



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 14/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de abril de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del expediente número RO 2003/4 (periodo de información previa), se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN SOBRE EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO DE OFICIO ACERCA DE LAS PARTICIPACIONES DIRECTAS E INDIRECTAS DE LA ENTIDAD FINANCIERA “GRUPO ING – ING BANK, N.V., SUCURSAL EN LONDRES” EN LOS OPERADORES PRINCIPALES DE TELEFONÍA FIJA “GRUPO AUNA” Y “GRUPO JAZZTEL”.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Comunicación del GRUPO ING.

Con fecha 27 de diciembre de 2002 se recibió en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) un escrito de la entidad “GRUPO ING – ING BANK, N.V., Sucursal en Londres” (en adelante, el GRUPO ING), fechado el día 16 de diciembre de 2002, mediante el cual comunicaba sus participaciones directas e indirectas en las Sociedades Mercantiles “AUNA OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.” (en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante, AUNA), matriz del operador principal de telefonía fija AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A.U. - GRUPO AUNA, y "JAZZTEL, PLC" (en adelante, JAZZTEL), matriz del operador principal de telefonía fija JAZZ TELECOM, S.A.U. - GRUPO JAZZTEL¹:

- En AUNA, el GRUPO ING declaraba que posee, a través de filial al 100 por 100 "BANQUE BRUSSELS LAMBERT", ...APROXIMADAMENTE EL 10 por 100 (CONFIDENCIAL) de su capital social.
- En JAZZTEL, y a resultas del Plan de reestructuración financiera y de su accionariado en curso en virtud del cual se está procediendo al canje de Bonos de Alto Rendimiento de JAZZTEL por nuevas acciones emitidas al efecto, el GRUPO ING declaraba que poseerá en breve un ...APROXIMADAMENTE EL 4 por 100 (CONFIDENCIAL) de su capital social, a través de Sociedades filiales de dicha entidad financiera.

Asimismo, el GRUPO ING manifestaba en su escrito que la Sociedad en la cual pretendía ejercer sus derechos sociales de voto sin restricciones (concretamente en lo referente a lo dispuesto en el artículo 34, Apartados Uno y Cuatro, del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, los derechos de voto por encima del 3 por 100 y en su caso los derechos de nombramiento de miembros de sus órganos de administración) es AUNA, y que en la otra Sociedad participada, JAZZTEL, no se ejercitarían los derechos de voto que excediesen del 3 por 100.

El GRUPO ING no señalaba nada referente a la eventual existencia de miembros de los órganos de administración que hubiese designado en cualquiera de los mencionados operadores principales de telefonía fija, o en ambos.

Segundo.- Iniciación del Periodo de Información Previa.

Con el objeto de comprobar y verificar que las participaciones directas e indirectas del GRUPO ING en operadores nacionales de telefonía fija se ajustan a 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 (en adelante, RD-Ley 6/2000), esta Comisión,

¹ Ambos operadores fueron declarados principales en el mercado nacional de telefonía fija, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, por la Resolución del Consejo de la CMT de 30 de julio de 2002, publicada en el B.O.E. nº 194, de 14 de agosto, páginas 30.443 y 30.444 (Expediente nº RO 2002/6471).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acogiéndose a las previsiones del artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), inició de oficio el día 7 de enero de 2003 la tramitación de un Periodo de Información Previa en relación con las participaciones directas e indirectas del GRUPO ING en operadores principales del mercado nacional de telefonía fija, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto, es decir, de verificar y contrastar la información aportada por el GRUPO ING en relación con sus participaciones directas e indirectas en AUNA y en JAZZTEL, y de estudiar si las mismas se adecuaban o no a las limitaciones establecidas por el mismo artículo 34 del RD-Ley 6/2000 antes citado; todo ello para poder tener los elementos de juicio suficientes al objeto de ver la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

Dicho trámite fue comunicado al GRUPO ING, a AUNA y a JAZZTEL a través de los correspondientes Oficios fechados el día 7 de enero de 2003, mediante los cuales se les informaba de que había quedado iniciado de oficio el correspondiente Periodo de Información Previa.

Tercero.- Requerimientos de información y actuaciones posteriores.

En el desarrollo de la instrucción del procedimiento de información previa de referencia, y acogiéndose a la habilitación competencial establecida por la legislación sectorial vigente -*el ya citado artículo 34 del RD-Ley 6/2000, así como los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2, letra G, de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante, Ley 12/97)*-, así como a lo dispuesto en el artículo 39 de la citada LRJPAC referente al deber de colaboración de los interesados con las Administraciones Públicas, y a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la CMT, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT), precepto que como ya se ha mencionado anteriormente faculta a la CMT para: *“recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones, que estarán obligados a suministrarla”*, el Presidente de esta Comisión formuló, mediante los correspondientes Oficios fechados el día 14 de enero de 2003 (y reiterado a GRUPO ING mediante Oficio fechado el 6 de marzo de 2003), tres requerimientos de información dirigidos al GRUPO ING, a AUNA y a JAZZTEL.

Dichos requerimientos de información tenían como objetivo obtener la información y datos necesarios para confirmar y ampliar los datos aportados inicialmente por el GRUPO ING en su comunicación de 27 de diciembre de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2002, así como para justificar documentalmente la misma, con el objeto de que esta Comisión pudiese apreciar si el GRUPO ING incurre en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000 y, en especial, si el GRUPO ING había cumplido con las obligaciones establecidas en el artículo 34.Cuatro del mismo RD-Ley 6/2000, referente a la obligación de comunicar a esta Comisión la Sociedad respecto de la que se pretenda ejercer los derechos sociales de voto y de elección de administradores sin restricciones (en este caso, en AUNA), limitándolos en la otra (en este caso, en JAZZTEL).

Todas las entidades requeridas aportaron la información, documentación y demás datos solicitados por esta Comisión, y confirmaron las manifestaciones iniciales del GRUPO ING. En particular, GRUPO ING aportó mediante su escrito de 18 de marzo de 2003 una copia de la comunicación formal a JAZZTEL, fechada el día 12 de marzo de 2003, para que ésta hiciese efectiva su limitación en los derechos sociales de voto y de designación de Consejeros, y consecuentemente JAZZTEL comunicó a esta Comisión en su escrito de 1 de abril de 2003 que en la reunión de su Consejo de Administración celebrado el día 20 de marzo de 2003 se había comunicado formalmente a sus miembros la citada decisión de GRUPO ING, y que posteriormente se había comunicado por escrito al resto de accionistas de la Sociedad dicha circunstancia ... (CONFIDENCIAL), dando así cumplimiento a la decisión de GRUPO ING y a lo dispuesto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. Normativa sustantiva aplicable.

Primero.- El artículo 34.Uno, párrafo primero, del 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 Ley 14/2000, de 29 de diciembre (en adelante, 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”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 (...)”*.

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, (...)”*.

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.”*.

Segundo.- El artículo 34.Tres del mismo RD-Ley 6/2000 delimita el 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.

Tercero.- El artículo 34.Cuatro 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...) la sociedad respecto de la que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se pretenda ejercer los derechos de voto o designar miembros del órgano de administración sin restricción alguna.

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

II.2. Habilitación competencial de esta Comisión para intervenir.

En relación con las participaciones directas e indirectas de GRUPO ING en operadores principales de telefonía fija, las competencias de la CMT para intervenir en este caso derivan de lo dispuesto en los siguientes preceptos normativos:

Primero.- El artículo 34.Siete del RD-Ley 6/2000 establece 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.- En lo que se refiere a la normativa sectorial de telecomunicaciones, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante, Ley 12/97), establece en su artículo 1.Dos.1 que la CMT tiene por objeto *“salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.”*; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT).

Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de la CMT para actuar en esta materia, recogida en el artículo 1.Dos.2, letra



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

g), de la citada Ley 12/97, que establece que es función de esta Comisión *“ejercer el control sobre los procesos de concentración de empresas, de las participaciones en el capital y de los acuerdos entre los agentes participantes en el mercado de las telecomunicaciones (...).”*

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

En concreto los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente (en este caso la CMT) podrá abrir de oficio un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

II.3. Las participaciones directas e indirectas de GRUPO ING en los operadores principales de telefonía fija GRUPO AUNA y GRUPO JAZZTEL.

Primero.- De la información y documentación aportada por las tres Sociedades de constante referencia se desprende lo siguiente:

- Que GRUPO ING participa simultáneamente en dos operadores principales de telefonía fija, GRUPO AUNA y GRUPO JAZZTEL, ostentando en los dos un porcentaje de su accionariado y derechos de voto superior al 3 por 100 (concretamente ...APROXIMADAMENTE UN 10 por 100 en AUNA y APROXIMADAMENTE UN 4 por 100 en JAZZTEL –CONFIDENCIAL-); es decir, GRUPO ING se ve afectada por las limitaciones al ejercicio de sus derechos sociales de voto y de designación de administradores en mas de un operador principal de telefonía fija, limitaciones establecidas en el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000.
- Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 34.Cuatro del mismo RD-Ley 6/2000, GRUPO ING ha manifestado a esta Comisión en su escrito de 27 de diciembre de 2002 que opta por ejercer con plenitud sus derechos sociales en GRUPO AUNA, y que consecuentemente limita en GRUPO JAZZTEL sus derechos de voto al 3 por 100 y renuncia a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

nombrar miembros de sus órganos de administración. Asimismo GRUPO ING ha comunicado formalmente a JAZZTEL, mediante un escrito fechado el día 12 de marzo de 2003, su decisión y le ha instado a que informe de la misma al resto de accionistas de dicha Sociedad a los efectos oportunos.

- Que posteriormente JAZZTEL ha adoptado las medidas societarias necesarias al respecto para hacer efectivas las limitaciones que el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000 le impone a GRUPO ING en relación con sus derechos sociales en dicho operador principal. En concreto, en el Consejo de Administración de JAZZTEL celebrado el pasado día 20 de marzo de 2003 se comunicó formalmente a todos los Consejeros miembros del mismo, como representantes de sus accionistas respectivos, del contenido y alcance de la decisión de GRUPO ING (comunicada de manera formal y con carácter previo por ésta a JAZZTEL mediante el citado escrito de 12 de marzo de 2003), para ser tenido en cuenta en adelante en relación con el ejercicio de los derechos sociales de GRUPO ING como accionista de JAZZTEL; y asimismo que posteriormente JAZZTEL comunicó por escrito dicha decisión de GRUPO ING al resto de accionistas de la Sociedad ... (CONFIDENCIAL).

Segundo.- En consecuencia, cabe concluir que el estado actual de las participaciones directas e indirectas de GRUPO ING en AUNA y en JAZZTEL cumple con los requisitos y se ajusta a las limitaciones establecidas por el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000, y que asimismo GRUPO ING ha cumplido con las obligaciones formales establecidas por el artículo 34.Cuatro de comunicación a esta Comisión de la Sociedad respecto de la cual pretende ejercer sin restricciones sus derechos sociales (en este caso, en AUNA).

Tercero.- Por tanto, es procedente que el Consejo de esta Comisión emita una Resolución en la que se decrete el cierre y archivo del Periodo de Información Previa de referencia sin más trámites, ya que en tanto en cuanto la situación actual de las participaciones directas e indirectas de GRUPO ING en AUNA y en JAZZTEL no varíe, no es necesario que se tramite ningún procedimiento formal de autorización a GRUPO ING para que pueda mantener participaciones simultáneas a los efectos previstos en el artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000 de constante referencia, al ajustarse dichas participaciones y el ejercicio de los derechos sociales inherentes a las mismas limitaciones establecidas por el artículo 34.Uno de dicha norma y a las obligaciones formales y materiales a las que está obligada por las disposiciones del artículo 34.Cuatro de la misma norma legal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de las consideraciones expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo previsto por la normativa general y sectorial de aplicación, y en especial por las disposiciones del 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,

RESUELVE

Único.- Declarar concluso el Periodo de Información Previa de referencia, y resolver no iniciar un procedimiento formal al respecto, por no existir motivo alguno que justifique ni la continuación del primero ni la apertura del segundo, ya que en la actualidad, y una vez que “GRUPO ING – ING BANK, N.V., SUCURSAL EN LONDRES” ha optado por ejercer sus derechos sociales de voto y de elección de miembros de sus órganos de administración sin restricciones en el operador principal de telefonía fija “GRUPO AUNA” (concretamente en la Sociedad Matriz del mismo, “AUNA OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.”), y por limitar sus derechos de voto al 3 por 100 y a renunciar a nombrar administradores en el operador principal de telefonía fija “GRUPO JAZZTEL” (concretamente en la Sociedad Matriz del mismo, “JAZZTEL, P.L.C.”), sus participaciones directas e indirectas en ambos operadores principales de telefonía fija se ajustan a las limitaciones y restricciones establecidas por el artículo 34.Uno del citado Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio.

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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

EL SECRETARIO,

Vº Bº DEL PRESIDENTE,

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real