

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ESTABLECE Y HACE PÚBLICA LA RELACIÓN DE OPERADORES QUE, A LOS EFECTOS DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO, TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE PRINCIPALES EN LOS MERCADOS NACIONALES DE SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA Y MÓVIL.

**OP/DTSA/2118/14/OPERADORES
TELFÓNICOS FIJO Y MÓVIL**

PRINCIPALES

SERVICIOS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 21 de mayo de 2015

Visto el expediente relativo a la determinación de las relaciones de operadores principales en los en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

Con fecha 23 de junio de 2000 fue aprobado el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (en adelante, RD-Ley 6/2000), posteriormente convalidado mediante el Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000, modificado por la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, por la Disposición Adicional 4.1 de la Ley 17/2007, de 4 de julio, que modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y, por último, por el artículo 40 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

El artículo 34 del RD-Ley 6/2000 establece determinadas limitaciones para las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número dos del propio artículo, en una proporción igual o superior al 3 por ciento del total.

Asimismo, dispone que determinados organismos, entre los que se encuentra la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), extinguido e integrado actualmente en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, CNMC), podrán adoptar medidas para hacer efectivas dichas limitaciones, así como para exceptuar su aplicación en determinados casos y para proponer al Ministro de Economía y Competitividad la imposición de sanciones por su eventual incumplimiento.

En virtud del anterior Real Decreto-Ley, con fecha 12 de noviembre de 2001 se promulgó el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 (en adelante, Reglamento del Procedimiento de Autorización).

En este sentido, el artículo 3.1 del citado Reglamento dispone que la CMT establecerá y hará pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados de referencia de telefonía móvil y fija¹, y prevé que dicha relación podrá ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento de determinación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y móvil.

De acuerdo con lo dispuesto en la normativa referida, una vez conocidos por esta Comisión los principales datos relativos a la actividad comercial de los operadores significativos de los mercados nacionales de telefonía fija y de telefonía móvil en el año 2013², mediante escrito de fecha 18 de diciembre de 2014, esta Comisión procedió a iniciar de oficio el correspondiente procedimiento administrativo para establecer y hacer pública la relación de los operadores que tengan la consideración de principales en los mercados de telefonía fija y móvil, en virtud de la habilitación competencial prevista en los artículos 34 del RD-Ley 6/2000, el artículo 3.1 del mencionado Reglamento del Procedimiento de Autorización y los artículos 69 y 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

¹ Artículo 34.dos, letras “e” y “f”, del RD-Ley 6/2000.

² Fuente: Informe Económico Sectorial 2013.

TERCERO.- Trámite de audiencia.

Mediante escrito de 11 de marzo de 2015, se comunicó a las partes interesadas el inicio del trámite de audiencia del procedimiento, notificándose el informe elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, previo a la elaboración de la propuesta de resolución declarativa de la condición de operadores principales de las entidades correspondientes, a fin de que los interesados pudiesen efectuar alegaciones y aportar los documentos que estimasen convenientes al procedimiento.

El informe alcanzaba las siguientes conclusiones:

“Primero.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, y en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en dicho artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, y de acuerdo con los datos relativos al año 2013 que obran en poder de esta Comisión, establecer y hacer pública la siguiente relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y de telefonía móvil:

A) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija:

- *Telefónica de España, S.A.U.*
- *Cableuropa, S.A.U.*
- *Orange Espagne, S.A.U.*
- *Jazz Telecom, S.A.U.*
- *Vodafone España, S.A.U.*

B) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil:

- *Telefónica Móviles España, S.A.U.*
- *Orange Espagne, S.A.U.*
- *Vodafone España, S.A.U.*
- *Xfera Móviles, S.A.*
- *Lycamobile, S.L.*

Consecuentemente, a los accionistas directos e indirectos de dichos operadores principales les serán de aplicación, hasta tanto se proceda a la siguiente determinación anual, las limitaciones y restricciones previstas en los apartados uno y cuatro del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, así como las obligaciones previstas en el artículo 3.2 del citado Reglamento.

Segundo.- Ordenar la publicación de la parte Resolutoria de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado, para hacerla pública, a los efectos de lo establecido en el artículo 3.1 del Reglamento

del procedimiento de autorización aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre.”

CUARTO.- Alegaciones presentadas en el trámite de audiencia.

Con fecha 28 de abril de 2015, ha tenido entrada en el registro de esta Comisión un escrito de alegaciones al informe sometido al trámite de audiencia, presentado en nombre de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone), Vodafone ONO, S.A.U. (en adelante, Vodafone ONO) y Tenaria S.A.

En el citado escrito, Vodafone pone de manifiesto que en fecha 2 de julio de 2014³, la Comisión Europea autorizó la operación de concentración entre “Vodafone Group Plc.” y “Grupo Corporativo ONO, S.A.”

En consecuencia, la empresa indica que desde el 23 de julio de 2014, tanto Vodafone como Cableuropa, S.A.U. (actualmente Vodafone ONO) forman parte del mismo grupo empresarial a los efectos del artículo 42 del Código de Comercio, publicado por Real Decreto de 22 de agosto de 1985.

En este sentido, considera que las obligaciones que se imponen a los operadores principales en virtud del RD-Ley 6/2000 no pueden aplicarse a entidades que forman parte del mismo grupo empresarial, y solicita por una parte que en la lista de operadores principales de telefonía fija aparezca únicamente Vodafone (añadiendo la cuota de mercado de Vodafone ONO a su propia cuota), y por otra parte, que se incluya un quinto operador independiente de los anteriores en la referida lista.

QUINTO.- Informe de la Sala de Competencia.

El artículo 21.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC) determina que la Sala de Competencia emitirá informe con carácter preceptivo a la Sala de Supervisión, en los procedimientos previstos en los artículos 6 a 11 de esta Ley que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

En cumplimiento de lo establecido en dicho precepto, con fecha 14 de mayo de 2015, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sin observaciones a la propuesta de resolución del presente procedimiento.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

³ Asunto M.7231 (2014/C 447/06).

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto establecer y hacer pública la relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y móvil respectivamente, de forma que se apliquen a los accionistas directos e indirectos de dichos operadores principales, las limitaciones y restricciones previstas en los apartados uno y cuatro del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, así como las obligaciones previstas en el artículo 3.2 del Reglamento del Procedimiento de Autorización.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La Ley CNMC establece que dicha Comisión tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.

Asimismo, el artículo 6.6 de la Ley CNMC y el artículo 70.2.ñ) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) atribuyen a la Comisión la competencia para realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 34.dos del RD-Ley 6/2000 “[L]a Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones harán públicos por medios telemáticos el listado de operadores principales a los que se refiere este artículo”. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento del Procedimiento de Autorización “la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerán y harán pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados o sectores referidos en el artículo 34.dos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio. Dicha relación podrá ser modificada, en cualquier momento, durante el transcurso del año.”

Por ello, de conformidad con los preceptos anteriores y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las medidas limitativas que afectan a los operadores principales.

El artículo 34.uno del RD-Ley 6/2000 establece que *“las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad.*

Ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente podrá ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por 100 del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en un mismo mercado o sector.

Ninguna persona física o jurídica podrá designar, directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector de entre los señalados en el número siguiente.

Igualmente ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los señalados en el número siguiente podrá designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector [...].”

Los mercados afectados por las limitaciones mencionadas se delimitan en el artículo 34.dos, entre los cuales se encuentran los de la *“telefonía portátil”* (letra “e”) y el de la *“telefonía fija”* (letra “f”). Asimismo, en dicho apartado se define el concepto de operador principal como *“cualquiera que, teniendo la condición de operador en dichos mercados o sectores, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión.”*

El artículo 34.tres del mismo RD-Ley 6/2000 establece que *“se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las acciones, participaciones u otros valores poseídos y adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁴, así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de*

⁴ Modificado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores

decisión[...]”, señalándose los supuestos en los que se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de actuación concertada.

En cuanto a las obligaciones inherentes a las personas físicas o jurídicas afectadas por las citadas limitaciones, el artículo 34.cuatro (así como el artículo 3.2 del Reglamento del Procedimiento de Autorización) dispone que *“las personas físicas o jurídicas a las que se les impute el exceso referido en el número primero o la designación de miembros de órganos de administración en más de un operador principal comunicarán en el plazo de un mes desde que se produzca la referida circunstancia [...] a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [...] la sociedad respecto de la que se pretenda ejercer los derechos de voto o designar miembros del órgano de administración sin restricción alguna.*

Transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la citada comunicación, quedarán suspendidos en cuanto al exceso del 3 por 100 los derechos de voto de todas las sociedades participadas o, en su caso, la condición de miembros del órgano de administración de todas las sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector y que hayan sido designados por una misma persona.

En ningún caso podrá optarse por ejercer los derechos de voto en una de las sociedades que tenga la condición de operador principal y designar miembros en el órgano de administración de otra u otras que tengan tal condición en el mismo mercado o sector.”

El artículo 34.cinco prevé una eventual excepción a dichas limitaciones al establecer que la Comisión podrá autorizar, en el ámbito de sus competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración de los operadores de telecomunicaciones afectados por el artículo 34, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos.

Por su parte, el artículo 34.seis, al referirse a los posibles incumplimientos de las restricciones impuestas, así como a la eventual imposición de sanciones señala que *“el incumplimiento de las restricciones impuestas en el número primero respecto del ejercicio de los derechos de voto o la designación de miembros de órganos de administración, siempre que no esté amparada en la excepción prevista en el número anterior, se considera infracción muy grave y se sancionará con multa de hasta cincuenta millones de pesetas, todo ello sin perjuicio de la suspensión automática a la que se refiere el número cuatro”*. Asimismo, dispone que *“serán responsables de las infracciones las personas físicas o jurídicas que adquieran las participaciones o designen miembros en los órganos de administración en contra de lo dispuesto en el número uno.”*

Seguidamente establece que esta Comisión será competente para instruir los expedientes sancionadores en materia de incumplimiento de las restricciones establecidas en el artículo 34.uno y de proponer al Ministro de Economía y Competitividad la sanción de dichos incumplimientos.

En ese sentido, el artículo 34.siete dispone que la Comisión está legitimada, con carácter general y dentro de sus competencias, *“para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en este artículo.”*

Finalmente, el Reglamento del Procedimiento de Autorización prevé, en su artículo 3.1, que la Comisión establecerá y hará pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados de telefonía móvil y fija (artículo 34.Dos, letras “e” y “f”, del RD-Ley 6/2000, y artículo 1.2, letras “d” y “e”, del Reglamento del Procedimiento de Autorización), y que dicha relación podrá ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.

SEGUNDO.- Sobre la delimitación de los mercados de telecomunicaciones afectados por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000.

En orden a efectuar la declaración anual de la relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y móvil en el año 2013, debe tenerse en cuenta tanto (i) la delimitación legal del mercado de producto, como (ii) el ámbito geográfico de los mercados de referencia.

En lo referente a la delimitación legal de los mercados de producto afectados por las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, éstos quedan expresamente determinados en el apartado dos del citado artículo, al establecer como mercados afectados por las limitaciones impuestas en dicho precepto los de la telefonía móvil y fija.

Es decir, serán designados como operadores principales los operadores de redes y/o servicios de telefonía fija y de telefonía móvil que ostenten una de las cinco mayores cuotas en cada uno de los dos mercados sectoriales de referencia.

Para la delimitación de los mercados de telefonía fija y móvil, inicialmente se han tenido en consideración los datos correspondientes al ejercicio 2013 tanto del parque de líneas como de los ingresos de telefonía fija y móvil minoristas aportados por los operadores y utilizados para el Informe Económico de las Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 2014, publicado en octubre de 2014⁵, optándose finalmente por los datos relativos al parque de líneas, en la

5

<http://informetelecom.cnmc.es/docs/Informe%20economico%20sectorial/Informe%20Telecomunicaciones%20CNMC%202014.pdf>

medida en que es un dato más objetivo actualmente y no requiere llevar a cabo un ejercicio de imputación de los ingresos relativos a los servicios de telefonía cuando estos servicios se venden empaquetados con otros servicios –paquetes convergentes-, extremo que es habitual hoy en día.

Por su parte, respecto al ámbito geográfico de tales mercados, el artículo 34.dos del RD-Ley 6/2000 no fija un ámbito territorial concreto de manera expresa, por lo que se estima como más adecuado y pertinente tomar como referencia los mercados nacionales de ambos servicios, pues el carácter limitativo de la declaración como operador principal hace que su interpretación deba ser estricta y el análisis de los mercados de telefonía fija y móvil se ha producido tradicionalmente a nivel nacional, tanto en los informes económicos-sectoriales de este organismo como en los análisis de mercados en el marco de la regulación ex ante.

TERCERO.- Sobre la delimitación del listado de operadores a los que se les atribuye la condición legal de operador principal en cada mercado de referencia.

- *Delimitación legal y de mercado del concepto de Operador Principal.*

El artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000 define el concepto de operador principal como “*cualquiera que, teniendo la condición de operador en dichos mercados o sectores, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión*”. Es decir, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto legal, ostentar la condición legal de operador principal es una cuestión fáctica que se adquiere ex lege por ser uno de los cinco operadores que ostenten una de las cinco mayores cuotas en los mercados de referencia.

En cuanto al aspecto subjetivo del concepto de operador principal, los cinco operadores principales han de ser personas físicas o jurídicas, tal y como señala el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000, pero hay que tener en cuenta que los Grupos empresariales del sector de las telecomunicaciones frecuentemente operan en el mismo segmento de mercado a través de más de una sociedad operadora de telecomunicaciones, filial o participada mayoritariamente por la sociedad y/o operador matriz del Grupo en cuestión.

Por este motivo, resulta necesario agregar a la cuota de la sociedad operadora matriz, las cuotas de mercado de todas las sociedades operadoras filiales de su Grupo en relación con los servicios de los mercados analizados, para calcular su cuota de mercado real en dicho segmento de mercado y poder así obtener una imagen fiel de la posición de cada empresa en dicho mercado.

Este proceso se lleva a cabo asimismo en los análisis de mercados de referencia ex ante⁶, interpretando reiterada jurisprudencia comunitaria de Derecho de la competencia. A este respecto, la CMT se pronunció en su momento sobre el concepto de unidad económica. Véanse al respecto las Resoluciones de 20 de mayo de 1999 y 8 de noviembre de 2000, sobre la Tarifa Plana de Terra, en las que se señala que “*cuando un grupo de sociedades constituye una unidad económica, en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto de la sociedad matriz, existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones de derecho de la competencia*”.

Adicionalmente, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación núm. 5965/2004), de 29 de enero de 2008, aborda la cuestión relativa a los grupos de empresas en relación con la declaración de operadores principales, indicando que:

“(…) la interpretación literal del artículo 34 del RDL 6/2000 (in claris non fit interpretatio) no permite atribuir la condición de operador principal a un GRUPO y a todas las empresas integrantes del mismo. A todo lo largo del precepto, de extraordinaria amplitud, siempre se usan los términos de personas físicas o jurídicas, o sociedades -cuatro veces en el apartado Uno del art. 34 -, para designar al operador principal, y en ningún caso se refiere a éstos como conformadores de un Grupo, lo que implica su configuración individual y no agrupada, por la razón del propio sistema que quiere que las limitaciones establecidas sólo se impongan a cinco operadores principales, no a más, número que indudablemente se superaría en los casos de agrupamientos como el que ahora se examina, en los que los entes que forman el grupo son operadores en el campo de la telefonía fija, conforme a lo establecido en el artículo 17.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, vigente a la sazón.

El propio artículo 34 da pie a esa concepción individual del operador principal, cuando señala que “las prohibiciones establecidas en este número no serán de aplicación cuando se trate de sociedades matrices que tengan la condición de operador principal respecto de sus sociedades dominadas en las que concurra la misma consideración, siempre que dicha estructura venga impuesta por el ordenamiento jurídico o sea consecuencia de una mera redistribución de valores o activos ente sociedades de un mismo grupo”, regla que no tendría razón

⁶ Por todas: Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 23 de septiembre de 2014, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes fijas, la designación de los operadores con poder significativo de mercado (PSM) y la imposición de obligaciones específicas ANME/DTSA/628/14/M3-3ªRONDA); o la Resolución de la CMT de 13 de diciembre de 2012, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija, la designación del operador con PSM y la imposición de obligaciones específicas (MTZ 2012/1302).

de ser, si la empresa dominada, siguiendo el criterio del acto recurrido, se hubiera integrado en un grupo designado como operador principal.

(.....)

Al ser tan clara la dicción del art. 34 no caben otras interpretaciones finalísticas ni analógicas, pues si la voluntad del legislador hubiera sido otra habría expresamente mencionado a los Grupos de empresas como susceptibles de ser incluidas en la categoría de operador principal, al igual que lo ha establecido en tantos otros campos del ordenamiento jurídico, pues no puede pensarse que en el momento presente y en los ámbitos de que se trata, se hubiera omitido inadvertidamente una realidad que está patente en ellos. No puede, por otra parte, hablarse de fraude de ley, pues la verdadera finalidad del precepto es evitar la coordinación de conductas de grandes operadores-personas físicas o jurídicas-en el mercado, y pudiera ocurrir que mediante el sistema de Grupos se distrajese esa finalidad, que podría llevar a excluir a los que autónomamente con personalidad jurídica se encuentran entre los cinco principales”. [el subrayado es nuestro]

En definitiva, el Alto Tribunal considera que los grupos de sociedades como tales no pueden ser considerados “operadores principales”, y que ha de declararse como tales a personas jurídicas y sociedades individualizadas, ya sean de diferentes grupos o de un mismo grupo, en este último caso situándolas en apartados diferentes de la clasificación.

Sin embargo, esta conclusión no puede implicar considerar como competidores a sociedades de un mismo grupo. En virtud de los principios de Derecho de defensa de la competencia, el Tribunal Supremo se expresa de la siguiente manera, en relación con la segunda cuestión objeto de casación, al examinar la cuestión sobre la cuota de mercado que ha tenerse en cuenta:

“La estimación del recurso de casación, permite examinar, ya como órgano judicial de primera instancia (art. 95.2.d LJ), la segunda perspectiva del problema a la que antes se hizo referencia, esto es, si para determinar el carácter de operador principal, debe computarse solo la cuota de mercado de la sociedad matriz, o deben tenerse en cuenta también las de los que constituyen el holding.”

La respuesta debe ser afirmativa en consonancia con las corrientes dominantes en materia de la competencia, tan próximas al objetivo que se propone alcanzar el precepto indicado. Así, en primer lugar, el artículo 14 de la Directiva 2002/21/CE establece para determinar el peso significativo en el mercado de una empresa, no solo el suyo individualmente considerado, sino el conjunto con otras que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores. Es este el mismo criterio que ha venido a recogerse en cuanto a la definición de operador dominante, en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, en cuyo artículo 19 se añade una Disposición

Adicional tercera al Real Decreto-ley 6/2000, incluyendo en su concepto a "empresa o grupo empresarial" que tenga una cuota de mercado superior al 10% en el sector de que se trate.

El propio precepto que se está examinando, viene a afirmarlo en su apartado Tres cuando señala que, "A los efectos previstos en este artículo, se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las acciones, participaciones u otros valores poseídos y adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo tal y como este se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquéllas, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión". [el subrayado es nuestro]

En conclusión, de acuerdo con dicha realidad empresarial y del mercado, así como con el espíritu y finalidad del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, debe designarse como operadores principales a las empresas con las cinco mayores cuotas de cada mercado, calculando la cuota computándose, no sólo su cuota de mercado, sino también la de las empresas de su Grupo empresarial que operan en el mismo mercado.

- *El criterio del número total de líneas de abonados para determinar las cuotas de mercado.*

Para la determinación de la cuota de mercado de los operadores mencionados, la CMT venía atendiendo a la cifra anual de facturación total por prestación de servicios comerciales de telefonía fija y móvil, en las Resoluciones por las que se establecieron la relación de operadores principales en los mercados nacionales de dichos servicios en años anteriores⁷, puesto que la cifra resultante se consideraba el parámetro que más fielmente reflejaba la participación real de un operador en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil, agregando las cuotas de los diferentes operadores del mismo Grupo empresarial.

No obstante, debe tenerse en cuenta que durante los últimos años han aumentado considerablemente el número de ofertas que incluyen conjuntamente servicios telefónicos fijos y móviles junto a otros servicios audiovisuales y de acceso a internet, sin que pueda distinguirse siempre en su facturación la cantidad correspondiente a los servicios telefónicos fijos y móviles en relación con el resto de servicios contratados por el abonado.

Por este motivo, se considera más adecuado y pertinente utilizar el criterio del número de líneas de los abonados correspondientes a los servicios telefónicos fijo y móvil en el año 2013, por ser el parámetro que más fielmente refleja la

⁷ Por todas, Resolución relativa al ejercicio 2011 (RO 2012/1853).

participación real de un operador en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil.

- Los operadores principales de telefonía fija y móvil en el año 2013.

En aplicación de los criterios expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria ha determinado que, atendiendo a la cuota de mercado medida por el número de líneas totales correspondientes a los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil en el mercado español en el año 2013, y a partir de los datos obrantes en esta Comisión –véase el Informe Económico Anual de 2013-, los operadores que ostentan en 2013 la condición legal de operadores principales de telefonía fija y móvil, por tener una de las cinco mayores cuotas del mercado de referencia, son los siguientes:

A) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija⁸ :

- Telefónica de España, S.A.U.
- Vodafone Ono, S.A.U.⁹
- Orange Espagne, S.A.U.¹⁰
- Jazz Telecom, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.

Respecto al listado precedente, Vodafone ha indicado, en un escrito presentado en fecha 28 de abril de 2015, que Vodafone ONO (anteriormente Cableuropa, S.A.U.) y Vodafone España, S.A.U. forman parte del mismo grupo empresarial desde el año 2014, por lo que solicita que se agrupen las cuotas de mercado de ambos operadores y éstas sean imputadas únicamente a Vodafone. En consecuencia, señala que debería excluirse a Vodafone ONO del citado listado y procederse a designar a un quinto operador principal en el mercado nacional de telefonía fija.

En relación con estas alegaciones, procede tener en cuenta que, en fecha 2 de julio de 2014, la Comisión Europea (CE) decidió no oponerse a la operación de concentración entre “Vodafone Group Plc.” y “Grupo Corporativo ONO, S.A.”, cuyos grupos empresariales comprenden las sociedades Vodafone España, S.A.U. y Cableuropa, S.A.U. (actualmente, Vodafone ONO) respectivamente. Tal y como se refleja en la propia decisión de la CE, Vodafone Holding Europe, S.L.U. (filial participada al 100% por Vodafone Group Plc) adquiere, tras la autorización de la operación de concentración, el 100% de las acciones de Grupo Corporativo ONO, S.A.

⁸ Conforme a los datos disponibles en el Informe Económico Anual de 2013 las cuotas de líneas de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija son las siguientes: Telefónica de España, S.A.U. con un 58,3%, Cableuropa, S.A.U. (actualmente Vodafone ONO, S.A.U.) con un 10,5%, France Telecom España, S.A. con un 8,4%, Jazz Telecom, S.A.U. con un 8,3% y Vodafone España, S.A.U. con un 7,9%.

⁹ Denominada Cableuropa, S.A.U. en el año 2013.

¹⁰ Denominada France Telecom España, S.A. en el año 2013.

Por este motivo, esta Sala considera que la inclusión de Vodafone y Vodafone ONO en la relación de operadores principales de telefonía fija no comportará la activación de las obligaciones y limitaciones contenidas en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, para Vodafone y Vodafone ONO respectivamente o para su sociedad holding. Toda vez que la operación de concentración ha sido autorizada sin imposición de condiciones no pueden aplicar a día de hoy las limitaciones establecidas en el RD-Ley para estas dos empresas.

Sin embargo, no procede estimar la alegación de Vodafone de excluir a Vodafone ONO como operador principal. La relación de operadores principales ha de incluir a los operadores mencionados¹¹, dado que dichos operadores han formalizado su concentración con posterioridad al ejercicio analizado y son personas jurídicas independientes.

B) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil¹²:

- Telefónica Móviles España, S.A.U.
- Orange Espagne, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.
- Xfera Móviles, S.A.
- Lycamobile, S.L.

CUARTO.- Obligaciones derivadas de la declaración de la relación de operadores principales para los accionistas de los mismos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, las obligaciones que se derivan de ostentar la condición legal de operador principal afectan a los accionistas de dichos operadores, y son las siguientes:

- Atenerse a las limitaciones y restricciones a sus derechos sociales establecidas en el artículo 34.uno del RD-Ley 6/2000.

Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado (el de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil) en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad.

¹¹ Mediante Resolución de esta Comisión de fecha 9 de octubre de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria se pronunció en sentido similar al declarar la inclusión en la relación de operadores principales del sector de gas natural de las entidades Unión Fenosa Gas, S.A. y Gas Natural S.D.G. (Expte. ENER/55/2013/REF-PR)

¹² Conforme a los datos disponibles en el Informe Económico Anual de 2013 las cuotas de líneas de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil son las siguientes: Telefónica Móviles España, S.A.U. con un 34,0 %, France Telecom España, S.A. con un 22,8%, Vodafone España, S.A.U. con un 22,6%, Xfera Móviles, S.A. con un 6,7% y Lycamobile, S.L. con un **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Igualmente, las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de operador principal en el mercado de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil tampoco podrán ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por 100 del total del capital o de otros valores que le confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en el mismo mercado.

Por otra parte, ninguna persona física o jurídica podrá designar, directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado (el de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil).

Del mismo modo, las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de operador principal en el mercado de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil no podrán designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado.

Por último, debe tenerse en cuenta que el artículo 34.tres del mismo RD-Ley 6/2000 especifica una serie de presunciones legales de participación directa e indirecta, así como determinadas actuaciones que se presumen concertadas con los sujetos de la obligación de este artículo.

- *Efectuar en plazo las comunicaciones a esta Comisión que se detallan en el artículo 34.cuatro del RD-Ley 6/2000, y en el artículo 3.2 del Reglamento del Procedimiento de Autorización.*

Ambas normas disponen que las personas físicas o jurídicas a las que se les imputen las prohibiciones y limitaciones del apartado anterior, comunicarán a esta Comisión en el plazo de un mes desde que se produzca dicha circunstancia, la sociedad respecto de la que se pretenda ejercer los derechos de voto y/o designar miembros del órgano de administración sin restricción alguna.

En ningún caso podrá optarse por ejercer los derechos de voto en una de las sociedades que tenga la condición de operador principal y designar miembros en el órgano de administración de otra u otras que tengan tal condición en el mismo mercado.

Transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la citada comunicación, quedarán suspendidos en cuanto al exceso del 3 por 100 los derechos de voto de todas las sociedades participadas y/o, en su caso, la condición de miembros del órgano de administración de todas las sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector y que hayan sido designados por un mismo accionista.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

PRIMERO.- Establecer y hacer pública la relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y de telefonía móvil que se indica a continuación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, y en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en dicho artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, y de acuerdo con los datos relativos al año 2013 que obran en poder de esta Comisión:

A) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija:

- Telefónica de España, S.A.U.
- Vodafone ONO, S.A.U.
- Orange Espagne, S.A.U.
- Jazz Telecom, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.

B) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil:

- Telefónica Móviles España, S.A.U.
- Orange Espagne, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.
- Xfera Móviles, S.A.
- Lycamobile, S.L.

Consecuentemente, a los accionistas directos e indirectos de dichos operadores principales les serán de aplicación, hasta tanto se proceda a la siguiente determinación anual, las limitaciones y restricciones previstas en los apartados uno y cuatro del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, así como las obligaciones previstas en el artículo 3.2 del citado Reglamento, salvo lo establecido para Vodafone y Vodafone ONO en el Fundamento Tercero.

SEGUNDO.- Ordenar la publicación de la parte Resolutoria de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado, para hacerla pública, a los efectos de lo establecido en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.