

También resulta claramente delimitado el mercado relevante – que lo es extensamente -, en la Resolución impugnada. Planteamientos respecto de este aspecto que la Sala comparte.

En cuanto a la tipicidad la conducta resulta claramente subsumible en el artículo 8 antes transcrito. Que la operación no se llevase a efecto materialmente no implica que la concentración existiese desde que se concierta en contrato, porque si el mismo no desplegó todos sus efectos fue debido a la intervención de la CNC. Por tanto la concentración se había iniciado.

Respecto de la proporcionalidad, el artículo 63 de la Ley 15/2007 establece:

“1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

3. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

- a. Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.
- b. Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros.
- c. Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.”

La propia Resolución impugnada afirma que la infracción cometida en este caso está tipificada como una infracción grave en el artículo 62.3.d), por lo que, como recuerda la DI el límite máximo a la sanción debe situarse en el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora.

Y respecto de la graduación concreta afirma que La infracción cometida en este caso está tipificada como una infracción grave en el artículo 62.3.d), por lo que, como recuerda la DI el límite máximo a la sanción debe situarse en el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora.

En cuanto a la base tenida en cuenta para la cuantificación de la sanción, la propia Resolución señala que se considera apropiado imponer una multa a Abertis, que puede alcanzar un máximo de hasta el 5% del volumen de negocios del grupo Abertis en 2008. Según las cuentas anuales de Abertis Infraestructuras, S.A., recogidas en su página web, su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio de 2008 fue de 3.646 millones de euros, siendo el 5% 182 millones de euros. Por la tanto la sanción se ha impuesto en su grado mínimo.

Y en cuanto a la responsabilidad solidaria, la CNC ha tenido en cuenta que se trata de un grupo empresarial con unidad de decisión. Criterio éste que la Sala comparte.

QUINTO: De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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

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

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Abertis Telecom S.A., Abertis Infraestructuras S.A. y Tradia Telecom S.A.** y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Eduardo Codes Feijoo, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del

Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de enero de 2010**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución administrativa impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA