



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMÚDEZ ODRIOSOLA, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de diciembre de 1998, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la

### **RESOLUCIÓN SOBRE LA PARTICIPACIÓN SIMULTÁNEA DE GRUPO ELÉCTRICO DE TELECOMUNICACIONES Y GRUPO UNIÓN FENOSA EN EL ACCIONARIADO DE AIRTEL MÓVIL, S.A. Y RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.**

#### **I. ANTECEDENTES.**

**Primero.** Mediante escrito de fecha 12 de noviembre de 1.998, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en adelante CMT, puso en conocimiento de las entidades GRUPO ELÉCTRICO DE COMUNICACIONES, S.A., en adelante GET, perteneciente al grupo ENDESA, UNIÓN FENOSA DE INVERSIONES, en adelante UFINSA, integrada en el grupo UNIÓN FENOSA, RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (en adelante, RTM), AIRTEL MÓVIL, S.A. (en adelante, AIRTEL) y TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES (en adelante, TSM), del grupo TELEFÓNICA, la incoación, de oficio de expediente administrativo a los efectos de:

- a) Analizar las implicaciones de la situación de referencia sobre la estructura competitiva del mercado relevante (el de telefonía móvil en España).
- b) Adoptar, en su caso, las medidas necesarias a fin de garantizar las deseables condiciones de competencia efectiva en el mismo.

Asimismo, se significaba a los interesados la posibilidad, en cualquier



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, de formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

En el marco del expediente administrativo incoado, la CMT envió escrito a las referidas entidades, con fecha de 2 de diciembre de 1.998, solicitando el pronunciamiento de aquéllos sobre la situación que en su momento motivó la apertura del procedimiento que nos ocupa, con particular referencia al plazo y condiciones para una eventual salida de GET y UFINSA del accionariado de AIRTEL.

En el escrito de alegaciones, UFINSA nos ha recordado que si bien ella es accionista de RTM, el accionista de AIRTEL no es ella sino UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA, S.A. A efectos de la presente resolución y sin perjuicio de contestar posteriormente las alegaciones realizadas, se entenderá que la entidad interesada es el Grupo Unión Fenosa en su conjunto, uno de cuyas empresas integrantes es la que específicamente figura como accionista de Airtel

**Segundo.** En su contestación, de fecha 5 de noviembre de 1.998, a la consulta formulada por GET y UFINSA a la eventual adquisición de las acciones de RETEVISIÓN, S.A., recientemente puestas a la venta por el Ente Público Retevisión, y al incremento de participaciones en RTM, esta Comisión señalaba que sus pronunciamientos sobre dicha consulta no excluían la apertura de un posterior procedimiento encaminado a dirimir y concretar todas las cuestiones que suscita la presencia de socios comunes en las entidades AIRTEL y RTM, a los efectos de garantizar la prestación en libre competencia del servicio de telefonía móvil en su modalidad DCS 1800.

Asimismo, en dicha contestación, se informaba a los interesados de que se abriría expediente administrativo a fin de concretar la condiciones en las que éstas sociedades podrían verse obligadas a modificar su participación en el accionariado y gestión de sus intereses en las operadoras de telefonía móvil.

**Tercero.** Se entiende por operadora de telefonía móvil toda entidad con título habilitante para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público mediante el establecimiento o explotación, por su titular, de una red pública telefónica móvil. El caso que nos ocupa aplica únicamente a las redes móviles terrenales, esto es, se excluyen las redes basadas en satélites.

Pues bien, en el mercado español de telefonía móvil operan tres entidades que disponen de diversas concesiones según la tecnología que sirva de soporte a los diversos sistemas:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- TSM: que dispone de tres concesiones correspondientes a los servicios de telefonía móvil automática en su modalidad analógica, de telefonía móvil automática en su modalidad GSM y de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS 1800.
- AIRTEL: que dispone de dos concesiones correspondientes a los servicios de telefonía móvil automática en su modalidad GSM y de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS 1800.
- RTM: que dispone de una concesión para el servicio de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS 1800.

Así pues se suele hablar de 1ª, 2ª y 3ª licencia de móviles (correspondientes a TSM, AIRTEL y RTM) pero en realidad se trata de seis licencias.

RTM es la sociedad que resultó ganadora del concurso público convocado para la adjudicación, en procedimiento abierto, de una concesión para la prestación del servicio de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS 1800 (convocatoria del concurso: OM de 26 de febrero de 1.998, BOE de 4 de marzo de 1.998; Resolución del concurso: OM de 24 de junio de 1.998, BOE de 8 de julio de 1.998).

En la convocatoria del concurso se adjuntaba el correspondiente Pliego de Bases administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

En la resolución del concurso, apartado segundo de la Orden, se significaba lo siguiente: “La concesión otorgada conlleva la aceptación por la Administración de todas las mejoras, compromisos y garantías ofertados por el adjudicatario en la presentación de la oferta que, al igual que las obligaciones impuestas en el Pliego, vincularán al concesionario durante el período de vigencia de dicha concesión.”

Por el Real Decreto 1252/1997 se facultaba a los titulares de las concesiones del servicio GSM (esto es, a AIRTEL y a TSM) a prestar el servicio en su modalidad DCS 1800 bajo las condiciones que en el mismo decreto se señalan, entre otras, su sometimiento al Pliego de Bases antes citado y a las disposiciones complementarias dictadas en desarrollo de la normativa.

Los tres contratos concesionales fueron firmados simultáneamente, según se disponía en el Decreto de referencia, y los tres operadores han manifestado su intención de iniciar la operación del servicio en esta modalidad a finales del próximo mes de enero: TSM y AIRTEL venían obligados a respetar un plazo de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

seis meses desde la formalización del contrato para iniciar la prestación y RTM tenía un plazo máximo de una año para lo mismo.

**Cuarto.** Por su importancia en relación con el expediente es conveniente recordar lo dictado en la Base 26ª del referido Pliego de Bases que literalmente dice lo siguiente:

*“ Base 26. Explotación del servicio DCS 1800 en régimen de competencia y equilibrio económico- financiero de la concesión.- La concesión para la prestación del servicio se otorgará con carácter no exclusivo. Podrán otorgarse, además, en la medida en que las normas aplicables así lo prevean, concesiones coincidentes tanto por el ámbito geográfico, que podrá ser menor que el previsto en estas bases, como por el fin al que se destinen, independientemente, en cualquier caso, de las tecnologías que a las mismas sirvan de soporte. La explotación del servicio se efectuará en régimen de competencia.*

Las entidades que sean accionistas, directa o indirectamente, de las actuales sociedades titulares de concesiones del servicio GSM no podrán concurrir al concurso, ni directamente ni a través de entidades por ellas participadas, cuando tengan en su capital social un número de acciones que les permita intervenir, significativamente, en su gestión.

Inicialmente, se entiende que hay participación indirecta en el capital de la sociedad concesionaria que permite intervenir significativamente en su gestión, cuando los accionistas, en su conjunto, de alguna de las sociedades titulares de concesiones del servicio GSM, sean titulares, directa o indirectamente, de acciones que representen más del 25 por 100 de aquél.

Si la entidad que se presente al concurso se encuentra participada en más del 2 por 100, de su capital, directa o indirectamente, por accionistas que, al mismo tiempo, participen, en igual porcentaje, en el capital de las sociedades titulares de concesiones del servicio GSM, deberán renunciar, expresamente, a intervenir en los órganos de gestión y administración de estas últimas y hacer constar este extremo al órgano de contratación, dentro del plazo establecido en este pliego para la presentación de la oferta. Esta situación deberá mantenerse, exclusivamente, en caso de que la entidad que se presente al concurso resulte adjudicataria.

Corresponderá, en el futuro, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, determinar cuándo se produce la intervención significativa en la gestión de la sociedad participada. A estos efectos, la sociedad concesionaria deberá comunicar al Ministerio de Fomento y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las adquisiciones y



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

transmisiones de acciones que iguallen o superen la cuantía establecida en el artículo 1 del Real Decreto 37/1991, de 15 de marzo, de comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas por éstas de acciones propias.

No supondrá alteración del equilibrio económico- financiero, ni dará derecho a indemnización por alteración del referido equilibrio, la entrada de nuevos competidores en la prestación del servicio, ni la modificación de las condiciones de prestación que se deriven de la adaptación de la normativa nacional vigente a las normas comunitarias.”

**Quinto.** GET tiene participaciones tanto en AIRTEL (concesionario del servicio GSM) como en RTM (sociedad concesionaria del servicio DCS 1800 con sujeción al referido Pliego de Bases) que, con arreglo a los datos de que dispone esta Comisión, alcanzan los siguientes porcentajes:

En AIRTEL: 8,14% (en total, todo ello en participación directa).

En RTM: 12,62% (en total, 3,50 de participación directa y 9,12% de indirecta, a través de su participación en RETEVISIÓN, S.A.).

Por su parte, UFINSA, a través de las empresas que componen el grupo tiene las siguientes participaciones:

En AIRTEL: 8,14% (toda directa, a través de UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA, S.A.)

En RTM: 6,23% (3% directa y 3,23% indirecta, a través de su participación en RETEVISIÓN, S.A.; aquí la empresa inversora del grupo es UFINSA).

A tenor de las previsiones de la referida base 26, GET y UFINSA renunciaron en su momento, como consta a esta Comisión, a los derechos de gestión y administración de AIRTEL.

**Sexto.** Con fecha 1 de octubre de 1.998, STET INTERNATIONAL NETHERLANDS, N. V. (en adelante, SIN), perteneciente al grupo TELECOM ITALIA, GET y UFINSA notificaron a la Comisión Europea una operación de concentración por la que se adquiriría el control común de la entidad RTM.

Con fecha 5 de noviembre de 1.998, el ejecutivo comunitario publicó que se había autorizado dicha operación, declarándole compatible con el Mercado Común y el Acuerdo EEE.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la autorización no se incluye, como restricción accesoria a la operación de concentración, el mantenimiento de las participaciones de dichas entidades en el accionariado de otros operadores móviles en España.

**Séptimo.** En plazo, con entrada en esta Comisión el 11 de diciembre, se han recibido tres contestaciones a las solicitudes de pronunciamiento señaladas en el último párrafo del expositivo primero; alguna de las respuestas incluyen alegaciones en relación con el expediente.

AIRTEL, traslada unos comentarios provisionales o preliminares, dado que emanan de su Comisión Ejecutiva, en los que vienen a confirmar la existencia de un conflicto como consecuencia de la participación simultánea objeto de este expediente. Esta situación no parece casar con lo previsto en la reiterada Base 26 de continua referencia ni con una competencia eficaz en este mercado. Todo ello conduciría a la necesaria salida de los dos accionistas referenciados del accionariado de AIRTEL.

No se pronuncian sobre la duración del plazo en que se hubiera de producir dicha salida pero señala que ha de ser breve y definitivo. También hace una referencia al procedimiento establecido para estos casos en sus Estatutos Sociales.

RTM, expresa su deseo de no pronunciarse sobre si hay o no causa legal para obligar a los dos grupos eléctricos a salir del accionariado de AIRTEL ni tampoco sobre la competencia de la CMT para resolver al respecto pero si mantiene que la resolución, cualquiera que sea, debería hacerse “en la forma y modo que mejor convenga a los intereses de GET y UFINSA.”

Por lo demás, en el escrito se resalta la importancia que la presencia y participación de ambos grupos eléctricos tuvieron en la consecución de la licencia y en la constitución de la empresa. Importancia que se acrecienta en el momento presente en relación con el presente y futuro de esta sociedad. El representante de RTM afirma en su escrito que “existe por parte de todo el accionariado la plena conciencia de la identidad de GET y UFINSA con el proyecto societario de RTM, así como del carácter de inversión puramente financiera que para GET y UFINSA tiene su participación en AIRTEL y asimismo existe plena y absoluta confianza en que esta participación en nada impide a GET y UFINSA su apoyo al proyecto respetándose por todo el accionariado la libertad de estas sociedades para proceder a desprenderse de su participación en AIRTEL en la forma que consideren más conveniente.”

Por su parte, GET y UFINSA, presentan conjuntamente un escrito en forma de alegaciones que se resumen como sigue:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 1ª: que los grupos ENDESA y UNIÓN FENOSA participan en AIRTEL desde el momento en que ésta obtuvo la 2ª licencia de telefonía móvil.
- 2ª: que GET y UFINSA forman parte del consorcio ganador de la privatización del 60% de RETEVISIÓN, S.A.
- 3ª: que la Junta General de AIRTEL, acordó (17-Dic.-)/) la salida a bolsa de la sociedad, delegando en el Consejo de Administración la efectividad del acuerdo.
- 4ª: que ante la convocatoria del concurso para la 3ª licencia de telefonía móvil (Febrero. 98) intentaron constituir, junto con BCH y los socios italianos, una mayoría estable en Airtel. El intento fracasó; además, los otros dos grupos de accionistas (el grupo de los dos operadores y el grupo de inversores) firmaron un acuerdo para controlar AIRTEL.
- 5ª: que buena parte de los socios de RETEVISIÓN, S.A., la propia RETEVISIÓN, S.A. y otros nuevos inversores concursaron y obtuvieron la referida 3ª licencia, todo ello a pesar de la escasez de tiempo para presentar la oferta y a pesar de las condiciones dispuestas en la Base 26ª del Pliego.
- 6ª: que las bases del concurso para la 3ª licencia de telefonía móvil establecían claramente, la posibilidad de la participación simultánea, situación que conoció y admitió el órgano encargado de resolver el concurso (el Ministerio de Fomento). El otorgamiento de la concesión es un inequívoco acto declarativo de derechos que no puede desconocer cualquier otro órgano de la Administración amparándose en diferentes criterios interpretativos. En particular, una nueva interpretación debería estar necesariamente basada en nuevas circunstancias, incluso si el órgano llamado a interpretar fuera otro distinto.
- 7ª: que la autorización de la Comisión Europea para la operación de concentración de SIN, GET y UFINSA en RTM se otorgó con el conocimiento previo, por parte de la institución comunitaria, de la existencia de la participación de UFINSA y GET en AIRTEL. En consecuencia, dicha autorización impediría que ninguna autoridad nacional pudiera entrar a examinar si la participación en cuestión supone o no un riesgo para la competencia (todo ello según o dispuesto en el artículo 21 del Reglamento comunitario de concentración; la causas de excepción que figuran en el mismo artículo no serían invocables en este expediente).
- 8ª: que AIRTEL, por voluntad de la nueva mayoría de su Consejo de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administración formado en abril del 98, está incumpliendo los acuerdos de salida a bolsa. Tras una breve explicación se señalan dos circunstancias, a su entender, esenciales:

- GET y UFINSA, en el momento de participar en RTM, estaban absolutamente convencidas de que AIRTEL, en cumplimiento de un acuerdo de su junta, iba a salir a Bolsa.
  - Un Ente Público no puede, con sus acciones u omisiones, causar un gravísimo perjuicio económico a los accionistas de GET y UFINSA en beneficio de quien no ha cumplido sus propias obligaciones sociales, cuando objetivamente no existe causa legítima para ello.
- 9ª: que GET y UFINSA han adoptado medidas adicionales en relación con su participación en AIRTEL que refuerzan aun más el carácter financiero de su inversión en dicha compañía.

Se entiende así la renuncia expresa a recibir información trimestral sobre la marcha de AIRTEL.

- 10ª: que el cambio normativo que comporta la publicación de la Ley General de Telecomunicaciones (24 de Abril de 1.998) pudiera tener una incidencia directa en este expediente: aunque la redacción no es determinante, se viene a alegar que la Base 26ª, que supone una limitación a la participación accionarial “ajena al ámbito extracomunitario” (sic) no sería de aplicación por cuanto la nueva supone un cambio en el régimen de prestación de los servicios.
- 11ª: esta alegación viene a ser un resumen de las anteriores: no hay base legal alguna que permita ir más allá de la exigencia de que la participación de GET y UFINSA en AIRTEL respete el carácter financiero de la inversión, máxime teniendo en cuenta la naturaleza del acto concesional, el art. 21 del Reglamento comunitario de concentraciones y la nueva regulación existente en el sector español de las telecomunicaciones.
- 12ª: que GET y UFINSA estarían dispuestas a adoptar medidas adicionales para dejar más claramente de manifiesto el carácter financiero de su inversión en AIRTEL, a la vez que se comprometen a liquidarla cuando se den las circunstancias mínimas que garanticen que dicha liquidación podrá hacerse por un valor contrastable. Esto es, asumiría el compromiso de abandonar totalmente su inversión en AIRTEL en un plazo de tres años, a partir de su salida a bolsa.

Por otra parte, además de mantener las medidas hoy presentes (renuncia a los



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

órganos de gestión y administración y renuncia a la información trimestral sobre AIRTEL) estarían dispuestas a encomendar la administración de sus paquetes de acciones en AIRTEL a una entidad financiera independiente, previamente aprobada por la CMT.

**Octavo** Con fecha 14 de diciembre del año en curso, la Dirección de Mercados de esta CMT emite informe sobre el asunto de referencia. En esa misma fecha, se procede a otorgar trámite de audiencia, previo a la elaboración de la correspondiente propuesta de resolución, al amparo de lo dispuesto en los artículos 50 y 84 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

Han formulado alegaciones en el expediente las entidades Airtel y , conjuntamente, las entidades GET y UFINSA

**Noveno.-** Airtel, en un extenso escrito, y tras exponer unas consideraciones preliminares, formula las siguientes alegaciones:

- a) La existencia del conflicto es únicamente imputable a la libre decisión de los accionistas GET y UFINSA, por lo que no puede imponerse a AIRTEL obligación alguna al respecto.
- b) La situación planteada provoca un triple incumplimiento: es contraria al interés social, cuya prevalencia sobre los intereses particulares de los socios no puede ser cuestionada; es contraria a las normas del Derecho de la competencia y, finalmente, resulta contraria a las normas administrativas que al efecto se contienen en la Base 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares y prescripciones técnicas por el que el convoca el concurso para la adjudicación de una tercera concesión para la prestación del servicio de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS 1800.
- c) En torno a la fijación de un plazo para que los accionistas afectados transmitieran sus participaciones en Airtel, estima que ha de ser breve , aceptando el plazo de nueve meses indicado en el informe de la Dirección de Mercados de la Comisión si bien matizando que el inicio del cómputo del plazo no debería ser el de la resolución que adoptara el Consejo de dicho organismo sino la fecha de 24 de junio de 1998, coincidente con la resolución de adjudicación del concurso de la tercera licencia de DCS-1800.
- d) Airtel procede asimismo a pronunciarse sobre la propuesta de GET y UFINSA proclive a considerar como fecha de salida la de tres años a partir de la salida a bolsa de Airtel, descartando esta solución como idónea para resolver el conflicto.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- e) Finalmente, la entidad sugiere una alternativa para resolver el conflicto así como procede a contestar las alegaciones formuladas hasta ese momento en el expediente por los diferentes interesados.

**Décimo** Por su parte GET y UFINSA manifiestan lo que sigue:

- a) Insisten en que la presencia simultánea en los dos grupos societarios fue aceptada en el momento de adjudicarse la tercera licencia del servicio de telefonía móvil DCS-1800.
- b) La facultad atribuida a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para determinar en el futuro cuando se produce la intervención significativa en la gestión de la sociedad participada en ningún caso habilita a este organismo para reducir a su libre voluntad los porcentajes de participación accionarial simultánea en sociedades competidoras que la propia Base 26 considera admisibles.
- c) La adquisición por GET y UFINSA del control de RTM no es una circunstancia nueva respecto al momento de la adjudicación del concurso.
- d) Se reitera que la Comisión Europea ha examinado la presencia simultánea en los dos grupos societarios sin considerar que se produce un riesgo para la libre competencia.
- e) En torno a la cuestión que califican de fondo, tras exponer criterios doctrinales y jurisprudenciales, cuestionan la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para imponer un acto de desinversión en el capital social de AIRTEL, considerando que si se adoptara sería nulo de pleno derecho; estiman que las medidas propuestas por la Dirección de Mercados no son proporcionales, consideran que dichas medidas están en contradicción con actos propios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como las autorizaciones a AIRTEL MOVIL Y BT para operar en telefonía fija y, concluyen solicitando que el expediente se resuelva declarando compatibles las participaciones simultáneas de GET en RTM y AIRTEL, de una parte, así como la de UFINSA en RTM y UNION FENOSA en AIRTEL.

## **II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE ESTA COMISIÓN.**

Esta CMT está habilitada para resolver en el presente asunto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 12/1997, de 24 de abril, que contiene las funciones genéricas de la Comisión, y con lo indicado en la normativa sectorial de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación.

Así, la ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, establece el objeto de la CMT en el número 1 del apartado Dos de su Artículo 1º disponiendo que:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá 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.”

Para cumplir dicho objetivo se le asignan, en el número 2 del apartado Dos del mismo artículo 1º, diversas funciones, entre otras, las siguientes:

(letra f) “Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores , y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

Igualmente la Comisión ejercerá las competencias de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los contratos concesionales que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado Dos de este artículo.”

(letra g) “ Ejercer el control sobre los procesos de concentración de las empresas, de las participaciones en el capital y de los acuerdos entre los agentes participantes en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado Dos de este artículo.”

(letra ñ) “ Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que les encomiende el Gobierno o el Ministro de Fomento.”

En este sentido, significamos lo dispuesto en El Pliego de Bases de continua referencia, en particular lo dispuesto en su Base 26 cuyo texto viene recogido en el expositivo anterior, y más concretamente lo dispuesto en la primera frase



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

de su párrafo cuarto: “ Corresponderá, en el futuro, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinar cuándo se produce la intervención significativa en la gestión de la sociedad participada.”

El expediente que nos ocupa está, como se verá a continuación directamente relacionado con el concepto de “intervención significativa en la gestión”, así como con la estructura de oferta de servicios en el mercado relevante. En razón de ello, y a la luz de las disposiciones normativas de referencia, la CMT resulta competencialmente habilitada para conocer y pronunciarse en el marco del presente procedimiento.

### **III. SOBRE EL MERCADO DE TELEFONÍA MÓVIL EN ESPAÑA.**

Es doctrina constante, emanada de la jurisprudencia nacional y comunitaria, que todo acuerdo o conducta que tenga que ser apreciado en relación con la regulación económica o sectorial o en relación con su impacto en la competencia debe ser valorado en su contexto económico y especialmente a la luz del mercado de referencia.

Ya avanzamos en el expositivo I alguna referencia sobre lo que se entiende por el mercado de telefonía móvil en España. Para ser más precisos, y en línea con las definiciones de nuestra legislación sectorial, podemos decir que es el mercado afecto a la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público y basado en el establecimiento o explotación de una red pública móvil terrenal. Dicho de otra forma, es el mercado donde se comercian las llamadas telefónicas desde terminales telefónicos móviles.

Un hecho diferencial que marca de manera definitiva la estructura de oferta de este mercado es que hace uso de un recurso natural limitado: el espectro radioeléctrico. De este hecho deriva el que se establezca una necesaria planificación u ordenación sectorial del mercado en la que se incluyen condiciones de carácter técnico y condiciones de carácter económico. En concreto, se introduce la posibilidad de tener que establecer una limitación estructural del número de empresa que pueden entrar a operar en este mercado.

No se da por tanto una entrada libre al mercado: sólo se puede aumentar el número de participantes cuando lo permite bien una nueva atribución de bandas del espectro o bien cuando las mejoras tecnológicas introducen nuevos soportes para la red y, siempre, tras obtener el correspondiente título que les habilite para prestar el servicio.

Como se ha dicho anteriormente, en la actualidad sólo hay operando dos



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

empresas (AIRTEL y TSM) con concesiones según el soporte tecnológico y una tercera (RTM) empezará a operar el próximo mes de enero.

A) TSM (filial 100% de TELEFÓNICA, S.A.) presta servicios soportados en las tras tecnologías. La analógica, en la que es la única entidad con título en esta tecnología, en virtud de la Orden Ministerio de 30.de marzo de 1995; en la modalidad GSM, cuya concesión fue otorgada por Orden Ministerial de fecha 3 de febrero de 1995; y la concesión para la modalidad DCS 1800, cuyo contrato concesional fue firmado con fecha de 24.07.98.

En la actualidad, TSM dispone aproximadamente del 71% de la cuota de mercado, su cobertura geográfica se encuentra en el entorno del 95% y la poblacional del 98%, siempre en la modalidad analógica en tanto que en la modalidad GSM los mismos porcentajes son del 85-90% y del 95-98% respectivamente.

B) AIRTEL, tiene títulos otorgados para los servicios GSM y DCS 1800. Dispone según diversas estimaciones de una cuota de mercado en el momento actual del 29% y en cobertura alcanza unos porcentajes ligeramente inferiores a los de su competidor.

C) RTM, iniciará a finales de enero la prestación de sus servicios al amparo de una concesión cuyo contrato se firmó el 24 de julio de 1998. Se ha comprometido a llegar al 95% de la población en el 2001 y a cubrir las 8 mayores ciudades españolas en enero del año 99.

En el marco del sector nacional de las telecomunicaciones, la telefonía móvil es el segmento que más atractivos presenta en estos momentos, tanto en términos de magnitud del crecimiento actual como de prospectiva a corto y medio plazo. Su dinamismo es tal que las cifras aportadas por los diversos estudios de mercado se renuevan a un ritmo notable, debiendo ser acogidas, en consecuencia, con la suficiente cautela.

A primeros de noviembre del presente año los dos operadores que operan en el mercado atienden a una cifra de 6.134.000 abonados:

- TSM: cuenta con unos 4.310.000: de ellos 893.000 en el sistema analógico y 3.417.000 en el sistema GSM.
- AIRTEL: cuenta con unos 1.824.000 abonados, todos ellos en GSM.

Por lo que se refiere a magnitudes de facturación, las estimaciones para finales del presente año apuntan a una cifra total en torno a los 650.000 millones de pesetas, lo que supondría un incremento próximo al 37% respecto



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del año 1997. Esa cifra podría suponer el 26% del total de la facturación del sector español de servicios de telecomunicación.

En términos de tasa de penetración, las estimaciones para finales del presente año se cifran en el 17% cuando no se llegaba al 2% en el momento de entrar el segundo operador en el mercado. Se espera poder pasar a tasas del 40% en los próximos tres años, lo que supondría un mayor acercamiento a los niveles de penetración que presentan los países más desarrollados en este sector: los nórdicos.

El remarcable crecimiento experimentado por la telefonía móvil en España tiene su fundamento en tres aspectos esenciales:

- Inversiones masivas efectuadas en breves períodos de tiempo, tanto en materia de infraestructuras, como de I + D y canales de comercialización.
- Una mejora constante en la calidad del servicio y de la cobertura territorial y poblacional, como consecuencia de las inversiones efectuadas y de los avances tecnológicos aplicados.
- Agresivas e imaginativas campañas de mercadotecnia, que se han hecho eco de los continuos lanzamientos de nuevos productos y servicios, así como de atractivas rebajas de precios y regalos o subvenciones de terminales.

Por lo demás, el mercado de telefonía móvil en España reúne las características necesarias para calificarlo de mercado de referencia en relación con la aplicación de las reglas de la competencia según las referencias doctrinales al uso y, más concretamente según lo publicado por la Comisión Europea en su reciente Comunicación sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DOCE de 9.12.97).

El mercado de servicio es el de las llamadas telefónicas a través de redes móviles públicas terrenales: la demanda de este servicio, dadas sus características, no puede satisfacer eficientemente sus necesidades por ningún otro servicio conocido como pudiera ser el de telefonía fija ya que no tiene el atributo de ubicuidad (sustituibilidad de la demanda). Como explicamos antes, y dado que no hay libertad en la entrada de nuevos operadores en el mercado, tampoco hay posibilidades rápidas de sustitución de la oferta ni de que la competencia efectiva en ese mercado, cifrada en número de competidores aumente de forma natural (sustituibilidad de la oferta y competencia potencial).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El mercado geográfico, el territorio nacional español, es el área donde las empresas desarrollan su actividad y las condiciones de afectan a la competencia son suficientemente homogéneas.

### **IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

#### **a) La Orden de 26 de febrero de 1998**

A efectos expositivos, y de conformidad con la previsión competencial a la que se ha hecho mención más arriba, se principiará por el análisis de la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de febrero de 1998, por la que se aprueba el pliego de bases administrativas particulares y de prescripciones técnicas y se convoca el concurso público para la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS-1800.

Este servicio de comunicaciones fue regulado por El RD 1252/1997, de 24 de julio, que modifica el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicación de Valor Añadido de Telefonía Móvil Automática, aprobado por Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio.

En dicho RD, se prevé, entre otras disposiciones, el otorgamiento de una tercera concesión para la gestión de este mismo servicio, que se realizará por concurso.

Precisamente la Orden de 26 de febrero de 1998 cumplimenta el mandato del RD y convoca el concurso de la meritada tercera concesión.

Por consiguiente, el régimen jurídico de la concesión queda constituido, además de por el RD 1486/1994, modificado por el RD 1252/1997, por la propia Orden de 26 de febrero de 1998.

Dentro de la Orden, el título IV se refiere al régimen de la concesión, regulando, entre otros extremos, su duración, los derechos y obligaciones del concesionario, los efectos del incumplimiento de éste último o la modificación y extinción de la concesión.

Asimismo, dedica un apartado, la Base 26, a la que titula “Explotación del servicio DCS 1800 en régimen de competencia y equilibrio económico-financiero de la concesión.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El contenido de la Base ya ha sido referido en su integridad con anterioridad. Lo que ahora interesa es interpretar dicho contenido, que en esencia incorpora los siguientes principios:

- 1) Prohibición de que cualquier accionista, directo o indirecto, de las actuales sociedades concesionarias del servicio GSM (TSM y Airtel) pueda concurrir al concurso, ya sea directamente o a través de sociedades participadas, cuando tenga en el capital de la nueva sociedad concesionaria un número de acciones que le permita intervenir, significativamente, en su gestión.

Inicialmente (esto es, a efectos del concurso), se estima que el número de acciones que permite intervenir significativamente en la gestión de la nueva sociedad, considerando a los accionistas comunes de las dos sociedades (el de la concesionaria GSM y el de la nueva concesionaria), en su conjunto, es el que suma el 25% del capital de la nueva sociedad.

- 2) Además, se prevé que si la entidad que se presente al concurso se encuentra participada en más de un 2% de su capital, directa o indirectamente, por accionistas que participen en dicho porcentaje (o superior) en el accionariado de otras concesionarias del servicio GSM, deberán renunciar a intervenir en los órganos de gestión y administración de éstas últimas.

- 3) Finalmente, y en lo que hace al mantenimiento de las previsiones anteriores, una vez adjudicado el concurso, se dispone:

- que en el futuro corresponderá a la CMT determinar cuando se produce la intervención significativa en la gestión de la sociedad participada.
- que la renuncia a la intervención en los órganos de gestión y administración de las concesionarias GSM deberá mantenerse si la sociedad que participe en el concurso y resulte afectada por dicha obligación de renuncia, resulta finalmente adjudicataria.

### **b) La base 26 y la defensa de la libre competencia.**

Las previsiones que se han relatado, contenidas en la Base 26, revelan una preocupación del autor de la norma por la estructuración del mercado de telefonía móvil automática, uno de cuyos pilares esenciales parece ser el de la separación económica y orgánica de cada uno de los operadores.

Esta preocupación no es nueva: ya en la Orden de 26 de septiembre de 1994 por la que se convoca concurso público para la adjudicación de una concesión



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para la prestación del servicio de telefonía móvil en la modalidad GSM (que sería adjudicada a Airtel), se preveía en la Base 26 que “ni el concesionario ni sus accionistas podrán ser titulares de otra concesión del servicio G.S.M. ni participar en el capital de otro concesionario de tal servicio.

Asimismo, en el ámbito de la telefonía fija, en el momento de constituirse el segundo operador RETEVISION, sin posibilidades de entrada de otro competidor en este mercado, el RD 2/1997, de 10 de enero, por el que se determinaban los requisitos para participar en el procedimiento restringido para la adjudicación por concurso de acciones de aquella entidad, se dispuso que no podrían participar en el concurso, ni directa ni indirectamente, las personas jurídicas que fueran poseedoras de títulos habilitantes para la prestación de servicios finales en el territorio español.

Esto es, en el momento inicial de apertura a la competencia, y en especial en aquellos mercados en los que por diferentes razones la apertura no es completa, el regulador ha establecido un marco de garantía de la independencia operativa y funcional de los competidores, que, en buena lógica, debe ir atenuándose a medida que otros competidores vayan entrando en el mercado.

Es el caso de la telefonía fija en la que el otorgamiento de un título concesional al tercer operador (LINCE) no ha venido acompañada de cláusulas del estilo de las que aquí se analizan, entre otras razones por que el inicio de la actividad comercial de dicho operador ha resultado coincidente con una apertura total del mercado a otros posibles competidores (de hecho, esta Comisión ya ha otorgado licencias en fecha reciente a operadores que pueden competir en el mismo mercado con los tres operadores ya existentes).

No es este el caso del mercado de telefonía móvil automática. Como se ha indicado más arriba, la circunstancia de que en este servicio se haga uso de un recurso natural limitado, como es el espectro radioeléctrico, preconfigura de manera importantísima el mercado, impidiendo una entra libre a cualquier operador.

De hecho, en la Orden de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones, se dispone respecto del servicio telefónico móvil disponible al público, en su modalidad DCS-1800 (disposición adicional primera) que el otorgamiento de nuevos títulos se realizará previa convocatoria a licitación de dicho servicio, sin que hasta la fecha se haya producido dicha convocatoria.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Bien es cierto, y conviene remarcarlo, que a diferencia de la adjudicación de una segunda licencia a Airtel, que suponía de hecho la constitución de un duopolio en el mercado de telefonía móvil GSM, y por consiguiente tenía sentido una prohibición absoluta para que un accionista del otro competidor pudiera ser al mismo tiempo accionista de Airtel, en el caso del tercer concesionario de telefonía móvil esta prohibición ha sido relativa: sólo se extiende al accionista que tenga una participación significativa en el control de la nueva sociedad.

Por consiguiente resulta razonable que en el mercado que analizamos se mantenga una cierta regulación, tanto en el acceso como en el propio desarrollo del mercado y que siga teniendo sentido una vigilancia y tutela del regulador sobre las exigencias de independencia económica y funcional de los competidores. En este punto, nada ha cambiado a priori en las condiciones de partida que se valoraron en el momento de aprobarse la Orden de 26 de febrero de 1998: siguen existiendo tres competidores y no existen previsiones de incorporación de un cuarto operador, al menos a corto plazo.

Estamos pues ante un mercado fuertemente concentrado, con un marco de intercambios oligopolístico, con dificultades de entrada en el mismo como consecuencia de la necesidad de contar con una previa atribución de espectro radioeléctrico y con la apertura de licitación para el otorgamiento de nuevas licencias, en el que por necesidades tecnológicas se requiere una elevadísima inversión, razones todas ellas que en conjunto limitan la existencia de una pluralidad de ofertas en el mercado y aconsejan una especial tutela del regulador en torno a las condiciones de competencia en el mismo.

### **c) Aplicación de la Base 26 a Endesa y Ufinsa.**

La Base 26 del Pliego de referencia establece, como ha sido señalado, una clara prohibición para todo accionista que tenga una “intervención significativa” en la nueva sociedad concesionaria del servicio DCS 1800 (que resultó RTM) de tener ningún tipo de participación accionarial en cualquiera de los dos operadores GSM (AIRTEL y TSM) y se encarga a la CMT la competencia de determinar cuándo se da dicha intervención significativa.

La necesidad de establecer una referencia cuantitativa al concepto de “intervención significativa” para poder evaluar las ofertas que se le presentaran al concurso de adjudicación llevó a incluir en el Pliego, únicamente a efectos de la resolución del mismo, una referencia cuantitativa de lo que se entiende por dicho concepto: la superación del 25% del accionariado por parte de todos los accionistas comunes y valorando tanto la participación directa como la indirecta.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En opinión de esta Comisión, dicho umbral de porcentaje -que fue útil a efectos de tener una referencia cuantitativa con la que poder medir las ofertas- ya no tendría relevancia en este momento y a la vista de la situación objeto de este expediente. A la vista de:

- a) Las consideraciones expuestas anteriormente con arreglo a las cuales las nociones de propiedad y control no son necesariamente coincidentes. La caracterización e identidad de este segundo concepto están vinculadas a un factor cualitativo cual es la influencia decisiva sobre las actividades de otra empresa, ligándose la noción de “influencia decisiva” al concepto de dominancia como poder de determinar la estrategia competitiva de un agente económico.
- b) El bien jurídico a proteger, a saber, la prestación en libre competencia del servicio DCS 1800, como resulta de la literalidad del primer párrafo de la Base 26.
- c) El grado de exigencia del legislador en las obligaciones establecidas en el Pliego, que no se limita a exigir la mera renuncia a los derechos de administración y gestión en el concesionario GSM, sino que extrema las cautelas, llegando a prohibir la participación simultánea si se tiene un cierto nivel de intervención en una de ellas.

Esta Comisión estima que si una empresa dispone de control o “influencia decisiva” sobre otra empresa, tal y como ha sido acuñado y desarrollado esta noción por el derecho comunitario de concentraciones, se dan los supuestos suficientes para determinar que dicha empresa tiene “una intervención significativa” en la otra, en el sentido de lo establecido en la Base 26 del Pliego.

En esta tesitura, no sería necesario superar un porcentaje del 25% en el accionariado de RTM para incurrir en la incompatibilidad establecida en dicha base.

En el caso que nos ocupa, desde el momento en que GET y UFINSA, junto con el socio italiano SIN, han adquirido el control de RTM, constancia esta que viene dada por la publicación de la necesaria autorización del ejecutivo comunitario, se ha de entender que GET y UFINSA tienen una “intervención significativa” (la llegan a controlar) en la gestión de RTM, independientemente del porcentaje de participación que tienen los socios comunes en el capital de RTM.

En este sentido, se recuerda que la operación de control de RTM por los



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

socios referidos ha sido autorizada por Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 30 de octubre de 1998.

El análisis desde el punto de vista de afectación que en la estructura de competencia del mercado se puede dar si permaneciera esta situación, no hace sino reforzar el fundamento de la cláusula de prohibición establecida en el Pliego como medida de regulación económica estructural establecida al objeto de fomentar la libre competencia en ese mercado.

En esta situación de control, GET y UFINSA disfrutaban de un poder decisorio (en el caso de una mera “intervención significativa” bastaría con una cierta capacidad de influencia) esencial a los efectos de adoptar las decisiones que configuran la estrategia de RTM en el mercado relevante.

La conclusión de lo antedicho, reiterando lo avanzado en su momento por esta Comisión en la contestación a la consulta formulada respecto de la Base 26 es rotunda: o bien los accionistas GET y UFINSA renuncian al control que han adquirido en RTM o, de no hacerlo, no podrán mantenerse en el accionariado de AIRTEL.

En punto a esta conclusión, ambos accionistas mantienen una clara discrepancia, estimando que no es necesaria ni legalmente exigible ninguna medida adicional a las ya adoptadas en la propia Base 26. Y al efecto, entre otros argumentos, oponen dos como más destacados:

- a) Las Bases del concurso para la tercera licencia de telefonía móvil establecían la posibilidad de participar simultáneamente en el accionariado de una operadora de GSM y en la nueva concesionaria, circunstancia que fue aprovechada por los meritados accionistas y que fue reconocida y aceptada por el Ministerio de Fomento generando un acto declarativo de derechos, que no puede ser objeto de modificación, salvo que existan nuevas circunstancias.
- b) El acuerdo entre GET, UFINSA y TELECOM ITALIA, adquiriendo el control de RTM ha sido aprobado por la Comisión Europea, teniendo presente la participación de GET y UNION FENOSA en el accionariado de Airtel.

Respecto del primero de los argumentos, debe rechazarse en cuanto atiende parcialmente el contenido de la Base 26. Es cierto que en dicha Base se tolera y admite la presencia simultánea en el accionariado de un operador de GSM y en el de la nueva sociedad. Pero esta tolerancia no es a cualquier precio, sino que está condicionada por un requisito de inexcusable observancia: no contar con intervención significativa en la gestión de la sociedad.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este punto, la valoración que esta CMT realiza de la situación planteada no incide, para considerar procedente la invocación de la Base 26 y sus consecuencias, la presencia simultánea en las dos sociedades sino la evidencia de que los accionistas GET y UFINSA cuentan con un control en RTM que les hace tener una intervención significativa en la gestión de la sociedad.

Precisamente, esta adquisición del control de RTM constituye un hecho novedoso respecto del momento en que se celebró el concurso, en la medida en que en aquellas fechas la calificación de una presencia accionarial como determinante de intervención significativa en la gestión de la sociedad se vinculaba simplemente con la tenencia de determinados porcentajes en el capital social, mientras que, en fecha más reciente, se ha producido el conocimiento por este organismo de la Decisión de la Comisión Europea que autoriza el control de RTM por los susodichos accionistas.

En consecuencia no se puede hablar ni de acto declarativo de derechos ni de situación inmodificable, sino de simple y llana aplicación de la Base 26, en un sentido en el momento del concurso y en otro diferente, en estos momentos, en que la situación ha cambiado como consecuencia de la Decisión adoptada por la Comisión Europea.

En lo que hace a la Decisión de la Comisión Europea, se viene a decir que la CMT en tanto que órgano nacional no puede entrar a examinar la participación de GET y UFINSA en AIRTEL por cuanto dicho órgano comunitario ha autorizado la citada concentración en RTM, con conocimiento previo de dichas participaciones y sin que haya dicho nada al respecto salvo la constatación de dicho conocimiento.

Las partes alegan, en sustancia, que la incidencia que pueda tener esta doble participación accionarial sobre la competencia en el mercado es una cuestión que ya ha sido resuelta por la Comisión Europea por lo que las autoridades nacionales se encuentran claramente incapacitadas para proceder a un nuevo juicio concurrencial.

Vienen a reconocer que la Comisión no les ha reconocido esa doble participación como "restricción accesoria" a la operación de concentración. Pero, señalan, la Comisión Europea ha procedido a evaluar sus posibles efectos restrictivos de la competencia susceptibles de ser prohibidos por el artículo 85.1 del Tratado, según viene obligada por el nuevo apartado 4 del artículo 2 del Reglamento comunitario de concentraciones. Reiteran pues, que la Comisión Europea ha entendido que el artículo 85.1 no es de aplicación a este asunto de la doble participación.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta alegación no resulta aceptable. En este sentido, y como punto de partida, se reitera que el presente expediente no tiene por objeto analizar la operación de concentración en RTM sino la doble participación de las partes en Airtel y en RTM, dándose el caso de que las partes tienen una intervención significativa en RTM.

Es cierto que las modificaciones recientes en el Reglamento de concentración suponen una evaluación de las restricciones no accesorias en relación con lo dispuesto en el artículo 85 del Tratado. Como también es cierto, vistos los hechos, que la Comisión Europea ha entendido que no es de aplicación a este caso el artículo 85.1.

Pero ello no impide un examen de la doble participación bajo el derecho interno, y las particularidades que en el mercado español reviste la situación de competencia en el mercado, reflejadas en la Base 26 tantas veces citada.

En este sentido, resulta pertinente la cita de la sentencia de 10 de julio de 1980, Asuntos conjuntos 253/78 y 1 a 3/79, Guerlain, Rec. 2327, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en torno a esta dualidad derecho comunitario-derecho interno, en el marco de las decisiones sobre competencia, señala lo siguiente:

"15. Como el Tribunal ha juzgado en su sentencia de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68, Wilhelm/Bundeskartellamt, Rec. 1969, p. 1, el derecho comunitario y el derecho nacional en materia de competencia consideran las prácticas restrictivas bajo aspectos diferentes. Mientras los artículos 85 y 86 las examinan en razón de los obstáculos que de ellas puedan resultar para el comercio entre los Estados Miembros, las legislaciones internas, inspiradas por consideraciones propias a cada una de ellas, consideran las prácticas restrictivas en su propio marco. Por ello las autoridades nacionales pueden actuar igualmente en relación con situaciones susceptibles de ser objeto de una decisión de la Comisión.

16. En la sentencia precitada, el Tribunal, en todo caso, ha señalado que no sería admisible una aplicación paralela del derecho nacional de competencia a menos que ella no perjudique la aplicación uniforme, en todo el mercado común, de las reglas comunitarias en materia de acuerdos y del pleno efecto de los actos adoptados en aplicación de estas reglas.

18. Los contratos referidos solo han sido objeto de una clasificación por parte de la Comisión que ha emitido la opinión de que no había lugar, para ella, de intervenir en relación con dichos contratos en causa en virtud de las disposiciones del artículo 85, párrafo 1. Esta circunstancia por sí mismo no



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podría tener el efecto de impedir a las autoridades nacionales de aplicar a esos acuerdos las disposiciones del derecho interno de la competencia eventualmente más estrictas que el derecho comunitario en la materia. El hecho de que una conducta haya sido juzgada por la Comisión como no incluida en la prohibición del artículo 85, párrafos 1 y 2, cuyo campo está limitado a los acuerdos que son susceptibles de afectar al comercio entre los Estados Miembros, no impide que esta práctica sea considerada por las autoridades nacionales bajo el ángulo de los efectos restrictivos que pueda producir en su marco interno."

En este sentido, cumple señalar que el único criterio por el que se guía la Comisión Europea para determinar si ha lugar o no a autorizar una concentración notificada es el de evaluar si con ella se crea o se refuerza una posición de dominio en el mercado de referencia, contraria al Mercado Común. No se entra a resolver sobre otros aspectos que, en consecuencia, siguen sujetos a las reglas, comunitaria y nacionales, de competencia en materia de prácticas colusorias y también siguen sujetos a la normativa nacional de regulación económica como por ejemplo la citada base 26.

En resumen, la Comisión Europea ha autorizado la concentración en RTM y ha decidido no intervenir, al amparo de lo dispuesto en el artículo 85.1, en el asunto de la doble participación de las partes en RTM y en Airtel. Y lo ha hecho considerando que la operación notificada no refuerza ninguna posición dominante en el mercado.

Sin embargo, no ha valorado ni ha considerado siquiera lo dispuesto en la Base 26, que esta Comisión está aplicando en el presente caso.

También se aduce que la concesión de RTM fue otorgada al amparo del régimen contenido en la antigua LOT, por lo que, teniendo en cuenta que en la actual regulación las telecomunicaciones son un servicio de interés general prestados en régimen de libre competencia, no se puede condicionar el otorgamiento de títulos a requisitos de participación accionarial ajenos al ámbito extracomunitario.

En consecuencia no se puede agravar los requisitos de idoneidad de accionistas a los que se adjudicó la concesión.

Este razonamiento tampoco se puede aceptar. Parece olvidarse, como ya se ha explicado hasta la saciedad, que el mercado de la telefonía móvil automática, en estos momentos, no es un mercado en el que el acceso sea libre e incondicionado, sino que, por mor de la normativa dictada al amparo de la vigente Ley General de Telecomunicaciones, se debe reunir ciertos requisitos previos para poder obtener un título habilitante.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de lo anterior, también se olvida que la nueva normativa crea la figura del regulador, en el presente caso la CMT, como órgano encargado de valorar el grado de competencia en el mercado, detectar sus deficiencias y, llegado el caso, corregirlas. En este sentido, cualquier iniciativa que la Comisión pudiese adoptar no debería ser considerada como de agravamiento en los requisitos de idoneidad de los accionistas, sino pura y simplemente de medida necesaria para velar por la libre competencia en el mercado, que es la función que a esta Comisión se atribuye en casos como el presente.

### **V. CONSIDERACION DE LA SITUACION DE COMPETENCIA AL OBJETO DE VALORAR LAS MEDIDAS HA ADOPTAR.**

Junto con la aplicación de la legislación sectorial y, concretamente, de la ya analizada Base 26ª de la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1998, a esta Comisión compete además analizar la incidencia que una situación de participación accionarial como la estudiada puede tener, actual o potencialmente, en la competencia en el mercado.

Pues bien, a la hora de determinar la necesidad o no de la adopción de medidas de salvaguarda de la competencia, es preciso en primer término analizar la situación de los operadores con accionistas comunes.

Así y por lo que se refiere a Airtel, tanto GET como Unión Fenosa, ostentan una participación del 8,14% cada una como se ha descrito en la fundamentación de hecho de esta resolución, habiendo renunciado a la presencia en los órganos de gestión de la compañía desde el momento en que Retevisión Móviles resultó adjudicataria de la tercera licencia para operar con tecnología DCS 1800, aunque con mantenimiento de algunos derechos políticos y económicos en la sociedad.

En este sentido, puede decirse que la participación de GET y Unión Fenosa en Airtel tiene, además de un carácter minoritario en la proporción de capital, una naturaleza financiera, de donde resulta que, por un lado, no puede influir en la estrategia o política comercial de Airtel, de manera que no podrían en ningún caso limitar la capacidad de competir de Airtel, y por otro no tienen información sobre esa estrategia y política comercial de Airtel, de forma que, de ningún modo podrían trasladar a Retevisión Móvil información sobre los planes del operador, a efectos de contrarrestar su actuación en el mercado.

En esta compañía, Retevisión Móvil, el nuevo entrante en el mercado a cuya protección se dirige la previsión contenida en la tantas veces mencionada Base 26ª, GET y Unión Fenosa ostentan junto con Stet International el control



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

habiendo sido autorizada una operación de concentración por la Comisión Europea con fecha 30 de octubre de 1998 por lo que no resulta duda de su "intervención significativa" en el sentido de nuestra legislación sectorial y de competencia.

Y es preciso en este punto abordar una cuestión clave en el ámbito de la salvaguarda de la competencia en este mercado, cual es la relativa a las circunstancias en que la presencia de accionistas comunes en dos competidores, siendo uno de ellos nuevo entrante en el mercado de referencia, implica una distorsión actual de esa competencia, destacando que se trata, en el caso que nos ocupa, de una presencia minoritaria y financiera en un operador previamente establecido y de control en el nuevo entrante, como acabamos de ver.

No puede olvidarse en este análisis que el objetivo en estos casos consiste en prevenir situaciones de restricción de la competencia por la vía de control de quienes deberían ser competidores, en la medida en que constituye un medio capaz de influir sobre el comportamiento comercial de las empresas en cuestión, de modo que pueda restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado en que ambas despliegan sus actividades.

En definitiva, evitar que la compra de empresas constituya un instrumento para aumentar la cuota de mercado de un operador económico.

Se trata inicialmente de la protección del entrante respecto de la "tentación" del establecido de capturarlo y por tanto de determinar si una inversión del establecido es calificable como meramente pasiva en el entrante o pretende alcanzar el control para anular su existencia (aún en una fase ulterior), o establecer una cooperación con vistas a repartirse el mercado, en definitiva se trata de evitar el riesgo de "neutralización" del nuevo competidor por quien tiene ya una posición establecida.

En un momento posterior, y establecido ya en el mercado el entrante, se trata de determinar si la presencia simultánea en ambos, por sus características, puede entrañar los mismos riesgos, y de las medidas preventivas a adoptar.

Es doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que "El hecho de que una empresa tome participación en el capital de una empresa competidora no constituye en sí mismo un comportamiento restrictivo de la competencia, a menos que tal toma pueda constituir un medio apto para influir sobre el comportamiento comercial de las empresas en causa, de forma que restrinja o falsee el juego de la competencia en el mercado en que las dos empresas despliegan sus actividades comerciales.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal sería en particular el caso si, mediante la toma de participación o por estipulaciones accesorias al acuerdo, la empresa que invierte obtiene el control de hecho o de derecho sobre el comportamiento comercial de la otra empresa, o si el acuerdo previera una cooperación comercial entre las empresas o creara estructuras aptas para promover tal cooperación, o aún si el acuerdo reservara a la empresa que invierte la posibilidad de reforzar, en un momento ulterior, su posición tomando el control efectivo de la otra empresa.

Todo acuerdo debe ser valorado en su contexto económico y especialmente a la luz del mercado de referencia". (Sentencia de 17 de noviembre de 1987, As. 142/84 y 156/84, "Philip Morris", Rec. 4487).

Como ha quedado indicado anteriormente, una vez presentes ya los operadores en el mercado, la garantía de la competencia exige determinar si la presencia simultánea en ambos, ostentando el control en cualquiera de ellos, por sus características, puede entrañar los mismos riesgos. Es éste también un objetivo perseguido por la Base 26ª de constante aplicación, al prever que la intervención significativa en la entidad que hubiera de resultar adjudicataria de la concesión, determinaría la imposibilidad de presencia en algún otro de los operadores del mismo mercado.

Pues bien, analizando la concreta situación de las empresas afectadas resulta que, en lo que hace a la posible captura por Airtel del nuevo operador:

Los intereses más importantes de ENDESA y FENOSA se sitúan en el Grupo RETEVISION, del que RETEVISION MOVIL forma parte donde se han implicado a fondo en la gestión, lo que es público y notorio para los bancos de negocios, fondos de inversión y de pensiones, entre otros.

No es razonable pensar que ENDESA y FENOSA vayan a limitar la competencia que RETEVISION MOVILES pueda realizar a AIRTEL para asegurar un valor más elevado de suya participaciones en esta última, teniendo en cuenta que toda vicisitud relativa a las inversiones en la primera podría tener un inmediato reflejo en sus cuentas de resultado y por tanto en la cotización de las acciones de las compañías ENDESA y FENOSA mientras que la enajenación de sus participaciones en AIRTEL no producirá pérdidas contables en ENDESA y FENOSA y en consecuencia, carecerán de cualquier impacto negativo.

Además, no se puede olvidar que ENDESA y FENOSA no están solos en el grupo de control de RETEVISION MOVIL. Existe un tercer accionista, Telecom Italia, que no estaría dispuesto a permitir una estrategia o política comercial que perjudicase a RETEVISION MOVIL en beneficio de AIRTEL. Tampoco



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mantendrían una actitud pasiva los otros accionistas de RETEVISION MOVIL que no tienen intereses en AIRTEL.

Por otra parte, y en lo que hace las consecuencias que para Airtel supone esta situación debe recordarse que el riesgo para la competencia, derivado de la intervención significativa en un competidor como es RETEVISION MOVILES, resultaría de la participación en la gestión también de Airtel, riesgo éste que se neutraliza con la exclusión de los accionistas comunes de los órganos de gestión y decisión de esta última, lo que circunscribe tal participación al ámbito meramente financiero.

A este respecto debe contestarse aquí a la afirmación que realiza Airtel en sus alegaciones, en el sentido de que esa ausencia en la gestión implica un perjuicio para el normal desenvolvimiento de ésta, alegación que implicaría, de aceptarse, la proscripción per se de esa forma de participación en las sociedades que consiste en la pura aportación de capital, y que puede permitir según los casos, precisamente, la presencia simultánea de unos mismos accionistas en distintas compañías que operan en un mismo mercado.

De todo ello resulta que no aparece acreditada una distorsión actual de la competencia. Sin embargo, resta por determinar si existe un riesgo potencial suficientemente caracterizado de que tal situación pueda producirse y por tanto, si resulta necesaria la adopción de medidas destinadas a impedirlo.

Aquí, de nuevo acudiendo a la doctrina comunitaria, debe destacarse que en todo mercado abierto y competitivo, como el que pretende garantizarse en relación al servicio que nos ocupa, cualquier comportamiento de los agentes que en él compiten ha de respetar una máxima esencial del código de conducta inherente al concepto mismo de libre mercado: cada operador ha de decidir de forma independiente su política comercial en el mismo, ha de mantener y ejercitar su identidad como unidad económica. En consecuencia, este poder decisorio de los agentes económicos está íntimamente ligado a una asunción de riesgos ineludible, a una inevitable ausencia de predictibilidad de comportamientos. Obsérvese que estas incertidumbres son perfectamente compatibles con la oportuna adaptación del comportamiento empresarial a la conducta presente y presumible de los competidores, propia de la legítima búsqueda de eficiencia caracterizadora del juego competitivo. La ausencia de certeza entre competidores respecto de su futura conducta en los mercados es un factor consustancial a toda estructura de competencia saneada, por cuanto debe considerarse contraria a las exigencias de un espacio económico abierto todas aquellas situaciones que originen o puedan originar, con un alto grado de probabilidad, una cooperación empresarial que tenga por objeto o efecto la eliminación de esa ineludible y deseable falta de certidumbre.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Tribunal de Justicia amplía la anterior definición de práctica concertada y defiende el concepto de cooperación y coordinación establecido en la jurisprudencia del Tribunal que no requiere de ningún modo la existencia de un plan definido, ha de entenderse partiendo de la idea contenida en las disposiciones del Tratado sobre competencia consistente en que cada agente económico debe decidir de forma independiente su futura política comercial en el mercado. Esta obligación de independencia no excluye cualquier contacto directo o indirecto entre empresas cuyo objeto o efecto sea bien influir en el comportamiento comercial de un competidor real o potencial o bien revelar a dicho competidor el comportamiento que ellos mismos han decidido o tienen previsto adoptar en el libre mercado.

Además considera en su jurisprudencia que esa independencia e incertidumbre queda conculcada incluso en aquellos casos en que la participación implique que las dos empresas ya no intentarán perjudicarse deliberadamente, indicando que así, si una empresa realiza inversiones considerables en las acciones de una competidora, las dos partes en el contrato ya no podrán "dañarse deliberadamente".

Siendo el mercado en el que Airtel y Retevisión Móviles operan, un mercado oligopolístico, altamente concentrado una tal presencia simultánea, por tanto, puede condicionar esa independencia plena de comportamientos favoreciendo el debilitamiento de la estructura competitiva del mercado de telefonía móvil en España y la aparición de unas condiciones de competencia que no corresponden a las que deben imponer en el mercado.

Consecuentemente, a diferencia de lo que se concluye en cuanto a la distorsión actual de la competencia, es preciso indicar que existe un riesgo potencial de que quienes tienen una participación conjunta de un 16,28% en Airtel cuando menos eviten dañar considerablemente el valor de esta participación y utilicen para ello el control que ostentan en el nuevo entrante, condicionando el comportamiento de éste.

Se trata de un riesgo suficientemente caracterizado para la competencia que exige la adopción de medidas para su neutralización, medidas éstas cuya efectividad resultará esencial hasta el pleno cumplimiento de la previsión contenida en la Base 26ª de la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1998.

### **VI.- MEDIDAS ADOPTABLES. ESPECIAL CONSIDERACION DE LA FIJACION DE UN PLAZO.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Llegados a este punto, resta por dilucidar las medidas que, en punto a las competencias que a esta Comisión le atribuye el ordenamiento jurídico vigente, procedería adoptar.

### a) Abandono por GET y UFINSA del accionariado de AIRTEL

Acreditado que GET y UFINSA cuentan con una intervención significativa en la gestión de RTM, no resulta posible que dichas sociedades, mientras mantengan una situación de control en esta última sociedad, puedan permanecer en el accionariado de AIRTEL.

En consecuencia, en aplicación de la tantas veces citada Base 26, deberán desprenderse de las participaciones directas o indirectas que contaran en esta última entidad.

Esta obligación decaería si la opción de GET y UFINSA fuera proclive a la pérdida del control en RTM, extremo que debería acreditarse ante esta Comisión.

### b) Fijación de un plazo para el abandono de AIRTEL.

Uno de los extremos más controvertidos consiste en la posible fijación de un plazo para que GET y UFINSA se desprendieran de sus participaciones en AIRTEL.

En este sentido, la Dirección de Mercados de esta Comisión sugirió un plazo de nueve meses a contar desde el día siguiente a la fecha de notificación a los interesados de la Resolución que al efecto adoptara este organismo.

Por su parte, los accionistas de referencia propusieron un plazo de tres años, vinculado a un requisito previo cual es la salida a Bolsa de la sociedad Airtel, momento en el que se empezaría a contar el mencionado plazo.

Finalmente, Airtel acepta el plazo de nueve meses sugerido por la Dirección de Mercados si bien fija el inicio de su cómputo a la fecha de adjudicación del concurso de la tercera licencia de telefonía móvil (24 de junio de 1998).

En torno a la eventual fijación de un plazo para el abandono por los accionistas GET y UFINSA de Airtel, esta Comisión considera imprescindible, con carácter previo, precisar una serie de extremos que no pueden ser ignorados. Así :

### 1) Que su objeto y función primordial es velar por la libre competencia en



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el mercado, abstrayéndose, en la medida que no lo exigiera dicha misión, de inmiscuirse en disputas y litigios entre accionistas, que deben residenciarse y resolverse en otros foros, sin perjuicio de la disponibilidad plena de este organismo, por cuanto así lo ha previsto el legislador, para constituirse en árbitro de dichas discrepancias si de común acuerdo lo solicitan las partes en disputa.

- 2) Que en atención a las consideraciones que sobre la distorsión actual y el riesgo potencial para la competencia se han efectuado en el apartado V de esta resolución, esta Comisión entiende que debe aplicar el principio de intervención mínima administrativa.

En efecto, todas las partes han atribuido al plazo -vinculado o no a la salida a bolsa- una importancia singular, referenciándolo siempre a disposiciones estatutarias relativas a la manera de articular, con determinados límites, la transmisión a terceros de acciones de AIRTEL.

Esto es, el debate parece haberse centrado más en la manera en la que estatutariamente debería producirse la transmisión de acciones que en el razonamiento sobre la bondad de un plazo u otro para hacerlo, que debería ser el eje sobre el que defender una posición ante esta Comisión.

En este punto, no entra en las atribuciones ni en los deseos de este organismo el interceder, interpretando, sobre como deben aplicarse determinadas cláusulas estatutarias, sobre si las mismas están o no vigentes o sobre si la sociedad debe o no salir a Bolsa en un momento determinado.

El principio de intervención mínima que debe presidir la actuación administrativa unido al hecho de que pronunciamientos sobre extremos como los reseñados podrían constituir una injerencia no justificada en el libre ámbito de actuación de los accionistas en el seno de las sociedades, determinan que no se efectúe en esta Resolución ninguna recomendación ni imposición de comportamientos sobre asuntos que deben resolverse, en principio, en el ámbito puramente societario.

Añádase a lo anterior, que la fijación de un plazo quedaría a expensas de la decisión que los accionistas GET y UFINSA adoptaran respecto a si mantienen o no el control sobre RTM.

- 3) Que debe regir el principio de proporcionalidad en las medidas que se puedan adoptar.

Como bien se indica en el informe de la Dirección de Mercados de esta Comisión, el juicio de proporcionalidad se impone como imprescindible en



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asuntos como el presente, valorando adecuadamente la idoneidad de las medidas que se adopten respecto del objetivo propuesto, así como la inexistencia de una alternativa menos restrictiva para la consecución del mismo propósito.

En este sentido, siendo el objetivo a perseguir, siempre en el caso de que los accionistas afectados optaran por no mantener el control en RTM, la salida de ambos del accionariado de AIRTEL, las medidas que a priori podrían adoptarse serían las siguientes:

- Imposición de un plazo, condicionado o no a otras circunstancias, para la transmisión de acciones por GET y UFINSA.
- Remisión al acuerdo societario, que en cualquier caso debería adoptarse, con la adecuada vigilancia de esta Comisión respecto a su contenido final.
- Ausencia de pronunciamiento en torno a este extremo, dejando a las partes libertad para adoptar o no acuerdos sobre el particular.

A juicio de esta Comisión, en el momento presente, atendiendo a las circunstancias concurrentes y que se han valorado en los expositivos anteriores, la primera y la tercera opción deben ser descartadas.

La primera opción se descarta en la medida que la fijación de un plazo, en estos momentos, incide directamente sobre los acuerdos a los que podrían llegar los accionistas en relación a la transmisión de acciones de Airtel, como bien han manifestado los diferentes interesados, y respecto de los que esta Comisión, en principio, no desea inmiscuirse.

La segunda opción se descarta por cuanto dejaría en manos de los propios operadores una decisión –cual es la salida del accionariado de Airtel- que viene impuesta por el ordenamiento jurídico y por esta resolución que impone su aplicación.

Descartadas estas opciones, queda por examinar la segunda de ellas, que, en aras a garantizar los principios de proporcionalidad e intervención mínima, parece la más razonable: en efecto, se mantiene incólume la obligación de abandonar el accionariado de Airtel, si bien se remite al acuerdo societario su ejecución práctica, con la debida tutela y vigilancia por esta Comisión.

A este objeto, se articulan en esta resolución las medidas adecuadas para que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el mandato se lleve a efecto.

Estas medidas, son de dos tipos:

- a) Imposición de unas garantías y exigencias mínimas respecto de los accionistas afectados en tanto se mantengan en el accionariado de Airtel. Estas medidas ya fueron analizadas en el Informe de la Dirección de Mercados de esta Comisión.
- b) Otorgamiento de un plazo a GET y UFINSA para que manifiesten a esta Comisión la decisión que adoptan en torno a si renuncian al control de RTM o no y, de ser la decisión favorable a mantener dicho control, indicación de la manera en la que se producirá su salida del accionariado de AIRTEL, al objeto de que pueda ser aprobada por esta Comisión,.

A estos efectos, esta Comisión no considerará para su aprobación la necesidad de alcanzar hipotéticos acuerdos entre accionistas en el seno de AIRTEL.

En punto a esta segunda medida, esta Comisión estima suficiente un plazo de 2 meses tanto para adoptar la decisión adecuada como para alcanzar los oportunos acuerdos entre accionistas en el hipotético caso de que la decisión escogida fuera la salida del accionariado de Airtel.

### **VII.- CONTESTACION A LAS ALEGACIONES DE LOS INTERESADOS**

Una parte de las alegaciones ya han sido contestadas en el expositivo de este escrito. Respecto de las restantes, el parecer de esta Comisión es el que a continuación se desarrolla.

En lo que hace a AIRTEL, resulta innecesario contestar buena parte de sus alegaciones, las que se refieren a la incompatibilidad que supone la presencia en AIRTEL de los accionistas que tienen el control en RTM- en la medida que resulta coincidente su punto de vista con el que mantiene esta Comisión.

No obstante, si parece preciso contestar, aunque sea de manera escueta, la posición que mantiene dicha entidad en lo que a la fijación de un plazo de referencia para solucionar el conflicto se refiere.

En opinión de AIRTEL, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe resolver fijando un plazo lo más breve posible que además debe ser de nueve meses a contar desde la fecha de adjudicación de la tercera licencia de móviles.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se argumenta para sostener la conveniencia de dicho plazo el que la Comisión ha fijado para el trámite de audiencia la tramitación de urgencia, lo que pone de manifiesto la necesidad de una solución urgente.

Sobre este particular debe señalarse que una cosa es que la Comisión debe fijar un criterio –el que fuere- con la mayor rapidez posible, para que los operadores actúen en consecuencia, y otra muy diferente que por esta razón deba señalarse un plazo breve para el abandono por GET y UFINSA de sus participaciones en AIRTEL.

En este concreto punto, se echa a faltar una indicación clara y probada de los perjuicios que para el interés social de Airtel está suponiendo la presencia, aunque sea, fuera de los órganos de gestión, de los accionistas más arriba referidos.

Es más, se alude al conflicto como existente desde hace al menos ocho meses y, sin embargo, no se justifica como es posible que dicho conflicto no se haya intentado resolver, aunque se hubiera fracasado en el intento.

En lo que respecto a GET y UFINSA, las observaciones más conspicuas ya han sido tratadas. En lo que hace a las restantes, cabe decir:

- a) Respecto a la alegación de que Unión Eléctrica Fenosa es el accionista de Airtel y, por tal razón, debe ser considerada como interesada en el expediente, que no puede avanzar ni resolverse sin darle audiencia, debe precisarse que la propia UFINSA, como cabecera del Grupo Unión Fenosa, en el expediente que antecede al presente, expuso los términos de la presencia en Airtel en razón al Grupo entero, al que atribuyó de manera específica la titularidad accionarial en esa entidad. No parece leal el querer ahora desdecirse de aquel enfoque acogiendo a un formalismo que, además resulta innecesario en la medida en que, de haber querido que Unión Eléctrica Fenosa fuera parte individual en el expediente bastaría con haberlo solicitado expresamente.

Asimismo, tampoco puede aceptarse el argumento de contradicción entre las medidas propuestas por la Dirección de Mercados y actos propios como el otorgamiento de licencias de telefonía fija a BT y Airtel Móvil cuando la primera es accionista de la segunda, con lo que existiría contraposición de intereses entre ambas que obligaría a adoptar soluciones similares a la de la Base 26.



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

Y no se acepta por cuanto no considera un razonamiento que en el expositivo de este escrito se ha desarrollado como es la diferente situación de los mercados de telefonía fija y móvil, que pudieron justificar en su momento que el legislador hubiera impuesto en ambos prevenciones respecto a la simultaneidad de presencia en el accionariado de las sociedades competidoras pero que en la actualidad y únicamente respecto del mercado de telefonía fija han desaparecido por la evidencia de que en este mercado el acceso no está limitado como ocurre en el de telefonía móvil y, al respecto, existe ya un nutrido conjunto de competidores, bien con licencia, bien a punto de obtenerla.

Así, la presencia de dos competidores con unidad de decisión, a la postre, en telefonía fija no supondría más que, a los operadores que ya cuentan con título habilitante (Telefónica, Retevisión, Lince, operadores con licencia B1 de ámbito nacional), se unirían dos nuevos competidores que en realidad, por esa hipotética confluencia de intereses, serían considerados uno sólo.

Obviamente, esta situación no es la misma, ni presenta riesgos para la competencia en términos siquiera parecidos a los que se aventuran en el mercado de telefonía móvil, como ya ha sido suficientemente razonado.

Finalmente, y aunque pudiera ser innecesario en este momento comentar esta alegación, dado el contenido de la presente resolución, si conviene contestar la afirmación según la cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sería incompetente para imponer a GET y UFINSA la desinversión en Airtel. Sobre este particular extremo, se recuerda que dentro de la amplia panoplia de funciones que se atribuyen a esta Comisión figuran, más allá de la Base 26 de la Orden de 26 de febrero de 1998, la de adoptar medidas para la salvaguarda de la libre competencia en el mercado, así como la de interpretar los contratos concesionales y, en último término, ejercer la potestad sancionadora por incumplimiento de las resoluciones que dicta.

### **VIII.- RESOLUCION DEL EXPEDIENTE.**

Por todo lo antedicho, visto el informe de la Dirección de Mercados de esta Comisión, examinadas las alegaciones de los diferentes interesados, en aplicación de la normativa vigente y en concreto de la Ley 12/1997, de 24 de abril y de la Base 26 de la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1998, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, acuerda:

**PRIMERO.-** Considerar que en el momento presente GET y UFINSA acreditan tener una intervención significativa en la gestión de RTM, en el sentido de lo establecido en la Base 26 de la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1998.



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

SEGUNDO.- Que dichos accionistas deberán comunicar a esta Comisión, antes del 1 de marzo de 1999, si mantienen o no la actual situación de control en RTM.

TERCERO.- De manifestar la permanencia de dicha situación de control, deberán indicar en la misma comunicación la manera en la que se producirá su salida del accionariado de AIRTEL, al objeto de que pueda ser aprobada por esta Comisión.

CUARTO.- En tanto GET y UFINSA conserven la condición de accionistas de AIRTEL, además de las limitaciones establecidas en la BASE 26 respecto a la participación en los órganos de gestión de esta última entidad, deberán renunciar a los derechos que como tales accionistas les otorga el artículo 48-2 de la Ley de Sociedades Anónimas, a excepción de los derechos a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación y el de impugnar los acuerdos sociales.

A estos efectos, se aportarán a esta Comisión los documentos adecuados a efectos de dejar constancia fehaciente de la renuncia referida.

QUINTO.- Tanto la entidad AIRTEL como los accionistas GET y UFINSA, deberán adoptar los comportamientos que sean necesarios para dar ejecución y cumplimiento a lo dispuesto en el presente acuerdo.

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 podrá interponerse 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-Administrativo, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



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

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola