

## **RESOLUCIÓN (Expte. SNC/0003/09 ABERTIS-TRADIA)**

### **CONSEJO**

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero  
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. M. Jesús González, Consejera

En Madrid, a 26 de enero de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente SNC/0003/09 ABERTIS-TRADIA, iniciado de oficio por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia 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 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 14 de diciembre de 2009 la Dirección de Investigación de la CNC (DI), elevó al Consejo Propuesta de Resolución con el siguiente contenido:

#### **I. ANTECEDENTES**

- (1) *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.*
- (2) *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.*

- (3) *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.*
- (4) *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.*
- (5) *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.*
- (6) *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.*
- (7) *Asimismo con fecha 28 de julio de 2009, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como del artículo 13.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se notificó a TRADIA TELECOM, S.A., ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A. el acuerdo de incoación, al objeto de que pudiera presentar alegaciones frente a los cargos formulados por la CNC.*
- (8) *Con fecha 14 de agosto de 2009 tuvo entrada en esta Dirección de Investigación escrito de alegaciones en relación con el mencionado acuerdo de incoación remitido por [xxx], en representación de TRADIA TELECOM, S.A.*

## **II. LAS PARTES**

- (9) **TRADIA TELECOM S.A.** es una filial al 100% de ABERTIS TELECOM S.A., que es a su vez una filial al 100% de ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A., esta última matriz del grupo ABERTIS (en adelante ABERTIS, en referencia conjunta a las tres empresas).
- (10) ABERTIS es un grupo de empresas que realiza actividades en cuatro áreas de negocio: concesiones de autopistas, aparcamientos, servicios a la logística e infraestructuras de telecomunicaciones.
- (11) En el campo de las operaciones de infraestructuras de telecomunicaciones, ABERTIS TELECOM, S.A., filial de ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A., presta servicios portadores y de radiocomunicaciones basados en infraestructuras terrestres. En este sentido, cuenta a su vez con las infraestructuras de dos

*empresas filiales, RETEVISIÓN I, S.A. y TRADIA TELECOM, S.A., con redes propias de comunicación electrónica por ondas terrestres.*

- (12) *ABERTIS es una empresa española, cotizada en Bolsa, que ha estado y está involucrada en procedimientos abiertos en materia de competencia, incluidos procedimientos de control de concentraciones, y es asesorada por expertos en derecho de la competencia, además de disponer de su propio servicio jurídico en su sede central.*
- (13) **TELEDIFUSIÓN MADRID** *es una sociedad creada en diciembre de 2005, con implantación únicamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid, que presta servicios soporte del transporte y difusión de la señal de operadores de televisión locales que emiten en Televisión Digital Terrestre (en adelante, TDT).*

### **III. HECHOS ACREDITADOS**

- (14) *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, como señalan las cláusulas segunda y tercera del citado contrato (folios 79 a 81).*

*“Segunda – COMPRAVENTA DE ACCIONES. Compraventa de las acciones objeto de adquisición. Por medio del presente contrato los vendedores venden y transmiten las acciones objeto de adquisición al comprador, quien las compra y adquiere libres de toda carga, gravamen, derechos a favor de terceros, reclamación o restricción de cualquier clase.*

*Tercera – PRECIO Y FORMA DE PAGO.*

*3.1. El precio total convenido para las acciones objeto de adquisición es de cuatrocientos cincuenta (450) euros por cada una de las acciones objeto de adquisición. Consiguientemente el precio por la totalidad de las acciones objeto de adquisición es de tres millones seiscientos mil (3.600.000) euros [...].*

*3.2. El comprador abona en este acto el precio pactado mediante la entrega de cheques bancarios nominativos por los importes expresados en el apartado precedente otorgando los vendedores formal y cabal carta de pago mediante el presente.”*

- (15) *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.*
- (16) *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.

- (17) 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.

#### **IV. VALORACIÓN JURÍDICA**

- (18) El artículo 9.1 de la LDC establece que “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.”
- (19) Adicionalmente, el artículo 62.3.d) de la LDC tipifica como infracción grave “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.”
- (20) De los hechos acreditados se deduce que la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID ha sido ejecutada por ABERTIS con fecha 7 de marzo de 2008, aunque la Resolución en segunda fase del Consejo de la CNC de 16 de julio de 2009, que la autorizó con condiciones, no devino firme en vía administrativa hasta el 31 de julio de 2009.
- (21) Por ello, cabe concluir que con fecha 7 de marzo de 2008 ABERTIS habría incurrido en la vulneración de la obligación prevista en el artículo 9.1 de la LDC, infracción tipificada en el artículo 62.3.d) de la LDC.
- (22) A continuación, se va a proceder a desarrollar la valoración jurídica de la vulneración por ABERTIS de lo dispuesto en los artículos 9.1 y 62.3.d) de la LDC, respondiendo asimismo a las alegaciones presentadas por ABERTIS al acuerdo de incoación del expediente de referencia.

##### **IV.1. Sobre la notificabilidad de la operación de concentración**

- (23) Esta Dirección de Investigación considera, en línea con lo señalado por el Consejo de la CNC en su Resolución de 16 de julio de 2009 anteriormente citada, que con fecha 7 de marzo de 2008 ABERTIS ha adquirido el control exclusivo de TELEDIFUSIÓN MADRID, en el sentido del artículo 7.1.b) de la LDC, y 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, establecido en el artículo 8.1.a) de la misma Ley.

- (24) *ABERTIS, por el contrario, según señala en sus alegaciones al acuerdo de incoación, considera que no se cumplía ninguno de los umbrales de notificación obligatoria previstos en la LDC.*
- (25) *De hecho, así viene recogido en el propio contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008, pues en su cláusula séptima, apartado “Defensa de la Competencia”, se establece que “Las partes consideran que la compraventa de acciones objeto del presente contrato no requiere de autorización previa de las autoridades de competencia españolas, por lo que, en consecuencia, no procederán a su notificación.”*
- (26) *En todo caso, hay que tener en cuenta que las propias partes del contrato de compraventa eran conscientes de que la CNC podía intervenir, pues a continuación establecieron que “No obstante, las partes declaran y convienen de forma expresa que si las autoridades competentes impusieran de oficio condiciones o restricciones relevantes a la presente compraventa, se abrirá automáticamente un periodo de dos (2) meses, a contar desde la recepción de la notificación de las autoridades de competencia, durante el cual las partes negociarán de buena fe las fórmulas a seguir para restablecer el equilibrio con el objeto de permitir el cumplimiento del presente contrato en los términos pactados. En caso de que el plazo de tiempo mencionado venza sin que las partes hayan alcanzado una solución satisfactoria para todas ellas, cualquiera de éstas podrá resolver el presente contrato.”*
- (27) *Por otra parte, ABERTIS resalta que, con posterioridad a la notificación de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID, ABERTIS ha seguido considerando, y así lo ha manifestado en todos sus escritos con la CNC, la inexistencia de una obligación de notificar la adquisición. ABERTIS argumenta que TELEDIFUSIÓN MADRID sólo proporciona servicios de difusión de la señal de televisión digital a sus accionistas y, por lo tanto, no se le puede imputar una cuota de mercado. Además, ABERTIS considera que en el supuesto de que se le atribuya a TELEDIFUSIÓN MADRID una cuota en el mercado, en este mercado debería incluirse a los operadores que se autoprestan el servicio, siendo por ello la cuota inferior en todo caso al 30%.*
- (28) *Dichos argumentos ya han sido expuestos por ABERTIS en sus alegaciones presentadas durante el proceso de instrucción de los expedientes acumulados C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID y C/0110/08 ABERTIS/AXIÓN, habiendo sido consistentemente rebatidas por la CNC, como refleja la Resolución del Consejo de la CNC de 16 de julio de 2009 ya citada. No obstante, de cara al presente expediente sancionador, y en aras a una mayor completitud y transparencia, se resumirán los principales argumentos utilizados por la CNC para demostrar la notificabilidad de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID.*
- (29) *En primer lugar, es preciso señalar que 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.*

- (30) Es decir, a efectos de determinar si existe adquisición de cuota conforme a lo establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC, resulta indiferente si existía o no autoprestación entre TELEDIFUSIÓN MADRID y sus accionistas. Todo ello sin perjuicio de que, como ya se ha mencionado y se desarrollará a continuación, esta Dirección de Investigación considere que en este caso no existe tal autoprestación.*
- (31) Así, con respecto al supuesto carácter de autoprestación del servicio prestado por TELEDIFUSIÓN MADRID en los mercados de difusión de señal de televisión local, es preciso tener en cuenta que esta entidad presta servicios de difusión de la señal de televisión digital a terceros no accionistas (entre otros, al Ayuntamiento de Madrid), lo que por sí mismo implica que tiene una presencia en el mercado y le es imputable una cuota en el mismo.*
- (32) Por otro lado, debe resaltarse que TELEDIFUSIÓN MADRID es una empresa independiente, con plena capacidad, no controlada ni individual ni conjuntamente por ninguno de sus accionistas antes del 7 de marzo de 2008, por lo que no cabe argumentar que los servicios recibidos por éstos lo son en régimen de autoprestación.*
- (33) En segundo lugar, partiendo de la base de que a TELEDIFUSIÓN MADRID le es imputable una cuota de mercado, se puede demostrar, a diferencia de lo que señala ABERTIS, que dicha cuota supera los umbrales contemplados por la LDC en su artículo 8.1 a).*
- (34) Al respecto, cabe señalar que, conforme a lo establecido en la Resolución del Consejo de la CNC de 16 de julio de 2009 citada, 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.*
- (35) Como se recoge en la Resolución del Consejo de la CNC de 16 de julio de 2009 ya citada, 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.*
- (36) 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 TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID sería por lo tanto notificable.*

- (37) *De hecho, esta es la definición de los mercados relevantes defendida por ABERTIS, quien indicó en sus alegaciones de 9 de junio de 2009 al pliego de concreción de hechos de 21 de mayo de 2009 en los expedientes acumulados C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID y C/0110/08 ABERTIS/AXIÓN, que “no cabe considerar el servicio soporte de la difusión analógica como sustituible de la digital, ni, en consecuencia, como parte integrante de un único y mismo mercado de producto”. (folio 257)*
- (38) *Una definición más amplia del mercado de producto relevante incluiría tanto la difusión terrestre de señales de televisión digital a nivel local como la difusión terrestre de señales de televisión analógica a nivel local.*
- (39) *Sin embargo, en este caso, hay que tener en cuenta que en la actualidad existe una prohibición a nivel local para emitir señales de televisión en analógico. A pesar de ello, estas señales se siguen difundiendo en la Comunidad de Madrid. Asimismo, ABERTIS presta en algunas demarcaciones de la Comunidad de Madrid estos servicios de difusión terrestre de señales de televisión analógica a nivel local, si bien bajo la responsabilidad del operador de televisión.*
- (40) *Debido precisamente a la situación de “ilegalidad” de algunas cadenas de televisión local en la Comunidad de Madrid, esta Dirección de Investigación no ha podido determinar con exactitud, como tampoco la notificante o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), la cuota de la entidad resultante de la operación en las demarcaciones locales de la Comunidad de Madrid bajo esta definición amplia del mercado de producto relevante.*
- (41) *Sin embargo, para determinar la notificabilidad de la operación, que es lo relevante en este caso, no es necesario conocer con exactitud dicho porcentaje, sino que únicamente es necesario demostrar que la cuota resultante supera el umbral del 30% en una o más demarcaciones locales de la Comunidad de Madrid.*
- (42) *La mayoría de cadenas de televisión que emiten a nivel local tienen contratos con los operadores para cubrir todas o casi todas las demarcaciones de la Comunidad, de ahí que ni ABERTIS ni TELEDIFUSIÓN MADRID, como tampoco los operadores que han contestado al requerimiento de información, hayan aportado cifras de ingresos para las distintas demarcaciones.*
- (43) *Sin embargo, a partir de los datos aportados por la notificante y recabados por esta Dirección de Investigación en el marco de la instrucción del expediente C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID, es posible comprobar que en al menos una demarcación se supera el umbral del 30%.*
- (44) *Según la notificante, los ingresos en 2007 de TELEDIFUSIÓN MADRID por el servicio integral soporte de transporte y difusión de la señal audiovisual de televisión digital a las televisiones locales digitales madrileñas ascienden a 1.061.678 euros. En su cartera de clientes cuenta con todos los licenciatarios de televisiones locales digitales de la Comunidad de Madrid.*
- (45) *Por su parte, los ingresos en 2007 de ABERTIS por la prestación del servicio integral soporte de transporte y difusión de la señal audiovisual de televisión analógica a operadores locales en la Comunidad de Madrid fueron de 544.926*

euros<sup>1</sup>. Entre sus principales clientes analógicos se encuentran cadenas tan relevantes como Onda 6 y Canal 7.

- (46) Finalmente, en el marco de la instrucción del expediente C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID, la Dirección de Investigación ha tenido conocimiento de la existencia de un tercer competidor, RADIODIFUSIÓN DIGITAL, S.L. (RADIDIFUSIÓN DIGITAL), que presta servicios de difusión terrestre a operadores de televisión analógica local en demarcaciones de la Comunidad de Madrid, en concreto a Telecoslada, Teletrebol, Test y Canal Latino. El volumen de facturación de RADIODIFUSIÓN DIGITAL en 2007 ha sido de 530.000 euros. Según RADIODIFUSIÓN DIGITAL, esta cifra abarca un paquete de servicios que va más allá de la mera emisión de la señal e incluye también ingresos de sus clientes de radio.
- (47) Dada la opacidad y la situación de ilegalidad de las televisiones analógicas locales, esta Dirección de Investigación no ha podido acreditar que ABERTIS, TELEDIFUSIÓN MADRID y RADIODIFUSIÓN DIGITAL sean los únicos operadores presentes en los mercados de difusión terrestre de señales de televisión digital y analógica a nivel local en cada una de las demarcaciones de la Comunidad de Madrid. En todo caso, conviene recordar que ha sido la propia ABERTIS la que no ha sido capaz identificar a los supuestos terceros competidores en estos mercados, ni aportar datos de sus ingresos.
- (48) Sin perjuicio de lo anterior, a partir de los datos que se conocen sobre estos mercados, se puede demostrar que la inclusión de los supuestos ingresos de hipotéticos terceros operadores que presten servicios de difusión a televisiones locales analógicas en la Comunidad de Madrid, no cuestionaría en ningún caso la superación por la operación de concentración TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID del umbral de cuota de mercado de 30% en términos de ingresos en todas o al menos una de las demarcaciones locales de la Comunidad de Madrid.
- (49) En este sentido, como se aprecia en el siguiente cuadro, si sólo se tienen en cuenta los ingresos de ABERTIS, TELEDIFUSIÓN MADRID y RADIODIFUSIÓN DIGITAL en los mercados de difusión terrestre de señales de televisión digital y analógica a nivel local en la Comunidad de Madrid, la cuota de mercado de la entidad resultante de la operación de concentración sería de 75,2% en el año 2007, el anterior a la ejecución de la compraventa de TELEDIFUSIÓN MADRID.

<b>OPERADOR</b>	<b>INGRESOS 2007</b>	<b>CUOTA</b>
TELEDIFUSIÓN MADRID	1.061.678	49,7%
ABERTIS	544.926	25,5%
<b>TELEDIFUSIÓN MADRID+ABERTIS</b>	<b>1.606.604</b>	<b>75,2%</b>

<sup>1</sup> Esta facturación, tanto para TELEDIFUSIÓN MADRID como ABERTIS, se obtuvo por la prestación de un conjunto de servicios de los cuales el servicio de difusión es el principal (cubicación, gestión de múltiplex, transporte, y difusión)

RADIODIFUSIÓN DIGITAL	530.000	24,8%
<b>TOTAL</b>	<b>2.136.604</b>	<b>100,0%</b>

Fuente: Elaboración propia a partir datos Resolución Consejo CNC de 16 de julio de 2009 en expedientes acumulados C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID y C/0110/08 ABERTIS/AXIÓN

- (50) Como puede observarse en el cuadro siguiente, para que la cuota de la entidad resultante pudiera ser diluida por debajo del umbral del 30%, sería necesario que existiesen terceros operadores en los mercados considerados con un volumen de ingresos superior a 3,2 millones de euros.

