



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

D. JOSE GIMENEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### **CERTIFICA:**

Que en la Sesión 04/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 31 de enero de 2002, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que, en relación con la tramitación del procedimiento número RO 2002/5904, se aprueba la siguiente

### **RESOLUCIÓN EN RELACIÓN CON EL PROYECTO DE CONCENTRACIÓN SOCIETARIA PLANTEADO POR LOS OPERADORES DE REDES Y SERVICIOS DE ACCESO VÍA RADIO ABRARED, S.A. Y SKY POINT, S.A. .**

#### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones ABRARED, S.A (en adelante, ABRARED) y SKY POINT, S.A. (en adelante, SKY POINT) se han dirigido a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) mediante escrito fechado el día 16 de enero de 2002, en el cual se exponían varias cuestiones:

- Por una parte se planteaba una Consulta acerca de la posibilidad de que una misma entidad sea titular de varias licencias individuales de tipo C2 de ámbito nacional en diferentes frecuencias, así como de aspectos jurídicos de la transmisión de los títulos habilitantes de una o de ambas sociedades a la sociedad resultante del proceso de concentración empresarial comunicado;



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Y por otra parte se solicitaba de la CMT que, en su caso, autorizase la fusión proyectada.

Asimismo, a dicho escrito se anexaba un Estudio de viabilidad de dicha fusión proyectada, tanto desde el punto de vista jurídico como de impacto en el mercado, así como una breve descripción del proyecto empresarial de la sociedad resultante de dicho proceso de concentración societaria, denominada provisionalmente "ONDA+".

Los operadores solicitantes justificaban la necesidad de la fusión proyectada en las dificultades actuales del mercado de las telecomunicaciones en general, y del segmento de los servicios de acceso de banda ancha en particular, y la necesidad de incrementar la dimensión empresarial para poder afrontar mejor los compromisos de inversión y la oferta de servicios en el mercado, aprovechando además las economías de escala y la complementariedad de redes y servicios de ambas empresas.

**Segundo.-** Respecto a la solicitud de autorización de la operación de concentración societaria proyectada por las entidades solicitantes, esta Comisión inició el correspondiente procedimiento administrativo, al amparo de la habilitación competencial prevista en la normativa sectorial de Telecomunicaciones en materia de salvaguardia de la libre competencia y de control de concentraciones (en concreto los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2, letras C y G, de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, así como la Cláusula 6 del Anexo I de las Órdenes de 7 de octubre de 1999, del Ministerio de Fomento, por las que se aprobaron los pliegos de cláusulas para la adjudicación de seis licencias individuales de tipo C2 para el establecimiento y explotación de redes públicas de acceso radio, tres en la banda de frecuencias de 3,4 a 3,6 GHz y otras tres en la banda de frecuencias de 26 GHz), así como, en materia procedimental, de conformidad con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, texto legal que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/1997, regula el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.

Dicho trámite de iniciación del procedimiento fue comunicado a los interesados, ABRARED y SKY POINT, mediante un Oficio de esta Comisión fechado el día 22 de enero de 2002.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **II.1. *Habilitación competencial de esta Comisión para intervenir en el presente procedimiento***

**Primero.-** En relación con el objeto del presente procedimiento, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante Ley 12/97), en su artículo 1.Dos.1, establece que la CMT tiene por objeto *“salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”*; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante RCMT).

Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de la CMT para actuar en materia de control de concentraciones en el sector de las telecomunicaciones que se contiene en la letra g) del artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/97, a cuyo tenor es función de la CMT *“ejercer el control sobre los procesos de concentración de empresas, de las participaciones en el capital y de los acuerdos entre los agentes participantes en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo, al objeto de garantizar, cuando proceda, el cumplimiento del deber de notificación obligatorio al Servicio de Defensa de la Competencia en los términos establecidos en los artículos 14 y siguientes de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia”*..

**Segundo.-** En concreto en el segmento de mercado de las redes y servicios de acceso vía radio, las Órdenes de 7 de octubre de 1999, del Ministerio de Fomento, por las que se aprobaron los pliegos de cláusulas para la adjudicación de seis licencias individuales de tipo C2 de ámbito nacional para el establecimiento y explotación de redes públicas de acceso radio, tres en la banda de frecuencias de 3,4 a 3,6 GHz y otras tres en la banda de frecuencias de 26 GHz (en adelante, las Órdenes Ministeriales de 7 de octubre de 1999), en sus respectivas Cláusulas número 6 del Anexo I de las mismas, establecen en su párrafo tercero que *“Una misma persona física o jurídica no podrá ser titular de más de una de las licencias individuales que se otorguen como consecuencia del procedimiento que se inicia con esta resolución o de otros derechos de la misma clase otorgados con anterioridad, ni tener una participación directa o indirecta que le permita intervenir significativamente en la gestión de más de una”*; y seguidamente, en su párrafo quinto disponen que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Corresponderá, a partir del otorgamiento, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinar cuándo se produce la intervención significativa en la gestión de la sociedad participada”.*

**Tercero.-** Por su parte, la CMT adecuará sus actuaciones a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/97 y en el artículo 2 del citado RCMT, el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.

En el presente procedimiento, y al amparo de lo establecido en el artículo 84.4 de la mencionada LRJPAC, se ha prescindido del trámite de audiencia, al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la Resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por los interesados, y para abreviar en el tiempo la tramitación dadas las circunstancias concurrentes.

### ***II.2 Características de las Sociedades ABRARED y SKY POINT: Accionariado y Títulos Habilitantes.***

**Primero.- Composición accionarial de las Sociedades que proyectan fusionarse.**

La composición accionarial de ABRARED, S.A. es la siguiente:

<u>ACCIONISTAS DE ABRARED, S.A.<sup>1</sup>:</u>	<u>PORCENTAJE DEL CAPITAL SOCIAL:</u>
IBERDROLA DIVERSIFICACIÓN, S.A.	68,07 %
CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE (BANCAJA)	12,27 %
GRUPO CORPORATIVO FUERTES, S.L.	12,27 %
CAJA DE AHORROS DE GALICIA	6,25 %
MERLÍN SERVICIOS PORTADORES, S.A.	1,11 %
FORMUS COMMUNICATIONS IBÉRICA, S.A.	0,000004 %

Por su parte, el accionariado de SKY POINT, S.A. es el siguiente:

<sup>1</sup> Datos comunicados por ABRARED, S.A. en su escrito de solicitud de 16 de enero de 2002, que difieren de los inscritos en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales de esta Comisión: IBERDROLA DIVERSIFICACIÓN, S.A. 38 %; FORMUS COMMUNICATIONS IBÉRICA, S.A., 31 %; MERLÍN SERVICIOS PORTADORES, S.A., 18 %; CAJA DE AHORROS DE GALICIA, 5,5 %; CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE (BANCAJA), 5,5 %; GRUPO CORPORATIVO FUERTES, S.L., 2 %.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

<u>ACCIONISTAS DE SKY POINT, S.A.:</u>	<u>PORCENTAJE DEL CAPITAL SOCIAL:</u>
COMUNITEL GLOBAL, S.A.	29,41 %
STAR 21 TELECOMUNICACIONES, S.A. <sup>2</sup>	29,41 %
UNIDAD EDITORIAL, S.A.	14,71 %
RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIONES, S.A. <sup>3</sup>	14,71 %
ISOLUX WAT, S.A.	9,80 %
MANUEL GORDILLO FLORENCIO	1,96 %

### **Segundo.- Títulos Habilitantes de Telecomunicaciones ostentados por las Sociedades que proyectan fusionarse e inscritos en los Registros Especiales gestionados por esta Comisión.**

ABRARED ostenta los siguientes Títulos Habilitantes inscritos en los Registros Especiales de Titulares de Autorizaciones Generales y Licencias Individuales de la CMT:

- Licencia individual de tipo C2 de ámbito nacional, denominada SAR-BE2, habilitante para el establecimiento y explotación de una red pública de acceso vía radio en la banda de frecuencias de 3,4 a 3,6 GHz, otorgada mediante Orden del Ministerio de Fomento de 8 de marzo de 2000, formalizada el día 18 de abril de 2000, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales de la CMT el día 14 de diciembre de 2000.
- Licencia individual de tipo C1 de ámbito nacional, habilitante para el establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones que no impliquen el uso del Dominio Público Radioeléctrico, otorgada mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 8 de marzo de 2001, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales de la CMT el mismo día.
- Autorización General de tipo C, habilitante para prestar servicios de telecomunicaciones de transmisión de datos englobados bajo las denominaciones de "Proveedor de acceso a Internet", "Suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos", "Interconexión de redes de área local", "Mensajería unificada", "Almacenamiento y reenvío de

<sup>2</sup> En el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales de esta Comisión consta la siguiente denominación social: "STAR ONE TELECOMUNICACIONES, S.A.".

<sup>3</sup> En el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales de esta Comisión consta la siguiente denominación social: "RECOLETOS COMPAÑÍA EDITORIAL, S.A.".



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mensajes cortos SMS”, y “Videoconferencia”; dicho título fue otorgado mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 2 de noviembre de 2000, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales de la CMT el mismo día.

- Autorización General de tipo A, habilitante para establecimiento de una Red Privada Virtual y su explotación para prestar servicios de telefonía en Grupo Cerrado de Usuarios; dicho título fue otorgado mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de abril de 2000, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales de la CMT el mismo día.
- Autorización Provisional, habilitante para prestar servicios de telecomunicaciones de reventa del servicio telefónico; dicho título fue otorgado mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Fomento de 6 de septiembre de 2001, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales de la CMT el día 18 de octubre de 2001.

Por su parte, SKY POINT ostenta los siguientes Títulos Habilitantes inscritos en los Registros Especiales de Titulares de Autorizaciones Generales y Licencias Individuales de la CMT:

- Licencia individual de tipo C2 de ámbito nacional, denominada SAR-BA1, habilitante para el establecimiento y explotación de una red pública de acceso vía radio en la banda de frecuencias de 26 GHz, otorgada mediante Orden del Ministerio de Fomento de 8 de marzo de 2000, formalizada el día 18 de abril de 2000, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales de la CMT el día 1 de febrero de 2001.
- Licencia individual de tipo A de ámbito nacional, habilitante para prestar servicios de telefonía fija disponible al público mediante el uso de medios de conmutación y transmisión (sin establecimiento de una red propia), otorgada mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 1 de febrero de 2001, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales de la CMT el mismo día.
- Autorización General de tipo C, habilitante para prestar servicios de telecomunicaciones de transmisión de datos englobados bajo las denominaciones de “Proveedor de acceso a Internet” y “Transmisión de información, texto, imagen y sonido mediante redes públicas fijas”; dicho





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

título fue otorgado mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 8 de noviembre de 2000, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales de la CMT el mismo día.

- Autorización Provisional, habilitante para prestar servicios de telecomunicaciones de reventa del servicio telefónico; dicho título fue otorgado mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Fomento de 23 de marzo de 2001, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales de la CMT el día 17 de mayo de 2001.
- Autorización Provisional, habilitante para prestar servicios de telecomunicaciones de reventa del servicio telefónico móvil; dicho título fue otorgado mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Fomento de 13 de julio de 2001, e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales de la CMT el día 7 de septiembre de 2001.

### ***II.3. En relación con los aspectos jurídicos del proyecto de fusión societaria planteado por ABRARED y por SKY POINT***

Con carácter previo hay que señalar que esta Resolución tiene un carácter preventivo, ya que se refiere a una hipotética situación futura, cual es la materialización de la fusión planteada por las sociedades ABRARED y SKY POINT, operación societaria que, de acuerdo con lo expuesto en el escrito remitido por ambos operadores, está pendiente de aprobación por los órganos de administración y gobierno de ambas empresas y, en su caso, también estaría asimismo pendiente de otras autorizaciones administrativas.

Es decir, que la resolución de esta Comisión ha de tener en cuenta que la situación planteada por ABRARED y SKY POINT es hipotética y no existe aún en la realidad, sino que está pendiente de dos condiciones suspensivas, cuales son la aprobación por los órganos corporativos de ambas empresas y, en su caso, la obtención de las preceptivas autorizaciones administrativas.

**Primero.- En relación con la compatibilidad para que la nueva Sociedad resultante de la fusión sea titular de ambas licencias individuales de tipo C2 para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso vía radio en las bandas de frecuencias de 3,4 a 3,6 GHz, y de 26 GHz.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya se ha señalado anteriormente, el párrafo tercero de la Claúsula 6 del Anexo I de cada una de las mencionadas Órdenes Ministeriales de 7 de octubre de 1999 dispone que *“Una misma persona física o jurídica no podrá ser titular de más de una de las licencias individuales que se otorguen como consecuencia del procedimiento que se inicia con esta resolución o de otros derechos de la misma clase otorgados con anterioridad, ni tener una participación directa o indirecta que le permita intervenir significativamente en la gestión de más de una”*, y el último párrafo de la Claúsula 28 de las mismas Órdenes Ministeriales de 7 de octubre de 1999, al regular el régimen de transmisión de las licencias, establecen que *“En ningún caso podrá adquirir la licencia quien ya fuera titular de una de ellas o controlase efectivamente la entidad titular”*.

Es decir, en cada licitación pública referida se prohíbe ser titular de más de una licencia individual C2 de las licitadas en cada Concurso de referencia, o mantener una participación en más de una sociedad adjudicataria que le permita intervenir significativamente en la gestión de más de una de ellas; así, no cabría una concentración empresarial entre dos operadores que fuesen titulares de dos licencias individuales de tipo C2 en la misma banda de frecuencias de acceso vía radio objeto de cada concurso (en la de 3,4 a 3,6 GHz, o en la de 26 GHz).

Pero ninguna de dichas Órdenes, ni en el resto de la normativa sectorial vigente, se menciona impedimento alguno para que una misma persona física o jurídica pueda ser titular de una licencia individual de tipo C2 para operar redes de acceso vía radio en la banda de frecuencias de 3,4 a 3,6 GHz, y de otra licencia individual de tipo C2 para operar redes de acceso vía radio en la banda de frecuencias de 26 GHz. De hecho, ya existe un precedente en el mercado español de telecomunicaciones: la entidad RETEVISIÓN I, S.A.U. es titular de sendas concesiones administrativas en ambas bandas de frecuencias para operar redes y servicios de acceso vía radio.

Asimismo, el accionariado de la Sociedad resultante de la fusión proyectada no incumple las limitaciones establecidas por las Claúsulas 6, párrafos tercero y quinto, y 28, último párrafo, del Anexo I de las Órdenes Ministeriales de 7 de octubre de 1999, ya que el accionariado actual de ABRARED y de SKY POINT no es incompatible con ningún otro licenciatario o concesionario de frecuencias de acceso vía radio en ninguna de las dos bandas de frecuencias (la de 3,4 a 3,6 GHz, y la de 26 GHz) objeto de los Concursos de constante referencia<sup>4</sup>: en

<sup>4</sup> Dichos competidores en el mercado nacional de establecimiento de redes de acceso vía radio son los siguientes: en la banda de frecuencias de 3,4 a 3,6 GHz, Banda Ancha, S.A., Iberbanda, S.A., Lince Telecomunicaciones, S.A.U., y Retevisión I, S.A.U.; y en la banda de frecuencias de 26 GHz, Banda 26, S.A., Broadnet Consorcio, S.A., y Retevisión I, S.A.U. .





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efecto, de acuerdo con el proyecto de fusión avanzado en el escrito de solicitud de ABRARED y SKY POINT, que prevé una fusión entre iguales en la que el accionariado de cada Sociedad asumirá el 50 % del de la nueva compañía resultante, ésta tampoco incurrirá en ninguna incompatibilidad accionarial con ninguno del resto de operadores de acceso vía radio existentes en el mercado, puesto que ninguno de los accionistas de ABRARED y SKY POINT (y por ende de la nueva Sociedad resultado de la fusión) es titular de otra licencia o concesión para establecer redes de acceso vía radio ni en la banda de frecuencias de 3,4 a 3-6 GHZ ni en la de 26 GHz, ni tampoco tienen una participación directa o indirecta que le permita intervenir significativamente en la gestión de ningún otro operador de dicho mercado<sup>5</sup>.

Por tanto, y en conclusión, la normativa sectorial vigente no prohíbe, ni limita, ni incompatibiliza, la posibilidad de que la Sociedad resultante de la fusión proyectada por ABRARED y SKY POINT sea titular de una licencia individual de tipo C2 de ámbito nacional para operar redes de acceso vía radio en la banda de frecuencias de 3,4 a 3,6 GHz, y simultáneamente de otra licencia individual de tipo C2 de ámbito nacional para operar redes de acceso vía radio en la banda de frecuencias de 26 GHz.

**Segundo.- En relación con las restricciones a las concentraciones empresariales establecidas por 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.**

En el asunto que nos ocupa, a saber, el proyecto de fusión societaria entre ABRARED y SKY POINT, no son de aplicación las restricciones y obligaciones establecidas en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, ya que si bien es cierto que ambas sociedades son operadores de servicios de telefonía (SKY POINT, es titular de una licencia individual de tipo A para prestar el servicio telefónico fijo disponible al público, y de dos Autorizaciones Provisionales de reventa del servicio telefónico fijo y móvil; y ABRARED es titular de una licencia individual de tipo A para prestar el servicio telefónico fijo disponible al público, y de una Autorización Provisional de reventa del servicio telefónico fijo), y que dichos títulos habilitantes pasarían a ser de titularidad de la nueva Sociedad resultante del proceso de fusión, la cifra de ingresos por operaciones comerciales en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil, tanto de ABRARED y SKY POINT por separado, como de

<sup>5</sup> Los antes mencionados: en la banda de frecuencias de 3,4 a 3,6 GHz, Banda Ancha, S.A., Iberbanda, S.A., Lince Telecomunicaciones, S.A.U., y Retevisión I, S.A.U.; y en la banda de frecuencias de 26 GHz, Banda 26, S.A., Broadnet Consorcio, S.A., y Retevisión I, S.A.U.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

manera agregada, es tan reducida que no ostentan, ni de lejos, una de las cinco mayores cuotas de mercado en dichos segmentos.

### **Tercero.- En relación con la necesidad de que se autorice la transmisión que el proyecto de fusión implica de los títulos habilitantes de las sociedades que pretenden fusionarse**

La operación planteada por ABRARED Y SKY POINT, tal y como ha sido descrita por las operadoras, puede calificarse como una operación mercantil de constitución de una nueva sociedad mediante la fusión de ambas sociedades, si bien no precisan si la fusión se realizará mediante la extinción de cada una de ellas y la constitución de una nueva entidad o la fusión resultará de la absorción de una sociedad por otra.

Esta operación, descrita como fusión, aparece definida en el artículo 233 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, estableciendo que:

Primero. La fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas.

Segundo. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá en igual forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social en la cuantía que proceda.

Así, la sociedad resultante de la fusión adquirirá los derechos y obligaciones de las entidades originarias. Todo ello habrá de formalizarse mediante escritura pública, en la que se hará costar el acuerdo de fusión aprobado por las respectivas juntas de accionistas y conforme al procedimiento de inscripción en el Registro Mercantil correspondiente, establecido en el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Una vez analizada la figura de la operación de fusión de sociedades a fin de conocer el contenido de la misma y sus efectos, nos corresponde estudiar la normativa que regula los títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones y su aplicación a cada uno de los que ostentan las dos sociedades que proyectan su fusión:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### 1. Licencias Individuales de tipo A y C1.

La operación que pretenden llevar a cabo ABRARED, S.A. y SKY POINT, S.A. consistiría en la fusión de ambas sociedades y la constitución de una nueva sociedad (salvo que opere la fusión por absorción de una a otra), fusión que implica específicamente la subrogación en la titularidad de las correspondientes licencias individuales de tipo A y C1 que actualmente ostentan. A estos efectos, y teniendo en cuenta que nos hallamos ante un supuesto de transmisión, en sentido amplio, de las licencias, en la medida en que se pretende un traspaso de estos títulos habilitantes a una nueva persona jurídica, debemos acudir a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 19 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, cuando prescribe: “En cualquier caso, a la transmisión de licencias, se aplicará lo previsto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas, en relación al contrato de gestión de servicios públicos”.

La Ley General de Telecomunicaciones remite a la legislación general de contratos de las Administraciones Públicas en relación con la regulación de supuestos similares respecto del contrato de gestión de servicios públicos. Debemos, pues, acudir a lo dispuesto en la Real Decreto Legislativo, 2/2000, de 16 de junio, texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El supuesto que es objeto de la consulta es objeto de regulación precisa en el apartado 5 del artículo 112 del mencionado texto refundido de la Ley de Contratos, que prescribe: “En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista continuará el contrato con la entidad resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo”.

En opinión de esta Comisión, este artículo específico es de aplicación al caso planteado por ABRARED, S.A. y SKY POINT, S.A., por más que el artículo 21 de la Orden de 22 de septiembre de 1998, sobre Licencias Individuales, haya concretado la remisión del citado artículo 19.4 de la Ley General de Telecomunicaciones en el artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Y ello es así porque hay que entender esta referencia concreta de la Orden de Licencias para los supuestos de transmisión de licencias en sentido estricto, en los que encaja específicamente el supuesto de la cesión, pero nunca con efecto restrictivo respecto del ámbito del artículo 19.4 de la Ley. Este precepto legal es claro en su voluntad de remitir a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas todos los diversos casos en los que se produzca de hecho una transmisión de una licencia, en los que cabe encajar perfectamente supuestos que por naturaleza son distintos a una



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cesión, como la fusión, la escisión o la aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma (a este respecto, cabe citar las resoluciones de esta Comisión de 23 de marzo y 29 de junio de 2000).

En definitiva, aplicando el citado artículo 112.5 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al supuesto que nos ocupa, cabe concluir que la fusión de ABRARED, S.A. y SKY POINT, S.A. en una sociedad de nueva creación, o la absorción de una por la otra, acarrea la transmisión de las actividades y de las licencias que las amparan, e implicará la subrogación de la nueva sociedad resultante de la fusión en dichas licencias, sin necesidad de autorización administrativa alguna. La entidad resultante de la fusión habrá de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la documentación necesaria para proceder a la modificación de los datos inscritos prevista en el artículo 7 del Reglamento por el que se regula, entre otros, el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales, aprobado mediante Real Decreto 1.652/1998, de 24 de julio.

### **2. Licencias Individuales de tipo C2**

Los respectivos Pliegos se remiten, al igual que la Ley General y la Orden de Licencias, a lo previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que esta Comisión entiende aplicables los criterios expuestos respecto de las licencias A y C1. No será necesaria, pues, autorización alguna, para que la sociedad resultante de la fusión sea titular de las dos licencias individuales C2 de las que ahora son titulares las sociedades que proyectan su fusión.

No obstante, las citadas licencias individuales C2 van acompañadas de sendas concesiones del dominio público radioeléctrico por lo que habrá de estarse, también, al régimen jurídico de tales concesiones.

A este respecto, el artículo 32 del Reglamento de desarrollo de la LGTel en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 9 de marzo de 2000, dispone que “la transmisión del título habilitante para el uso del espectro requerirá la autorización del órgano administrativo que lo otorgó, y se efectuará en todo caso de forma simultánea a la transmisión de la licencia para la prestación del servicio correspondiente. En todo caso, el nuevo titular deberá cumplir todos los requisitos exigidos en el presente Reglamento para la obtención del título habilitante y asumir las condiciones que fueron impuestas en la resolución de otorgamiento original”. Corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología, en cuanto órgano competente para otorgar esa autorización, determinar si la transmisión del



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominio público radioeléctrico anejo a la licencia C2 requiere o no tal autorización y, en su caso, otorgar la misma.

No obstante, y al hilo de lo razonado con anterioridad, se habría de entender que el mencionado artículo 32 se refiere al supuesto de cesión de concesiones administrativas en sentido estricto (sería un supuesto similar a la cesión de licencias en sentido estricto, para las que el artículo 115 de la Ley de Contratos exige autorización administrativa). En los supuestos, como el aquí analizado, de fusión de sociedades, la regla a aplicar sería la misma que la prevista en el artículo 112.5 de la Ley de Contratos (subrogación de la nueva sociedad resultante de la fusión en los derechos y obligaciones de las anteriores, sin necesidad autorización administrativa previa).

### 3. Autorizaciones generales

Tal y como se ha dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley General de Telecomunicaciones y en la Orden de 22 de septiembre de 1998, relativa a las Autorizaciones Generales, las autorizaciones generales son títulos que se otorgan de manera reglada y automática a través de un procedimiento de inscripción registral. De lo anterior se deduce que se trata de títulos que por naturaleza no son susceptibles de transmisión (transmisión que, además, y a diferencia de lo que sucede con las licencias, no está regulada).

En consecuencia, en el supuesto que plantean ABRARED, S.A. y SKY POINT, S.A. en su escrito, y en la medida en que el proceso de fusión puede suponer la creación de una nueva persona jurídica, las actuales autorizaciones generales de tipo A y C de aquéllas se extinguirían -con la consiguiente cancelación registral- y la nueva sociedad creada como resultado de la fusión habrá de solicitar nuevas autorizaciones generales a través del consiguiente procedimiento de inscripción en los términos de la normativa más arriba citada.

Si la fusión no diera lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica (fusión por absorción), la extinción sólo se produciría respecto de las autorizaciones de que fuera titular la sociedad absorbida, no las de la absorbente.

### 4. Autorizaciones Provisionales.

Respecto de los indicados títulos y de conformidad con lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, habrá de estarse a lo previsto en el acto de otorgamiento de los mismos. En cualquier caso, esta Comisión entiende que debe aplicarse a las mismas el mismo régimen previsto para las licencias individuales. Puesto que, a diferencia de lo que sucede con las autorizaciones generales, las provisionales no son títulos que se otorgan de manera



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

automática a través de un procedimiento de inscripción registral, nada empecce a que las mismas sean transmisibles en los mismos términos previstos para las licencias individuales.

### ***II.4. En relación con los aspectos de mercado del proyecto de fusión societaria planteado por ABRARED y por SKY POINT***

En el escrito de solicitud de 16 de enero de 2002 presentado por ABRARED y SKYPOINT se analizaba la viabilidad de dicha fusión desde el punto de vista de impacto sobre el mercado. A estos efectos, lo primero que hay es que, de acuerdo con la normativa comunitaria (artículos 81 a 83 del Tratado de la Comunidad Europea) y nacional (artículos 14 a 18 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia) en materia de Derecho de la Competencia, y en concreto en lo que se refiere a los procedimientos vigentes de control de concentraciones empresariales tanto comunitario (Reglamento CEE número 4.064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas) y español (Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas), la fusión no alcanza los mínimos de dimensión, ni a nivel comunitario ni a nivel nacional, como para que se la pueda considerar relevante para el mercado de referencia.

En virtud de las consideraciones expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### **RESUELVE:**

**Primero.-** Las licencias individuales que ostentan ABRARED, S.A. y SKY POINT, S.A. pasarán a ser titularidad de la sociedad resultante de la fusión, que se subrogará en todos los derechos y obligaciones derivadas de las mismas, sin necesidad de autorización administrativa.

**Segundo.** Respecto de las concesiones de dominio público radioeléctrico, se estará a lo que determine el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

**Tercero.** En el caso de las autorizaciones generales, de acuerdo con la práctica que se lleva a cabo en esta Comisión, bastará con que la sociedad





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

beneficiaria solicite de nuevo la autorización, acreditando el cumplimiento de los requisitos exigidos, otorgándose automáticamente la misma.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº DEL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

José M<sup>a</sup> . Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes