



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección : 006
MADRID

PO565 OFICIO DEVOLVER EXPEDIENTE Y CERTIFICACION SENT

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2010 0003569
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000434 /2010 MD**
Recurrente: ABERTIS TELECOM, S.A.U

Ref.: Adjunto copia de oficio para su localización.

Habiéndose declarado firme la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo anotado al margen, adjunto tengo el honor de remitir testimonio de la misma a fin de que se lleve a puro y debido efecto lo en el acordado, se adopten las resoluciones que procedan y se practique cuanto exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, con devolución del expediente administrativo, rogando asimismo acuse de recibo.

En MADRID, a veintiuno de Mayo de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA
Reg Of:5189 / RG 5189
11/06/2012 12:04:34

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000434/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 003664/2010
Demandante: ALBERTIS TELECOM, S.A.U.
Procurador: D. EDUARDO CODES FEIJOO

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA Nº:

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

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a siete de marzo de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Abertis Telecom S.A.U.**, y en su nombre y representación el Procurador D. 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 24 de mayo de 2010, siendo la cuantía del presente recurso de indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Abertis Telecom S.A.U y en su nombre y representación el Procurador D. 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 24 de mayo 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 seis de marzo de dos mil doce.

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 24 de mayo de 2010.

Esta Resolución determina en su parte dispositiva:

“ÚNICO.- *Desestimar el recurso interpuesto por ABERTIS TELECOM, SAU contra la resolución de la Directora de Investigación de 18 de febrero de 2010 por la que se ordena a ABERTIS y TRADIA su salida del capital social y de los órganos de administración de TDM.*

SEGUNDO: Son datos fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso los siguientes:

- 1.- Con fecha 16 de julio de 2009, el Consejo de la CNC resolvió autorizar, subordinadas al cumplimiento de determinadas condiciones, las operaciones de concentración consistentes en la adquisición por parte de ABERTIS del control exclusivo sobre AXIÓN, y en la adquisición por parte de TRADIA, filial al 100% de ABERTIS, del control exclusivo de TDM.
- 2.- Con fecha 28 de julio de 2009, la Directora de Investigación acordó incoar expediente sancionador contra TRADIA TELECOM, S.A., ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A. por posible comisión de la infracción prevista en el artículo 62.3.d) de la LDC.
- 3.- Posteriormente, el 6 de agosto de 2009 ABERTIS comunicó a la CNC su decisión de desistir de las operaciones de concentración TRADIA/TDM y ABERTIS/AXIÓN, ya que las condiciones impuestas por la CNC alteran el proyecto industrial inicialmente previsto.
- 4.- Con fecha de 28 de octubre de 2009, la DI realizó un requerimiento de información a ABERTIS en el marco de la vigilancia del expediente VC/110 ABERTIS/AXIÓN/TDM, de cara a verificar que dicho desistimiento se hizo efectivo.
- 5.- El 24 de noviembre de 2009 tuvo entrada en la CNC la respuesta de ABERTIS al requerimiento de información del 28 de octubre, comunicando a la CNC que ABERTIS tenía la intención de volver a plantear en otros términos la operación de concentración con AXIÓN y que estaba estudiando resolver parcial o totalmente la operación con TDM.
- 6.- El 4 de diciembre de 2009 ABERTIS envió un escrito a la CNC comunicando el alcance de un acuerdo entre las partes para la resolución parcial de la compraventa de TDM. La propuesta se sometía a consideración de la CNC.
- 7.- Con fecha de 15 de diciembre de 2009, la DI envió un requerimiento de información de ABERTIS para acreditar fehacientemente el desistimiento efectivo de la operación ABERTIS /AXIÓN, así como para aclarar algunas dudas y circunstancias respecto de los vínculos existentes entre ABERTIS y los que serían los accionistas de TDM (CETANOR SPAIN, S.L. -CETANOR- y TELEVISIÓN DIGITAL MADRID S.L. -TELEVISIÓN DIGITAL MADRID-), según la propuesta de ABERTIS de resolución parcial de la operación TRADIA/TDM que tuvo entrada en la CNC el 4 de diciembre de 2009.
- 8.- Con fecha de 28 de diciembre de 2009 tuvo entrada en la CNC la contestación de ABERTIS al requerimiento anterior, respuesta que, a solicitud de la DI fue completada con la entrada el 13 de enero de 2010 de una copia de contrato de colaboración entre ABERTIS y al sociedad SECUENZIA PIXELS S.L. (SECUENZIA), participada por los accionistas de CETANOR.
- 9.- El 26 de enero de 2010, el Consejo de la CNC dictó resolución declarando 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, por lo que se les impuso una sanción solidaria de 143.000 euros.

10.- Con fecha de 18 de febrero de 2010, la Directora de Investigación adoptó una resolución en el marco del expediente de vigilancia VC/110 ABERTIS/AXIÓN/TDM, que disponía:

“PRIMERO: Ordenar a ABERTIS TELECOM, S.A., Y TRADIA TELECOM, S.A. su salida del capital social y de los órganos de administración de TELEDIFUSIÓN MADRID.

SEGUNDO: ABERTIS TELECOM, S.A., Y TRADIA TELECOM S.A. deberán acreditar ante esta Dirección de Investigación el cumplimiento de lo dispuesto en el dispositivo anterior en el plazo máximo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución”.

11.- Con fecha de 2 de marzo tuvo entrada en la CNC un recurso interpuesto por ABERTIS ante el Consejo en virtud del Art. 47 de la LDC contra la Resolución de la Directora de Investigación de 18 de febrero de 2010 anteriormente citada, que desestimado por medio de la resolución ahora impugnada motiva el presente contencioso.

TERCERO: Alega la parte actora que no ha existido incumplimiento de las normas de competencia en la adquisición de parte del capital de TDM conforme al sistema de mayorías cambiantes planteado y que ninguno de los vínculos existentes entre los tres accionistas de TDM pueden considerarse suficientes para concluir que Centanor y TDM votarían en el mismo sentido que Tradia. Sostiene que en cualquier caso Tradia/Abertis cumplieron con lo ordenado por la CNC en sus resoluciones de 18 de febrero y 26 de junio de 2010 y que la estructura de mayorías cambiantes propuesta por Tradia/Abertis no hubiera dado lugar al control de facto de TDM.

El Abogado del Estado alega que el presente recurso ha perdido su objeto desde el momento en que Abertis/Tradia abandonaron el capital de TDM y en consecuencia, cualquier control sobre ella y que las alegaciones de la recurrente sobre la procedencia de la operación de concentración o sobre sus condiciones o sobre la procedencia de imponer una sanción por haber ejecutado la operación de compra antes de tener la autorización correspondiente, no pueden ser objeto de este recurso pues se refieren a la legalidad y acierto de otros actos administrativos de la CNC.

CUARTO: El artículo 47 LDC regula el recurso administrativo que puede interponerse contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación, en los siguientes casos:

Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán

recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días.

Ahora bien a la vista de las alegaciones de la parte actora es claro que no estamos en presencia de ninguno de los supuestos de impugnación a que se refiere el precepto citado, pues las alegaciones de la parte actora hacen referencia única y exclusivamente a la incorrección de los vínculos existentes y el control de facto que tras las modificaciones introducidas sigue siendo ejercido por Abertis sobre TDM.

Si lo que Abertis pretende es entrar de nuevo en la discusión con la CNC de las condiciones en las que la operación de concentración Tradia/Teledifusión Madrid fue autorizada por Resolución del Consejo de 16 de julio de 2009, ello es inviable pues dicha resolución devino firme al no haber sido impugnada en tiempo y forma. Tampoco puede ser objeto de discusión los motivos por los que, por ejecutar dicha operación sin haberla notificado y, por lo tanto, antes de obtener la preceptiva autorización, fue sancionada mediante Resolución del Consejo de 26 de enero de 2010, ya que dicha sanción fue confirmada mediante sentencia de esta Sección de fecha 1 de junio de 2011 recaída en el recurso nº 219/2010.

Abertis ejecutó la operación de concentración antes de obtener la preceptiva autorización, motivo por el que fue sancionada pero posteriormente con fecha 6 de agosto de 2009 Abertis comunicó a la CNC su decisión de desistir de las operaciones de concentración Tradia/TDM y Abertis/Axions, pues las condiciones impuestas por la CNC alteraban el proyecto industrial inicialmente previsto

Como quiera que la Dirección de Investigación a tenor de lo establecido en el artículo 35. 2. c) y 41 de la LDC que disponen que corresponde a dicha Dirección vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones, precepto desarrollado reglamentariamente en el artículo 71 del RDC que señala que la Dirección de Investigación llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la mencionada Ley y en sus normas de desarrollo, así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma en materia de control de concentraciones, no hizo más que velar por la correcta desconcentración ordenando por resolución de 18 de febrero de 2010 su salida del capital social y de los órganos de Administración de TDM, dicha actuación entra por completo en el ejercicio de sus competencias y responde a la petición que la propia actora hizo con fecha 6 de agosto de 2009 y de las respuestas que dicha parte hizo ante los requerimientos de información solicitados por la de la CNC.

La posición de Abertis es muy clara o desiste de la concentración tal y como solicitó el 6 de agosto de 2009 o, si insiste en ejecutarla, sólo puede hacerlo en los términos y condiciones que la CNC le impuso en su resolución de 16 de julio de 2009, que devino firme, cualesquiera otros términos en los que se pudiese volver a plantear los términos de la operación de concentración o de la posibilidad de resolver parcial o totalmente la operación con TDM, no pueden ser objeto de

análisis a través del recurso formulado al amparo el artículo 47 de la LDC, ya que no es el cauce adecuado para reabrir un debate que quedó finiquitado por resolución firme y máxime cuando la actora no alega ningún argumento para justificar la indefensión o perjuicio irreparable, que son los únicos presupuestos que con arreglo al artículo 47 de a LDC le permiten impugnar la actuación de la Dirección de Investigación.

QUINTO.- Efectivamente en la demanda no se indican cuales son los perjuicios irreparables o la indefensión que puede seguirse de la orden de salida del capital social y de los órganos de administración de TDM.

Dicha orden de la Dirección de Investigación a la parte actora, no le causa un perjuicio irreparable, ya que es consecuencia tanto de la resolución de 16 de julio de 2009 de la CNC por la que se autorizó, subordinadas al cumplimiento de determinadas condiciones, las operaciones de concentración como de la petición de desistimiento de fecha 6 de agosto de 2009, sin que la parte actora pueda ir contra sus propios actos.

Tampoco dicha orden causa a la parte actora indefensión, que si no estaba conforme con las condiciones en las que se acordó la concentración pudo recurrirla, discutiendo todas las cuestiones relativas a la concentración que ahora pretende plantear, y no lo hizo, ya que como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones, cuyo número excusa su cita, no puede alegarse indefensión cuando la misma ha venido motivada por el descuido, negligencia, impericia o incompetencia de la parte que la sufre.

La única referencia que efectúa la demanda sobre los perjuicios irreparables o la indefensión, es que a la actora le resultó enormemente complicado encontrar un comprador de las mencionadas acciones, de forma que para poder llevar a efecto esa transmisión tuvo que pactar la venta de las acciones de TDM en condiciones sumamente gravosas, pero de dicha alegación carente de toda prueba, no se aprecia por la Sala ningún perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, ni clase alguna de indefensión, pues la parte actora ni cita o menciona dato alguno de la operación de venta de acciones que pueda ocasionar perjuicios irreparables, ni expone tampoco circunstancia de cualquier clase de la que pueda derivarse la indefensión.

SEXTO.- 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 Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de ABERTIS TELECOM S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 24 de mayo de 2010, que declaramos conforme a derecho en los extremos examinados. Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, lltma. Sra. D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-