OPERADOR	INGRESOS 2007	CUOTA
TELEDIFUSIÓN MADRID	1.061.678	19,9%
ABERTIS	544.926	10,2%
<b>TELEDIFUSIÓN MADRID+ABERTIS</b>	<b>1.606.604</b>	<b>30,0%</b>
RADIODIFUSIÓN DIGITAL	530.000	9,9%
<b>“OTROS”</b>	<b>3.210.000</b>	<b>60,0%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>5.346.604</b>	<b>100,0%</b>

Fuente: Elaboración propia a partir datos Resolución Consejo CNC de 16 de julio de 2009 en expedientes acumulados C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID y C/0110/08 ABERTIS/AXIÓN

- (51) Sin embargo, esta posibilidad es absolutamente remota. Así, hay que tener en cuenta que prácticamente todos los operadores de televisión local que emiten en la Comunidad de Madrid, fácilmente identificables, están cubiertos por ABERTIS, TELEDIFUSIÓN MADRID y RADIODIFUSIÓN DIGITAL. Por ello, difícilmente los hipotéticos terceros prestadores de servicios de difusión en la Comunidad de Madrid, que además no han sido detectados ni por ABERTIS, ni por la CMT, ni por la CNC en el marco del expediente C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID, pueden tener unos ingresos que representen el 60% del mercado.
- (52) Por otra parte, el hecho de que los datos se hayan calculado para el conjunto de las 10 demarcaciones de televisión local de la Comunidad de Madrid no altera la conclusión de que en al menos en una demarcación se supera la cuota del 30%. Así, por lógica matemática es evidente que si en el conjunto de demarcaciones la entidad resultante supera la cuota del 30%, necesariamente en al menos una demarcación local se supera el umbral del 30%.
- (53) En relación con las anteriores cuestiones, ABERTIS ha realizado dos alegaciones adicionales. Por un lado, ABERTIS considera que se ha minusvalorado el poder de mercado de RADIODIFUSIÓN DIGITAL y por otro, que debería incluirse los operadores de televisión que se autoprestan el servicio de difusión a la hora de calcular el tamaño del mercado y las cuotas de mercado.
- (54) En relación con la primera cuestión, resulta cuanto menos sorprendente que ABERTIS, concedora de los mercados de difusión de señales de televisión local

*en la Comunidad de Madrid por estar presente en los mismos, pretenda ahora magnificar el poder de mercado de RADIODIFUSIÓN DIGITAL, si se tiene en cuenta que en el formulario de notificación de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID no le identificó como competidor.*

- (55) *En todo caso, a los efectos de la determinación de si se cumplen los umbrales de notificación, lo relevante son los ingresos obtenidos en los mercados relevantes, no el hipotético poder de mercado de RADIODIFUSIÓN DIGITAL. A este respecto, las cifras de ingresos de RADIODIFUSIÓN DIGITAL en los mercados de difusión de señales de televisión local en la Comunidad de Madrid que se han utilizado por la CNC a la hora de calcular las cuotas de mercado han sido aportadas por la propia RADIODIFUSIÓN DIGITAL en respuesta a un requerimiento de información. Asimismo, ABERTIS en ningún momento ha aportado indicios de que las cifras aportadas por RADIODIFUSIÓN DIGITAL son incorrectas.*
- (56) *En lo que respecta a la cuota atribuible a las televisiones locales que se autoprestan el servicio de difusión, es necesario recordar que ABERTIS incurre en una contradicción, porque su principal argumento para justificar el no haber notificado la operación de referencia es la no imputabilidad de una cuota a TRADIA, al considerar precisamente que se autoprestaba el servicio.*
- (57) *En todo caso, a los efectos de determinar si se cumplen los umbrales de notificación en este caso, es irrelevante si se incluye o no la autoprestación. En este sentido, como ya se ha indicado, casi todos los operadores de televisión local que emiten en la Comunidad de Madrid están cubiertos por ABERTIS, TELEDIFUSIÓN MADRID y RADIODIFUSIÓN DIGITAL. Por ello, difícilmente pueden existir suficientes televisiones locales en la Comunidad de Madrid que se autopresten los servicios de difusión como para diluir la cuota de la entidad resultante por debajo del 30%. En todo caso, conviene destacar que ABERTIS en ningún momento ha identificado cuáles son aquellas televisiones locales que se autoprestan los servicios de difusión en la Comunidad de Madrid.*
- (58) *En conclusión, esta Dirección de Investigación no considera justificado el argumento de ABERTIS de que la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID no se encuentra sujeta al control de concentraciones por no superarse los umbrales de notificación previstos en el artículo 8.1 de la LDC, ya que como se ha podido comprobar, bajo todos los escenarios razonables de definición de los mercados relevantes, la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID conlleva la adquisición o incremento por la entidad resultante de una cuota de mercado por encima del 30% en al menos una demarcación local de la Comunidad de Madrid en el mercado de producto de difusión terrestre de señales de televisión local.*

#### **IV.2. Sobre la existencia de ejecución previa sin notificación**

- (59) *Esta Dirección de Investigación considera, en línea con lo señalado por el Consejo de la CNC en su Resolución de 16 de julio de 2009, que ABERTIS ha adquirido el control exclusivo de TELEDIFUSIÓN MADRID, en el sentido del artículo 7.1.b) de la LDC, desde el 7 de marzo de 2008, lo que equivale a afirmar que la operación*

*de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID se considera ejecutada a los efectos del control de concentraciones desde dicha fecha.*

- (60) *Sin embargo, ABERTIS defiende en sus alegaciones al acuerdo de incoación, que el contrato de compraventa firmado el 7 de marzo de 2008 no se habría ejecutado ni se va a ejecutar en el futuro.*
- (61) *ABERTIS argumenta que desde que la Dirección de Investigación le solicitó de manera informal información sobre la adquisición de TELEDIFUSIÓN MADRID, para analizar la posibilidad de que la transacción fuese notificable, y hasta el momento presente, ABERTIS se ha abstenido de llevar a cabo cualquiera de los actos subsiguientes de ejecución previstos en el contrato de compraventa. Así, ABERTIS se habría abstenido de participar en el Consejo de Administración de TELEDIFUSIÓN MADRID, así como de votar en sus Juntas Generales de Accionistas.*
- (62) *Asimismo, ABERTIS defiende que el hecho de que haya desistido de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID hace que el presente expediente sancionador pierda toda su relevancia práctica.*
- (63) *Sin embargo, esta Dirección de Investigación considera que hay que rechazar las anteriores alegaciones de ABERTIS, en la medida en que a los efectos de la LDC, la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID se ejecutó el 7 de marzo de 2008.*
- (64) *La LDC en su artículo 7.1 define una concentración económica en los siguientes términos:*
- “A los efectos previstos en esta Ley se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia:*
- [...]*
- b) de la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.”*
- [...]*
- (65) *Asimismo, el artículo 7.2 de la LDC establece que: “A los efectos anteriores, el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confiera las posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante:*
- a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa*
- [...]”*
- (66) *En el presente caso, esta Dirección de Investigación tiene constancia de que la transmisión a ABERTIS de las acciones, que representan el 80% del capital social de TELEDIFUSIÓN MADRID, al precio pactado en el contrato de compraventa firmado por todas las partes a fecha 7 de marzo de 2008, tuvo lugar ese mismo día, y de hecho ABERTIS no ha intentado alegar lo contrario.*

- (67) *Adicionalmente, en el momento que ABERTIS adquiere el 80% del capital social de TELEDIFUSIÓN MADRID, está adquiriendo la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones estratégicas de TELEDIFUSIÓN MADRID, al margen de que haga uso de ese control o no.*
- (68) *El solo hecho de que ABERTIS se encuentre presente como accionista en la Junta General de accionistas de TELEDIFUSIÓN MADRID del 27 de octubre de 2008, tal y como figura en el Acta aportada por ABERTIS como anexo a su escrito de alegaciones, pone de manifiesto que, al margen de que manifieste que renuncia a ejercer su derecho de voto, tiene la capacidad para hacerlo. (folio 208)*
- “TRADIA TELECOM S.A., titular de 8.000 acciones, nrs. 1 al 5.000 (a.i) 6001 al 7.000 (a.i), y 8.001 al 10.000 (a.i), completamente desembolsadas. El accionista se encuentra representado por [xxx] según escritura de poder otorgada ante el Notario de Barcelona, D. [xxx], el día 28 de julio de 2008 con el número 2299 de su protocolo.”*
- (69) *En este sentido, el mero hecho de que ABERTIS pueda en cualquier momento convocar, votar y aprobar en la Junta General de Accionistas de TELEDIFUSIÓN MADRID, valiéndose de su 80% del capital social, cualquier acuerdo social, incluida la sustitución del Consejo de Administración, le da de hecho y de derecho una influencia decisiva sobre las decisiones estratégicas de TELEDIFUSIÓN MADRID. Así, ABERTIS puede vetar y revertir cualquier decisión que TELEDIFUSIÓN MADRID adopte y sea perjudicial para los intereses de ABERTIS. Esto lleva a que TELEDIFUSIÓN MADRID deje de ser un competidor independiente de ABERTIS, con los consiguientes efectos sobre la competencia.*
- (70) *Asimismo, resulta muy relevante tener en cuenta que la entrada de ABERTIS en el capital social de TELEDIFUSIÓN MADRID tuvo una influencia significativa en la política comercial de esta última entidad, pues como se ha acreditado en la Resolución del Consejo de la CNC de 16 de julio de 2009, (ver folio 358), TELEDIFUSIÓN MADRID interrumpió sus contactos comerciales con los operadores de televisión autonómica de la Comunidad de Madrid, Telemadrid y Onda 6, de cara a la prestación de servicios de difusión de señales de televisión en la Comunidad de Madrid, poco antes de marzo de 2008.*
- (71) *Por otra parte, el hecho de que ABERTIS haya desistido de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID no altera estas conclusiones, sino que incluso las agrava. En este sentido, ABERTIS se va a ver obligada a deshacer total o parcialmente la adquisición de las acciones de TELEDIFUSIÓN MADRID, a fin de dejar de disponer de su control, dado que no ha cumplido ni parece que vaya a cumplir las condiciones impuestas por el Consejo de la CNC para autorizar la adquisición de TELEDIFUSIÓN MADRID por ABERTIS.*
- (72) *En particular, dado que hasta este momento ABERTIS no ha acreditado que el contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008 se haya resuelto, resulta evidente que desde marzo de 2008 ABERTIS ha dispuesto del control de TELEDIFUSIÓN MADRID sin respetar las condiciones que le han sido impuestas por el Consejo de la CNC con fecha 16 de julio de 2009.*

- (73) *En conclusión, en virtud de lo anterior, queda probado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la LDC, la adquisición por ABERTIS del 80% del capital social de TELEDIFUSIÓN MADRID es una concentración económica, y que dicha operación de concentración se ha ejecutado con fecha 7 de marzo de 2008, pues desde dicha fecha ABERTIS tenía la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones estratégicas de TELEDIFUSIÓN MADRID.*
- (74) *Además, como se ha visto anteriormente, la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID supera los umbrales del artículo 8.1.a) de la LDC, por lo que su ejecución sin haber obtenido la necesaria autorización de las autoridades de competencia, sustrayéndose unilateralmente del control ex ante obligatorio que el legislador ha otorgado en competencia exclusiva a la CNC, supone una infracción de la obligación de no ejecución recogida en los artículos 9.1 y 62.3.d) de la LDC.*

#### **IV.3. Sobre la imputación del incumplimiento al grupo ABERTIS**

- (75) *El acuerdo de incoación del expediente de referencia de 28 de julio de 2009 imputa el incumplimiento de la obligación prevista en los artículos 9.1 y 62.3.d) de la LDC tanto a TRADIA TELECOM, S.A. como a sus matrices ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.*
- (76) *Al respecto, ABERTIS alega que únicamente TRADIA TELECOM, S.A., y en ningún caso ABERTIS TELECOM, S.A. ni ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A., podría considerarse sujeto pasivo de la obligación de notificar con carácter previo a la ejecución. Asimismo, ABERTIS argumenta que el Consejo de la CNC en su Resolución de 16 de julio de 2009 citada anteriormente insta a la Dirección de Investigación para que incoe expediente sancionador únicamente “contra Tradia”.*
- (77) *Adicionalmente, ABERTIS señala que según la doctrina constitucional<sup>2</sup>, conforme a los principios de responsabilidad personal y de culpabilidad, sólo puede imponerse una sanción a una persona jurídica por hechos propios y no por hechos cometidos por un tercero. Así, dado que ni ABERTIS TELECOM, S.A. ni ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A. son partes del contrato de 7 de marzo de 2008, no se les puede imputar una infracción que deriva de la ejecución de dicho contrato.*
- (78) *Sin embargo, estas alegaciones no son admisibles, porque en materia de defensa de competencia, y de cara a asegurar la efectividad en la aplicación de sus normas, lo relevante para la imputación y sanción de un determinado grupo empresarial por una práctica contraria a la competencia es si las personas jurídicas imputadas que forman parte de dicho grupo operaron como una unidad económica y de comportamiento a la hora de realizar la práctica infractora.*
- (79) *Así, en lo que respecta al presente expediente, lo relevante de cara a la imputación y, en su caso, sanción por la infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) es determinar si TRADIA TELECOM, S.A. y sus matrices ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A. actuaron como una unidad económica y de comportamiento de cara a la adquisición del control exclusivo de TELEDIFUSIÓN MADRID, con independencia de que cada una de estas*

<sup>2</sup> Sentencias 219/88, de 22 de noviembre y 76/90, de 26 de abril.

*empresas tenga personalidades jurídicas distintas y de que en el contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008 sólo participase TRADIA TELECOM, S.A.*

- (80) *De hecho, el propio legislador contempla esta apreciación del principio de responsabilidad personal, al establecer en el artículo 61.2 de la LDC:*

*“A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.”*

- (81) *En el presente caso ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A. participan directa o indirectamente en el 100% del capital social de TRADIA. Además ABERTIS TELECOM, S.A. y TRADIA TELECOM, S.A. comparten Director General, D. [xxx]. Asimismo, ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A. y ABERTIS TELECOM, S.A., comparten Presidente, D. [xxx], que a su vez es Administrador Solidario de TRADIA TELECOM, S.A.*
- (82) *A la vista de lo anterior, puede deducirse que de cara a la adquisición del 80% del capital social de TELEDIFUSIÓN MADRID, S.A., TRADIA TELECOM, S.A. y sus matrices ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A. actuaron como una unidad económica y de comportamiento, con independencia de que el contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008 sólo fuese firmado por TRADIA TELECOM, S.A.*
- (83) *Asimismo, conviene tener en cuenta que en el derecho de la competencia comunitario, existe una jurisprudencia consolidada<sup>3</sup> que establece que en el caso de una sociedad matriz que posee el 100 % del capital de su filial, autora ésta última de una conducta infractora de la normativa de competencia, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial.*
- (84) *En el presente caso, ABERTIS no ha presentado ningún indicio ni prueba de que a los efectos de la adquisición del 80% del capital social de TELEDIFUSIÓN MADRID, TRADIA TELECOM, S.A. haya actuado de forma independiente a sus matrices ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.*
- (85) *En conclusión, esta Dirección de Investigación considera sin sustento jurídico el argumento de ABERTIS referente a la no imputabilidad del ilícito a ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A. Así, a efectos del presente expediente, se considera que la infracción de TRADIA TELECOM, S.A. es también imputable a sus matrices ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.*

## **V. SANCIÓN**

- (86) *ABERTIS, en sus alegaciones al acuerdo de incoación del 28 de julio de 2009, señala que en el supuesto de la imposición de una sanción económica aquella*

---

<sup>3</sup> Ver Sentencia de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 10 de septiembre de 2009, en el caso C-97/08 P Akzo Nobel y otros / Comisión

*habrá de ser consistente con los precedentes de la autoridad española en asuntos similares en relación con el montante de una eventual multa.*

- (87) *Sin embargo, esta Dirección de Investigación quiere poner de manifiesto que en todos los precedentes mencionados por la notificante, se aplicó la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que ha sido derogada en su totalidad por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que es la que se aplica en el presente expediente.*
- (88) *Asimismo, es preciso señalar que conforme a lo previsto en la Ley 16/1989, el órgano de resolución en dichos precedentes era el Ministro de Economía, en tanto que con la nueva Ley 15/2007, es el Consejo de la CNC el competente para resolver el presente expediente sancionador y, en su caso, para cuantificar la multa.*
- (89) *En este sentido, existen actualmente unos criterios de cuantificación de las multas por las infracciones tipificadas en la LDC, que se recogen en el artículo 64 de la LDC y que han sido desarrollados por la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia del 11 de febrero de 2009 sobre la Cuantificación de las Sanciones.*
- (90) *La LDC, en su artículo 62.3.d) tipifica el ilícito analizado en el presente expediente como infracción grave, y en el artículo 63.1 de la LDC se establece el techo máximo de la sanción:*
- "Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:*
- [...]*
- b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- [. ..]."*
- (91) *En vista de lo anterior, y teniendo en cuenta la importancia que para la eficacia del control de concentraciones tiene la notificación de las operaciones de concentración en los términos establecidos por la LDC, 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<sup>4</sup>, su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio de 2008 fue de 3.646 millones de euros, siendo el 5% 182 millones de euros.*
- (92) *En todo caso, en atención al principio de proporcionalidad y a los criterios establecidos en Comunicación de la CNC del 11 de febrero de 2009 sobre la Cuantificación de las Sanciones, la Dirección de Investigación considera que de*

<sup>4</sup> Ver [http://www.abertis.com/dyndata/cuentas\\_anuales\\_08.pdf](http://www.abertis.com/dyndata/cuentas_anuales_08.pdf)

*cara al cálculo del importe de la sanción, se deben tener en cuenta los siguientes importes.*

- (93) *En primer lugar, los volúmenes de negocios del grupo ABERTIS y TELEDIFUSIÓN MADRID en los mercados de transporte y difusión de señales de televisiones autonómicas y locales en la Comunidad de Madrid en 2007, que serían asimilables al concepto de volumen de ventas afectado por la infracción recogido en la “Comunicación sobre la Cuantificación de las Sanciones de la CNC”, que fueron de 1.822.348 euros<sup>5</sup> en el caso de ABERTIS y de 1.061.678 euros en el caso de TELEDIFUSIÓN MADRID<sup>6</sup>.*
- (94) *Adicionalmente, la contraprestación pagada por TRADIA TELECOM, S.A. para adquirir el 80% del capital social de TELEDIFUSIÓN MADRID que fue de 3,6 millones de euros.*

#### **V.1. Circunstancias atenuantes**

- (95) *La LDC, en su artículo 64.3, de cara a la determinación del importe de las sanciones, establece la posibilidad de apreciar determinadas circunstancias atenuantes:*
- “Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:*
- a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.*
  - b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.*
  - c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.*
  - d) La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley”.*

(96) *En sus alegaciones al acuerdo de incoación ABERTIS plantea una serie de circunstancias atenuantes a tener en cuenta a la hora de una eventual sanción económica, en particular:*

    - el hecho de que ABERTIS notificara la operación de forma voluntaria y no como consecuencia de un requerimiento formal de la CNC.*
    - la colaboración de ABERTIS con la CNC desde el momento en que ésta sugirió la posibilidad de que la operación pudiese estar sometida a la obligación de notificación previa.*
    - la ausencia absoluta de intención infractora de ABERTIS y de las partes vendedoras, que reflejaron su convencimiento respecto a la inexistencia de obligación de notificar en el propio contrato.*

<sup>5</sup> Ver párrafos 287 y 321 del Informe y Propuesta de Resolución en Segunda Fase de la Dirección de Investigación en Expediente C/0110/08 Abertis/Axión y Expediente C/0084/08 Tradia/Teledifusión Madrid

<sup>6</sup> Ver párrafo 319 del Informe y Propuesta de Resolución en Segunda Fase de la Dirección de Investigación en Expediente C/0110/08 Abertis/Axión y Expediente C/0084/08 Tradia/Teledifusión Madrid

- *la suspensión por ABERTIS de cualquier actuación que pudiese constituir una ejecución de la transacción con carácter previo a su autorización para el supuesto de que se hubiese cumplido el umbral de cuota de mercado cuando no existía precedente aplicable al respecto.*

(97) *De las circunstancias atenuantes alegadas por ABERTIS, las dos primeras podrían subsumirse en la atenuante previsto en el artículo 64.3.d) de la LDC, por lo que se examinarán de forma conjunta.*

**V.1.a) ABERTIS ha notificado de manera voluntaria y ha colaborado en todo momento con la CNC**

(98) *ABERTIS reitera en sus alegaciones al acuerdo de incoación de 28 de julio de 2009 que a pesar de considerar que existían en el momento de la firma del contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008 argumentos suficientes para defender que la operación no era notificable, no obstante notificó la operación voluntariamente y colaboró en todo momento con la Dirección de Investigación.*

(99) *Es necesario tener presente que si bien ABERTIS presentó el formulario de notificación de manera voluntaria, ello se hizo después de que esta Dirección de Investigación contactara con los representantes legales de ABERTIS, como así señala la propia notificante en sus alegaciones (folio 174), “[...] mi representada colaboró en todo momento con esa Dirección desde que tuvo noticia de la inquietud de la CNC respecto a la posibilidad de que la operación fuese notificable.”*

(100) *ABERTIS alega que su colaboración con la Dirección de Investigación se plasmó en la presentación el 11 de abril de 2008 de un borrador de notificación de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID, y que esta colaboración no se limitó a presentar voluntariamente una notificación que no creía necesaria, sino que ABERTIS aceptó prolongar la fase de pre-notificación hasta las 10 semanas, con el fin de aportar el máximo de información requerida por la Dirección de Investigación.*

(101) *En relación con el plazo temporal de la fase de prenotificación, esta Dirección de Investigación quiere matizar que, si bien es cierto que en aplicación del mecanismo de prenotificación previsto en el artículo 56.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, la Dirección de Investigación realizó varios requerimientos informales a ABERTIS durante ese periodo, con el fin de completar en la medida de lo posible el borrador de notificación, en ningún momento se solicitó a ABERTIS que retrasara la notificación, siendo ésta libre de haber notificado formalmente en cualquier momento la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID.*

(102) *En el presente caso, se debe determinar si la colaboración con la Administración alegada por ABERTIS se encuentra dentro del deber general de colaboración con la CNC o si ha de ser considerado como circunstancia atenuante según el artículo 64.3 d) de la LDC.*

(103) *Para ello, hay que tener en cuenta que el artículo 39 de la LDC establece que:*

*“Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarios para la aplicación de esta Ley [...]”*

- (104) *Asimismo, conviene tener presente que la colaboración de ABERTIS con la CNC sólo se inició una vez que la Dirección de Investigación se puso en contacto con los representantes legales de ABERTIS tras tener conocimiento de la adquisición de TELEDIFUSIÓN MADRID por noticias aparecidas en prensa. En este sentido, a pesar de que en el contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008 ABERTIS autoevaluó y previó la posibilidad de que la CNC interviniese, nunca informó a la CNC sobre la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID antes del 7 de marzo de 2008.*
- (105) *Por estos motivos, esta Dirección Investigación considera que la notificación voluntaria de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID y la colaboración de ABERTIS con la CNC responden al deber general de colaboración al que hace referencia el artículo 39 de la LDC, por lo que en principio no podría ser apreciada como una circunstancia atenuante prevista en el artículo 64.3.d) de la LDC.*

#### **V.1.b) Ausencia de intención infractora de ABERTIS**

- (106) *En cuanto a la ausencia de intención infractora por parte de ABERTIS a la hora de ejecutar la notificación con carácter previo a su notificación, ABERTIS señala que el contrato de compraventa entre TRADIA y TELDIFUSIÓN MADRID fue elevado a escritura pública, de forma que las partes contratantes no pretendieron en ningún momento ocultar una potencial infracción de la normativa de competencia, sino que, por el contrario, esto muestra su convencimiento respecto a la ausencia de obligación de notificar la operación.*
- (107) *Sin embargo, conviene tener en cuenta que en el contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008 ABERTIS autoevaluó y previó la posibilidad de que la CNC interviniese. A pesar de ello, ABERTIS en ningún momento estimó necesario informar previamente a la CNC para recabar su opinión sobre la notificabilidad de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID.*
- (108) *Todo ello a pesar de que ABERTIS ya tenía experiencia en la notificación de operaciones de concentración en el sector de la difusión se señales de televisión a las autoridades de competencia<sup>7</sup>, y era consciente del dinamismo existente a la hora de definir los mercados relevantes en este sector. Lo anterior implica que como mínimo, ABERTIS ha incurrido en negligencia al ejecutar la adquisición del control exclusivo de TELEDIFUSIÓN MADRID sin ponerse previamente en contacto con la CNC.*

---

<sup>7</sup> Expediente N-03036 ABERTIS TELECOM / RETEVISIÓN, que fue autorizado con condiciones por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003.

- (109) *En cualquier caso, la jurisprudencia ha establecido que la no existencia de intencionalidad y su concurrencia con una interpretación errónea o desconocimiento de la norma no pueden considerarse como eximente del elemento de culpabilidad.*
- (110) *En primer lugar es preciso apuntar a la existencia de un instrumento legal a disposición de las empresas, el de la consulta, contemplado expresamente en la LDC en su artículo 55.2 sobre el procedimiento en materia de control de concentraciones:*
- “Con carácter previo a la presentación de la notificación podrá formularse consulta a la Comisión Nacional de la Competencia sobre: a) si una determinada operación es una concentración de las previstas en el artículo 7. b) si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previsto en el artículo 8.”*
- (111) *Asimismo, el artículo 56.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia establece una vía alternativa, la prenotificación, que también habría servido a ABERTIS para verificar la notificabilidad de la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID. De hecho esta vía fue utilizada por ABERTIS a partir del 11 de abril de 2008, una vez que la Dirección de Investigación le solicitó informalmente información sobre la adquisición de TELEDIFUSIÓN MADRID.*
- (112) *En el presente caso, ABERTIS conoce bien la legislación española en materia de control de concentraciones, dadas sus experiencias previas de notificación de operaciones de concentración, y dispone de los medios necesarios para obtener el asesoramiento jurídico que le permita llegar a la conclusión (o, al menos, a plantearse la duda) de que la operación fuera notificable.*
- (113) *En este sentido, la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 5 de noviembre de 2003 en su Fundamento Jurídico Cuarto, señala que: “no puede aceptarse la dificultad técnica de valoración de los conceptos discutidos en una empresa que (...) ha participado en operaciones previas de concentración económica”.*
- (114) *Los anteriores razonamientos también quedan ratificados por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2006 en el marco del recurso 17/2005 que determinó, en línea con jurisprudencia anterior, que “Tanto en el ámbito del Derecho Penal como del Derecho Administrativo Sancionador es posible la exigencia de responsabilidad tanto por acciones como por omisiones, por la actividad o inactividad del sujeto, en este último caso, cuando el ordenamiento jurídico del impone una actuación positiva. Este es el caso de autos, en el que la sociedad recurrente no efectuó la notificación al SDC de una operación (...) a pesar de que las normas de defensa de la competencia le obligaban a ello. El elemento subjetivo de la infracción está presente, al menos en su forma más leve de culpa o negligencia- en la falta de atención y cuidado de la sociedad actora, que si bien pudo consultar al SDC sobre los extremos de la operación que proyectaba, a fin de determinar si se encontraba sometida a los controles de las concentraciones”.*

- (115) *Adicionalmente, una vez que ha quedado acreditado que ABERTIS incurrió como mínimo en negligencia al ejecutar la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID sin haberla notificado previamente a la CNC, esta Dirección de Investigación considera que no puede considerarse la alegación de ABERTIS de convencimiento de estar cumpliendo la Ley como atenuante en una posible sanción por un ilícito de la LDC, especialmente cuando este convencimiento no ha sido acreditado por ABERTIS y choca con el hecho de que el contrato de compraventa de 7 de marzo de 2008 previera expresamente las consecuencias de la intervención de las autoridades de competencia nacionales.*
- (116) *Asimismo, conviene tener en cuenta que la LDC no contempla la falta de dolo y la negligencia en las infracciones en materia de competencia como circunstancia atenuante. Por ello, en línea con la conclusión del Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de julio de 2006 (Recurso de Casación 905/2004), que señala "(...) La Sala de instancia realiza una aplicación razonable del principio de proporcionalidad, al desestimar la pretensión de minoración de la sanción impuesta, que se sustentaba en las alegaciones de la escasa claridad de la norma, en el hecho de que no se habían producido perjuicios a la competencia (...) a lo que resulta indiferente, por no encardinarse en el tipo, que se haya producido o no daño a la competencia, en razón del carácter cautelar que representa este instrumento de control", esta Dirección de Investigación considera que la supuesta negligencia de ABERTIS a la hora de ejecutar la adquisición de TELEDIFUSIÓN MADRID no puede ser considerada una circunstancia atenuante, sin perjuicio de que se pueda tener en cuenta a la hora de fijar el importe de la sanción.*
- (117) *Por todo ello, esta Dirección de Investigación concluye que la supuesta falta de intencionalidad por parte de ABERTIS no es equivalente a una inexistencia del principio de culpabilidad o a una circunstancia atenuante.*

**V.1.c). Ausencia previa de definición del mercado relevante y suspensión de actos de ejecución**

- (118) *ABERTIS considera relevante indicar que nunca se ha incoado un procedimiento de infracción por incumplimiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración en los supuestos en los que únicamente se cumple el umbral de cuota de mercado y la autoridad española de defensa de la competencia no hubiese definido previamente el mercado relevante.*
- (119) *En el presente caso, ABERTIS argumenta que hasta la fecha de la Resolución del Consejo de la CNC de 16 de julio de 2009, no se había definido expresamente en una decisión pública de las autoridades españolas de defensa de la competencia un mercado de difusión terrestre de señales de televisión de ámbito local, en el que cada demarcación local es un ámbito geográfico relevante diferenciado.*

- (120) *Efectivamente los precedentes disponibles<sup>8</sup>, tanto en el ámbito de conductas como en el ámbito de las concentraciones, así como los informes de la CMT sobre el sector, no definen específicamente un mercado relevante de difusión de la señal de televisión local. Sin embargo, estos precedentes tampoco lo excluyen, sino que más bien dejan abierta la posibilidad de diferenciar tres mercados de producto relevantes de difusión de señales de televisión: nacional, autonómico y local, que se delimitan según el ámbito de cobertura de la señal del operador de televisión que demanda los servicios de difusión, y que tienen diferentes ámbitos geográficos relevantes.*
- (121) *Así, en el expediente N-03036 ABERTIS TELECOM / RETEVISIÓN se puso de manifiesto que a partir de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal de televisión, se impulsó el desarrollo de cadenas de televisión de ámbito autonómico con el consecuente despliegue de redes de cobertura inferior a la nacional. Por ello, en dicho expediente se concluyó que existía un mercado relevante, de difusión de señales de televisión autonómica, en aquel caso en la Comunidad Autónoma de Cataluña.*
- (122) *En cambio, en lo que respecta a la difusión de señales de televisión local, no se delimitó cual podía ser el mercado relevante a los efectos del expediente N-03036 ABERTIS TELECOM / RETEVISIÓN, por el escaso grado de desarrollo de la televisión local en aquel momento.*
- (123) *Sin embargo, a partir de 2004 ha sido publicada la normativa de desarrollo de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas terrestres<sup>9</sup> y se han adjudicado diferentes licencias de televisión en el ámbito local de la Comunidad de Madrid. Precisamente, TELEDIFUSIÓN MADRID comenzó a operar a raíz del desarrollo de las televisiones digitales locales.*
- (124) *Por ello, en el marco de los expedientes C/0084/08 TRADIA TELEDIFUSIÓN MADRID y C/0110/08 ABERTIS / AXIÓN, la CNC ha podido delimitar mercados de producto relevantes de difusión de señales de televisión local, cuyo ámbito geográfico relevante sería cada demarcación local. Para hacerlo, se han usado razonamientos similares a los que se utilizaron en el expediente N-03036 ABERTIS TELECOM / RETEVISIÓN para diferenciar mercados de producto relevantes de difusión de señales de televisión nacional y autonómica.*
- (125) *Por estos motivos, esta Dirección de Investigación considera que dado el dinamismo del sector de difusión de señales de televisión, como consecuencia de los desarrollos tecnológicos y legislativos que se han ido produciendo en los últimos años, y dada la similitud en los razonamientos utilizados en los expedientes N-03036 ABERTIS TELECOM / RETEVISIÓN y C/0084/08 TRADIA TELEDIFUSIÓN MADRID a la hora de delimitar los mercados relevantes, siendo ABERTIS parte interesada en ambos, no puede argumentarse a los efectos del*

