

INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

EXPEDIENTE C/0716/15 ACCIONA AGUA/AIGÜES TER-LLOBREGAT

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha fecha 10 de diciembre de 2015, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) notificación de la operación de concentración económica, consistente en la adquisición del control exclusivo por Acciona Agua, S.A. (ACCIONA AGUA), sobre Aigües Ter-Llobregat Concessionaria de la Generalitat de Catalunya, S.A. (ATLL).
- (2) Dicha notificación ha sido realizada por Gestió Catalana d'Aigües, S.A. (GCA), filial al 100% de ACCIONA AGUA, según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por superar el umbral establecido en la letra b) del artículo 8.1 de la mencionada norma.
- (3) A esta operación le es de aplicación lo previsto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).
- (4) En ejercicio de lo dispuesto en los artículos 37.2 b) 55.4 de la LDC, la Dirección de Competencia requirió del notificante, con fecha 14 de diciembre de 2015, la subsanación de la notificación de carácter necesario para la resolución del expediente.
- (5) La contestación al citado requerimiento de información fue cumplimentada por parte de GAC a través de diversos escritos remitidos el 14, 15 y 16 de diciembre de 2015 y la Dirección de Competencia notificó el levantamiento de la suspensión del plazo máximo de resolución a la parte con fecha 17 de diciembre de 2015.
- (6) Con fecha 22 de diciembre de 2015, la Dirección de Competencia realizó una nueva solicitud de información a GAC, en virtud 55.5 de la LDC, con base en los datos e informaciones que GAC había aportado en sus escritos de contestación de 14, 15 y 16 de diciembre de 2015. Dicho requerimiento de información suspendía los plazos de tramitación del expediente en virtud del artículo 37.2 b) de la LDC.
- (7) Con fecha 23 de diciembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC un primer escrito de GAC contestando a la solicitud de información que había sido efectuado.
- (8) Tras haber analizado la respuesta formulada por GAC, la Dirección de Competencia consideró que la información aportada por la entidad no cumplimentaba íntegramente la solicitud de información que se le había efectuado el 23 de diciembre de 2015 y, por ello, con fecha 28 de diciembre de 2015 se formuló a la parte una solicitud de aclaración y cumplimentación de la información que le había sido solicitada anteriormente por parte de la Dirección de Competencia.

- (9) La contestación íntegra a la solicitud de información de fecha 23 de diciembre de 2015 tuvo entrada en la CNMC el 28 de diciembre de 2015.
- (10) A la luz de todo lo anterior, la fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el **19 de enero de 2016**, inclusive. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se considerará tácitamente autorizada.

II. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN

- (11) La operación de concentración notificada consiste en la adquisición por parte de ACCIONA AGUA¹, del control exclusivo sobre ATLL que, actualmente, ya estaba bajo el control conjunto de la propia ACCIONA AGUA y de Aigües de Catalunya Ltd. (ADC)².
- (12) La concentración se instrumenta a través de un contrato de compraventa de acciones y de cesión de crédito firmado el 8 de diciembre de 2015 entre GCA, filial al 100% de ACCIONA AGUA y ADC por el que la primera adquiere [más del 90%]³ de la participación accionarial de ADC en ATLL, esto es [más del 35%] del capital social.
- (13) De este modo, tras la operación ACCIONA AGUA pasará a ser titular de manera directa y a través de GCA, [de más del 70%] de las acciones de ATLL y, por lo tanto, a tener el control exclusivo sobre esta sociedad⁴.
- (14) Con carácter previo a analizar el contrato de compraventa firmado entre GCA y ADC, conviene tener en cuenta la situación jurídica actual de ATLL dadas las implicaciones que esto tiene a efectos de aplicación de la normativa de defensa de la competencia relacionada con el control de concentraciones.
- (15) La adquisición del control conjunto de ACCIONA AGUA y ADC sobre ATLL ya fue objeto de análisis por parte de la extinta Comisión Nacional de la Competencia en el marco del expediente de concentración C/0480/12⁵.
- (16) En el citado expediente se analizó que la creación de ATLL como empresa conjunta con plenas funciones a efectos de aplicación de la normativa de defensa de la competencia en los siguientes términos *“De acuerdo con los notificantes, la operación de concentración consiste en la adquisición por parte de ACCIONA AGUA, S.A. (en adelante AA) y AIGÜES DE CATALUNYA, LTD. (en adelante ADC) del control conjunto de la RED TER LLOBREGAT (en adelante RTL) mediante una empresa en participación con plenas funciones controlada por aquéllas, titular de la concesión administrativa”*.

¹ ACCIONA AGUA es, a su vez, filial al 100% de ACCIONA, S.A.

² ADC, a su vez, está controlada por el Grupo BTG PACTUAL

³ Se insertan entre corchetes aquellas partes del informe cuyo contenido exacto ha sido declarado confidencial.

⁴ Según el notificante, las partes han acordado igualmente la posibilidad de [...].

⁵ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/ficha.aspx?Num=C%2f0480%2f12&ambito=Concentraciones>

- (17) De esta forma, en el informe propuesta elaborado por la antigua Dirección de Investigación en el marco de aquel expediente se explicaban los hitos que marcaron la creación de ATLL en los siguientes términos:

“ (7) En agosto de 2012 la Generalitat de Cataluña publicó una solicitud de presentación de ofertas (Pliego de Cláusulas Administrativas) para la gestión de la RTL durante un periodo determinado, y un documento técnico de oferta que contenía las cláusulas administrativas particulares que regirían el contrato administrativo de gestión y prestación de servicios públicos, en régimen de concesión, para la construcción, mejora, gestión y explotación de las instalaciones que constituyen la red de abastecimiento Ter-Llobregat (RTL).

(...)

(11) Con fecha 5 de octubre de 2012, fecha límite para la presentación de ofertas, el consorcio de empresas encabezado por AA y ADC presentó un Acuerdo de Oferta a la Generalitat de Cataluña.

(12) Con fecha 24 de octubre de 2012 la Generalitat de Cataluña valoró la oferta del consorcio como la más ventajosa instándole a presentar justificantes de estar al día con la Seguridad Social y con Hacienda, la garantía definitiva y la justificación del pago del anuncio de adjudicación.

(13) El 6 de noviembre de 2012 se adjudicó la concesión al consorcio liderado por AA y ADC mediante Resolución del Consejero de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña.”

- (18) Esta decisión de adjudicación a favor del consorcio que actualmente conforma ATLL fue objeto de recurso ante el Organismo Administrativo de Recursos Contractuales de Catalunya (OARCC) por parte de Sociedad de Aguas de Barcelona, S.A. (AGBAR), empresa que también había concurrido al proceso de licitación.
- (19) El 2 de enero de 2013, el OARCC dictó una decisión en virtud de la cual estimaba el recurso interpuesto por AGBAR y resolvía excluir del proceso de licitación la oferta del consorcio ATLL que, como ya se ha visto anteriormente, había resultado adjudicatario de la concesión administrativa y había empezado a operar la misma.
- (20) Esta resolución del OARCC fue objeto de tres recursos contencioso-administrativos⁶ y tres solicitudes de medidas cautelares ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) presentadas por la Generalitat de Cataluña, ATLL-ACCIONA AGUA y ADC.
- (21) Las solicitudes de medidas cautelares presentadas por las tres entidades fueron desestimadas por el TSJC mediante tres autos dictados el 23 de junio de 2013 y confirmados posteriormente por autos de fecha 16 y 17 de julio de 2013.

⁶ El recurso contencioso administrativo presentado por la Generalitat dio lugar al procedimiento contencioso administrativo nº 14/2013, el presentado por ATLL-ACCIONA AGUA dio lugar al procedimiento contencioso administrativo nº 28/2013 y el recurso presentado por ADC dio lugar al procedimiento contencioso administrativo nº 39/2013.

- (22) Las tres entidades recurrentes presentaron recurso de casación ante el Tribunal Supremo quien desestimó la solicitud de medidas cautelares mediante autos de fecha 23 de octubre de 2014 (ADC), 5 de noviembre de 2014 (Generalitat de Cataluña) y 22 de enero de 2015 (ATLL-ACCIONA AGUA).
- (23) Según la notificante, en ejecución de los autos desestimatorios dictados por el Tribunal Supremo, la Generalitat de Cataluña decidió el 17 de diciembre de 2014 constituir una mesa de contratación para determinar la forma de ejecutar la resolución del OARCC.
- (24) Sin embargo, sin haber ejecutado los autos firmes del Tribunal Supremo, la Generalitat de Cataluña decidió, el 28 de julio de 2015, el cierre de la mesa de contratación constituida en diciembre de 2014, debido a la resolución por parte del TSJC del recurso principal que se había presentado en relación a la decisión de la OARCC de fecha 2 de enero de 2013.
- (25) Según la información aportada por la notificante, AGBAR ha recurrido el cierre de la mesa de contratación dictado por el órgano competente de la Generalitat de Cataluña el 28 de julio de 2015, sin que haya recaído sobre el citado recurso pronunciamiento judicial alguno.
- (26) Ello lleva a analizar cuál es la situación actual de los recursos principales que la propia Generalitat, ATLL-ACCIONA AGUA y ADC presentaron ante el TSJC.
- (27) El 22 de junio de 2015, el TSJC dictó las tres sentencias sobre los recursos que habían interpuesto la Generalitat de Cataluña, ATLL-ACCIONA AGUA y ADC contra la Resolución del OARCC de 2 de enero de 2013.
- (28) En las tres sentencias dictadas, el TSJC considera que el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión del servicio de agua en Alta Ter-Llobregat debe ser declarado nulo, al haberse vulnerado los principios de publicidad y concurrencia. Dado que la vulneración de estos principios afecta a la redacción del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la anulación debe extenderse a todo el proceso de contratación y no limitarse a la exclusión de ATLL-ACCIONA.
- (29) Por ello, a juicio de la notificante, la razón del cierre de la mesa de contratación responde a *“que la asunción sobre la que la mesa había sido constituida (exclusión del consorcio liderado por Acciona) había sido modificada por la referida sentencia del TSJ. Esta Sentencia del TSJ de junio de 2015 revoca la decisión del OARCC en lo referente a la exclusión del consorcio liderado por Acciona, pero invalida el proceso de licitación en su conjunto como consecuencia de la confusión que habrían creado a los licitadores las aclaraciones dadas por la Generalitat al pliego de cláusulas administrativas particulares”*.
- (30) Según GCA, las tres sentencias han sido recurridas ante el Tribunal Supremo, por lo que, según la notificante, no serían firmes hasta el pronunciamiento del Alto Tribunal y en el futuro podrían darse tres escenarios:

- Si prosperan los recursos presentados ante el Tribunal Supremo por Generalitat de Cataluña, ATLL-ACCIONA AGUA y ADC contra las sentencias dictadas por el TSJC el 22 de junio de 2015, ATLL mantendría la adjudicación del contrato de gestión del servicio de agua en Alta Ter-Llobregat.
 - Si prospera el recurso presentado por AGBAR contra el cierre de la mesa de contratación, cabría la posibilidad de que se reconociera el derecho del segundo licitador como adjudicatario del contrato de gestión del servicio de agua en Alta-Ter Llobregat.
 - Si se confirman los pronunciamientos del TSJC, se convocaría un nuevo proceso de licitación.
- (31) Tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente al analizar la creación de ATLL, la razón de su existencia es, precisamente la de entidad concesionaria del contrato de gestión del servicio de agua en alta Ter-Llobregat, lo que, implica que, en caso de anulación del concurso convocado en el año 2012 por la Generalitat de Cataluña, la entidad no tuviera permanencia como operador económico y, por lo tanto, el cambio en la estructura de control de la entidad no tendría la consideración de operación de concentración económica notificable en el sentido del artículo 7 de la LDC⁷.
- (32) Ahora bien, en la medida en que no se han ejecutado los autos del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, 5 de noviembre de 2014 y 22 de enero de 2015 y ATLL ha venido prestando los servicios derivados del contrato de gestión del servicio de agua en Alta-Ter Llobregat y dado que las sentencias del TSJC de 22 de junio de 2015 no son firmes y están siendo objeto de revisión por parte del Tribunal Supremo, no cabe descartar a priori que se produzca un escenario futuro en el que se haga estable la permanencia de ATLL como operador económico en el mercado de acuerdo con lo establecido en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 21 de diciembre de 2012 adoptada en el marco del expediente C/0480/12.
- (33) Por ello, esta Dirección de Competencia coincide con la notificante en que cabe la posibilidad de que el Tribunal Supremo anule las decisiones del TSJC y confirme la adjudicación a ATLL del citado contrato y, por lo tanto, se preserve el carácter estable de la entidad como concesionaria del citado servicio de gestión de aguas, por lo que la operación notificada daría lugar a una modificación en la estructura de control de una actividad económica que tendría una permanencia en el mercado estable en el tiempo a los efectos de la normativa de control de concentraciones.
- (34) En definitiva, a la luz de todo lo anterior, la operación de concentración notificada sería una concentración económica de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 b) de la LDC.

⁷ Véase también en este sentido el párrafo 103 de la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas

- (35) La operación no es de dimensión comunitaria, ya que no alcanza los umbrales establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- (36) La operación notificada cumple los requisitos previstos por la LDC al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1.b) de la misma y cumple los requisitos previstos el artículo 56.1.c) de la mencionada norma.

III. EMPRESAS PARTICIPES

III.1. GESTIÓ CATALANA D'AIGÜES, S.A. ("GCA")

- (37) GCA es una filial al 100% de ACCIONA AGUA, entidad que, a su vez es la sociedad matriz de la división del negocio de aguas del Grupo Acciona, íntegramente participada por ACCIONA, S.A., empresa holding del grupo que engloba a más de un centenar de compañías.
- (38) La facturación de ACCIONA en el último ejercicio económico, conforme al artículo 5 del RDC es, según la notificante, la siguiente:

VOLUMEN DE NEGOCIOS DE ACCIONA 2014 (millones de euros)		
MUNDIAL	UE	ESPAÑA
6.498,5	4.196,0	3.524,0

Fuente: Notificación

III.2. AIGÜES TER-LLOBREGAT CONCESSIONARIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, S.A ("ATLL")

- (39) ATLL es una empresa participada, junto con otros socios minoritarios⁸, por GCA y ACCIONA AGUA (grupo Acciona), con un 39% de su capital social y Aigües de Catalunya Ltd. (ADC), esta última controlada por BTG Pactual Group, que también dispone el 39% del capital social de ATLL.
- (40) ATLL se constituyó tras adjudicarse al consorcio formado por sus accionistas, la construcción, mejora, gestión y explotación de las instalaciones que constituyen la red de abastecimiento de agua Ter-Llobregat. Esta adjudicación fue realizada por la Generalitat de Catalunya, el 6 de noviembre de 2012.
- (41) La Cláusula 4.1 del Acuerdo de Accionistas del consorcio constituido para concurrir al proceso de licitación de la gestión del servicio de agua del Alta Ter-Llobregat se remite a la obligación contenida en el Pliego de Cláusulas Administrativas de la licitación en la que se exigía que, una vez adjudicada la concesión, los adjudicatarios de la misma debían constituir una sociedad

⁸ De acuerdo con el notificante, estos socios minoritarios son Gopa Consulting, S.L., Acacia ISP, S.L., Global Buridan, S.L. y Global Lubbock, S.L.

anónima para la titularidad de la concesión⁹.

- (42) En este caso, la sociedad se denominó ATLL y su objeto social se definió como “... *la concesión de la gestión y operación del sistema de distribución de agua masivo del área centro-sur de la región de Cataluña (gestión del servicio de suministro de agua Ter-Llobregat) durante un periodo de 50 años, según se define en la cláusula 1 del Documento Técnico de Oferta*”.
- (43) En consecuencia, ATLL, que empezó a operar el 1 de enero de 2013, suministra en régimen de concesión el abastecimiento de agua “en alta” (captación, potabilización y distribución del agua hasta los depósitos de cabecera municipales) a más de 120 municipios de 9 comarcas catalanas¹⁰. En total, ATLL abastece de agua potable a unos 1.800 km² de territorio y a casi 5 millones de habitantes.
- (44) ATLL gestiona en total cuatro plantas de tratamiento, dos estaciones potabilizadoras (Abrera y Cardedeu) y dos plantas desalinizadoras, así como dos estaciones distribuidoras y una amplia red de distribución con más de 1.000 km de tuberías, 167 depósitos y 63 estaciones de bombeo.
- (45) La facturación de ATLL en el último ejercicio económico, conforme al artículo 5 del RDC es, según la notificante, la siguiente:

VOLUMEN DE NEGOCIOS DE ATLL 2014 (millones de euros)		
MUNDIAL	UE	ESPAÑA
144,1	144,1	144,1

Fuente: Notificación

IV. VALORACIÓN

- (46) Esta Dirección de Competencia considera que la presente concentración no supone una amenaza para la competencia efectiva en los mercados afectados, ya que únicamente supone un cambio en la estructura accionarial de ATLL que pasará de estar controlada conjuntamente por ACCIONA AGUA y BTC Pactual Group, a estar controlada exclusivamente por ACCIONA AGUA.
- (47) En este sentido, dada la estructura de los mercados afectados y el papel que jugaba BTC Pactual Group en ATLL, no es previsible que la operación modifique significativamente la dinámica competitiva de estos mercados del sector de la gestión de la distribución de agua en España.
- (48) A la vista de lo anterior, la operación de concentración notificada sería susceptible de ser autorizada en primera fase sin compromisos.

⁹ En virtud de la cláusula 3.3 del Acuerdo de Accionistas aportado por ACCIONA y BTG Pactual Group en el expediente C-0480/12 los Estatutos de ATLL se interpretarán en todo momento conforme a lo estipulado en el Acuerdo de Accionistas. En caso de conflicto entre lo previsto en los Estatutos y lo estipulado en este Acuerdo, prevalecerá el Acuerdo.

¹⁰ Alt Penedès, Anoia, Baix Llobregat, Barcelonès, Garraf, Maresme, La Selva, Vallès Oriental y Vallès Occidental.

V. PROPUESTA

En atención a todo lo anterior y en virtud del artículo 57.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia se propone **autorizar la concentración**, en aplicación del artículo 57.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.