

RESOLUCIÓN (Expte. R/0038/10, ABERTIS/AXIÓN/TDM)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 24 mayo de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VC/110/09 ABERTIS/AXIÓN/TDM, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 2 de marzo de 2010 por D. [...], en nombre y representación de ABERTIS TELECOM, S.A.U., (en adelante, ABERTIS) contra la Resolución de la Directora de Investigación de la CNC de 18 de Febrero de 2010 por el que ordenaba a ABERTIS y TRADIA TELECOM, S.A. (en adelante, TRADIA) su salida del capital social y de los órganos de administración de TELEDIFUSIÓN MADRID S.A. (en adelante, TDM).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 18 de julio de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (en adelante, DI) 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, controlada por el Grupo ABERTIS, del control exclusivo sobre TDM, que dio lugar al expediente de concentración C/0084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID, posteriormente acumulado al expediente C/0110/08 ABERTIS/AXIÓN con fecha 16 de febrero de 2009.
2. 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.
3. El 31 de julio de 2009 la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda acordó, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 60 de la

LDC no elevar al Consejo de Ministros la decisión citada del Consejo por lo que la misma devino firme.

4. 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.
5. 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.
6. En aplicación de lo señalado en el dispositivo quinto de la Resolución del Consejo de 16 de julio de 2009 autorizando con condiciones las operaciones de concentración TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID y ABERTIS /AXIÓN, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 35.2.c) y 41 de la LDC y en el art. 71 del RDC, la DI es competente para la vigilancia del cumplimiento de las condiciones establecidas en el citado Acuerdo.
7. 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.
8. 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.
9. 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.
10. 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.
11. 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.

12. 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.
13. 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”.
14. 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.
15. Con fecha de 10 de marzo la DI remitió su informe en virtud de los establecido en el Art. 24.1 del RDC.
16. Con fecha de 14 de abril tuvieron entrada en la CNC las alegaciones presentadas por D. [...], en nombre y representación de ABERTIS.
17. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 5 de mayo de 2010.
18. Es interesado ABERTIS TELECOM, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Delimitación del objeto del recurso: irregular planteamiento de ABERTIS

La empresa recurrente invoca el artículo 47 de la Ley 15/2007 como fundamento de la impugnación de la Resolución de la DI de 18 de Febrero de 2010. La citada norma, como es sabido, establece que: *“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”*. El Consejo debe resolver, por tanto, si la mencionada Resolución de la DI, por la cual ordena a ABERTIS la salida del capital social y de los órganos de administración de TDM, incurre en alguno de los vicios que puedan permitir su estimación.

El recurso interpuesto se fundamenta en determinadas afirmaciones de la Dirección de Investigación, fundamentalmente sobre los vínculos existentes y el control de facto que tras las modificaciones introducidas sigue siendo ejercido por ABERTIS sobre TDM, que tacha de inveraces e incorrectas, presentando una serie de argumentos con los que se pretende justificar la incorrección de dichas afirmaciones. Asimismo, alude la recurrente a una serie de precedentes comunitarios con los que pretende desvirtuar el concepto de control de facto de ABERTIS sobre TDM. Por último ABERTIS propone de manera subsidiaria reducir su presencia en el Consejo de Administración de TDM a un consejero, así como articular mecanismos para abstenerse en dicho consejo de Administración cuando se traten temas relativos a ofertas de clientes de ABERTIS.

Respecto a la forma en la que por ABERTIS se plantea el presente recurso, deben realizarse dos consideraciones preliminares que, a juicio de este Consejo son absolutamente imprescindibles para clarificar el objeto de debate y, ya adelantamos, para justificar la desestimación del presente recurso. Tales son las siguientes:

(i) En primer lugar, que ABERTIS no puede pretender de nuevo entrar a discutir con la CNC las condiciones en las que la operación de concentración TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID fue autorizada por Resolución del Consejo de 16 de julio de 2009, ni tampoco 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 la Resolución del Consejo de 26 de enero de 2010 (Expediente SNC/003/09).

Como resulta evidente, la única manera de manifestar su disconformidad con el contenido de las resoluciones de este Consejo es, conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la LDC, mediante la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, vía esta que, al menos en el caso de la operación de concentración no ha empleado. Por ello, la utilización de este recurso para intentar modificar pronunciamientos que han puesto fin a la vía administrativa y que, por lo tanto, no son susceptibles de recurso administrativo alguno, constituye un fraude de ley procedimental que es de todo punto de vista inadmisibles y justifica que, por parte de este Consejo, no se efectúen valoraciones adicionales al respecto.

(ii) En segundo término, que en la medida en que ABERTIS ha ejecutado la operación de concentración antes de obtener la preceptiva autorización y, posteriormente, desistido de materializarla, el objetivo de las actuaciones de la DI en el ejercicio de sus funciones de vigilancia de la Resolución de 16 de julio de 2009 no puede ser otro que velar por la correcta desconcentración, es decir, por la restitución de las partes afectadas por la operación de concentración, en este caso ABERTIS y TDM, a la situación jurídica previa a la irregular consumación y ejecución del contrato de compraventa de acciones de la empresa TDM por parte de TRADIA, que tuvo lugar el 7 de marzo de 2008 mediante el pago del precio pactado y la transmisión de la propiedad de las acciones.

Por otro lado, si ABERTIS, a pesar de haber manifestado su desistimiento de la operación de concentración, insiste en ejecutarla, solo puede hacerlo en los términos y condiciones que le ha impuesto el Consejo de la CNC en la reiteradamente citada Resolución de 16 de julio de 2009 y no en otras que consideres más apropiadas, puesto que tal decisión no le compete.

Por ello, toda pretensión articulada a través del presente recurso por la que se intente obtener una situación jurídica distinta de la total desconcentración o, en caso de contradecir sus propios actos, de la ejecución de la operación autorizada en las condiciones impuestas por el Consejo de la CNC, excede con creces de lo que puede obtenerse a través de este cauce impugnatorio y no puede ser atendida por ser manifiestamente irregular.

Efectuadas estas precisiones, y teniendo en cuenta que ABERTIS no dedica ni uno sólo de sus argumentos a justificar de qué forma se le ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable, únicos presupuestos que con arreglo al artículo 47 le permiten impugnar la actuación de la DI, sino que simplemente se limita a debatir sobre cuestiones no debatibles y a intentar modificar la finalidad de una vigilancia condicionada necesariamente por su desistimiento, entiende este Consejo que el presente recurso debe ser desestimado por carecer manifiestamente de fundamento.

SEGUNDO.- Requisitos del artículo 47 de la LDC: ausencia de indefensión

A pesar de que, como se ha expuesto en el Fundamento precedente, el recurso de ABERTIS no justifica la existencia de alguno de los vicios que conforme al artículo 47 de la LDC permitiría estimar el recurso, este Consejo procederá a su análisis, con un resultado que, ya anticipamos, es ciertamente desfavorable a los intereses de la mercantil recurrente.

Respecto a la indefensión, en la medida en que nos encontramos no ante un procedimiento sancionador sino ante uno de vigilancia de una resolución autorizatoria de una operación de concentración, no hay imputación de la que defenderse ni, por lo tanto, resulta posible la apreciación de vulneración alguna del derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Así lo ha declarado este Consejo en numerosas Resoluciones, por todas la de 10 de noviembre de 2009 (Expte. R/0024/09 Consenur), y también por el TS en su sentencia de 7 de febrero de 2007, manifestando claramente que: “...*tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador...[E]sa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador*” (FD. 5º).

En definitiva, la alegación de indefensión desconectada de actos adoptados en el seno de un procedimiento sancionador, como es el caso, es absolutamente improcedente y, por lo tanto, no puede conducir a la estimación del recurso.

TERCERO.- Requisitos del artículo 47 de la LDC: ausencia de perjuicio irreparable

Igual suerte debe correr el análisis objetivo del perjuicio irreparable que pudiera derivarse de la resolución impugnada, y ello no solo porque el escrito de recurso carece de razonamiento alguno sobre el que sustentarse esta apreciación, sino porque la propia actuación de ABERTIS desplaza cualquier atisbo de responsabilidad que, en este sentido, pudiera pretender imputarse al actuar de la CNC.

En efecto, los hipotéticos, aunque no alegados, perjuicios que pudieran derivarse para ABERTIS de tener que formalizar su salida del capital social y de los órganos de administración de TDM, sólo pueden ser imputables a ella, puesto que de no haber incumplido la obligación de no ejecutar la operación hasta su autorización, ahora no tendría que realizar actuación alguna para revertir dicha situación.

Por otro lado, es difícilmente argumentable que de las actuaciones necesarias para llevar a efecto la desconcentración, como es la ordenada en la Resolución de la Directora de Investigación de 18 de febrero de 2010, le puedan ocasionar algún tipo de perjuicio cuando tal es la consecuencia jurídica de una decisión de la recurrente, que manifestó su voluntad de desistir de la citada operación.

En conclusión, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de ABERTIS. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, el Consejo de la CNC entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ABERTIS TELECOM, S.A.U., 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.