



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 25/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 26 de junio de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento administrativo número **RO 2003/810**, se 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

I.1. La normativa vigente de control de concentraciones.

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 Decimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (en adelante, RD-Ley 6/2000).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 RD 1232/2001), 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 RD 1232/2001), y que dicha relación podrá ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.

I.2. Iniciación del procedimiento administrativo.

De acuerdo con lo dispuesto en la normativa referida, y una vez conocidos por esta Comisión los datos más recientes¹, relativos a la actividad comercial de los operadores de Telecomunicaciones presentes en los mercados nacionales de telefonía fija y de telefonía móvil, en fecha 20 de mayo de 2003 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 RD 1232/2001.

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, así como en la normativa sectorial de Telecomunicaciones, 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

¹ Datos del año 2002 comunicados por los operadores del mercado español de Telecomunicaciones para elaborar el Informe Anual 2002 de la CMT (Expediente número: MTZ 2002/7505).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión tiene encomendadas. Concretamente, los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a la CMT a iniciar procedimientos de oficio.

En el marco de la tramitación del citado procedimiento, y una vez aplicados a los citados datos suministrados por los operadores (la mencionada cifra de facturación total por prestación de servicios comerciales de telefonía fija y móvil en el año 2002 en dichos mercados nacionales) 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.”*, los Servicios de esta Comisión determinaron 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 mercado español en el año 2002, los Grupos empresariales que ostentan actualmente la condición legal de operadores principales de telefonía fija y móvil, por tener una de las cinco mayores cuotas del mercado de referencia, son los mismos que ostentaron dicha condición en el año 2001, es decir, 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.², TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.
- **GRUPO AUNA**: AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A.
- **GRUPO UNI2-FRANCE TELECOM**: UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. y CATALANA DE TELECOMUNICACIONES, SOCIETAT OPERADORA DE XARXES, S.A.
- **GRUPO ONO-CABLEEUROPA**: CABLEEUROPA, S.A., 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.
- **GRUPO JAZZTEL**: JAZZ TELECOM, S.A.U.

² 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

- **GRUPO TELEFÓNICA**: TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.
- **GRUPO VODAFONE**: VODAFONE ESPAÑA, S.A.
- **GRUPO AUNA**: RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.
- **GRUPO XFERA**: XFERA MÓVILES, S.A.³

Para la determinación de la cuota de mercado de los operadores mencionados se ha atendido exclusivamente a la cifra anual de facturación total por prestación de servicios comerciales, puesto que es el parámetro que más fielmente refleja la participación real de un operador en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil en España, agregando las cuotas de los diferentes operadores del mismo Grupo empresarial.

I.3. Trámite de audiencia.

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 remitió a dichas entidades un Oficio fechado el día 26 de abril de 2002 (cuya salida fue registrada el día 29 de abril de 2002), mediante el cual les comunicó la apertura del trámite de audiencia, previo a la elaboración de la propuesta de resolución declarativa de dicha condición de operadores principales a los previamente enumerados, a los efectos de que, si lo estimaban conveniente, pudiesen efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento.

Únicamente efectuó alegaciones el operador de telefonía móvil TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TME), mediante un escrito fechado el día 11 de junio de 2003, en el que manifestaba, fundamentalmente, que en el contexto jurídico actual un operador no lo es tanto (o al menos no exclusivamente) por poseer un título habilitante como por prestar efectivamente servicios comerciales en el mercado de referencia, y por ello solicitaba a la CMT que a los efectos previstos en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 designase al operador EUSKALTEL, S.A. (en adelante, EUSKALTEL) como operador

³ 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

principal en el mercado nacional de telefonía móvil, por ostentar una de las cinco mayores cuotas de dicho mercado. Para probar dicha aseveración TME se remitía al Sitio Web de EUSKALTEL en Internet, en el que aparecen datos y cifras acerca de su actividad de comercialización de servicios de telefonía móvil en España desde 1999 hasta la actualidad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. Normativa sustantiva aplicable y habilitación competencial.

II.1.1. El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio.

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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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).

II.1.2. El Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre.

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 RD 1232/2001), 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 RD 1232/2001), y que dicha relación podrá ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.

II.1.3. La normativa de procedimiento.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en el artículo 2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la CMT, y en el artículo 4 del RD 1232/2001, regula el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas, y en concreto para efectuar la declaración anual objeto del presente procedimiento.

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 2002, y al igual que ya se estableció en las Resoluciones del Consejo de la CMT de 20 de diciembre de 2001 y de 30 de julio de 2002, por las cuales se establecieron e hicieron públicas las declaraciones anuales de operadores principales correspondiente al año 2000⁴ y al año 2001⁵, respectivamente, y teniendo en cuenta que el artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000 no fija un ámbito territorial concreto de manera expresa, esta Comisión estima como más adecuado y pertinente tomar como referencia los mercados nacionales de ambos servicios, ya que la norma legal de constante referencia no dice nada respecto al ámbito geográfico de los mercados, y teniendo en cuenta el carácter limitativo de la misma, su interpretación debe ser estricta, lo que conduce a concluir que el análisis del mercado geográfico no pueda extenderse, además, a mercados inferiores al nacional.

II.2.2. Delimitación legal del mercado de producto.

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 otros⁶, los de la “*telefonía portátil*”, letra D, y el de la “*telefonía fija*”, letra E.

⁴ La Resolución del Consejo de la CMT de 20 de diciembre de 2001 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).

⁵ La Resolución del Consejo de la CMT de 30 de julio de 2002 fue hecha pública mediante Anuncio de la Parte Dispositiva de la misma en el BOE nº 194, de 14 de agosto de 2002, páginas 30.443 y 30.444 (Expediente número: RO 2002/6471).

⁶ 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

Es decir, que serán designados operadores principales los operadores de redes y/o servicios de telefonía fija y de telefonía móvil que ostenten una de las 5 mayores cuotas de cada uno de los 2 mercados sectoriales de referencia, esto es, de los mercados nacionales de telefonía fija y de telefonía móvil.

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

II.3.1. La delimitación legal y de mercado del concepto de Operador Principal.

El Apartado Dos del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 de constante referencia 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 cuanto al aspecto subjetivo del concepto de operador principal a tener en cuenta en la declaración objeto del presente procedimiento, hay que tener en cuenta el hecho relevante de que los Grupos empresariales del sector de las Telecomunicaciones frecuentemente operan en el mismo segmento de mercado a través de más de una sociedad operadora de telecomunicaciones, filial o participada mayoritariamente por la Sociedad y/o operador matriz del Grupo en cuestión, por lo que resulta necesario agregar las cuotas de mercado de todas las sociedades operadoras filiales de cada Grupo para calcular su cuota de mercado real en dicho segmento de mercado y poder así obtener una imagen fiel de la posición de cada empresa o Grupo en dicho mercado, evitando además el eventual “Fraude de Ley” que supondría fragmentar “artificialmente” la actividad de un mismo Grupo en diferentes Sociedades con cuotas de mercado individuales pequeñas que evitasen dicha designación como operador principal y las limitaciones aparejadas a sus accionistas.

En efecto, de no agregarse las cuotas de las diferentes filiales y participadas de un mismo Grupo no se estaría atendiendo a la realidad empresarial y de mercado del sector (en el que algunos Grupos operan bajo diferentes Sociedades en el mismo segmento de mercado) y se producirían distorsiones graves en la elaboración de un listado de operadores principales que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

respondiese realmente a la estructura del mercado de la telefonía fija y no a sus meras formas jurídico-formales que pueden ocultar otras realidades bien distintas (es decir, podría designarse operador principal a una empresa con menor peso y cuota de mercado de telefonía fija que un Grupo que hubiese dividido su actividad en un solo mercado de referencia entre varias Sociedades con cuotas de mercado reducidas, lo cual no es desde luego la finalidad buscada por la Ley).

Además este criterio es acorde con la redacción actual del párrafo quinto del artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000, que establece 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, (...)”*. Evidentemente, el espíritu de esa disposición legal viene a confirmar el acierto del criterio de Grupo para designar el listado de operadores principales, ya que la exclusión de las limitaciones legales a los accionistas de las diferentes Sociedades matrices y filiales de un mismo Grupo es precisamente consecuencia de la posibilidad de designar a todos los operadores integrados en un mismo Grupo empresarial como un solo operador principal, lo que hace que necesariamente, y una vez considerados como un todo, no rijan dentro de las sociedades de ese mismo Grupo las limitaciones que rigen para accionistas presentes en empresas o Grupos diferentes; consecuentemente, se deberán agregar las cuotas de mercado individuales de cada Sociedad del Grupo para computar la cuota de mercado real de dicho Grupo en el mercado.

Esta aplicación de la Ley, que ya quedó reflejada en la Resolución del Consejo de 30 de julio de 2002, es igualmente seguida por la Comisión Nacional de Energía (Organismo Regulador que igualmente aplica las disposiciones legal y reglamentaria de constante referencia) en sus declaraciones anuales de operadores principales de los sectores energéticos afectados de 11 de septiembre de 2001 y de 24 de octubre de 2002 (en las cuáles, al igual que la CMT, señala a Grupos empresariales como operadores principales de los respectivos mercados de referencia –los del sector de la Energía, y asimismo ya fue argumentada jurídicamente en la ya citada Resolución del Consejo de la CMT de 30 de julio de 2002⁷ que efectuó la declaración anual 2001 de operadores principales.

En definitiva, que de acuerdo con dicha realidad empresarial y del mercado, así como con el espíritu y finalidad del artículo 34 de constante referencia, y siguiendo la argumentación ya establecida por esta Comisión en párrafos anteriores y en la ya citada Resolución de su Consejo de 30 de julio de 2002,

⁷ Concretamente en su Fundamento de Derecho II.3, Apartado Primero, páginas 15 a 21.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

debe designarse 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; y 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 sociedades operadoras concretas ostentan igualmente la calidad de operador principal.

II.3.2. El criterio de la facturación total anual por operaciones comerciales para determinar las cuotas de mercado.

Para la determinación de la cuota de mercado en el año 2002 de los operadores principales mencionados se ha atendido exclusivamente a la cifra anual de facturación total por prestación de servicios comerciales, puesto que es el parámetro que más fielmente refleja la participación real de un operador en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil en España, 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, así como al espíritu y finalidad de la norma legal.

En concreto, las razones para atender exclusivamente a la mencionada cifra anual de facturación total por prestación de servicios comerciales son las siguientes:

- Por una parte, 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 2000⁸, 15 de marzo de 2001⁹, 19 de julio de 2001¹⁰ y 20 de febrero de 2003¹¹, así como en las ya citadas de 20 de diciembre de 2001 y de 30 de julio de 2002, que establecieron la relación de operadores principales en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil en los años 2000 y 2001, respectivamente, 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 en el año 2002, por ser el parámetro que más fielmente refleja la participación real de un operador en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil (aunque los datos de número de clientes y de tráfico total cursado son también

⁸ Expediente número: ME 2000/3427 "KUTXA".

⁹ Expediente número: ME 2000/3426 "MULTITEL".

¹⁰ Expediente número: RO 2001/4053 "LA CAIXA".

¹¹ Expediente número: RO 2002/7474 "SCH".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relevantes, en este caso dichos datos adicionales no sólo no difieren sustancialmente de los de facturación, sino que confirman las cuotas de mercado resultantes de observar la citada cifra de ingresos totales), y agregando las cuotas de los diferentes operadores integrados en el mismo Grupo empresarial por las razones expuestas en párrafos anteriores.

- Además 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 2002.

II.3.3. Los Operadores Principales de telefonía fija y móvil en el año 2002.

En aplicación de los criterios antes expuestos (las disposiciones legales del artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000, así como la consideración de todos los operadores filiales de un Grupo empresarial que operen en el mismo segmento de mercado en España como un solo operador principal de facto a los efectos de actuar en el mercado en cuestión y, en consecuencia, de las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000), y de acuerdo con los datos más recientes en poder de la CMT antes citados (la mencionada cuota de mercado medida por la cifra de facturación total por prestación de servicios comerciales de telefonía fija y móvil en el año 2002 en dichos mercados nacionales, datos proporcionados por los operadores de telecomunicaciones para la elaboración del Informe Anual de la CMT del año 2002), esta Comisión ha determinado que 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 telefonía fija y móvil, por tener una de las cinco mayores cuotas del mercado de referencia, son los mismos que ostentaron dicha condición en el año 2001; es decir, son los siguientes:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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**: AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A.
- **GRUPO UNI2-FRANCE TELECOM**: UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. y CATALANA DE TELECOMUNICACIONES, SOCIETAT OPERADORA DE XARXES, S.A.
- **GRUPO ONO-CABLEEUROPA**: CABLEEUROPA, S.A., 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.
- **GRUPO JAZZTEL**: JAZZ TELECOM, S.A.U.

** 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**: VODAFONE ESPAÑA, S.A.
- **GRUPO AUNA**: RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.
- **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.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.4. En relación a las alegaciones efectuadas por TME.

Respecto a las alegaciones efectuadas por TME, mediante un escrito fechado el día 11 de junio de 2003, el citado operador de telefonía móvil exponía fundamentalmente lo siguiente:

- Que en el contexto jurídico actual, en el que la Directiva 2002/20/CE de 7 de marzo de 2002, de Autorizaciones Generales, así como la nueva Ley General de Telecomunicaciones actualmente en fase de tramitación parlamentaria (que incorporará aquella a nuestro Ordenamiento Jurídico), un operador no lo es tanto (o al menos no exclusivamente) por poseer un título habilitante como por prestar efectivamente servicios en el mercado de referencia, lo cual permitiría reflejar de forma fidedigna la realidad de dicho mercado.
- Que en consecuencia, TME solicitaba a la CMT que, en base a esas consideraciones jurídicas y de mercado, y a los efectos previstos en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, designase al operador EUSKALTEL operador principal en el mercado nacional de telefonía móvil, “por ostentar una de las cinco mayores cuotas de dicho mercado”. Para probar dicha aseveración TME se remitía al Sitio Web de EUSKALTEL en Internet, en el cual se muestran diferentes datos y cifras acerca de su actividad de comercialización de servicios de telefonía móvil en España desde 1999 hasta la actualidad.
- Que además TME manifiesta la, a su juicio, “incoherencia” de designar operador principal de telefonía móvil a XFERA, que aún no tiene actividad alguna en dicho mercado, mientras que, por el contrario, se excluye de dicha relación a EUSKALTEL, con una “manifiesta e importante” actividad de comercialización de servicios de telefonía móvil y, consiguientemente, mayor cuota de mercado que XFERA.

En este sentido, esta Comisión manifiesta que EUSKALTEL no puede ser designado operador principal en el mercado nacional de telefonía móvil, puesto que en la actualidad no es operador de redes públicas de telefonía móvil ni de servicios de telefonía móvil, ni dispone de título habilitante de Telecomunicaciones válido para realizar dichas actividades, sino que su actividad en dicho mercado se limita a la de revender y comercializar, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi, los servicios de telefonía móvil prestados efectivamente por RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. .

Es decir, que la actividad de EUSKALTEL es equiparable a la de multitud de comercializadores y revendedores de los servicios de telefonía móvil prestados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por los 3 operadores de telefonía móvil que actualmente operan redes móviles y prestan efectivamente los servicios de telefonía móvil en España, pero que no se ven afectados por la normativa de control de concentraciones en el sector al no ser los operadores de hecho, “reales”, de las redes y los servicios en cuestión, sino unos meros comercializadores y revendedores, es decir, unos intermediarios comerciales entre los operadores y los usuarios.

En definitiva, que por las razones jurídicas y fácticas expuestas debe desestimarse de plano la solicitud de TME por improcedente a la luz de lo dispuesto en las normas aplicables al presente procedimiento (el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y el RD 1232/2001).

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 RD 1232/2001:

- 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 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 el ejercicio de las funciones que le encomienda la normativa de aplicación,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 2002 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 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:** AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A.
- **GRUPO UNI2-FRANCE TELECOM:** UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. y CATALANA DE TELECOMUNICACIONES, SOCIETAT OPERADORA DE XARXES, S.A.
- **GRUPO ONO-CABLEEUROPA:** CABLEEUROPA, S.A., 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.
- **GRUPO JAZZTEL:** JAZZ TELECOM, S.A.U.

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

- **GRUPO TELEFÓNICA:** TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.
- **GRUPO VODAFONE:** VODAFONE ESPAÑA, 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 precepto legal y en el artículo 3.2 del citado Reglamento de desarrollo aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

EL SECRETARIO,

Vº Bº DEL PRESIDENTE,

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real