

RESOLUCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE RESOLUCION (Expte. VC 110/08 ABERTIS/AXIÓN Y C-84/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID)

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera

Madrid, de 11 de mayo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera ponente D^a. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución de cierre de vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 16 de julio de 2009, por la que se autorizó la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de ABERTIS TELECOM S.A. (ABERTIS) del control exclusivo DE TELEDIFUSION MADRID (TDM) y de RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A. (AXION), subordinándola al cumplimiento de una serie de condiciones impuestas en dicha resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 16 de julio de 2009, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC), tras valorar el Informe y Propuesta de Resolución en segunda fase elaborado por la Dirección de Investigación relativo a dichas operaciones de concentración, dictó Resolución relativa a las operaciones de concentración contenidas en él, esto es ABERTIS/AXION (C/0110/08) y TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID (C/0084/08, expediente que fue acumulado al anterior) (en adelante la Resolución).
2. En dicha Resolución el Consejo de la CNC, en aplicación del artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) acordó subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de las condiciones propuestas por la Dirección de Investigación que se recogen en el Antecedente de Hecho 7 de dicha Resolución.
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, en base al artículo 60.4 de la LDC, puso fin a la vía administrativa.
4. El 3 de noviembre de 2010 Abertis solicita la modificación parcial de las condiciones a las que el Consejo de la CNC subordinó la autorización de las operaciones de concentración entre ABERTIS y AXION y entre TRADIA y TDM, en su Resolución de 16 de julio de 2009. Para ello, ABERTIS y los

accionistas de AXIÓN firmaron el 14 de junio de 2010 diversos contratos de compraventa (uno por vendedor), a través de los cuales ABERTIS adquiría el 100% del capital social de AXIÓN. Estos contratos de compraventa habían sido novados el 2 de noviembre de 2011, para modificar la condición suspensiva de los mismos y ligarla a la revisión de las condiciones establecidas por la CNC el 16 de julio de 2009. Previamente, ABERTIS había firmado con fechas 18 de diciembre de 2009 y 25 de febrero de 2010 diversos contratos de opción de compra con los accionistas de AXIÓN, que le daban a ABERTIS la opción de adquirir el 100% de su capital social.

5. El 18 de enero de 2011 se dio traslado al Consejo de los documentos acreditativos de la salida de ABERTIS TELECOM, S.A. y TRADIA TELECOM, S.A. del capital social de TELEDIFUSION MADRID, S.A.
6. El 18 de febrero de 2011, tras propuesta de la Dirección de Investigación, el Consejo de la CNC dictó resolución de incidente de ejecución de la Resolución de 16 de julio de 2009. En dicha resolución, el Consejo de la CNC resolvió denegar la solicitud de ABERTIS respecto a la modificación y aclaración de determinadas condiciones (A1, A2 y C2) a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración ABERTIS/AXIÓN. Asimismo, el Consejo de la CNC acordó el cierre parcial de la vigilancia del expediente de referencia en relación con la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID.
7. El 25 de febrero de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de ABERTIS en el que informaba a la CNC que los contratos de compraventa suscritos el 14 de junio de 2010, renovados el 2 de noviembre de 2010, no habían entrado en vigor ni desplegado efecto alguno, ya que su ejecución había sido condicionada a la previa aprobación por parte de la CNC de la solicitud de modificación de condiciones solicitada por ABERTIS. En dicho escrito se aportaba copia de la carta remitida a los vendedores el día 23 de febrero de 2011 en la que se les informaba que el contrato ha quedado sin valor ni efecto alguno al no haberse cumplido la condición suspensiva a la que estaba sujeto.
8. El 21 de marzo de 2011 se envió requerimiento formal de información a ABERTIS para acreditar fehacientemente el desistimiento efectivo de la operación ABERTIS/AXIÓN.
9. Con fecha 30 de marzo de 2011 ha tenido entrada en la CNC la contestación de ABERTIS al requerimiento anterior, que incluye copia de las cartas de contestación de los accionistas vendedores. De conformidad con el artículo 71.1 del RDC es interesado en el presente expediente de vigilancia ABERTIS TELECOM S.A.U.
10. El 5 de abril de 2011 de conformidad con el artículo 71.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, la Dirección de Investigación remitió informe de vigilancia proponiendo el cierre de la vigilancia del expediente de referencia.

11. El Consejo deliberó y falló el asunto objeto de esta Resolución en su reunión plenaria del día 11 de mayo de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se somete a resolución del Consejo de la CNC la propuesta elevada por la DI para dar por concluida la vigilancia del expediente VC 110/08 ABERTIS/AXIÓN Y C-84/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN. Entre las facultades de la Comisión Nacional de la Competencia, el artículo 41 de la Ley 15/2007 le otorga la de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos dictados por la aplicación de la LDC, pues dicho artículo establece que:

“1. La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones”.

Y más específicamente, la asignación de funciones en materia de vigilancia viene regulada en los artículos 35.c) y 34.e) de la LDC. El primero asigna a la DI la función de *“Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.”*. El segundo le asigna al Consejo la competencia para *“Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones”*.

Estas facultades de vigilancia reguladas en la LDC se desarrollan en el artículo 71 del RDC, en cuyo número 1 se establece que la DI llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y cumplimiento de lo establecido en el artículo 35.c) de la LDC, y en el número 3 se establece que el Consejo resolverá a propuesta de la DI las cuestiones que se susciten durante la vigilancia.

Cumplimentadas por la DI las labores de vigilancia que le competen procede pues ahora que el Consejo resuelva sobre la propuesta que en el marco regulatorio descrito le ha sido elevada.

SEGUNDO. La propuesta elaborada por la DI se sigue de los resultados de la vigilancia ejercidos tras la Resolución de Incidente de Ejecución de resolución del Consejo de la CNC de 18 de febrero de 2011, en la que se resolvió: (i) denegar la solicitud de ABERTIS respecto a la modificación y aclaración de determinadas condiciones (A1, A2 y C2) a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración ABERTIS/AXIÓN; (ii) acordar el cierre parcial de la vigilancia del expediente de referencia en relación con la operación de concentración TRADIA / TELEDIFUSIÓN MADRID; y (iii) instar a la Dirección de Investigación a que realizase las actuaciones necesarias para valorar si la

conducta desarrollada por ABERTIS y AXION desde el 6 de agosto de 2009 hasta el momento era compatible con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En el marco del expediente de vigilancia el 25 de febrero de 2011 ABERTIS aportó copia de la carta remitida a los vendedores el día 23 de febrero de 2011 en la que se les informaba que el contrato ha quedado sin valor ni efecto alguno al no haberse cumplido la condición suspensiva a la que estaba sujeto, por lo que ABERTIS informaba así a la CNC que los contratos de compraventa suscritos el 14 de junio de 2010, novados el 2 de noviembre de 2010, no habían entrado en vigor ni desplegado efecto alguno, ya que su ejecución había sido condicionada a la previa aprobación por parte de la CNC de la solicitud de modificación de condiciones solicitada por ABERTIS. Tras ser requerido por la Dirección de Investigación acreditación fehaciente de tal hecho ABERTIS aportó al presente expediente las cartas de contestación de los accionistas vendedores.

El análisis realizado por la DI de dichos contratos, expuesto en el correspondiente informe elevado al Consejo, es el siguiente:

- *“Según los contratos de compraventa de 14 de junio de 2010, novados el 2 de noviembre de 2010, entre ABERTIS y cada uno de los accionistas vendedores de AXIÓN (folios 1.117-1.572, 1.073-1.088), la efectividad de los mismos estaba sujeta a la condición suspensiva, consistente en la obtención de la autorización previa de las Autoridades de Competencia de la revisión de los compromisos.*
- *Así la cláusula 3.1.1 de cada uno de estos contratos tras la novación de 2 de noviembre de 2010 señala “La eficacia de la compraventa regulada en el presente contrato queda condicionada a la siguiente condición suspensiva, de tal forma que hasta el cumplimiento de la misma no se consumará la compraventa: la aprobación por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de la solicitud de revisión de las condiciones impuestas por el Consejo en su resolución de 16 de julio de 2009...”*
- *Según información aportada por ABERTIS, se han enviado cartas (folios 1.067-1.072) a los accionistas vendedores de AXIÓN (Unicaja, Sandetel, Corporación Empresarial Cajasol, Cajasol y Digital Future Investment), confirmando que el contrato de compraventa ha quedado definitivamente resuelto por no cumplirse la anterior condición suspensiva a la que estaba sometida. Asimismo, ABERTIS aporta copia de la confirmación por parte de cada uno de los accionistas vendedores de que el contrato ha quedado efectivamente sin efecto (folios 1.575-1.579).*
- *Por otro lado, la cláusula 3.1.3 de cada uno de estos contratos tras la novación de 2 de noviembre de 2010 señala “En el supuesto de [...] no se haya cumplido la Condición Suspensiva, el contrato quedará sin efecto ni valor alguno, exceptuando las cláusulas 10.5, 10.6, 14 y 15, que continuarán vigentes entre las Partes...”*

- *Dichos elementos que perviven del contrato, referentes a asuntos como la confidencialidad o jurisdicción, no generan vínculos contractuales o comerciales entre ABERTIS y AXIÓN.*
- *Por otra parte, esta Dirección de Investigación ha constatado que las opciones de compra firmadas el 18 de diciembre de 2009 y el 25 de febrero de 2010 no contienen ningún tipo de obligación que limite la capacidad competitiva de AXIÓN.*
- *Adicionalmente, según ha constatado esta Dirección de Investigación, las obligaciones que contienen los contratos de compraventa de 14 de junio de 2010, novados el 2 de noviembre de 2010, en lo relativo al periodo transitorio hasta la ejecución de la operación, que figuran en la cláusula 3.3 de los mismos, no parecen limitar la capacidad competitiva de AXIÓN y en principio parecen estar justificadas de cara a garantizar el valor económico de la empresa en venta.*
- *En particular, los vendedores se comprometían a que AXIÓN continúe desarrollando su actividad en el marco de una gestión ordinaria de los negocios y a que se abstenga de llevar a cabo operaciones fuera de este curso ordinario de los negocios. En este sentido, entre otros asuntos, ABERTIS debía autorizar con carácter previo:*
 - *La modificación estatutos o el pago de dividendos*
 - *La modificación de la política de pago de deudas, con determinadas excepciones.*
 - *La suscripción o modificación de contratos significativos (distintos de los contratos comerciales) en la medida que no sean habituales para las actividades desarrolladas por AXIÓN en el curso ordinario de sus negocios.*
 - *Cualquier modificación de los contratos significativos existentes con clientes o proveedores que tenga efecto material adverso en el negocio de AXIÓN.*
 - *Cualquier gasto significativo fuera del curso ordinario de los negocios de AXIÓN”.*

Del análisis precedente la Dirección de Investigación “considera acreditada la extinción formal y efectiva de los contratos de compraventa de 14 de junio de 2010, novados el 2 de noviembre de 2010, que suscribieron ABERTIS y los accionistas vendedores de AXIÓN. Adicionalmente, con la información disponible, esta Dirección de Investigación entiende que no subsisten vínculos comerciales o estructurales significativos entre ABERTIS y AXIÓN que limiten la competencia entre estas dos entidades.” Añade además que: “(...) en su respuesta de 30 de marzo de 2011 (f 1574), ABERTIS señala que teniendo en cuenta las condiciones impuestas por la CNC para autorizar la adquisición de la misma y su negativa a revisarlas, no tiene interés ni intención de adquirir en el

futuro, directa o indirectamente, una participación en el capital social de AXION”.

Con respecto al mandato del Consejo de vigilar la compatibilidad con la LDC del comportamiento de ABERTIS y AXION desde el 6 de agosto de 2009 hasta el momento, la Dirección de Investigación *“no aprecia la existencia de indicios suficientes que justifiquen la incoación de un expediente sancionador contra ABERTIS por haber ejecutado anticipadamente la operación de concentración ABERTIS/AXIÓN o por haber alcanzado un pacto de no competencia con AXIÓN o sus accionistas.”*

TERCERO. El Consejo comparte con la Dirección de Investigación la valoración de los hechos acontecidos desde su resolución de 18 de febrero de 2011, de que ABERTIS ha puesto fin a los proyectos en curso para la adquisición del capital de AXION, sin que se pueda apreciar que tras la resolución de los contratos que sustentaban dicho proyecto de adquisición persista algún vínculo comercial entre ambas entidades empresariales que afecte a la competencia en los mercados inicialmente afectados por la operación.

Dado que no se aprecian tampoco indicios de infracción de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de defensa de la Competencia en los hechos analizados, y que en la resolución de 18 de febrero el Consejo resolvió ya el cierre parcial de vigilancia en lo referido a la adquisición de TDM por TRADIA TELECOM, S.A., vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

UNICO.- Declarar el cierre de la Vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de autorización subordinada a condiciones C/084/08 TRADIA/TELEDIFUSIÓN MADRID y C/0110/08 ABERTIS/AXION, de 16 de julio de 2009.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.