---

<sup>8</sup> Entre otros, N-03036 Abertis Telecom / Retevisión; (C-81/03 Abertis Telecom/Retevisión TDC); N-06001 ABERTIS/MEDIAPRO/ALELLA

<sup>9</sup> Real Decreto 439/2004 por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local, modificado por el Real Decreto 2268/2004 por el que las emisiones de televisión local con tecnología analógica deberían haber cesado a partir del 1 de enero de 2008.

*presente expediente sancionador que la ausencia de definición expresa previa de los mercados de difusión de señales de televisión local, conlleve la no existencia de infracción ni de responsabilidad por parte de ABERTIS o constituya una atenuante. Todo ello sin perjuicio de que esta circunstancia se pueda tener en cuenta a la hora de determinar el importe de la sanción.*

- (126) *En lo que respecta a la supuesta no ejecución de la operación de concentración, también cabe desestimar esta alegación de cara a la exclusión de responsabilidad o la apreciación de atenuantes, en la medida en que como se ha demostrado anteriormente, la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID se ejecutó el 7 de marzo de 2008. Además, el mero hecho de que ABERTIS dispusiese de un derecho de veto y de la capacidad de revertir todas las decisiones de los órganos sociales de TELEDIFUSIÓN MADRID, ha tenido efectos sobre la competencia, especialmente en el mercado de difusión de señales de televisión autonómica en la Comunidad de Madrid, donde TELEDIFUSIÓN MADRID cesó su labor de captación de clientes.*

## **V.2. Circunstancias agravantes**

- (127) *La LDC, en su artículo 64.2, de cara a la determinación del importe de las sanciones, establece la posibilidad de apreciar algunas circunstancias agravantes, ninguna de las cuales se da en el presente caso.*
- (128) *Sin perjuicio de lo anterior, puede tenerse en cuenta al fijar la cuantía de la sanción la circunstancia de que la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID fue autorizada con condiciones por el Consejo de la CNC el 16 de julio de 2009. Además, estas condiciones en principio no van a ser cumplidas por ABERTIS, una vez que esta entidad ha desistido de la operación de concentración, aunque sin demostrar que ABERTIS ya ha perdido el control exclusivo de TELEDIFUSIÓN MADRID.*
- (129) *Lo anterior implica que desde el 7 de marzo de 2008 hasta la fecha, ABERTIS ha dispuesto del control exclusivo de TELEDIFUSIÓN MADRID sin respetar las citadas condiciones, lo que ha tenido y puede tener los efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva que llevaron al Consejo de la CNC a la imposición de dichas condiciones.*

## **VI. PROPUESTA**

*Teniendo en cuenta la valoración anterior, se propone:*

**Primero:** *Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declare que la adquisición por TRADIA TELECOM, S.A. del control exclusivo de TELEDIFUSIÓN MADRID, S.A. el 7 de marzo de 2008, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, supone una infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a TRADIA TELECOM, S.A., así como a sus matrices ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.*

**Segundo:** *Que se imponga de forma solidaria a TRADIA TELECOM, S.A., así como a sus matrices ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A., la sanción establecida en el artículo 63.1.b) de la citada Ley, que podrá alcanzar hasta un máximo de 182,3 millones de euros, equivalente al 5% del volumen de negocios total del grupo ABERTIS en el ejercicio 2008, inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”.*

2. La anterior Propuesta de Resolución fue notificada a los interesados, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.1 del reglamento del procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. Los interesados presentaron sus alegaciones a la citada Propuesta de Resolución el 4 de diciembre de 2009.
3. El Consejo deliberó y falló el contenido de la presente Resolución en su sesión plenaria del 14 de enero de 2010.
4. Son interesados en presente expediente:
  - Tradia Telecom, S.A.
  - Abertis Telecom, S.A.
  - Abertis Infraestructuras, S.A.

## **HECHOS ACREDITADOS**

La instrucción realizada por la DI en el presente expediente sancionador ha llevado a este Consejo a valorar como acreditados los siguientes hechos que constan en la Propuesta de Resolución:

1. El 7 de marzo de 2008 tuvo lugar la operación de compraventa de acciones de la empresa TDM por parte de TRADIA. Consta en los folios 60 a 97 del presente expediente el contrato ante notario en virtud del cual en ese momento se produjo la transmisión de las acciones y el pago a cada uno de los accionistas de TDM por el valor acordado de dichas acciones. A partir de ese momento TRADIA es titular del 80% de las acciones representativas del capital social de TDM.
2. El 18 de julio de 2008 tuvo lugar ante la CNC la notificación de la operación de concentración descrita en el anterior HA, en base al artículo 9 de la Ley 15/2007, tal y como la DI detalla en los antecedentes de su PR.
3. Previamente a dicha notificación la DI había contactado con los implicados en la operación de concentración para comunicarles que dicha operación era susceptible de ser de obligada notificación. Esto motivó una prenotificación de la operación el 11 de abril de 2008.
4. La CNC dicta Resolución de 16 de julio de 2009 sobre la presente operación de concentración, esto es entre TRADIA y TDM, y sobre una segunda operación que fue acumulada con ésta, la operación de concentración entre ABERTIS y AXION. En esta Resolución la CNC delimitó los mercados afectados por la operación, comprobando que la cuota resultante de la operación de concentración de TRADIA

y TDM superaba ampliamente el umbral del 30% de cuota de mercado, por lo que instó a la DI a incoar el correspondiente expediente sancionador por incumplimiento del artículo 9 de la LDC.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Sobre el objeto del expediente**

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como propone la DI, TRADIA ha infringido el artículo 9 de la Ley15/2007, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución. De ser así esta infracción está tipificada en el artículo 62.3.d) como una infracción grave a la LDC, por lo que el Consejo de la CNC podría imponer sanciones por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora.

El artículo 7 de la LDC define lo que debe entenderse como una concentración económica a efectos de aplicación de la normativa en vigor. El artículo 8 establece que las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o incremento de una cuota de mercado superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo deberán ser notificadas a la CNC para su valoración. Alternativamente, a este requisito serán también de notificación obligatoria aquellas operaciones en las que el volumen de negocios global en España del conjunto de los participantes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros.

Los imputados han alegado al PCH que no realizaron la notificación que regula el artículo 9 porque según sus análisis previos sobre los requisitos que establece el artículo 9, es decir, los umbrales de volumen de negocios o de cuota de mercado, la operación de concentración objeto del presente expediente no superaba ninguno de ellos. Esta alegación se repite resumidamente en las alegaciones a la PR.

No es un hecho discutido el cumplimiento de los requisitos del artículo 7 y que estamos por tanto ante una operación de concentración. La discusión se ha centrado sobre si la operación cumple con los requisitos del artículo 8 y por lo tanto su notificación era de carácter obligatorio.

El Consejo de la CNC, en la Resolución de 16 de julio sobre los asuntos acumulados C/0084/08 TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID y C/0110/08 ABERTIS / AXIÓN, en su Fundamento de Derecho Sexto argumenta la existencia de indicios de infracción de la LDC por incumplimiento del artículo 9 de dicha ley, y por consiguiente instó, en su Resolución Cuarta, a la Dirección de Investigación a que incoase el correspondiente expediente sancionador.

A lo largo de la instrucción la DI ha acreditado que en el mercado delimitado como mercado relevante de la operación, a efectos de la aplicación del análisis de

concentraciones desde la perspectiva del control que la LDC otorga a la CNC, la cuota de mercado resultante de la operación supera el 30%, sin que las alegaciones de la imputada hayan podido ser admitidas. El Consejo comparte la valoración realizada por la DI y expuesta ampliamente en los apartados del 22 al 58, en los que además contesta a todos y cada uno de los argumentos planteados por el imputado. Por consiguiente considera que la operación debía ser notificada antes de su ejecución, tal y como se regula en el artículo 9.1 de la LDC.

La segunda cuestión para determinar la existencia de infracción es que siendo de notificación obligatoria, dicha notificación no haya sido realizada previamente a la ejecución de la operación. Los hechos acreditan que en efecto la operación se ejecutó el día 7 de marzo de 2008, mediante la compraventa de acciones y ese mismo día tuvieron lugar la transmisión de acciones de los vendedores al comprador y el pago como contrapartida de dicha transmisión. Las acciones objeto de la transmisión y adquiridas por TRADIA representaron el 80 % del capital social de TDM, y por lo tanto, desde ese mismo día TRADIA, empresa filial al 100% de ABERTIS TELECOM, dispuso del control exclusivo de la adquirida. El Consejo comparte con la DI que ante estos hechos irrefutables, ninguna de las razones alegadas por la imputada, básicamente que no ejerció el control al que tenía derecho y que ha renunciado a la operación, pueden ser interpretadas como que la operación no fue ejecutada, y por consiguiente ha habido una infracción del artículo 9 de la LDC.

Asimismo, el Consejo coincide con la propuesta de la DI en que dada la doctrina comunitaria en materia de corresponsabilidad, en el caso presente al ser TRADIA una filial al 100% de ABERTIS TELECOM, y ésta de ABERTIS INFRAESTRUCTURA, se cumple la presunción de que éstas mantienen el control sobre su filial. Al no haber sido acreditado por los interesados la inexistencia de dicho control, ABERTIS TELECOM, y ABERTIS INFRAESTRUCTURA son corresponsables de las actuaciones realizadas por TRADIA, y en el presente caso son corresponsables de la infracción cometida contra la LDC.

## **SEGUNDO.- Sobre la aplicación del principio de confianza legítima**

En sus alegaciones, la imputada invoca el principio de confianza legítima por no existir precedentes en la delimitación del mercado relevante afectado por esta operación; y que el umbral de cuota de mercado supone una indeterminación e inseguridad jurídica.

Este Consejo no puede sino rechazar plenamente la alegación basada en la ausencia de antecedentes en la delimitación del mercado relevante como sustento de la aplicación en este caso del principio de confianza legítima. Dicha ausencia de delimitaciones previas es una situación continua y regular en el análisis de operaciones de concentración, bien porque la operación en concreto sucede en mercados emergentes, en los que los productos y servicios que ofrecen las empresas implicadas son de nueva creación, bien porque la operación en cuestión sea la primera en realizarse en el mercado en el que operan las empresas objeto de la concentración. La economía, como la sociedad en la que se desarrolla, es dinámica y por lo tanto continuamente se crean nuevos productos y servicios y por tanto siempre hay una primera vez para la delimitación de los mercados relevantes en la mayoría de las

operaciones de concentración. Además, la posible incertidumbre que se puede generar como consecuencia de ser los primeros en protagonizar una operación de concentración en mercados sin previa delimitación por las autoridades de competencia puede ser fácilmente soslayada con la nueva regulación, ya que como señala la DI en el párrafo 111 de su PR, pues la nueva LDC regula en su artículo 55.2 que *“con carácter previo a la presentación de la notificación podrá formularse consulta previa a la Comisión nacional de Competencia sobre: a) si una determinada operación es una concentración de las previstas en el artículo 7 y b) si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previsto en el artículo 8.”* El adquirente en la operación de concentración no notificada ya ha realizado previamente operaciones de concentración sujetas a la aplicación de la LDC, por lo que es conocedor no sólo de la existencia de esta norma sino de su procedimiento de aplicación.

Por lo que respecta al establecimiento de un determinado umbral de cuota de mercado como uno de los criterios para determinar la pertinencia de que una determinada operación de concentración deba someterse al análisis de concentraciones de la LDC, hay que señalar que éste es un requisito introducido en la legislación española en 1989, en el momento mismo en que se introdujo el control de concentraciones, es decir, no es un nuevo requisito y su aplicación lleva realizándose durante los últimos veinte años, y si bien es cierto que ante el proceso de reforma de la LDC algunos agentes se han manifestado en contra, no ve el Consejo que ello pueda ser empleado como justificante de la alegada inseguridad jurídica, máxime teniendo en cuenta, de nuevo, que el adquirente podía haber hecho uso de la figura de la consulta previa.

Por todo ello, el Consejo no puede apreciar que exista espacio, en el presente expediente, para alegar el principio de confianza legítima en descargo de los hechos acreditados como infracción de la LDC.

### **TERCERO.- Sobre el importe de la sanción.**

Resuelta la existencia de una infracción a la LDC por incumplimiento del artículo 9 de esta norma, el Consejo de la CNC puede imponer a los responsables de dicho incumplimiento, sobre la base del artículo 63 de la LDC, una sanción. 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.

La nueva LDC incorpora una lista no exhaustiva de circunstancias que pueden ser valoradas como atenuantes o agravantes a la hora de establecer el importe final de una sanción. TRADIA alega la existencia de ciertos atenuantes como son el hecho de haber notificado voluntariamente, ya que no ha habido requerimiento de la CNC a la notificación. Igualmente alega que aunque se formalizó el contrato de compraventa TRADIA no ejerció nunca sus derechos de control, pues cuando fue consciente de que la operación podía ser de obligada notificación ante la CNC interrumpió el proceso de toma de control, de forma que no llegó a nombrar a los nuevos consejeros ni ejerció sus derechos de voto en la junta de accionistas.

La DI no aprecia la existencia de ninguna circunstancia atenuante, ni tampoco el Consejo. La Ley establece que el momento en el que debe presentarse la notificación de una operación de concentración ante la CNC debe ser anterior a su ejecución, y eso es lo que se ha incumplido por parte de las actoras. No pueden pretender estas que el haber notificado después de ejecutarla y previa comunicación de la CNC de que la operación era susceptible de notificación obligatoria, pueda ser ahora considerado como circunstancia atenuante. Tampoco el hecho de no haber ejecutado formalmente el control sobre la adquirida en forma de nombramientos de nuevos consejeros, o de no ejercicio de sus derechos de votos, puede ser asumido como ausencia de control, pues es el hecho de tener legalmente el control sobre la adquirida lo que determina si una operación de control ha sido o no ejecutada, sin que se precise constatación de ejercicio del mismo.

Tampoco la DI aprecia circunstancias agravantes, aunque señala el hecho de que tras la Resolución del 16 de julio del Consejo de la CNC en la que se imponían condiciones que afectaban a esta operación, ABERTIS haya comunicado su renuncia a la misma pero no haya demostrado que ha perdido el control exclusivo de TELEDIFUSIÓN MADRID.

El Consejo valora que el hecho por el que se sanciona en este expediente es el incumplimiento del artículo 9, y que no hay ninguna otra circunstancia que deba ser tomada en cuenta de manera adicional, por lo que atendiendo a la naturaleza de la infracción, esto es, que se trata de una infracción al procedimiento, y a la dimensión de la operación, a través del volumen de negocio de las empresas adquirida y adquirente, considera proporcionado imponer una sanción de 143.000 €.

Por todo lo expuesto anteriormente, el Consejo

## HA RESUELTO

**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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a TRADIA TELECOM, S.A., ABERTIS TELECOM, S.A. y ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A., haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.

