



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSÉ GIMÉNEZ 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 nº 28/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 30 de julio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo número RO 2002/6471, aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN EN VIRTUD DE LA CUAL 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.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de junio de 2000 el Gobierno promulgó el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, convalidado mediante el Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000, y modificado por la Disposición Adicional Décimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (en adelante, RD-Ley 6/2000).

Dicha norma legal establece en su artículo 34 una serie de limitaciones para los accionistas en el ejercicio de los derechos sociales en más de un operador



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

principal del mismo mercado de referencia (entre los que se encuentran el de telefonía fija y el de telefonía móvil), así como una serie de medidas a adoptar por parte de, entre otros organismos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) para hacer efectivas dichas limitaciones, excepcionar su aplicación en determinados casos, y proponer al Ministro de Economía sanciones por su eventual incumplimiento.

Posteriormente, 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, el Reglamento), en cuyo artículo 3.1 se dispone que la CMT establecerá y hará pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados de referencia (en este caso los de telefonía móvil y fija, artículo 34.Dos, letras “D” y “E”, del RD-Ley 6/2000, y artículo 1.2, letras “D” y “E”, del Reglamento), y que dicha relación podrá ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.

Segundo.- De acuerdo con lo dispuesto en la normativa referida, y una vez conocidos por esta Comisión los principales datos relativos a la actividad comercial de los operadores más significativos de los mercados nacionales de telefonía fija y de telefonía móvil en el año 2001 (Dichos datos fueron comunicados a esta Comisión por los operadores del mercado español de Telecomunicaciones para elaborar el Informe Anual 2001 de la CMT)¹, en fecha 3 de abril de 2002 esta Comisión procedió a iniciar de oficio el correspondiente procedimiento administrativo, amparándose en la habilitación competencial establecida por el citado artículo 34 del RD-Ley 6/2000, así como en el artículo 3.1 del mencionado Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000.

La CMT se acogió asimismo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), norma procedimental que, de conformidad con lo dispuesto en la legislación anteriormente citada, y en especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y en el artículo 2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la CMT, regula el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas. Concretamente, los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a la CMT a iniciar procedimientos de oficio.

¹ Expediente nº: MTZ 2002/5839.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- En el marco de la tramitación del citado procedimiento, y una vez aplicados a los citados datos suministrados por los operadores los criterios legales establecidos por el artículo 34.Dos, párrafo segundo, del RD-Ley 6/2000, que 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.*”, esta Comisión apreció inicialmente que, atendiendo a la cuota de mercado medida por la facturación total obtenida por la prestación de servicios de telefonía fija y móvil en el año 2001 en el mercado español, las entidades que ostentaban la condición legal de operadores principales de los mercados nacionales de telefonía fija y móvil, por tener una de las cinco mayores cuotas del mercado de referencia, eran las siguientes:

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

- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
- RETEVISIÓN I, S.A.U.
- LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U.
- JAZZ TELECOM, S.A.U.
- EUSKALTEL, S.A.

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

- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.
- AIRTEL MÓVIL, S.A.
- RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.
- XFERA MÓVILES, S.A.²

Cuarto.- Así, una vez analizados los datos suministrados por los operadores y acreditada la realidad fáctica antes mencionada a la luz de las disposiciones del citado artículo 34.Dos, párrafo segundo, del RD-Ley 6/2000, se procedió a finalizar la fase de tramitación del procedimiento de referencia y de conformidad con las previsiones del artículo 84 de la citada LRJPAC, esta Comisión, mediante un Oficio dirigido a dichas entidades fechado el día 26 de abril de 2002 (cuya salida fue registrada el día 29 de abril de 2002), previamente a la elaboración de la propuesta de resolución declarativa de dicha condición de operadores principales a los previamente enumerados, procedió a

² A pesar de que esta empresa no opera aún comercialmente, de hecho está jurídicamente habilitada para hacerlo, pues es titular de una licencia individual de tipo B2, habilitante para prestar servicios de telefonía móvil, siendo además una de las cuatro únicas entidades autorizadas a operar en el mercado español de telefonía móvil, por lo que su inclusión como operador principal en dicho mercado es automática, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicar la apertura del trámite de audiencia, previo a la resolución definitiva del expediente, a los citados 9 operadores interesados (a los 5 operadores de telefonía fija y a los 4 de telefonía móvil que ostentan actualmente las mayores cuotas de mercado en los respectivos mercados analizados en los que operan), a los efectos de que, si lo estimaran conveniente, pudiesen efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento.

A) EUSKALTEL, S.A. (en adelante, EUSKALTEL) presentó un escrito de alegaciones fechado el día 22 de mayo de 2002, en el cual manifestaba lo siguiente:

- Que los datos tenidos en cuenta para determinar qué operadores son principales a los efectos del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, esto es, la facturación total por operaciones comerciales, no son significativos al no tener en cuenta determinados aspectos de la actividad concreta de cada operador, además de no haberse facilitado a la CMT para la tramitación de este expediente sino para elaborar el Informe Anual de la CMT 2001, por lo que no han podido matizarse ciertos extremos referentes a los mismos.
- Que el artículo 5.1 de la Orden de 22 de septiembre de 1998, reguladora del régimen jurídico de las Licencias Individuales, establece que la información recabada por la CMT *“sólo podrá utilizarse para los fines que motivaron su solicitud”*, y en consecuencia en el presente procedimiento se estaría contraviniendo el mismo por utilizar los datos facilitados para elaborar el Informe Anual de la CMT 2001 y no haberse efectuado un requerimiento de información específico para resolver el presente procedimiento.
- Y sobre todo que debería declararse al Grupo CABLEEUROPA y no a EUSKALTEL operador principal en el mercado nacional de servicios de telefonía fija, puesto que tanto la sociedad matriz CABLEEUROPA, S.A. como todas las sociedades operadoras filiales del mismo operan de hecho en el mercado como un solo operador, con una unidad de acción comercial y operativa en todas las zonas del territorio nacional en las que opera dicho Grupo (EUSKALTEL afirmaba asimismo que CABLEEUROPA, S.A. estaría inmersa actualmente en un proceso de absorción de todas sus sociedades filiales o participadas para operar como un único operador en el mercado de la telefonía fija); así, si se agregan las cuotas de mercado de los diferentes operadores filiales de dicho Grupo (tal y como hizo esta Comisión en su Informe sobre el mercado de las Telecomunicaciones en el primer semestre de 2001), la cuota de mercado agregada resultante correspondiente al Grupo CABLEEUROPA



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es notoriamente superior a la de EUSKALTEL, por lo que sería aquél, y no éste, el operador que ocupe el quinto lugar en el mercado nacional de servicios de telefonía fija, es decir, a ser operador principal en dicho mercado (pasando EUSKALTEL a la sexta posición y, en consecuencia, no ostentando la condición de operador principal de telefonía fija).

B) Por su parte, RETEVISIÓN I, S.A.U. (en adelante, RETEVISIÓN) presentó un escrito de alegaciones fechado el día 24 de mayo de 2002, en el cual alegó lo siguiente:

- Que se estaría contraviniendo el artículo 5.1 de la citada Orden de Licencias Individuales por utilizar los datos facilitados para elaborar el Informe Anual de la CMT 2001 y no haberse efectuado un requerimiento de información específico para resolver el presente procedimiento, por lo que no se estaría garantizando la seguridad jurídica ni el derecho de los interesados a intervenir en el procedimiento desde su inicio.
- Que de confirmarse la propuesta de declarar operadores principales en el mercado nacional de servicios de telefonía fija a RETEVISIÓN y a EUSKALTEL, RETEVISIÓN solicitaría autorización a esta Comisión para mantener su presencia en el Consejo de Administración de EUSKALTEL, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000 y en el Reglamento de desarrollo del mismo, aprobado por el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre.

C) Los demás operadores no efectuaron alegaciones en plazo.

Quinto.- A la vista de las citadas alegaciones presentadas por EUSKALTEL, esta Comisión estimó necesario y pertinente considerar como interesados en el presente procedimiento a nuevos operadores (a los operadores de telefonía fija integrados en el Grupo Cableuropa, así como a los demás operadores de telefonía fija integrados en el Grupo Telefónica, en el Grupo Auna y en el Grupo France Telecom, que no habían sido inicialmente considerados interesados), lo cual implicaba necesariamente la apertura de un nuevo trámite de audiencia a todos los interesados, previo a la redacción de una nueva propuesta de resolución.

En consecuencia, y a la vista de la previsible dilatación en el tiempo del procedimiento de referencia, derivada de los nuevos trámites sobrevenidos a realizar, la CMT, de conformidad con las previsiones del artículo 42.6 de la citada LRJPAC, resolvió el día 7 de junio de 2002 ampliar el plazo para resolver el presente procedimiento en un mes más, adicional a los tres meses ordinarios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en curso (es decir, hasta el 3 de agosto de 2002), lo cual se comunicó a los interesados mediante un Oficio fechado el mismo día 7 de junio de 2002.

Sexto.- En relación con el fondo de las alegaciones de EUSKALTEL, esta Comisión estimó relevante la referente al hecho de que, dado que los Grupos empresariales suelen operar en el 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, es necesario agregar las cuotas de mercado de todas las sociedades operadoras filiales de cada Grupo para calcular su cuota de mercado.

Así, y de acuerdo con el espíritu del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, se decidió proponer al Consejo de esta Comisión designar como operadores principales a dichos Grupos en su conjunto, ya que tanto el operador o sociedad matriz como sus operadores filiales operan de hecho en el mercado como una sola empresa; dicha designación conllevará necesariamente elaborar una lista compuesta por cinco Grupos de operadores principales en cada mercado de referencia, determinando dentro de cada uno qué sociedad o sociedades operadoras concretas ostentan igualmente la calidad de operador principal.

Estos criterios expuestos, fundamentados en la realidad societaria y de funcionamiento del mercado español de Telecomunicaciones, fueron avalados por un Informe de los Servicios Jurídicos de la CMT de 2 de julio de 2002.

Séptimo.- En este sentido, en aplicación de dichos criterios, esta Comisión verificó que, atendiendo a la cuota de mercado medida por la facturación total por la prestación de servicios de telefonía fija y móvil en el año 2001 en el mercado español, y agregando las cuotas de los diferentes operadores del mismo Grupo empresarial, por las razones expuestas en párrafos anteriores de responder a la realidad empresarial y del mercado, los Grupos empresariales que ostentan actualmente la condición legal de operadores principales de los mercados nacionales de servicios 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 fija:

- **GRUPO TELEFÓNICA**: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA CABLE, S.A.U.³

³ A pesar de que esta empresa no opera aún comercialmente de manera regular, de hecho está jurídicamente habilitada para hacerlo, pues es titular de 19 licencias individuales de tipo B1 (una por cada Comunidad Autónoma y Ciudad Autónoma; dichas licencias son resultado de la transformación de las Concesiones de Telecomunicaciones por Cable de las que Telefónica



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **GRUPO AUNA**: RETEVISIÓN I, S.A.U., ARAGÓN DE CABLE, S.A., CABLE I TELEVISIÓ DE CATALUNYA, S.A., CABLETELCA, S.A., MADRITEL COMUNICACIONES, S.A., SUPERCABLE ALMERÍA TELECOMUNICACIONES, S.A., SUPERCABLE ANDALUCÍA, S.A., y SUPERCABLE SEVILLA, S.A.
- **GRUPO FRANCE TELECOM**: LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. y CATALANA DE TELECOMUNICACIONES, SOCIETAT OPERADORA DE XARXES, S.A.
- **GRUPO JAZZTEL**: JAZZ TELECOM, S.A.U.
- **GRUPO CABLEEUROPA**: CABLEEUROPA, S.A., CABLE Y TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA, S.A.U., MEDITERRÁNEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A., MEDITERRÁNEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., ONONET COMUNICACIONES, S.A.U., REGIÓN DE MURCIA DEL CABLE, S.A., y VALENCIA DEL CABLE, S.A.

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

- **GRUPO TELEFÓNICA**: TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.
- **GRUPO VODAFONE**: AIRTEL MÓVIL, S.A.
- **GRUPO AUNA**: RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.
- **GRUPO XFERA**: XFERA MÓVILES, S.A.

Octavo.- Así, una vez analizados los datos suministrados por los operadores a la luz del citado criterio de considerar los Grupos empresariales como un todo, y acreditada la realidad fáctica antes mencionada a la luz de las disposiciones del citado artículo 34.Dos, párrafo segundo, del RD-Ley 6/2000, esta Comisión, de conformidad con las previsiones del artículo 84 de la citada LRJPAC, procedió a abrir un nuevo trámite de audiencia a todos los interesados (a todos los operadores incluidos en la relación de operadores principales de servicios de telefonía fija y móvil expuesta, integrados en los Grupos Telefónica, Auna, France Telecom, Cableuropa, Jazztel, Vodafone y Xfera), previamente a la elaboración de la propuesta de resolución declarativa de dicha condición de operadores principales a los previamente enumerados. Dicho trámite les fue comunicado a dichos interesados mediante un Oficio fechado el día 12 de junio de 2002 (cuya salida fue registrada el día 14 de junio de 2002), a los efectos de que, si lo estimaban conveniente, pudiesen efectuar alegaciones y aportar documentos adicionales al procedimiento.

Cable, S.A.U. es titular), habilitantes para prestar servicios de telefonía fija en las diferentes demarcaciones de telecomunicaciones por cable, y en su conjunto en todo el territorio nacional, por lo que su inclusión dentro del Grupo Telefónica como operador principal en el mercado nacional de servicios de telefonía fija es automática, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A) La entidad TELEFÓNICA, S.A., sociedad matriz del Grupo Telefónica, y los operadores de dicho Grupo TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA CABLE, S.A.U. Y TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.U., mediante cuatro escritos fechados el 28 de junio de 2002, manifestaba fundamentalmente lo siguiente:

- Que jurídicamente, y a los efectos previstos en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y de su Reglamento de desarrollo, ya estaría suficientemente previsto el supuesto de la existencia de Grupos empresariales, y que no resultaría correcto designar como operadores principales a Grupos de empresas como tales sino que, de acuerdo con la literalidad y con los objetivos de ambas normas, habría que tenerse en cuenta la cuota de mercado de cada operador por separado; consecuentemente, dentro del Grupo Telefónica únicamente TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. sería operador principal en el mercado nacional de servicios de telefonía fija por ostentar una de las 5 mayores cuotas de dicho mercado.
- Que además existía un cierto riesgo de que con la aplicación del referido criterio de designar a todos los operadores integrados en un mismo Grupo como operadores principales, se produjese el “efecto artificioso” de declarar como principales a operadores que no ostentan de hecho una de las 5 mayores cuotas del mercado relevante (e incluso a aquéllos cuya cuota de mercado sea irrelevante por escasa, o incluso nula por no operar aún comercialmente en dicho mercado), y que de esa manera se vean afectados por las limitaciones legales de las normas de constante referencia; y asimismo los accionistas de varias filiales del mismo Grupo pudieran verse igualmente afectados sin participar de hecho en más de un operador principal “real”, efecto que el Grupo Telefónica entiende contrario a las exenciones establecidas para sociedades integradas en el mismo Grupo por el artículo 34.Uno, párrafo 5º, del RD-Ley 6/2000.
- Que a mayor abundamiento se estimaba más adecuado utilizar otros criterios adicionales a la facturación para determinar las cuotas de mercado de los operadores o Grupos afectados, y se negaba que los operadores de su Grupo incluidos en la propuesta de Resolución actuaran en el mercado como una sola empresa, al no existir a su juicio pruebas objetivas de dicha apreciación, que consideraba meramente subjetiva y sin sustento legal alguno.
- Por último, el Grupo Telefónica solicitaba de la CMT que declarase operadores principales a los operadores que ostentasen una de las 5 mayores cuotas de mercado en cada mercado de referencia, sin aludir a los Grupos empresariales como principales; y subsidiariamente, en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

supuesto de que la CMT mantuviese el ya expuesto criterio de designar como principales a los Grupos empresariales en su conjunto incluyendo a todos los operadores integrados en los mismos, entendía que debería extenderse dicho análisis a *“empresas y grupos de empresas con intereses y/o accionistas de referencia comunes”*, por lo que en consecuencia solicitaba a la CMT que se designase a EUSKALTEL como operador integrado en el ámbito del Grupo Auna a los efectos de la presente declaración, dadas las estrechas relaciones existentes entre ambos (concretadas en sus políticas comerciales coordinadas, en sus accionistas comunes y en sus participaciones cruzadas) que hacen que de hecho operen como una sola empresa en el mercado, y por lo tanto que se declare a EUSKALTEL como operador principal en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y de telefonía móvil.

B) Los operadores integrados en el Grupo Cableuropa alegaron de forma conjunta mediante un escrito de alegaciones fechado el día 1 de julio de 2002, en el cual se fundamentalmente se afirmaba que jurídicamente, y a los efectos previstos en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y de su Reglamento de desarrollo, no cabría designar como operadores principales a Grupos de empresas (lo cual ocasionaría que se designase una veintena de operadores de telefonía fija como principales, en vez de señalar únicamente a los 5 con mayor cuota de mercado) sino que, de acuerdo con la literalidad de ambas normas, habría que tenerse en cuenta la cuota de mercado de cada operador por separado, por lo que consecuentemente no debería declararse operador principal ni al Grupo Cableuropa ni a ninguno de los operadores integrados en el mismo, al no ostentar ninguno de ellos una de las 5 mayores cuotas del mercado nacional de servicios de telefonía fija.

C) Por su parte RETEVISIÓN, operador integrado en el Grupo Auna, presentó un escrito de alegaciones fechado el día 2 de julio de 2002, en el cual se centraba en los aspectos procedimentales, ratificándose en sus anteriores alegaciones al respecto de 24 de mayo de 2002 y solicitando además que, previamente a la adopción de la presente Resolución, se informase a los posibles afectados por la misma del procedimiento de solicitud de las autorizaciones reguladas en el Reglamento del artículo 34 del RD-Ley 6/2000.

D) Los demás interesados no efectuaron alegaciones en plazo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.1. Normativa sustantiva aplicable y habilitación competencial.

Primero.- Con fecha 23 de junio de 2000 el Gobierno promulgó el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, convalidado mediante el Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000, y modificado por la Disposición Adicional Décimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (en adelante RD-Ley 6/2000).

Dicha norma legal establece en su artículo 34 una serie de limitaciones y restricciones para los accionistas directos e indirectos en el ejercicio de los derechos sociales en más de un operador principal del mismo mercado de referencia (entre los que se encuentran los de telefonía fija y móvil), así como una serie de medidas a adoptar por parte de, entre otros organismos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) para hacer efectivas dichas limitaciones, excepcionar su aplicación en determinados casos, y proponer al Ministro de Economía sanciones por su eventual incumplimiento.

A) En concreto, el artículo 34.Uno, párrafo primero, de dicho 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 (...) 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”*.

En el párrafo segundo se dice igualmente que *“Ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector (...) 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.”*

En el párrafo tercero del mismo precepto se dispone que *“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 (...)”*.

En el párrafo cuarto se dice que *“Igualmente ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector (...) podrá designar directa o indirectamente miembros de los órganos de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector.”.

Finalmente, en el párrafo quinto se dice que *“Las prohibiciones (...) no serán de aplicación cuando se trate de sociedades matrices que tengan la consideración de operador principal respecto de sus sociedades dominadas en las que concurra la misma consideración, (...)”.*

B) 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 D) y el de la *“telefonía fija”* (letra E), y seguidamente 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 delimita dicho ámbito subjetivo de aplicación de las limitaciones establecidas por el artículo 34.Uno antes citado de la siguiente manera:

“(…), 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 Valores, 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 decisión. (...)”

También establece seguidamente una serie de presunciones de actuación concertada.

C) El artículo 34.Cuatro (y el artículo 3.2 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre) se encarga de las obligaciones inherentes a las personas físicas o jurídicas afectadas por las citadas limitaciones, al disponer que:

“ Las personas físicas o jurídicas a las que se les impute el exceso referido en el número primero (34.Uno) 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 CMT (...) la sociedad respecto de la que se pretenda ejercer los derechos de voto o designar miembros del órgano de administración sin restricción alguna.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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”.

D) El artículo 34.Cinco prevé una eventual excepción a dichas limitaciones al establecer que la CMT 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 dicho artículo 34), siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”.*

Este precepto se ha desarrollado reglamentariamente mediante el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre.

E) Por su parte, el artículo 34.Seis, párrafo tercero, al hablar de los posibles incumplimientos a lo dispuesto en esta disposición legal, así como a la eventual imposición de sanciones a los mismos, dice 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, *“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 dispone que esta Comisión será competente para instruir los expedientes sancionadores en materia de incumplimiento de las restricciones establecidas en el artículo 34.Uno (siempre que no exista la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

excepción prevista en el artículo 34.Cinco), y de proponer al Ministro de Economía la sanción de dichos incumplimientos.

F) Por último, y con carácter general, el artículo 34.Siete dice que la CMT está legitimada, dentro de sus competencias, *“para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en este artículo”* (el artículo 34 en su conjunto).

Segundo.- Posteriormente, 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, el Reglamento), en cuyo artículo 3.1 se dispone que la CMT establecerá y hará pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados de referencia (en este caso los de telefonía móvil y fija, artículo 34.Dos, letras “D” y “E”, del RD-Ley 6/2000, y artículo 1.2, letras “D” y “E”, del Reglamento), y que dicha relación podrá ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.

Tercero.- Por otra parte, la CMT actúa de conformidad con las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), norma procedimental que, de conformidad con lo dispuesto en la legislación anteriormente citada, y en especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y en el artículo 2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la CMT, regula el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas.

II.2. Delimitación de los mercados de referencia.

II.2.1. Ámbito geográfico de los mercados de referencia

En orden a efectuar dicha declaración anual de la relación de operadores principales en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil en el año 2001, y al igual que ya se estableció en la Resolución del Consejo de la CMT de 20 de diciembre de 2001, por la cual se estableció e hizo pública la declaración anual de operadores principales correspondiente al año 2000⁴, aunque el artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000 no fija un ámbito territorial concreto de

⁴ Dicha Resolución del Consejo de la CMT fue hecha pública mediante Anuncio de la Parte Dispositiva de la misma en el BOE nº 26, de 30 de enero de 2002, página 3.878 (Expediente número: RO 2001/5615).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

manera expresa esta Comisión estima como más adecuado y pertinente tomar como referencia los mercados nacionales de ambos servicios:

- A. En efecto, en el caso de la telefonía fija, una primera aproximación al citado precepto cabe considerar como más adecuado y pertinente tomar como referencia el mercado nacional del mismo, debido a que la mayoría de los operadores y Grupos relevantes de dicho mercado operan comercialmente a nivel nacional, con redes desplegadas en la totalidad del territorio nacional, y en general sin diferencias sustanciales de cuotas de mercado en diferentes partes del mismo; todo ello sin perjuicio de que en el futuro, en atención a las circunstancias concurrentes (por ejemplo, la hipotética consolidación de múltiples operadores regionales y locales con cuotas de mercado relevantes en sus áreas territoriales de actuación; la eventual constatación de la existencia de diferencias regionales significativas en las cuotas de mercado de los operadores nacionales más relevantes, etc.), y teniendo en cuenta la falta de concreción del artículo 34 de constante referencia, se pueda entender que la adecuada interpretación y aplicación del precepto legal exige, en atención a “la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado” y “a su espíritu y finalidad” (artículo 3 del Código Civil) la consideración de otros mercados geográficos distintos al nacional.
- B. Igualmente, en el caso de la telefonía móvil de nuevo cabe considerar como más adecuado y pertinente tomar como referencia el mercado nacional del mismo, debido a que en la actualidad, y dadas las especiales características de este mercado, la totalidad de los operadores y Grupos de dicho mercado operan comercialmente a nivel nacional, con redes desplegadas en la totalidad del territorio nacional, y sin diferencias apreciables de cuotas de mercado en diferentes partes del mismo. En efecto, el mercado español de telefonía móvil se caracteriza por tener fuertes barreras de entrada tanto técnicas como legales, ya que la limitación de capacidad del espectro radioeléctrico y otros factores conexos ha determinado una regulación legal basada en una limitación del número de operadores con red móvil propia y en el ámbito nacional de los mismos; todo ello, y en tanto en cuanto no aparezcan nuevos operadores móviles en el mercado (singularmente mediante la utilización de la figura legal del “operador móvil virtual”, al amparo de las recientemente creadas licencias individuales de tipo A2), hace improbable la modificación de las características básicas y, en concreto, territoriales de dicho mercado nacional de servicios de telefonía móvil a corto y medio plazo.

II.2.2. Delimitación legal del mercado de producto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo referente a los mercados de producto afectados por las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, los mismos quedan expresamente determinados en el Apartado Dos de dicha norma, al establecer como mercados afectados por las limitaciones impuestas en dicho precepto, entre otros⁵, los de la “telefonía portátil”, letra D), y el de la “telefonía fija”, letra E).

II.3. Delimitación del listado de operadores a los que se les atribuye la condición legal de operador principal en cada mercado de referencia.

Primero.- El mismo Apartado Dos del artículo 34 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, que de acuerdo con lo previsto en el citado precepto legal, ostentar la condición legal de operador principal es una cuestión fáctica, es decir, se adquiere *ex lege* por el hecho de ser uno de los 5 operadores o Grupos de operadores que, de manera individual o conjunta (en el caso de los Grupos de operadores), ostenten una de las 5 mayores cuotas de los mercados de referencia (en este caso de los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil).

En este sentido, y ante las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia del presente procedimiento por varios operadores y por la sociedad matriz del Grupo Telefónica, así como por el Grupo Cableuropa, en el sentido de cuestionar la validez jurídica de designar a un Grupo de operadores en sí mismo como principal a los efectos del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y de su Reglamento de desarrollo, y a todos los operadores filiales del mismo en cada mercado de referencia, esta Comisión tiene que afirmar dicha validez jurídica:

A) En efecto, si bien una lectura superficial y excesivamente literal de las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 pudiera dar a entender que, al hablarse de *operadores principales*, se está aludiendo exclusivamente a personas físicas o jurídicas *strictu sensu*, y que sería de difícil encuadramiento en dicha normativa la inclusión de los citados Grupos de empresas en los apartados que mencionan a aquéllos, en la práctica no debe ser así, ya que el concepto de “operador” no debe esconder la realidad empresarial y societaria existente en el mercado, donde las empresas suelen segregar determinadas actividades o mercados geográficos para su operación por diferentes personas jurídicas pero que en la práctica operan como una única unidad económica.

⁵ Los otros tres mercados referidos en las letras A (energía eléctrica), B (hidrocarburos líquidos) y C (hidrocarburos gaseosos) del artículo 34.Dos pertenecen a otro sector económico, el de la Energía.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, existen varios supuestos comunes de agrupaciones empresariales, con diferentes grados de vinculación jurídica pero con los mismos efectos de coordinación de actividades y de actuación concertada o conjunta: las “uniones contractuales” más o menos explícitas (como los llamados “cárteles” o “sindicatos de empresas”), las uniones societarias no contractuales (como los Grupos empresariales o “holdings de empresas”), o simplemente las vinculaciones personales efectuadas mediante el nombramiento de administradores comunes a varias empresas que posibilitan esa suerte de colaboración o concertación.

En el caso concreto de los Grupos de empresas o “holdings”, en la mayor parte de las ocasiones se procede a hacer partícipes a unas sociedades en el capital de otras en la medida necesaria para imponerles una dirección unitaria en el desarrollo de su actividad, estableciéndose de tal manera el concepto de sociedad matriz y de sociedades filiales. Aunque las diferentes empresas integrantes del Grupo o “holding” mantengan formalmente cada una de ellas una personalidad jurídica propia y diferenciada, la independencia de las sociedades así agrupadas es más aparente que real, al formar auténticas unidades económicas y actuar en el mercado de manera concertada, y muchas veces, a los ojos del consumidor, como una única empresa.

Establecidos estos parámetros, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Código Civil, efectuando una lectura e interpretación extensiva y finalista de las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, más adecuada a los objetivos y la finalidad buscados por la norma en cuestión de prevenir *ex ante* los comportamientos anticompetitivos y colusivos de la competencia derivados de la posible coordinación de comportamientos competitivos entre operadores relevantes de un mismo mercado, el concepto de operador principal ha de ser flexible y no ceñirse a las personas jurídicas sino que ha de atender al antes citado concepto real de empresa existente actualmente en el mercado, para poder así evitar un eventual Fraude de Ley que pudiera lograrse mediante la posesión de acciones de manera directa en sociedades filiales de los Grupos principales, evitándose así la aplicación de la norma de referencia en base a su mera literalidad y vulnerándose de hecho el espíritu y finalidad de la misma.

Esta interpretación del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 debe basarse en la ya mencionada actuación económica conjunta, encaminada a unos objetivos comunes, que desarrollan en el mercado los Grupos de sociedades, constituidos por una o varias sociedades matrices y por las sociedades filiales o participadas de aquéllas, siendo ésta una realidad incuestionable que no debe ser obviada por una mera interpretación literal del precepto.

En relación con las alegaciones de fecha 1 de julio de 2002 efectuadas por el Grupo Cableuropa en el sentido de que jurídicamente, y a los efectos previstos en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y de su Reglamento de desarrollo, no cabría designar como operadores principales a Grupos de empresas sino que, de acuerdo con la literalidad de ambas normas, habría que tenerse en cuenta la cuota de mercado de cada operador por separado, esta Comisión tiene que rebatir dichos argumentos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mediante la exposición de la situación societaria actual del Grupo Cableuropa, lo que ayudará, además, a confirmar que la interpretación expuesta del artículo 34 del real Decreto-Ley es la más ajustada a su espíritu y finalidad:

1. En la Resolución de 6 de junio de 2001 del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) se autoriza la fusión por absorción por parte de la Sociedad Matriz CABLEEUROPA, S.A. de los siguientes Operadores de Telecomunicaciones por Cable: ALBACETE SISTEMAS DE CABLE, S.A.U., CABLE Y TELEVISION DE EL PUERTO, S.A.U., CADIZ DE CABLE Y TELEVISION, S.A.U., CORPORACION MALLORQUINA DE CABLE, S.A.U., HUELVA DE CABLE Y TELEVISION, S.A.U., MEDITERRANEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A. MEDITERRANEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., REGIÓN DE MURCIA DE CABLE, S.A., SANTANDER DE CABLE, S.A.U., VALENCIA DE CABLE, S.A. y TDC SANLUCAR, S.A.U. .

En el Antecedente Primero de dicha Resolución se establece que la citada operación de fusión por absorción se extenderá, en principio, a las sociedades en las que en el momento de obtener dicha autorización CABLEEUROPA, S.A. ostentaba la titularidad del 100% de su capital social (CADIZ DE CABLE Y TELEVISIÓN, S.A.U., HUELVA DE CABLE Y TELEVISIÓN, S.A.U., CABLE Y TELEVISIÓN DE EL PUERTO, S.A.U. y T.D.C. SANLÚCAR, S.A.U.), concretándose en su fusión por absorción, mediante una o varias operaciones mercantiles de fusión, produciéndose la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas, de tal forma que CABLEEUROPA, S.A. pase a ser titular de todos los activos y pasivos de estas sociedades, incluidos sus correspondientes títulos habilitantes de Telecomunicaciones, quedando subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes de los precitados títulos.

Asimismo, en el mismo Antecedente Primero, se establece que “posteriormente y a medida que CABLEEUROPA, S.A. vaya ostentando la titularidad del 100% del capital social de las restantes sociedades concesionarias, procederá a realizar las fusiones por absorción complementarias bajo los mismos criterios. En todo caso, la autorización que se solicita abarcaría la totalidad de las fusiones contempladas”.

Por último, en la citada Resolución se insta a la sociedad absorbente, CABLEEUROPA, S.A. a que, a medida que vaya materializando el proceso de fusión por absorción, proceda a comunicar su realización a la SETSI y a la CMT, “con objeto de que se pueda proceder a practicar las pertinentes inscripciones en los Registros Especiales que correspondan”.

2. En este sentido, queda patente que CABLEEUROPA, S.A. ha manifestado claramente su voluntad de fusionar todas sus filiales, y que ya ha obtenido la pertinente autorización administrativa de la SETSI para proceder a la absorción de todas ellas, siendo el único requisito la previa adquisición del 100 % del accionariado de cada una de ellas. Así, mediante escritura de fusión por absorción otorgada el día 11 de diciembre de 2001 ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid, Don Francisco Javier Cedrón López-Guerrero, bajo el número 3369 de su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

protocolo, por CABLEEUROPA, S.A., ésta absorbe a 7 de sus filiales, concretamente a las entidades ALBACETE SISTEMAS DE CABLE, S.A.U., CABLE Y TELEVISIÓN DE EL PUERTO, S.A.U., CADIZ DE CABLE Y TELEVISIÓN, S.A.U., CORPORACION MALLORQUINA DE CABLE, S.A.U. HUELVA DE CABLE Y TELEVISIÓN, S.A.U., SANTANDER DE CABLE, S.A.U. y T.D.C. SANLÚCAR, S.A.U. . Esta operación fue comunicada a la CMT, procediendo el Consejo de la misma a autorizar mediante Resolución de 18 de abril de 2002, la inscripción a nombre de CABLEEUROPA, S.A. de los títulos habilitantes que ostentaban todas estas sociedades absorbidas.

Como consecuencia de dicha fusión, CABLEEUROPA, S.A. pasa a ostentar la titularidad de los distintos títulos habilitantes de las 7 entidades absorbidas y pasa a ostentar directamente la cuota de mercado en servicios de telefonía fija resultante de agregar la suya propia y la de las otras 7 empresas.

3. Respecto al resto de sociedades filiales cuya absorción ya ha sido autorizada por la citada Resolución de la SETSI de 6 de julio de 2001 (MEDITERRANEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A., MEDITERRANEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., REGIÓN DE MURCIA DE CABLE, S.A. y VALENCIA DE CABLE, S.A.), el hecho de que CABLEEUROPA, S.A. no haya materializado aún la mencionada fusión por absorción en la ya citada Resolución de 6 de junio de 2001 no significa que no tenga intención real de hacerlo, pues de hecho ha solicitado y obtenido de la SETSI autorización para realizar dicha integración societaria.

Así, la materialización puramente societaria de la citada operación con las 4 operadoras restantes depende en la actualidad únicamente de la voluntad de los órganos de administración y gobierno de CABLEEUROPA, S.A., la cual además ya controla más del 90 % del accionariado de todas ellas (el 92,1 % de MEDITERRANEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A., el 92,1 % de MEDITERRANEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., el 99,3 % de REGIÓN DE MURCIA DE CABLE, S.A. y el 98,1 % de VALENCIA DE CABLE, S.A.), es decir, controla su gestión efectiva y de hecho las 4 operan en el mercado bajo la misma marca (ONO) y ofreciendo sustancialmente los mismos servicios y precios que la matriz, es decir, de manera plenamente coordinada.

Por tanto, es necesario, y adecuado a la finalidad del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 (el control preventivo de los comportamientos colusivos de la competencia) considerar al Grupo Cableuropa (a la matriz y a sus 4 filiales pendientes de absorción) y a todos los demás grupos empresariales en los que se aprecie unidad de decisión, como un solo operador a los efectos de dicha norma y de la presente Resolución, puesto que operan de hecho en el mercado como un solo operador y además (en el caso de Cableuropa) ha manifestado expresamente la voluntad de llegar a serlo de Derecho mediante una futura, pero cierta, operación societaria de fusión por absorción, para la cual ya han obtenido la preceptiva autorización administrativa de la SETSI.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En otro caso, si se admitiesen las alegaciones de CABLEEUROPA, S.A. y se condicionase la aplicación de las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 a que los órganos de Gobierno de la Sociedad Matriz y de las filiales de dicho Grupo (controladas efectivamente por aquélla) decidiesen libremente materializar o no la operación societaria de fusión, se estaría condicionando la vigencia de esta norma preventiva a la cumplimentación o no de, en este caso, unos meros requisitos formales (la elevación a escritura pública de los Acuerdos Sociales adoptando dicha decisión de fusión, y la comunicación a la SETSI y la CMT a efectos registrales), y dicha situación pudiera ser utilizado en fraude de Ley, ya que mediante la realización interesada de operaciones societarias que enmascaren la realidad fáctica empresarial y de actuación coordinada en el mercado se posibilitaría a los Grupos empresariales el que pudiesen evitar la vigencia de dicha norma imperativa mediante algo tan simple como la no cumplimentación de una formalidad o la demora en su ejecución, o incluso mediante la escisión de las distintas actividades en personas jurídicas distintas, formalidad que además en este caso depende exclusivamente de la voluntad de CABLEEUROPA, S.A. ya que la Resolución de la SETSI no establece plazos para materializar la fusión de las 4 sociedades filiales restantes.

Por tanto, y en definitiva, las pretensiones del Grupo Cableuropa (y las del Grupo Telefónica) de obviar la realidad empresarial de la existencia de Grupos que actúan en el mercado de manera coordinada, como un solo operador, a los efectos del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, no pueden ser admitidas en ningún caso por esta Comisión.

B) En relación con lo anterior, ha de ponerse de manifiesto que esta Comisión en diversas ocasiones ha interpretado de forma extensiva el concepto de operador y de empresa. Así, la Resolución por la que resuelve el Recurso de Reposición presentado por RETEVISIÓN contra la resolución del Consejo de la CMT de fecha 5 de julio de 2001 relativa a las medidas cautelares dictadas dentro del expediente MTZ 2001/4935 sobre el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) con el objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia, contiene dentro del apartado de *"consideraciones sobre la existencia de posibles prácticas anticompetitivas y en particular sobre los precios inferiores a los minoristas de referencia que pudieran aplicar las empresas del Grupo Telefónica en el futuro"*, varios apartados de suma relevancia en el presente caso, que se transcriben a continuación:

" (...) , la Comisión no podría admitir las alegaciones de TESAU que pretenden argumentar que otras empresas del Grupo Telefónica pueden lícitamente desarrollar las prácticas comerciales que a la primera le están vedadas por estar sometida a regulación como consecuencia de su posición en ciertos mercados, cuando los hechos demuestran que las empresas del Grupo Telefónica están actuando en el mercado como una unidad económica, comercializando sus servicios bajo la misma marca e incluso comercializando bajo el nombre de TESAU los servicios de empresas del mismo grupo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido hay que destacar que la CMT, interpretando reiterada jurisprudencia comunitaria ya ha precisado 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 del derecho de la competencia. Téngase en cuenta que cuando una filial lo es al 100% en relación a la matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica. ... cuando la participación en la filial no es del 100%, o de la casi totalidad del capital social, no cabe la presunción anterior, siendo necesario verificar la ausencia efectiva de poder decisorio esencial" (Resolución de la CMT de 8 de noviembre de 2001, sobre Tarifa plana de Terra y Resolución de la CMT de 20 de mayo de 1999, interpretando la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria).

Asimismo el TJCE tiene declarado en la Sentencia de 14 de julio de 1972 , ICI caso 48/60 que "la circunstancia de que la filial tenga personalidad jurídica propia no basta para excluir la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la matriz... esto es especialmente así cuando la filial no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado. A su vez, en AEG – Telefunken c. Comisión de 25 de octubre de 1983 As. 107/82, viene a decir que en el caso de que no se tenga el control al 100% de la empresa, hay que atender a si estaba en posición de ejercer influencia en las decisiones y si, de hecho, lo hizo.

En la misma línea de razonamiento, respecto a las alegaciones de TESAÚ de que ni la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de agosto de 1998 sobre los acuerdos de acceso, ni la normativa de defensa de la libre competencia pueden utilizarse para marcar las pautas para proceder a una regulación ex ante de las condiciones de mercado por parte de los organismos sectoriales, hay que indicar, en primer lugar, que esta regulación ex ante se hace necesaria en determinados sectores precisamente porque existen fallos de mercado que hacen que el mero ejercicio ex post del derecho de la competencia sea insuficiente para salvaguardar la competencia, lo que no significa que a la hora de determinar los principios regulatorios aplicables no se acuda a la misma filosofía y lógica económica, y que, de hecho, se vaya más allá en la intervención de lo que las normas de defensa de la libre competencia permitirían. Ejemplo evidente de esta interacción lo constituye el propio Reglamento de Acceso al Bucle.

En segundo lugar hay que precisar que la CMT en el ámbito de sus competencias, no sólo puede acometer una aproximación regulatoria ex ante, sino también ex post, pues puede instar, por ejemplo, a la cesación de una conducta para salvaguardar la competencia en el mercado cuando la misma está siendo vulnerada por practicas contrarias a la misma, en cuyo caso, por supuesto que aplicará las categorías del derecho de la competencia. Esta última afirmación se traduce concretamente, entre otros aspectos, en que ni la existencia de personalidad jurídica separada de las filiales, ni el cumplimiento formal de las obligaciones de separación de cuentas impiden per se la imputación de conductas abusivas a un grupo económico. (...)"



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

C) Por otro lado, y a mayor abundamiento, el nuevo marco regulador europeo que se conforma a partir de la nueva Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, introduce importantes modificaciones en la determinación de las empresas con poder significativo en el mercado o dominantes, adoptando de tal forma el concepto jurisprudencial de los Tribunales de Justicia y del de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

Se produce una clara aproximación del Derecho específico sectorial de Telecomunicaciones a los conceptos generales del Derecho de la Competencia comunitario, al abandonarse las presunciones cuantitativas de dominancia sectorial, en beneficio de un concepto de dominancia en el mercado basado en la ya citada jurisprudencia comunitaria en el ámbito general del Derecho de la Competencia.

De esta manera, se establece en el artículo 14 de la mencionada Directiva 2002/21/CE, en su apartado 2, que: *"Se considerará que una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores"*. A su vez, el Anexo II de dicha Directiva determina que: *"Puede concluirse que dos o más empresas ocupan una posición dominante conjunta en el sentido del artículo 14 cuando, aun sin existir vínculos estructurales o de otro tipo entre ellas, operan en un mercado cuya estructura se considera que favorece los efectos coordinados"*.

Es decir, no es necesario que exista vinculación determinada entre las empresas para que se produzca una posición dominante de las mismas de manera conjunta (por ejemplo, entra la sociedad matriz y las filiales) pero, obviamente, dicha posición dominante no queda en modo alguno desvirtuada por la existencia o no de la citada vinculación formal o jurídica.

Segundo.- En este sentido, en aplicación de los criterios expuestos (la consideración de todos los operadores filiales de un Grupo empresarial como un solo operador de facto al actuar en el mercado en cuestión y, en consecuencia, a los efectos de las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000), y de acuerdo con los datos más recientes en poder de esta Comisión antes citados (la mencionada cifra de facturación total por prestación de servicios comerciales de telefonía fija y móvil en el año 2001 en dichos mercados nacionales proporcionados por los operadores de telecomunicaciones para la elaboración del Informe Anual de la CMT del año 2001⁶), se va a proponer al Consejo de esta Comisión que declare que, atendiendo a la cuota de mercado medida por la facturación total por la

⁶ Expediente nº: MTZ 2002/5839.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestación de servicios de telefonía fija y de telefonía móvil en el año 2001 en el mercado español, los Grupos empresariales, y los operadores integrados en cada uno de ellos, que ostentan actualmente la condición legal de operadores principales de los mercados nacionales de servicios 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 fija:

- **GRUPO TELEFÓNICA**: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA CABLE, S.A.U., TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.
- **GRUPO AUNA**: RETEVISIÓN I, S.A.U., ARAGÓN DE CABLE, S.A., CABLE I TELEVISIÓ DE CATALUNYA, S.A., CABLETELCA, S.A., MADRITEL COMUNICACIONES, S.A., SUPERCABLE ALMERÍA TELECOMUNICACIONES, S.A., SUPERCABLE ANDALUCÍA, S.A., y SUPERCABLE SEVILLA, S.A.
- **GRUPO FRANCE TELECOM**: LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. y CATALANA DE TELECOMUNICACIONES, SOCIETAT OPERADORA DE XARXES, S.A.
- **GRUPO JAZZTEL**: JAZZ TELECOM, S.A.U.
- **GRUPO CABLEEUROPA**: CABLEEUROPA, S.A., CABLE Y TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA, S.A.U., MEDITERRÁNEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A., MEDITERRÁNEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., ONONET COMUNICACIONES, S.A.U., REGIÓN DE MURCIA DEL CABLE, S.A., y VALENCIA DEL CABLE, S.A.

** En relación con TELEFÓNICA CABLE, S.A.U., A pesar de que esta empresa no opera aún comercialmente de manera regular, de hecho está jurídicamente habilitada para hacerlo, pues es titular de 19 licencias individuales de tipo B1 (una por cada Comunidad Autónoma y Ciudad Autónoma; dichas licencias son resultado de la transformación de las Concesiones de Telecomunicaciones por Cable de las que Telefónica Cable, S.A.U. es titular), habilitantes para prestar servicios de telefonía fija en las diferentes demarcaciones de telecomunicaciones por cable, y en su conjunto en todo el territorio nacional, por lo que su inclusión dentro del Grupo Telefónica como operador principal en el mercado nacional de servicios de telefonía fija es automática, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000.*

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

- **GRUPO TELEFÓNICA**: TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.
- **GRUPO VODAFONE**: AIRTEL MÓVIL, S.A.
- **GRUPO AUNA**: RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **GRUPO XFERA**: XFERA MÓVILES, S.A.

** En relación con XFERA MÓVILES S.A., a pesar de que esta empresa no opera aún comercialmente, de hecho está jurídicamente habilitada para hacerlo (pues es titular de una licencia individual de tipo B2, habilitante para prestar servicios de telefonía móvil), siendo además una de las cuatro únicas entidades autorizadas a operar en el mercado español de telefonía móvil, por lo que su inclusión como operador principal en dicho mercado es automática, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000.*

Tercero.- Para la determinación de la cuota de mercado de los operadores mencionados en el año 2001 se ha atendido exclusivamente a la cifra anual de facturación total por prestación de servicios comerciales: En efecto, como ya ha puesto de manifiesto esta Comisión tanto en los fundamentos de Derecho de esta Resolución como en sus anteriores Resoluciones de fechas 2 de noviembre de 2000⁷, 15 de marzo de 2001⁸, y 19 de julio de 2001⁹, así como en la ya citada de 20 de diciembre de 2001 que estableció la relación de operadores principales en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil en el año 2000, para determinar las cuotas de mercado de los operadores afectados puede atenderse a diversos factores, siendo la principal la referida cifra anual de facturación total por prestación de servicios comerciales en el mercado de referencia (aunque son relevantes también los datos de número de clientes y de tráfico total cursado).

En este caso, dado el carácter general de la norma que impone las valoraciones de referencia (el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 es una norma que afecta a diversos segmentos de los mercados de las telecomunicaciones y de la energía) y, en lo que respecta al sector de las telecomunicaciones, al uso generalizado de la cifra de facturación o de ingresos brutos globales para calcular las cuotas de mercado de los operadores en el mercado de referencia (por ejemplo, para determinar la condición de operador dominante en materia de interconexión, artículo 23.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones –en adelante LGT–; o a los efectos de determinar la obligación de prestar el servicio universal de telecomunicaciones, artículo 38 de la LGT; o también para determinar las aportaciones a realizar al Fondo Nacional del Servicio Universal de Telecomunicaciones, artículo 39.2 de la LGT), parece más adecuado y pertinente utilizar el citado dato de la cifra de negocio, es decir, la facturación total por prestación de servicios comerciales en el año 2001, por ser el parámetro que más fielmente refleja la participación real de un operador en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y

⁷ Expediente número: ME 2000/3427 (CONFIDENCIAL).

⁸ Expediente número: ME 2000/3426 (CONFIDENCIAL).

⁹ Expediente número: RO 2001/4053 (CONFIDENCIAL).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

móvil en España, y agregando las cuotas de los diferentes operadores integrados en el mismo Grupo empresarial por las razones expuestas en párrafos anteriores.

II.4. En relación a otras alegaciones efectuadas por EUSKALTEL y RETEVISIÓN.

Respecto a la alegación efectuada por EUSKALTEL y RETEVISIÓN referente a un eventual incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Orden de Licencias Individuales por no haber efectuado un requerimiento de información específico de los datos utilizados para calcular las cuotas de mercado de los operadores, hay que señalar que puesto que los datos a requerir a los operadores interesados en el presente procedimiento son exactamente los mismos que los requeridos en su día para elaborar el Informe Anual de la CMT 2001, y dicha información ha de ser veraz y no se matizó en su momento al comunicarla, esta Comisión ha optado por utilizarla directamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35, letra F, de la LRJPAC, que establece el derecho de los ciudadanos *“A no presentar documentos (...) que ya se encuentren en poder de la Administración actuante”*, en aras de evitar molestias innecesarias a los interesados y de una mayor celeridad y eficiencia en la tramitación del presente procedimiento.

En ningún caso se ha producido menoscabo de las garantías procedimentales de los interesados, puesto que se ha habilitado el preceptivo trámite de audiencia (artículo 84 de la LRJPAC), y en el marco del mismo dichos operadores interesados podían haber realizado las alegaciones y matizaciones que considerasen necesarias, así como haber aportado los documentos y datos que hubiesen estimado oportunos; en este sentido hay que destacar que ninguno de dichos operadores interesados ha rebatido de ninguna manera los datos utilizados por esta Comisión para calcular sus cuotas de mercado y efectuar la declaración prevista en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 de constante referencia.

III. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA DECLARACION DE LA RELACIÓN DE OPERADORES PRINCIPALES PARA LOS ACCIONISTAS DE LOS MISMOS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:

A) Atenerse a las limitaciones y restricciones a sus derechos sociales establecidas en el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000, que son las siguientes:

- 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. (párrafo primero). Igualmente, ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en el mercado de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil 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 le confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en el mismo mercado (párrafo segundo).
- 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] (párrafo tercero). Igualmente ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en el mercado de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil podrá designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado (párrafo cuarto).

El artículo 34.Tres del mismo RD-Ley 6/2000 delimita y especifica una serie de presunciones legales de participación directa e indirecta.

B) 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 de desarrollo del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre. Ambas normas disponen que las personas físicas o jurídicas a las que se les impute el exceso referido en el número primero (34.Uno) 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 dicha circunstancia a la CMT la sociedad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 de operador principal en un mismo mercado o sector y que hayan sido designados por un mismo accionista.

En virtud de las consideraciones expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo previsto por la normativa de referencia,

RESUELVE:

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 2001 que obran en poder de esta Comisión, establecer y hacer pública la siguiente relación de operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y portátil (móvil):

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

- **GRUPO TELEFÓNICA:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA CABLE, S.A.U., TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **GRUPO AUNA:** RETEVISIÓN I, S.A.U., ARAGÓN DE CABLE, S.A., CABLE I TELEVISIÓ DE CATALUNYA, S.A., CABLETELCA, S.A., MADRITEL COMUNICACIONES, S.A., SUPERCABLE ALMERÍA TELECOMUNICACIONES, S.A., SUPERCABLE ANDALUCÍA, S.A., y SUPERCABLE SEVILLA, S.A.
- **GRUPO FRANCE TELECOM:** LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. y CATALANA DE TELECOMUNICACIONES, SOCIETAT OPERADORA DE XARXES, S.A.
- **GRUPO JAZZTEL:** JAZZ TELECOM, S.A.U.
- **GRUPO CABLEEUROPA:** CABLEEUROPA, S.A., CABLE Y TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA, S.A.U., MEDITERRÁNEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A., MEDITERRÁNEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., ONONET COMUNICACIONES, S.A.U., REGIÓN DE MURCIA DEL CABLE, S.A., y VALENCIA DEL CABLE, S.A.

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

- **GRUPO TELEFÓNICA:** TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.
- **GRUPO VODAFONE:** AIRTEL MÓVIL, S.A.
- **GRUPO AUNA:** RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.
- **GRUPO XFERA:** XFERA MÓVILES, S.A.

Consecuentemente, a los accionistas directos e indirectos de dichos operadores principales les será de aplicación, hasta tanto se proceda a la siguiente determinación anual, las limitaciones y restricciones previstas en los Apartados Uno y Cuatro del constantemente referido artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, así como las obligaciones previstas en el Apartado Cuatro del mismo artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y en el artículo 3.2 del citado Reglamento.

Segundo.- Notificar la Resolución a los operadores interesados, y mandar la publicación de la parte Resolutoria de la misma en el Boletín Oficial del Estado, para hacerla pública.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Mª . Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes