



COMISIÓN 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 35/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de octubre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (Expediente Nº: RO 2002/7474), se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTA UNA MEDIDA CAUTELAR PARA AUTORIZAR A LA ENTIDAD “BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.” AL EJERCICIO SIN RESTRICCIONES DE SUS DERECHOS DE VOTO Y DE NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES DE MANERA SIMULTÁNEA EN LAS ENTIDADES “AUNA OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.” Y “GRUPO CORPORATIVO ONO, S.A.”.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La entidad mercantil “BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.” (en adelante, SCH) se dirigió a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) mediante un escrito fechado el día 16 de septiembre de 2002 (cuya entrada en esta Comisión fue registrada el mismo día), en el cual exponía la situación actual de las participaciones de dicha entidad en los Grupos AUNA y CABLEUropa, los cuales, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CMT de 30 de julio de 2002,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

publicada en el Boletín Oficial del Estado número 194 de 14 de agosto (Expediente nº: RO 2002/6471), tienen la consideración de Operadores Principales en el mercado nacional de telefonía fija.

SCH detallaba en su escrito las participaciones directas e indirectas que ostenta en los citados Grupos de Telecomunicaciones, Grupo AUNA y Grupo CABLEUROPA:

- **Grupo AUNA:** SCH ostenta APROXIMADAMENTE EL 23 % (CONFIDENCIAL) de AUNA OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante, AUNA), directa e indirectamente (CONFIDENCIAL). AUNA es la Sociedad Matriz del Grupo AUNA de Operadores de Telecomunicaciones, que como ya se ha expuesto ostenta la condición de Operador Principal en el mercado nacional de telefonía fija.
- **Grupo CABLEUROPA:** SCH ostenta APROXIMADAMENTE EL 20 % (CONFIDENCIAL) de GRUPO CORPORATIVO ONO, S.A. (en adelante, ONO), directa e indirectamente. ONO es la Sociedad Matriz del Grupo CABLEUROPA de Operadores de Telecomunicaciones, que como ya se ha expuesto ostenta la condición de Operador Principal en el mercado nacional de telefonía fija.

Seguidamente, SCH exponía varios argumentos en relación con las citadas participaciones, a través de los cuales manifestaba fundamentalmente lo siguiente:

- Que la presencia simultánea de SCH en ambos Grupos no supone merma alguna del grado de competencia en el mercado nacional de telefonía fija, ya que los Operadores de Telecomunicaciones integrados en cada uno de los mismos actúa en ámbitos territoriales y/o segmentos de mercado diferentes, por lo que en la actualidad no compiten entre sí.
- Que la participación de SCH en ONO es “minoritaria”, sin derechos de control ni de veto de decisiones, ni participación alguna en la gestión de la Sociedad.
- Que cuando SCH notificó al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) la adquisición de la participación de control en AUNA, aquél acordó mediante Resolución de fecha 11 de marzo de 2002 no remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) debido a “la ausencia de obstáculos al mantenimiento de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la competencia efectiva en los mercados de referencia derivados de la operación”.

Por todo ello, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 34.5 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 adelante, RD-Ley 6/2000), SCH solicitaba de esta Comisión la autorización para el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto del 3% de sus participaciones en AUNA y en ONO, así como para la designación de los miembros de los órganos de administración en ambas Sociedades; asimismo, SCH solicitaba que mientras se sustanciase el procedimiento se autorizase cautelarmente al SCH a mantener sus derechos sociales en ambas Sociedades sin restricciones.

No obstante lo anterior, SCH manifestaba que, en el caso de no ser autorizado a mantener sus derechos sociales sin restricciones en AUNA y en ONO, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34.Cuatro del RD-Ley 6/2000, mediante el mismo escrito comunicaba a la CMT que la Sociedad en la cual SCH ejercitará sus derechos sociales sin restricciones, esto es, sus derechos de voto por encima del 3 % y de designación de administradores, será AUNA.

Segundo.- A la vista del contenido de la solicitud presentada por SCH, esta Comisión procedió a iniciar el mismo día 16 de septiembre de 2002 la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, amparándose en lo dispuesto en el artículo 34.5 del citado RD-Ley 6/2000, así como en las previsiones del Reglamento del Procedimiento de autorización previsto en el citado precepto legal, Reglamento que fue aprobado por el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre.

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, norma procedimental a la cual, en virtud de lo dispuesto en la legislación anteriormente citada y en general en la normativa sectorial de Telecomunicaciones, sujeta el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas.

Dicho trámite fue comunicado al interesado solicitante, SCH, así como a las Sociedades directamente afectadas, AUNA y ONO, mediante los correspondientes Oficios de esta Comisión de fecha 16 de septiembre de 2002 (cuya salida fue registrada el día 17 de septiembre de 2002), mediante los cuáles se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. NORMATIVA APLICABLE Y HABILITACION COMPETENCIAL DE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES PARA INTERVENIR EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO

Primero.- 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), 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 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.

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 (...)”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derechos de voto o designar miembros del órgano de administración sin restricción alguna.

Transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la citada comunicación, quedarán suspendidos en cuanto al exceso del 3 por 100 los derechos de voto de todas las sociedades participadas o, en su caso, la condición de miembros del órgano de administración de todas las sociedades que tengan 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, y mencionado en el Apartado II.1.Segundo de la presente Resolución]

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”.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 citado 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 (en adelante, el Reglamento de Autorización), que regula el procedimiento de solicitud y los efectos de las autorizaciones a las que se refiere el ya mencionado artículo 34.5 del RD-Ley 6/2000, así como el establecimiento de la relación de Operadores Principales en los mercados de referencia. De entre sus disposiciones, fundamentalmente procedimentales, destacan, entre otros, los siguientes aspectos relacionados con el presente procedimiento:

A) El artículo 1.1 del Reglamento de Autorización recoge los supuestos en los que se pueden otorgar por parte de esta Comisión las citadas autorizaciones:

“Artículo 1. Objeto.

1. El presente Reglamento resulta de aplicación a los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones administrativas a aplicar por parte de (...) la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...) en los siguientes supuestos:

a) Autorización a personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de los señalados en el artículo 34.Dos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, para el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Autorización a personas físicas o jurídicas que tengan la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el artículo 34.Dos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, para ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por 1000 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.

c) Autorización a personas físicas o jurídicas para la designación, directa o indirectamente, de miembros del órgano de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector de entre los señalados en el artículo 34.Dos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio.

d) Autorización a personas físicas o jurídicas que tengan la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el artículo 34.Dos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, para designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector. “

B) El artículo 1.2 reproduce el listado del artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000, de mercados de referencia que se ven afectados por las limitaciones del artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000 de constante referencia, y entre los que se encuentran los ya citados de telefonía fija y de telefonía móvil.

Por su parte, y en relación con las previsiones del artículo 3.1 del mismo Reglamento de autorización, la Resolución del Consejo de la CMT de 30 de julio de 2002, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 194 de 14 de agosto (Expediente nº: RO 2002/6471), estableció que el Grupo AUNA y el Grupo CABLEUROPA tienen la consideración de Operadores Principales en el mercado nacional de telefonía fija a los efectos del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 de constante referencia (y del Reglamento de autorización que lo desarrolla).

C) Por su parte, el artículo 5 del mismo Reglamento de Autorización regula la legitimación activa para poder solicitar una o varias de las autorizaciones citadas, al establecer que: “*Las personas físicas o jurídicas que incurran en alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 34.Uno del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, podrán solicitar de (...) la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cualquiera de las autorizaciones a las que se refiere el artículo 1 del presente Reglamento.*”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D) Y en los artículos 8 y 9 se establecen los procedimientos de modificación y extinción de las autorizaciones que previamente haya otorgado la CMT, fundamentalmente por cambios sobrevenidos en los presupuestos que las justificaron (artículos 8.1 y 9, letra B), así como, en el caso de las extinciones, por renuncia o por incumplimiento de las condiciones y obligaciones inherentes a la autorización (artículo 9, letras A, C y D).

Así, y en relación con el procedimiento de referencia, SCH ha solicitado las autorizaciones previstas en el artículo 1.1, letras A y C, para mantener con plenitud los derechos sociales de voto y de nombramiento de administradores en los Operadores Principales de telefonía fija Grupo AUNA y Grupo CABLEUROPA, en los cuales ostenta en ambos casos una participación y derechos de voto superiores al 3 %.

Tercero.- Por otra parte, en materia procedimental 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 que, de conformidad con lo dispuesto expresamente en el artículo 4 del citado Reglamento de Autorización, rige el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones objeto de este Expediente; asimismo, la normativa sectorial de Telecomunicaciones, singularmente el artículo 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante, Ley 12/97), y el artículo 2 del Reglamento de la CMT, aprobado mediante el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT), establecen igualmente que dicha LRJPAC será la norma de procedimiento que regule el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas.

En relación con la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte de la CMT, el artículo 72 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que, *“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo (en este caso la CMT) podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*; y en su Apartado 4 dispone que *“Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción”*. Asimismo, el artículo 1.Seis de la Ley 12/97, y en su desarrollo el artículo 31 del RCMT, habilitan a la CMT para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *“las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO: CONCURRENCIA DE LOS PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR POR PARTE DE ESTA COMISIÓN

La presente Resolución tiene por objeto adoptar una medida cautelar que asegure el efecto útil de la Resolución que en su día se dicte en el procedimiento iniciado por esta Comisión como consecuencia de la solicitud de SCH para obtener la autorización prevista en el artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000 y en el Reglamento de Autorización, al objeto de poder ejercitar los derechos de voto correspondientes al exceso respecto del 3% de sus participaciones en AUNA y en ONO, así como para poder designar miembros de los órganos de administración de ambas Sociedades.

En efecto, mientras se tramita el correspondiente procedimiento administrativo, es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar que SCH no se vea perjudicado en sus derechos e intereses en ambas sociedades en un momento en el que están aconteciendo importantes cambios en el mercado nacional de telecomunicaciones y en algunos operadores del mismo; todo ello sin perder de vista el bien jurídico protegido por la normativa aplicable (el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 de constante referencia), esto es, el mantenimiento de las condiciones de competencia efectiva en dicho mercado y de evitar situaciones colusivas de dicha competencia, así como la efectiva aplicación de la normativa preventiva de eventuales concertaciones entre los operadores principales del segmento de la telefonía fija.

Para ello, y de acuerdo con los indicios existentes, es preciso que dicha medida consista en autorizar cautelarmente a SCH a mantener sus derechos sociales de voto por encima del 3 % y de elección de administradores simultáneamente en AUNA y en ONO, mientras se tramita el correspondiente procedimiento administrativo, y hasta tanto pueda recabarse la información necesaria para determinar con carácter definitivo si concurren o no las condiciones legales para poder autorizar a SCH a mantener sus derechos sociales sin restricciones en ambas sociedades, y si dicha autorización debe ser plena, condicionada o limitada.

A tales efectos, concurren en el presente procedimiento todos los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar:

- Existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la citada medida cautelar;



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Necesidad para asegurar la eficacia de la Resolución que pudiera recaer;
- Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

III.1. Existencia de una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente procedimiento

Como se ha indicado anteriormente en el Apartado II de esta Resolución "*Habilitación Competencial...*", esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.Seis de la Ley 12/97 (y en su desarrollo, en el artículo 31 del RCMT), y en el artículo 72 de la LRJPAC; dichas normas procedimentales se aplican en relación con las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y del Reglamento de Autorización de constante referencia.

III.2. Apariencia de buen derecho

Primero.- Como ya se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, SCH exponía en su solicitud la situación actual de las participaciones de dicha entidad en los Grupos AUNA y CABLEEUROPA, poniendo de manifiesto que en las Sociedades cabecera de ambos Grupos SCH ostenta, de manera directa e indirecta, un porcentaje notablemente superior al 3 %: en AUNA APROXIMADAMENTE EL 23 % (CONFIDENCIAL) y en ONO APROXIMADAMENTE EL 20 % (CONFIDENCIAL). Además dichas participaciones, dada su relevancia (SCH es en ambos casos uno de los principales accionistas), otorgan a SCH en las dos empresas el derecho de designación de varios miembros de sus órganos de administración, derecho que ha ejercido en ambos casos.

Ambos Grupos, de acuerdo con lo dispuesto en la citada Resolución del Consejo de la CMT de 30 de julio de 2002, (Expediente nº: RO 2002/6471), tienen la consideración de Operadores Principales en el mercado nacional de telefonía fija.

De lo anterior se deduce que, en principio, SCH participa en una proporción igual o superior al 3 % en más de un Operador Principal de telefonía fija, Grupo AUNA (APROXIMADAMENTE EL 23 %, CONFIDENCIAL) y Grupo CABLEEUROPA (APROXIMADAMENTE EL 20 %, CONFIDENCIAL), y asimismo que SCH ha designado en AUNA y en ONO, Sociedades matrices de ambos Operadores Principales, varios miembros de sus respectivos órganos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de administración, por lo que, en consecuencia, SCH incurre formalmente en los supuestos de hecho que han de verse afectados por las limitaciones y restricciones establecidas en el artículo 34.Uno, párrafos primero y tercero, del RD-Ley 6/2000.

Segundo.- Sin embargo, existen determinados circunstancias de la participación de SCH en dichos Operadores Principales que matizan esa primera conclusión. En efecto, SCH exponía en su solicitud que sus participaciones ambas Sociedades, AUNA y ONO, no suponen riesgo alguno de coordinación de los comportamientos estratégicos ni de intercambio de información estratégica entre las mismas, ni entre los Operadores de Telecomunicaciones de sus respectivos Grupos, Grupo AUNA y Grupo CABLEEUROPA, por lo que se daba el supuesto de hecho previsto en el artículo 34.5 del RD-Ley 6/2000 para autorizar el ejercicio de sus derechos sociales sin restricciones en ambas Sociedades.

Para justificar dichas aseveraciones, SCH exponía los siguientes argumentos en relación con sus participaciones en ambas Sociedades:

- Que la presencia simultánea de SCH en ambos Grupos no supone merma alguna del grado de competencia en el mercado nacional de telefonía fija, ya que los Operadores de Telecomunicaciones integrados en cada uno de los mismos actúa en ámbitos territoriales y/o segmentos de mercado diferentes, por lo que en la actualidad no compiten entre sí.
- Que la participación de SCH en ONO es *“minoritaria, no de control”*, sin derechos de control ni de veto de decisiones, ni participación alguna en la gestión de la Sociedad. SCH denomina a esta participación en ONO *“participación minoritaria, no de control”*, ya que el accionista mayoritario y de referencia de ONO es el Consorcio SPAINCOM, con APROXIMADAMENTE EL 47 % (CONFIDENCIAL) del capital, y además la gestión efectiva de la Sociedad ONO está encomendada mediante contrato a una Tercera Sociedad, y la participación minoritaria de SCH en ONO no le permite controlar el otorgamiento, modificación o extinción de dicho contrato de gestión, ni la designación de la Sociedad con la que se celebre.
- Que cuando SCH notificó al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) la adquisición de la participación de control en AUNA, el Ministro de Hacienda (competente para resolver dicho asunto en sustitución del Ministro de Economía) acordó mediante Resolución de fecha 11 de marzo de 2002, a propuesta del SDC y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 bis de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Defensa de la Competencia, no remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia debido a *“la ausencia de obstáculos al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados de referencia derivados de la operación”*.

Tercero.- En relación con la solicitud de autorización de SCH, el artículo 34.Cinco dispone que la CMT podrá autorizar *“el ejercicio de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”*; es decir, el eventual otorgamiento de la autorización solicitada por SCH no debe facilitar en ningún caso el intercambio de información estratégica ni la coordinación de conductas entre los Grupos AUNA y CABLEEUROPA en el mismo segmento del mercado nacional de telefonía fija.

En este sentido, esta Comisión ha venido observando en los comportamientos de ambos Operadores Principales en el mercado nacional de telefonía fija ciertos indicios que confirmarían las alegaciones de SCH y la Resolución del Ministro de Hacienda de 11 de marzo de 2002 (a propuesta del SDC), en lo que se refiere a no apreciar obstáculos significativos al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de la telefonía fija derivados de las participaciones de la Entidad Financiera solicitante en AUNA y en ONO en sus actuales términos:

- Por una parte hay que tener en cuenta que la doble presencia accionarial de SCH es previa a la declaración de operadores principales, sin que hasta la fecha se haya apreciado por esta Comisión que entre los citados grupos empresariales ni sus filiales se haya producido, como consecuencia de la simultánea presencia del SCH en ambos, coordinación de comportamientos estratégicos ni intercambio de información estratégica. A ello contribuiría la reducida participación que el SCH dice tener en la gestión del Grupo CABLEEUROPA, que esta Comisión tratará de constatar en el curso del procedimiento.
- Si bien la estrategia comercial del Grupo CABLEEUROPA es clara, no puede desconocerse que el Grupo AUNA se encuentra actualmente en fase de reestructuración, por lo que resulta adecuado y prudente esperar a que se produzca tal reestructuración y la nueva empresa defina su estrategia para, de esta forma, poder valorar con mayores elementos de juicio los riesgos de concertación que puedan derivarse del pleno ejercicio de sus derechos sociales por el SCH en ambos grupos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por último hay que señalar que en los últimos meses han aparecido en diferentes medios de comunicación declaraciones de los directivos tanto del Grupo AUNA como del Grupo CABLEUROPA¹ en las que se afirmaba la voluntad de ambas empresas de culminar “en un futuro próximo” una fusión de ambos operadores. La materialización de dicho proyecto, de gran alcance, requerirá previsiblemente de complejas negociaciones y acuerdos de ambas empresas, por lo que parece lógico que uno de los accionistas relevantes de ambas, SCH, pueda estar presente en las deliberaciones de ambos grupos y tomar parte en las decisiones que conduzcan a culminar dicho proceso de la manera más adecuada a sus intereses.

Cuarto.- Consecuentemente con los datos e indicios señalados, la presencia simultánea de SCH en ambas empresas, AUNA y ONO, y el ejercicio sin restricciones de sus derechos sociales de voto y de designación de Administradores, aparentemente y en las circunstancias actuales no supone un riesgo de coordinación de sus comportamientos competitivos ni de intercambio de información estratégica que pueda afectar negativamente al grado de competencia efectiva en el mercado nacional de la telefonía fija: En efecto, tanto el ejercicio del derecho de voto sin restricciones en ambas empresas, como la presencia de Consejeros nombrados por SCH en los órganos de Gobierno de ambas Sociedades, no parece suponer en este caso ningún riesgo real de que la información sensible comercial e industrial de uno y otro Operador Principal que eventualmente pudiera fluir entre ellos tenga consecuencias anticompetitivas.

Consecuentemente, al existir dichos indicios y datos de que concurren los presupuestos establecidos por el artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000 y por el Reglamento de autorización para que la CMT pueda autorizar en este caso el ejercicio sin restricciones de los derechos sociales en ambas empresas, y a la espera de verificarlos y confirmarlos en el marco de la tramitación del presente procedimiento, procede autorizar cautelarmente a SCH a mantener sus derechos de voto en AUNA y en ONO sin restricciones, así como a mantener sus derechos de designación de miembros de los órganos de administración de ambas Sociedades, hasta que se recabe toda la información que confirme dichos indicios y se emita por parte de esta Comisión una Resolución definitiva al respecto.

III.3. Necesidad y urgencia de la medida cautelar a adoptar

¹ Declaraciones realizadas por los Presidentes de AUNA, Don Luis Alberto Salazar-Simpson, y de CABLEUROPA-ONO, Don Eugenio Galdón, en el Encuentro de las Telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, desarrollado en Santander en la primera semana de septiembre de 2002.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- La medida cautelar propuesta en el presente procedimiento es necesaria para asegurar la eficacia de la Resolución que pudiera recaer, y su adopción debe de ser urgente, pues deberá producirse a la mayor brevedad para asegurar el efecto útil de la Resolución definitiva que se dicte en su día, impidiendo así que los derechos e intereses de SCH puedan verse afectados durante todo el tiempo que dure la tramitación del presente procedimiento.

Segundo.- En efecto, es necesario adoptar la medida cautelar antes mencionada (autorizar a SCH a mantener sus derechos de voto en AUNA y en ONO sin restricciones, así como a mantener sus derechos de designación de miembros de los órganos de administración de ambas Sociedades) para evitar que en el tiempo de tramitación del procedimiento de constante referencia se produzcan prejuicios a los intereses económicos de SCH y, en general, a sus intereses sociales en su posición de accionista relevante de ambas empresas durante el tiempo que dure la tramitación y resolución definitiva del presente procedimiento, máxime en una situación como la actual, en la que, además de los ya mencionados datos que hacen pensar en la compatibilidad de dicha doble presencia sin restricciones por no tener efectos contrarios a la competencia en el mercado de la telefonía fija, existen indicios de que ambas empresas pudieran estar interesadas en iniciar un proceso de fusión, proceso que de culminarse eliminaría el supuesto de hecho de aplicación de las limitaciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 a SCH, que pasaría a ser accionista únicamente de un solo Operador Principal, el resultante de la fusión entre AUNA y ONO.

Por tanto, es preciso que la medida cautelar se aplique, y que se haga de manera inmediata, para garantizar a SCH la protección de sus legítimos intereses como accionista en un momento como el actual, especialmente relevante para el futuro de ambas empresas así como, en general, del mercado español de telefonía fija.

III.4. Proporcionalidad e idoneidad de la medida cautelar a adoptar

Primero.- La medida es idónea y proporcional al resultado perseguido, y no supone para ningún tercero un perjuicio de difícil o imposible reparación, ni tampoco una violación de derechos amparados en Leyes.

Segundo.- En efecto, la adopción de esta medida cautelar no supone perjuicio alguno para terceros, ni para el resto de accionistas de AUNA y de ONO, a los que no se perjudica en ningún extremo en sus derechos sociales respecto de los ostentados actualmente en ambas empresas, ni para el resto de Operadores Principales del mercado de telefonía fija, puesto que como ya se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ha analizado previamente existen indicios y datos que indican que no existen efectos perjudiciales para la competencia efectiva en dicho mercado derivados del ejercicio sin restricciones de los derechos sociales de SCH en ambos operadores.

Sin embargo, si no se adoptase la medida cautelar y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 34.Cuatro del RD-Ley 6/2000, SCH debería proceder de manera inmediata, durante la sustanciación de este procedimiento, a restringir sus derechos de voto al 3 % y a renunciar a designar Administradores en uno de las dos empresas (en ONO, puesto que en su solicitud SCH manifestaba su preferencia por mantener los derechos sociales sin restricciones en AUNA), por lo que se podrían derivar graves perjuicios a los intereses de SCH como accionista de ambas empresas.

En razón de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.Seis de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

Único.- Autorizar cautelarmente a la entidad “BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.”, directamente o a través de Sociedades filiales o participadas de su Grupo, a mantener el ejercicio sin restricciones de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto del 3% derivados de sus participaciones en el capital social de las entidades “AUNA OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.” (en cuanto Sociedad Matriz del Grupo AUNA), y “GRUPO CORPORATIVO ONO, S.A.” (en cuanto Sociedad Matriz del Grupo CABLEEUROPA), así como a mantener el ejercicio sin restricciones de los derechos de designación de miembros de los órganos de administración de ambas Sociedades que se deriven igualmente de las citadas participaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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.



COMISIÓN 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, 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes