



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 27/01 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 19 de julio de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del expediente número RO 2001/4053, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD EFECTUADA POR LA ENTIDAD “CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA” PARA QUE ESTA COMISIÓN DECLARASE LA COMPATIBILIDAD DE EJERCICIO DE SUS DERECHOS DE VOTO Y DE NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES EN VARIOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES EN LOS CUALES PARTICIPA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La entidad financiera “CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA” (en adelante, LA CAIXA) se dirigió a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) mediante un escrito fechado el día 29 de enero de 2001 (cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 31 de enero de 2001), en el cual comunicaba sus participaciones en sociedades operadoras de telefonía fija y móvil (remitiéndose en parte a su



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

anterior escrito de fecha 21 de noviembre de 2000), y asimismo planteaba una serie de dudas e interpretaciones acerca del sentido del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, modificado por la Disposición Adicional Décimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (en adelante, RD-Ley 6/2000). Seguidamente, LA CAIXA manifestaba:

- Que LA CAIXA desconocía si entre las operadoras participadas por ENDESA, S.A. (en adelante, ENDESA) se daba alguno de los supuestos de presunción de actuación concertada.
- Que AUTOPISTAS CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A. (en adelante, ACESA) tenía APROXIMADAMENTE UN 6 % (CONFIDENCIAL) de XFERA MÓVILES, S.A. (en adelante, XFERA), y que habiendo accionistas de dicha operadora con porcentajes de su capital social muy superiores a los de ACESA, no puede imputarse a ésta el control de XFERA.
- Que LA CAIXA no ejercita ninguna clase de derecho de voto en las operadoras participadas por ENDESA y ACESA, al no controlar a éstas ni participar directamente en aquéllas.
- Que LA CAIXA entendía que podía ejercer sus derechos de voto en ENDESA y en ACESA sin limitación alguna, al no incurrir en infracción alguna del artículo 34 del RD-Ley 6/2000.

Por todo ello, LA CAIXA concluía su escrito solicitando lo siguiente:

- Que se tuviese por expuesta la situación de las participaciones de LA CAIXA en diferentes operadores de telefonía fija y móvil, así como en algunos de los accionistas de éstos, a los efectos previstos en el citado artículo 34.Cuatro del RD-Ley 6/2000.
- Que se manifestase la posición de esta Comisión acerca de la interpretación del citado precepto, así como de los criterios a utilizar para su aplicación, a fin de que, en el supuesto de que la CMT estimase que las posiciones de LA CAIXA en el sector no se ajustan a derecho, dicha Entidad Financiera pudiese efectuar las renunciaciones que en su caso crea convenientes, o entablar las acciones al respecto que le asistan en caso de discrepar del criterio establecido por este Organismo Regulador.
- Que asimismo, en el supuesto de que esta Comisión estimase que, a la luz del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 de constante referencia, existían



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incompatibilidades en las participaciones de LA CAIXA en operadores del sector, se tuviese por solicitada ante la CMT la autorización pertinente para mantener dichas participaciones (sin que ello suponga que LA CAIXA reconozca haber infringido las disposiciones de dicho precepto), de conformidad con lo previsto en el artículo 34.Cinco de la misma norma legal.

* Con anterioridad al escrito de LA CAIXA de 31 de enero de 2001, esta Comisión, acogiéndose a las previsiones del artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC), tramitó de oficio un Periodo de Información Previa (Exp. nº ME 2000/3508) con el fin de conocer las circunstancias concretas existentes en las participaciones de LA CAIXA en diferentes sociedades operadoras de telefonía fija y móvil, y valorar en consecuencia la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo formal al respecto:

A) La iniciación de dicho Periodo de Información Previa fue comunicado, mediante escritos fechados el día 2 de noviembre de 2000 (cuya salida fue registrada el día 7 de noviembre de 2000), a LA CAIXA y a las siguientes entidades: AUNA OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante, AUNA), ACESA, BANCO DE SABADELL, S.A. (en adelante, BANCO SABADELL), ENDESA, EUSKALTEL, S.A. (en adelante, EUSKALTEL), JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL), RETEVISIÓN I, S.A.U. (en adelante, RETEVISIÓN), RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (en adelante, AMENA), TELEFÓNICA, S.A. (en adelante, TELEFÓNICA), TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU), TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TME), y XFERA.

B) En el desarrollo de la instrucción del Periodo de Información Previa de referencia, y acogiéndose a la habilitación competencial antes mencionada, así como a lo dispuesto en el artículo 39 de la citada LRJPAC referente al deber de colaboración de los interesados con las Administraciones Públicas, y a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la CMT, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT), precepto que faculta a la CMT para: *“recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones, que estarán obligados a suministrarla”*, el Presidente de esta Comisión, mediante escritos fechados el día 2 de noviembre de 2000 (cuya salida fue registrada el día 7 de noviembre de 2000), y en el marco de la tramitación del mismo, formuló requerimientos de información a LA CAIXA y a las otras 12 entidades antes mencionadas.

Todas las entidades requeridas contestaron en plazo, aportando la información solicitada.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

C) El mencionado Periodo de Información Previa finalizó mediante un Informe de los Servicios de esta Comisión de 5 de febrero de 2001, en el cual se concluyó que procedía “finalizar el presente Periodo de Información previa e incorporar los datos recabados en el mismo al procedimiento RO 2001/4053 en tramitación, instado por LA CAIXA a estos mismos efectos y con el mismo objeto de fondo: el análisis de las participaciones de LA CAIXA en operadores principales de telefonía fija y móvil, y las eventuales incompatibilidades de las mismas con los límites establecidos por el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000, así como la eventual concesión de las autorizaciones previstas en el artículo 34.Cinco de la misma norma”.

Segundo.- A la vista de la solicitud presentada por LA CAIXA y del antes citado Informe emitido por los Servicios de esta Comisión el día 5 de febrero de 2001, esta Comisión procedió en su momento a iniciar el correspondiente procedimiento administrativo, amparándose en la habilitación competencial establecida por el citado artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000, así como en la normativa sectorial de aplicación, singularmente los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2, letra G, de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/97).

La CMT se acogió asimismo a las previsiones de la antes citada LRJPAC, norma procedimental que, en virtud de lo dispuesto en la legislación anteriormente citada, y en especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/97 y en el artículo 2 del mencionado RCMT, regula el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas.

Dicho trámite fue comunicado a LA CAIXA mediante un escrito de esta Comisión fechado el día 7 de febrero de 2001 (cuya salida fue registrada el día 9 de febrero de 2001), por el cual se le informaba de que en virtud de su solicitud de intervención había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero.- En el desarrollo de la instrucción del procedimiento de referencia, y acogiendo a la habilitación competencial antes mencionada, así como a lo dispuesto en el artículo 39 de la citada LRJPAC referente al deber de colaboración de los interesados con las Administraciones Públicas, y a la disposición específica del artículo 30 del antes citado RCMT, precepto que como ya se ha mencionado anteriormente faculta a la CMT para: “*recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones, que estarán obligados a suministrarla*”, el Presidente de esta Comisión formuló varios requerimientos de información a LA CAIXA y a otras 15 sociedades: AUNA, ACESA, BANCO SABADELL, ENDESA, EUSKALTEL, HISUSA, HOLDING DE



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS URBANOS, S.A. (en adelante, HISUSA), IBÉRICA DE AUTOPISTAS, S.A. (en adelante, IBERPISTAS), JAZZTEL, RETEVISIÓN, AMENA, TELEFÓNICA, TESAU, TELEFÓNICA MÓVILES, S.A. (en adelante, TM), TME, y XFERA.

Dichos requerimientos de información tenían como objetivo obtener la información y datos necesarios para que esta Comisión pudiese apreciar si, en general, LA CAIXA incurre en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000 y, en especial, si se daba algún supuesto de los mencionados en el artículo 34.Tres del mismo RD-Ley 6/2000, referente a las presunciones legales para determinar si existe o no un Grupo de Empresas.

Todas las entidades requeridas contestaron en plazo, aportando la información, documentación y demás datos solicitados por esta Comisión. El resumen de la información aportada por las mismas se refleja a lo largo de los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

Cuarto.- En el desarrollo de la tramitación del procedimiento de referencia esta Comisión apreció que, dada la complejidad de la cuestión planteada en el mismo, así como el análisis de los requerimientos de información practicados tanto a LA CAIXA como a varios operadores de telefonía fija y móvil y a determinados accionistas de los mismos, se hacía previsible y necesaria una dilatación en el tiempo de la tramitación del expediente, al tener que analizar detalladamente la información obtenida mediante los citados requerimientos de información a los interesados, a más de ser necesario salvaguardar los derechos e intereses de LA CAIXA y las demás sociedades afectadas.

En el caso que nos ocupa, el plazo máximo para la Resolución y notificación del procedimiento de referencia es de 3 meses (artículo 42.3 de la LRJPAC), contados a partir del día 31 de enero de 2001, fecha en la que se inició el expediente de referencia por haber tenido entrada en el Registro de esta Comisión el escrito de solicitud de intervención de LA CAIXA.

En consecuencia, y de conformidad con la potestad regulada en el artículo 42.6 de la LRJPAC, que dice en su párrafo segundo que *“Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.”*; en el párrafo tercero que *“De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, ésta no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.”*; y en el párrafo cuarto que *“Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.”*, esta Comisión resolvió ampliar el plazo para resolver el presente procedimiento en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tres meses más, adicionales a los tres meses ordinarios en curso, por lo que el plazo para notificar la Resolución finalizará el día 31 de julio de 2001.

Dicha ampliación del plazo para resolver le fue comunicada a LA CAIXA mediante Oficio de esta Comisión de fecha 27 de marzo de 2001 (recibido el día 3 de abril de 2001).

Quinto.- Los Servicios de la CMT emitieron un Informe Preliminar sobre el procedimiento de referencia, fechado el día 11 de junio de 2001, en el cual se formularon las siguientes Conclusiones:

“ Primero.- De los datos que obran en poder de esta Comisión y analizados a lo largo del presente Informe resulta acreditado que LA CAIXA sí se ve afectada por las limitaciones y restricciones establecidas en el artículo 34.Uno, párrafos primero y tercero, del Real Decreto-Ley 6/2000, en lo referente a sus participaciones en operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil.

En efecto, LA CAIXA ostenta derechos de voto por encima del 3 % en dos operadores principales de telefonía móvil (en TME y en XFERA), y asimismo ha designado miembros en los órganos de administración de TELEFÓNICA-TM y de ACESA, sociedades accionistas y co-gestoras de esos mismos operadores principales de telefonía móvil. También ha nombrado, a través de su dominada ACESA, administradores en XFERA.

Segundo.- De acuerdo con los Fundamentos fácticos y de Derecho expuestos en este Informe, y en orden a garantizar y promover las condiciones de competencia efectiva en el mercado nacional de telefonía móvil y de evitar eventuales intercambios de información estratégica entre operadores, coordinación de sus estrategias, y en general que se produzcan efectos anticompetitivos en dicho mercado, se estima que no procede ejercer la potestad otorgada a esta Comisión por el artículo 34.Cinco del mismo Real Decreto-Ley 6/2000 ni, en consecuencia, acceder a la solicitud de LA CAIXA para que pueda seguir ejerciendo el derecho de nombramiento de miembros de los órganos de administración en ambos operadores principales de telefonía móvil o en sus accionistas de referencia.

Tercero.- Por tanto, los Servicios de esta Comisión concluyen que la CMT debe resolver lo siguiente:

1.- Declarar que actualmente LA CAIXA no se ve afectada por ninguna de las limitaciones y restricciones establecidas en el artículo 34.Uno del Real Decreto-Ley 6/2000 en lo referente a sus participaciones en el capital



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

social y los derechos de voto en los operadores principales de telefonía fija en los que directa o indirectamente participa (TESAU, RETEVISIÓN y JAZZTEL, a través de TELEFÓNICA, ENDESA y BANCO SABADELL, respectivamente), así como en la elección de miembros de los órganos de administración de los mismos, puesto que no supera ni directa ni indirectamente el 3 % en el capital social y derechos de voto en más de uno de ellos (únicamente en TESAU), ni ha nombrado miembros de los órganos de administración en más de uno (sólo en TELEFÓNICA, accionista único de TESAU).

2.- Procede declarar que LA CAIXA sí se ve afectada por las limitaciones establecidas en el artículo 34.Uno, párrafo primero, del Real Decreto-Ley 6/2000, en lo que se refiere al porcentaje de sus participaciones en el capital social y los derechos de voto de los operadores principales en el mercado nacional de servicios de telefonía móvil, ya que supera el 3 % en dos de ellos, TME y XFERA. Asimismo, también se ve afectada por las restricciones establecidas por el artículo 34.Uno, párrafo tercero, del Real Decreto-Ley 6/2000, en lo referente a sus derechos de designación de miembros de los órganos de administración de operadores principales de telefonía móvil, ya que ha nombrado administradores en TELEFÓNICA-TM y ACESA, sociedades accionistas de referencia de dichos operadores, y en XFERA (a través de ACESA).

3.- Asimismo, y de acuerdo con los Fundamentos de Derecho expuestos en el Apartado III.3 del presente Informe, no procede ejercer la potestad establecida por el artículo 34.Cinco del mismo Real Decreto-Ley 6/2000, por lo que se debe denegar la autorización solicitada por LA CAIXA para que pueda seguir ejerciendo los derechos de voto y de nombramiento de miembros de los órganos de administración en ambos operadores principales de telefonía móvil (en TME y en XFERA –a través de su socios TELEFÓNICA-TM y ACESA, respectivamente-).

4.- En consecuencia, se debe obligar a LA CAIXA a que adapte sus derechos de voto y su presencia actual en los órganos de administración de los operadores principales de telefonía móvil en los que participa, a las limitaciones establecidas por el citado artículo 34.Uno, párrafos primero y tercero, en relación con lo previsto en el párrafo final del artículo 34.Cuatro, del Real Decreto-Ley 6/2000 de constante referencia, que dispone que “En ningún caso podrá optarse por ejercer los derechos de voto en una de las sociedades que tengan 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”. Es decir, en el plazo de un mes desde la notificación de la Resolución que dicte el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Consejo de esta Comisión, LA CAIXA deberá optar por ejercer sus derechos de voto por encima del 3% y de nombrar Consejeros en TME o en XFERA, comunicándolo a esta Comisión. Esta opción se ejercitará en los siguientes términos:

- *Si optare por ejercer sus derechos en TME:*
 - *ACESA sólo podrá ejercer derechos de voto en XFERA hasta el límite del 3%.*
 - *El miembro del Consejo de Administración de XFERA designado por ACESA deberá presentar su dimisión ante el citado Consejo de Administración en el indicado plazo de un mes.*
- *Si optare por ejercer sus derechos en XFERA:*
 - *LA CAIXA sólo podrá ejercer derechos de voto en TELEFONICA hasta el límite del 3%.*
 - *Los miembros de los Consejos de Administración de TELEFÓNICA y de TM designados por LA CAIXA deberán presentar su dimisión ante los citados Consejos de Administración en el indicado plazo de un mes.*

5.- Asimismo, los órganos rectores de la sociedad participada directa o indirectamente por LA CAIXA en la cual ésta decida no ejercer sus derechos de voto por encima del 3 % y de designación de miembros de sus órganos de administración, en los términos expuestos en el apartado anterior deberán aceptar incondicionalmente y facilitar por todos los medios a su alcance la materialización de las disposiciones de la Resolución de la CMT, y además deberán informar a todos los miembros de sus órganos de administración, así como a todos sus socios (en la próxima Junta General de Accionistas que se celebre), de la existencia y contenido de la parte dispositiva de dicha Resolución y de las limitaciones y restricciones a las que estará sometida LA CAIXA en el futuro a la hora de ejercer sus derechos sociales. Este deber de información se extiende también al órgano de administración del operador de telefonía móvil (TME o XFERA) en que LA CAIXA decida la limitación de sus derechos de voto o de nombramiento de miembros del órgano de administración. “

Sexto.- Tras la elaboración de dicho Informe, y de conformidad con las previsiones del artículo 84 de la citada LRJPAC, esta Comisión procedió comunicar a LA CAIXA, así como a TELEFÓNICA, TM, TME, ACESA, XFERA e HISUSA la apertura del trámite de audiencia, previo a la resolución definitiva



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del expediente, mediante un escrito dirigido a dichas entidades fechado el día 12 de junio de 2001 (cuya salida fue registrada el día 13 de junio de 2001).

A) TELEFÓNICA, TM y TME presentaron ante esta Comisión tres escritos (fechados los días 22 *-las dos primeras-* y 25 *-TME-* de junio de 2001, cuya entrada en la CMT fue registrada los días 25 y 26 de junio de 2001), en los cuales manifestaban que no deseaban efectuar alegaciones adicionales en relación con el presente procedimiento.

B) LA CAIXA remitió a esta Comisión un escrito fechado el día 25 de junio de 2001 (cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 26 de junio de 2001), en el cual alegaba principalmente lo siguiente:

- Que HISUSA es una sociedad que forma parte del Grupo SUEZ y no del Grupo LA CAIXA, y el Sr... (CONFIDENCIAL), alto directivo de SUEZ, ha sido nombrado Consejero de ACESA a propuesta de HISUSA, y por lo tanto de SUEZ, no de LA CAIXA.
- Que LA CAIXA no tiene la mayoría del capital social de ACESA ni ha nombrado a la mayoría de sus Consejeros, ni tiene la facultad o el derecho de hacerlo, por lo cual ACESA no forma parte del Grupo LA CAIXA. Por tanto, la participación de ACESA en XFERA no puede considerarse participación indirecta de LA CAIXA, ni ACESA ni su representante en XFERA, el Sr... (CONFIDENCIAL), pueden considerarse Consejeros de dicha operadora designados por LA CAIXA.
- Que si se le imputasen a LA CAIXA las participaciones de la entidad financiera "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A." (en adelante, BBVA) en TELEFÓNICA, y de ACESA, con ACS TELEFONÍA MÓVIL, S.A. y con SONERA CORPORATION, en XFERA, por considerarse que actúan concertadamente en cada una de las operadoras aludidas, las renuncias a los derechos de voto por encima del 3 % y a los Consejeros en TELEFÓNICA o en XFERA aplicables a LA CAIXA deberían incluir asimismo las renuncias a la totalidad de sus derechos de voto y de sus Consejeros de BBVA en TELEFÓNICA, o de ACS TELEFONÍA MÓVIL, S.A. y SONERA CORPORATION en XFERA, respectivamente.

C) ACESA remitió a esta Comisión un escrito fechado el día 26 de junio de 2001, en el cual efectuaba alegaciones en el mismo sentido que las de LA CAIXA.

D) Por su parte, XFERA no efectuó en plazo alegaciones al respecto.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

E) HISUSA presentó alegaciones mediante escrito con entrada en esta Comisión el día 9 de julio. En esencia, HISUSA alega que no pertenece al grupo de sociedades de la CAIXA, sino al de SUEZ, y que el Consejero por ella designado en ACESA no actúa por cuenta de LA CAIXA.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. Normativa sustantiva aplicable

Primero.- El artículo 34.Uno del citado Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, convalidado mediante el Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000, y modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (en adelante RD-Ley 6/2000), establece en su párrafo primero 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 tercero del mismo precepto se dispone que *“Ninguna persona física o jurídica podrá designar, directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector (...)”*.

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

Segundo.- 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.”*

Tercero.- El artículo 34.Tres del mismo RD-Ley 6/2000 delimita el ámbito subjetivo de aplicación de las limitaciones establecidas por el artículo 34.Uno



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

antes citado. A este respecto, es necesario delimitar qué se entiende por participación indirecta a los efectos de la aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000. Este precepto establece, como se ha indicado, una serie de limitaciones al ejercicio de derechos de voto y de nombramiento de administradores en más de un operador principal en los mercados de telefonía fija y móvil.

El artículo 34 señala 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 tenga la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercitar los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad”. De la misma manera, se impide a una persona física o jurídica que designe, también directa o indirectamente, miembros del órgano de administración de mas de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector.

El cálculo de las participaciones directas de una persona física o jurídica en el capital social de un operador principal no plantea problemas especiales, computándose tales participaciones, en todo caso, en su integridad, independientemente de que las mismas atribuyan a la citada persona física o jurídica el control de los órganos de gobierno del operador principal. Lo mismo cabe decir respecto de la designación directa de administradores.

Sin embargo, el cálculo de las participaciones indirectas exige un análisis detallado del resto de previsiones del artículo 34 del Real Decreto-Ley (aplicándose los mismos principios para el caso de designación indirecta de administradores). En este sentido, de la lectura del citado precepto se deduce que no es la intención del legislador limitar las participaciones financieras de una persona física o jurídica en mas de un operador principal; lo que persigue el citado Real Decreto-Ley es limitar la participación directa o indirecta de naturaleza política, es decir, en los órganos de gobierno del operador principal, con el fin de evitar posibles actuaciones coordinadas entre operadores principales de un mismo mercado.

Este alcance de las prohibiciones del artículo 34 se deduce de varios de sus apartados:

- En primer lugar, en los supuestos de concurrencia de las prohibiciones previstas en el apartado 1 del artículo 34, éste no establece como consecuencia la obligación de la persona física o jurídica que participa simultáneamente, de manera directa o indirecta, en el capital social de más



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de un operador principal (a la que en lo sucesivo denominaremos sociedad afectada), de limitar tal participación mediante la enajenación de las acciones o participaciones en una de ellas, sino que se reduce a restringir la posibilidad del ejercicio de los derechos de voto y de nombramiento de administradores. De este modo, no se establecen limitaciones a la participación financiera en más de un operador principal, sino que lo que se limita es la capacidad de decisión que en los órganos de gobierno de los operadores principales puedan atribuir esas participaciones de la sociedad afectada.

- En segundo lugar, a la hora de calcular las participaciones indirectas, el apartado tercero del artículo 34 del Real Decreto- Ley incide de manera determinante en el control que sobre los órganos de gobierno de las sociedades participadas pueda tener la persona física o jurídica afectada, con independencia de su participación financiera. En este sentido, el citado apartado tercero toma en consideración, para el cálculo de las participaciones indirectas, la posible concertación entre la sociedad afectada con accionistas del operador principal. A esta finalidad responde tanto la remisión al artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, como la que este mismo precepto hace al artículo 42 del Código de Comercio, como las presunciones que se establecen en el párrafo segundo de ese apartado tercero, que presume “la actuación concertada” en una serie de supuestos.
- En tercer lugar, en los supuestos de concurrencia de las prohibiciones del artículo 34 del Real Decreto-Ley, el apartado cinco del mismo faculta a esta Comisión para autorizar el ejercicio simultáneo de los derechos de voto por encima del 3 por 100 y la presencia simultánea en los órganos de administración de más de un operador principal “siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”.

En consecuencia, para el cálculo de las participaciones indirectas a efectos de la aplicación de las prohibiciones del artículo 34 del Real Decreto- Ley, no ha de tomarse en consideración la participación indirecta de carácter financiero que, por pura traslación matemática, pueda tener una persona física o jurídica en más de un operador principal. Tal participación indirecta sólo habría de ser computada en el caso de que la misma vaya acompañada de elementos que permitan llegar a la conclusión de que tal participación de la sociedad afectada puede constituir un riesgo de actuación concertada entre varios operadores principales.

En este sentido, y desde un punto de vista estrictamente teórico, resulta ciertamente difícil analizar todos y cada uno de los supuestos de participación



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indirecta que puedan darse en la realidad. No obstante, y en términos generales, podrá afirmarse que existe participación indirecta de una sociedad afectada en un operador principal en dos supuestos fundamentales: que la sociedad afectada controle al accionista del operador principal y que la sociedad afectada participe de manera directa en el capital de una sociedad que controla al operador principal.

1. Persona física o jurídica afectada por el artículo 34 que controla al accionista del operador principal.

En el caso de que la sociedad afectada participe en el capital social de un accionista del operador principal, serán imputables a la sociedad afectada por el artículo 34 las participaciones que el accionista del operador principal tenga en éste sólo en la hipótesis de que la sociedad afectada ostente el control efectivo de la sociedad en la que participa, accionista a su vez del operador principal. De este modo, se entenderá que la sociedad afectada participa indirectamente en el capital social del operador principal, a través de un accionista de éste, si la sociedad afectada ostenta, bien de manera directa, bien de forma concertada con otros accionistas de la sociedad participada, el control de los órganos de gobierno de ésta última sociedad.

Con el fin de determinar si existe o no ese control efectivo de la sociedad afectada sobre su participada, accionista del operador principal, el propio artículo 34 del Real Decreto- Ley, en su apartado tercero, ofrece una serie de criterios a tomar en consideración:

- El supuesto más evidente de actuación concertada, que permitiría imputar indirectamente a la sociedad afectada las acciones que su participada tiene en el operador principal, es aquel en que ambas sociedades pertenezcan a un mismo grupo empresarial. Según el inciso primero del apartado tres del artículo 34“(…), 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”. El artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV), dice lo siguiente:

“A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

A efectos de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.”

Por su parte, el artículo 42 del Código de Comercio, al referirse a la presentación de las cuentas de los grupos de sociedades, enumera los supuestos mencionados por el artículo 4 de la LMV para presumir los casos en que existe unidad de decisión:

“ 1. Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados (...) cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que se deban formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.

2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de alguna de aquéllas.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En esta hipótesis de constitución o creación de grupo de sociedades, es evidente que la participación que la sociedad dominada tenga en el operador principal es indirectamente imputable a la sociedad dominante, en la medida en que ésta está en condiciones de determinar la estrategia de su dominada y de decidir su actuación en los órganos de gobierno del operador principal. En este caso, si la sociedad afectada participa en más de un operador principal, bien directamente, bien a través de una o varias sociedades dominadas, existe el riesgo de intercambio de información estratégica y de tratar de conseguir, en los órganos de gobierno de los operadores principales, una estrategia coordinada.

- Sin embargo, el artículo 34 del Real Decreto-Ley, en su finalidad de impedir cualquier género de actuación concertada entre dos o más operadores principales que actúen en los mercados de telefonía fija y móvil, permite imputar a una persona física o jurídica los valores “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”. Asimismo, permite deducir la existencia de tal actuación concertada en una serie de supuestos. Tales supuestos actúan, con el carácter de presunción y iuris tantum, es decir, que admiten pruebas en contrario. Señala el precepto que “se entenderá, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración. Igualmente se presumirá que existe actuación concertada en los siguientes supuestos:

- a) Entre las personas jurídicas entre las que medie cualquier pacto o acuerdo de participación recíproca en el capital o en los derechos de voto;
- b) Entre las personas físicas o jurídicas entre las que se haya celebrado cualquier género de acuerdo o pacto con el fin de adoptar o bloquear actuaciones que puedan influir significativamente en la estrategia competitiva de una sociedad en la que participen directa o indirectamente;
- c) Entre accionistas o titulares de derechos de voto de una entidad que puedan controlar una sociedad mediante el ejercicio común de sus derechos de voto, por existir entre ambos intereses comunes que favorezcan una acción conjunta para evitar el perjuicio mutuo o para la consecución de un beneficio común al ejercer sus derechos sobre la sociedad participada;
- d) Entre sociedades matrices o dominadas de grupos de empresas competidoras entre los que existan intereses cruzados;



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

e) Entre accionistas o titulares de derechos de voto en los que haya concurrido alguna de las anteriores circunstancias en el pasado de manera que puedan entenderse subsistente algún interés común”.

Resulta extremadamente difícil delimitar las hipótesis concretas en que sería de aplicación las presunciones que establece el apartado tercero del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000. Si es posible afirmar, sin embargo, que tales presunciones han de interpretarse, en atención al espíritu y finalidad perseguidos por el artículo 34 del Real Decreto-Ley, conforme al artículo 3.1 del Código Civil, tratando de evitar que la sociedad afectada pueda influir de manera significativa en el gobierno y control de mas de un operador principal en los mercados de telefonía fija y móvil.

De este modo, de la misma manera que si concurre alguno de los supuestos del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores o del artículo 42 del Código de Comercio, es decir, si se considera la existencia de un grupo de sociedades, es evidente que existe tal control efectivo, en el análisis de las presunciones que establece el artículo 34.3 las cautelas han de ser mayores. Es decir, puede darse el caso de que, concurriendo alguna de las presunciones iuris tantum que establece el citado apartado 3 del artículo 34, no deba computarse como participaciones indirectas las resultantes de la aplicación de tales presunciones si de las mismas no se deduce un control efectivo por la sociedad afectada de los órganos de gobierno de la sociedad en la que participa, accionista del operador principal.

Así, si la sociedad afectada (A) tiene un acuerdo de participación recíproca en el capital de otra sociedad (B), y ambas participan en el capital social del accionista del operador principal (C), sólo cabría computar la participación de B como participación de A, a fin de determinar el grado de control sobre C, atendiendo a varios factores, como pueden ser el alcance de esa participación recíproca, la existencia de administradores de A en B y viceversa, la eventual designación conjunta de administradores en C, el porcentaje del capital social de C que pueda suponer la suma de los derechos de voto de A y B, la importancia relativa de esa participación conjunta en atención al grado de dispersión del accionariado de C, etc.

Incluso en el caso del supuesto previsto en la letra b) del artículo 34 habrá de determinarse que tales acuerdos o pactos de A y B con el fin de adoptar o bloquear actuaciones en C son susceptibles, en efecto, de producir el efecto previsto y que en virtud de tales acuerdo o pactos quepa concluir que A y B, conjuntamente, pueden influir significativamente en la estrategia competitiva de C. Algo similar cabe decir respecto de la presunción establecida en la letra c) (acuerdos entre accionistas o titulares de derecho de voto de una



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sociedad que puedan controlar una sociedad mediante el ejercicio común de sus derechos de voto). En ambos casos, habrán de apreciarse múltiples factores: la influencia de A, sociedad que puede estar afectada por las limitaciones del artículo 34, en ese acuerdo suscrito con B y capacidad de A para imponer su criterio en la ejecución de esos acuerdos, importancia de la participación conjunta de A y B en atención a la composición del capital social de C, particularmente si ésta cotiza en Bolsa o tiene accionistas con participaciones poco significativas, eventual designación conjunta por ambos de administradores en C, número de administradores de A y B en C, etc. Habrá de averiguarse, en definitiva, que tal actuación concertada supone, efectivamente, un control real por la sociedad afectada de la sociedad en la que participa. Si existen tales acuerdos o pactos con el fin de adoptar o bloquear actuaciones o con el fin de controlar una sociedad, pero de tales pactos o acuerdos no se deduce, de manera indiscutible, que la sociedad afectada controla la gestión de la sociedad participada, no cabrá añadir a su participación en el accionista del operador principal la participación que ostenta la otra sociedad con la que media el pacto o acuerdo.

De la misma manera, si concurre la presunción iuris tantum de la letra e) del apartado tercero del artículo 34, es decir, si se trata de accionistas o titulares de derechos de voto en los que hayan concurrido alguna de las circunstancias que en el propio artículo se describen en el pasado, habrá de apreciarse, para computar las participaciones indirectas, que a la fecha del análisis esté subsistente “algún interés común” (al margen, evidentemente, de la buena marcha de la sociedad en la que ambos accionistas participan), que justifique el establecimiento de una limitación de la naturaleza prevista en el artículo 34 del Real Decreto-Ley.

En tales supuestos de falta de control por la persona física o jurídica afectada de la sociedad en la que participa, los derechos de voto que ésta ejerce en los órganos de gobierno del operador principal son imputables a la propia sociedad participada, no a sus accionistas, y pueden, incluso, haber sido adoptados con el voto en contra o sin la participación de la sociedad afectada. En estos supuestos, no existirá riesgo de coordinación estratégica en la actuación de los operadores principales.

Por otra parte, las presunciones que establece el citado párrafo tercero no son los únicos elementos de hecho que pueden ser tomados en consideración para entender acreditado el control de una sociedad respecto de otra en la que participa. Puede que concurren otras circunstancias de hecho, no previstas en el artículo 34, de los que resulte tal evidencia, circunstancias que, al no estar amparadas por las presunciones que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establece la Ley, habrían de quedar debidamente acreditadas en el expediente por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

En el caso de que, a la vista de la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 34 o de otros elementos de hecho, debidamente acreditados, resulte un control efectivo de la sociedad afectada sobre el accionista del operador principal, si la citada sociedad afectada participa, directa o indirectamente, en el capital social de otro operador principal y decide limitar sus derechos de voto en el primer operador indicado, la limitación prevista en el artículo 34 se hará efectiva sobre la participación accionarial que el accionista del operador principal tiene en éste, por cuanto en estos casos se entenderá que el accionista del operador principal actúa en nombre y por cuenta de la sociedad afectada.

2. Persona física o jurídica que participa en el capital de otra sociedad que controla al operador principal.

De manera análoga a lo expuesto, si la persona física o jurídica afectada por las prohibiciones del artículo 34 participa en el capital social de otra sociedad, que controla al operador principal, la participación de la sociedad afectada en el capital social del operador principal será, indirectamente, la misma que la indicada sociedad ostenta en la sociedad que domina o controla al operador principal. Es decir, si una sociedad controla al operador principal, y se llega a la citada conclusión en aplicación de algunos de los preceptos antes citados de la Ley del Mercado de Valores, Código de Comercio o Real Decreto-Ley 6/2000, los órganos de gobierno de la misma, en los que participa (Junta General) o puede participar (órganos de administración) la sociedad afectada, podrán adoptar decisiones de naturaleza estratégica que condicionen directamente la actuación del operador principal que controlan. Para apreciar participación indirecta en este caso, sin embargo, deben distinguirse dos supuestos principales:

- Si el accionista del operador principal, participado por la sociedad afectada, controla al operador principal y tal control se manifiesta de manera indubitada, no es preciso que la sociedad afectada controle al accionista del operador principal, pues al controlar aquel a éste y poder adoptar decisiones que marquen su estrategia competitiva, la capacidad de influencia de la sociedad afectada, a efectos del artículo 34, se da en todo caso si se supera el 3 por 100. Tal control efectivo existirá, sin duda, si el operador principal forma parte del grupo de sociedades de la sociedad participada por la sociedad afectada. También existirá si concurre alguna de las presunciones establecidas en el artículo 34 (o alguna otra, debidamente acreditada) de las que resulte que el accionista de la sociedad afectada



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ostenta una posición de supremacía en los eventuales pactos que puedan existir con otros accionistas del operador principal, que pongan de relieve que la voluntad coordinada de esos accionistas es, en la práctica, la voluntad del accionista del operador principal participado por la sociedad afectada. En estos supuestos, los acuerdos que sobre la gestión del operador principal se adopten en el seno de los órganos sociales del accionista del operador principal, participado por la sociedad afectada, serán trasladables, de manera directa y sin incidencia significativa de los otros accionistas del operador principal con los que existe concertación, a los órganos sociales del propio operador principal. Así, si A, sociedad afectada, participa en el capital social de B, accionista del operador principal, y B tiene suscrito un acuerdo de sindicación de acciones con C, también accionista del operador principal, que da a ambos el control del mismo, si de ese acuerdo de sindicación se deduce el control por parte de B de los acuerdos adoptados en el seno de ese sindicato de accionistas y, en definitiva, el control del operador principal, los acuerdos que se adopten en los órganos sociales de B respecto al operador principal serán directamente trasladables (sin influencia significativa de C) al operador principal. En este supuesto, la participación indirecta de la sociedad afectada en el operador principal será la misma participación directa que tiene en el accionista del operador principal.

- Puede darse el caso, sin embargo, de que el accionista de la sociedad afectada ostente el control del operador principal en concertación con otras personas físicas o jurídicas, pero la posición de tal accionista en esta situación de concertación no le da el control absoluto del operador principal, sino el control coordinado con las otras sociedades concertadas. En esta hipótesis, en que el accionista del operador principal controla (aunque no de modo absoluto) a tal operador, los acuerdos adoptados en sus órganos sociales no son, sin embargo, inmediatamente trasladables al operador principal, al ser necesario el concurso de los otros accionistas con los que existe concertación. Así, en la misma hipótesis anterior, si el acuerdo de sindicación entre B y C da a ambos el control del operador principal pero, sin embargo, ambas sociedades están en situación de igualdad en ese acuerdo (de tal manera que las decisiones han de adoptarse por ambas), las decisiones que se adopten en los órganos sociales de B serán sin duda importantes para la gestión del operador principal, pero tal gestión no se decidirá en el seno de tales órganos sociales, sino en el seno del sindicato de accionistas. En esta hipótesis, para apreciar si existe participación indirecta de A en el operador principal, habrán de considerarse otros factores adicionales de los que resulte una especial capacidad de A de influir en la gestión de B. Si A no controla B, ni su participación es significativa, ni participa en sus órganos de administración, la capacidad de influencia de A



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en la posición de los representantes de B en el sindicato de accionistas con C se difumina de manera notable. Si, por el contrario, existe esa participación significativa de A en B, o A está presente en la gestión de B, la capacidad de que esos representantes de A en B traten de imponer una estrategia concertada con el otro operador principal en que A participa se incrementa de manera notable. En este supuesto, también cabrá apreciar participación indirecta de A en el operador principal.

En estos supuestos, la limitación del ejercicio de derechos de voto o de nombramientos de administradores de la sociedad afectada en el operador principal, habrá de hacerse efectiva en los órganos de gobierno de la sociedad intermedia. Eventualmente, si la sociedad afectada, ejerciendo sus derechos de voto en los órganos de gobierno de la sociedad intermedia, ha nombrado administradores en el operador principal, la limitación también habrá de hacerse efectiva en éste.

Fuera de los casos anteriores, y de los que resulten de la aplicación de los criterios expuestos, aún cuando la sociedad afectada participe en el capital social del accionista del operador principal, si la primera no controla al segundo ni el segundo al tercero no le será imputable ninguna participación indirecta en el capital de este operador principal. Es evidente que la sociedad afectada tendrá interés en la buena gestión y buena marcha de los negocios del operador principal, en la medida en que un aumento del valor de sus acciones o una rentabilidad adecuada de las mismas repercute directamente en la sociedad en la que participa e, indirectamente en la propia sociedad afectada. Por otra parte, es evidente, que por mínima que sea la participación de la sociedad afectada en el accionista del operador principal, influirá en la toma de decisiones de los órganos de gobierno y administración de tal accionista. Pero si este accionista tampoco controla al operador principal no existirá riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos de los dos operadores principales.

Cuarto.- El artículo 34.Cuatro se encarga de las obligaciones inherentes a las personas físicas o jurídicas afectadas por las citadas limitaciones, al disponer que:

“ Las personas físicas o jurídicas a las que se les impute el exceso referido en el número primero (34.Uno) o la designación de miembros de órganos de administración en más de un operador principal comunicarán en el plazo de un mes desde que se produzca la referida circunstancia (...) a la CMT (...) la sociedad respecto de la que se pretenda ejercer los derechos de voto o designar miembros del órgano de administración sin restricción alguna.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la citada comunicación, quedarán suspendidos en cuanto al exceso del 3 por 100 los derechos de voto de todas las sociedades participadas o, en su caso, la condición de miembros del órgano de administración de todas las sociedades que tengan de operador principal en un mismo mercado o sector y que hayan sido designados por una misma persona.

En ningún caso podrá optarse por ejercer los derechos de voto en una de las sociedades que tenga la condición de operador principal y designar miembros en el órgano de administración de otra u otras que tengan tal condición en el mismo mercado o sector”.

II.2. Habilitación competencial de esta Comisión para intervenir en el presente procedimiento

En relación con la habilitación competencial para tramitar y resolver la solicitud de intervención presentada por LA CAIXA, las competencias de la CMT para intervenir en este caso derivan, además de la normativa antes citada, de los dispuesto en los siguientes preceptos normativos:

Primero.- El artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000, establece 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”.*

Asimismo, el artículo 34.Seis, párrafo, tercero, 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).

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

Segundo.- Con un carácter más general, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

28 de diciembre (en adelante Ley 12/97), en su artículo 1.Dos.1, establece que la CMT tiene por objeto *“salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”*; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante RCMT).

Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de la CMT para actuar en esta materia, recogida en el artículo 1.Dos.2, letra g), de la citada Ley 12/97, que establece que es función de esta Comisión *“ejercer el control sobre los procesos de concentración de empresas, de las participaciones en el capital y de los acuerdos entre los agentes participantes en el mercado de las telecomunicaciones (...)”*.

Tercero.- Por otra parte, esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante LRJPAC), texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/97 y en el artículo 2 del asimismo citado RCMT, se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.

Por tanto, se debe concluir que esta Comisión está legalmente habilitada para conocer y resolver acerca de la solicitud de intervención planteada por LA CAIXA.

II.3. Las participaciones accionariales de LA CAIXA en operadores de telefonía fija

II.3.1. Los operadores principales en el mercado español de telefonía fija.

Primero.- Como actuación previa, es necesario analizar si se cumple la circunstancia limitativa establecida en el constantemente citado artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000: el carácter principal de las empresas en las que directa e indirectamente participa LA CAIXA, de tal manera que si alguna de las dos operadoras citadas no lo fuese (operador principal en el mercado español de telefonía fija), no se daría otra de las premisas legales exigidas por el citado



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precepto para tener que limitar la participación directa o indirecta de la solicitante en el capital social o en los derechos de voto de más de una.

Tal y como dispone el artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000, en relación con las limitaciones establecidas por el artículo 34.Uno, para que las disposiciones del mismo sean aplicables, las participaciones iguales o superiores al 3 % del capital social o los derechos de voto, así como los derechos de nombramiento de miembros de los órganos de administración, han de ostentarse en más de una sociedad que tenga la consideración de operador principal en el mismo mercado.

Es decir, son dos las circunstancias que han de darse agregadamente para que sea de aplicación el citado artículo 34: tener una participación social o derechos de voto iguales o superiores al 3 % en más de un operador de uno de los mercados afectados, y que dichos operadores participados tengan la condición de operadores principales en dicho mercado.

Segundo.- En relación con el procedimiento objeto de esta Resolución, TESAU, RETEVISIÓN y JAZZTEL, son todas ellas sociedades operadoras de telecomunicaciones que desarrollan su actividad en el mercado español de telefonía fija:

- TESAU presta el servicio telefónico fijo disponible al público al amparo del Contrato Concesional suscrito el día 26 de noviembre de 1991 entre la Administración General del Estado y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. para la prestación servicios portadores y finales de telecomunicaciones, entre los cuales estaba el servicio telefónico básico; dicho título habilitante concesional fue transmitida de la sociedad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (hoy TELEFÓNICA, S.A.) a TESAU (transmisión autorizada por el Ministerio de Fomento mediante Resolución de fecha 4 de enero de 1999)¹.

- RETEVISIÓN presta el servicio telefónico fijo disponible al público al amparo de una licencia individual tipo "B-1" de ámbito nacional, otorgada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 9 de abril de 1999 a RETEVISIÓN, S.A. (hoy AUNA), como consecuencia de la transformación del Contrato Concesional suscrito el día 7 de agosto de 1997 entre la Administración General del Estado y RETEVISIÓN, S.A. para la prestación servicios portadores y finales de telecomunicaciones, entre los cuales estaba el servicio telefónico básico²; dicha licencia individual tipo "B-1" fue transmitida de RETEVISIÓN, S.A. (hoy AUNA) a RETEVISIÓN (transmisión autorizada por la CMT mediante Resolución de fecha 29 de junio de 2000³).

¹ Fuente: Registro Especial de Licencias Individuales de la CMT, de acuerdo con los datos comunicados por TELEFÓNICA, TESAU y el Ministerio de Fomento a esta Comisión.

² Fuente: Registro Especial de Licencias Individuales de la CMT, de acuerdo con los datos comunicados por RETEVISIÓN y AUNA a esta Comisión.

³ Expediente nº LI 2000/2728.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por su parte, JAZZTEL⁴ presta el servicio telefónico fijo disponible al público al amparo de una Licencia Individual de tipo “B-1” de ámbito nacional, otorgada mediante Resolución del Consejo de la CMT de fecha 3 de diciembre de 1998⁵.

Tercero.- El concepto de operador principal se define en el artículo 34.Dos, párrafo segundo, del RD-Ley 6/2000, como aquél que *“ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión”*, mercados que son citados en el mismo precepto, y que en este caso sería el mercado español de la telefonía fija. En efecto, en una primera aproximación por esta Comisión al citado precepto se considera adecuado tomar como referencia el mercado nacional de telefonía fija, sin perjuicio de que en el futuro, en atención a las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta la falta de concreción del artículo 34, se entienda que la adecuada interpretación y aplicación del precepto legal exige, en atención a “la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado” y “a su espíritu y finalidad” (artículo 3 del Código civil) la consideración de otros mercados geográficos distintos al nacional.

Cuarto.- En este sentido, de los datos que obran en poder de esta Comisión⁶, y de conformidad con los criterios establecidos por el citado artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000, se desprende que los tres operadores de telefonía fija en los que tiene una participación financiera, directa o indirectamente, LA CAIXA (por sí, a través de sociedades filiales o controladas, o mediante participaciones en otras sociedades accionistas de dichas operadoras), TESAU, RETEVISIÓN y JAZZTEL, ostentan actualmente la condición de operadores principales en el mercado español de la telefonía fija, puesto que, atendiendo a la cuota de mercado de cada uno, medida por la facturación total por la prestación de servicios de telefonía fija en el año 2000 en el mercado español, ocupan el primero, segundo y cuarto puesto, respectivamente.

En efecto, como ya se expuso en las Resoluciones de la CMT de fechas 2 de noviembre de 2000⁷ y 15 de marzo de 2001⁸, para determinar las cuotas de mercado de los operadores afectados puede atenderse a diversos factores, siendo los principales las cifras anuales totales de facturación total por prestación de servicios comerciales, de número de clientes, y de tráfico total cursado.

⁴ Fuente: Registro Especial de Licencias Individuales de la CMT, de acuerdo con los datos comunicados por JAZZTEL a esta Comisión.

⁵ Expediente nº LI 78/98.

⁶ Datos referentes al año 2000 (los de más reciente recopilación), extraídos de los recabados y utilizados por esta Comisión para elaborar el Informe Anual de la CMT de 2000, que fueron suministrados por los operadores mencionados: TESAÚ, RETEVISIÓN y JAZZTEL.

⁷ Expediente número: ME 2000/3427.

⁸ Expediente número: ME 2000/3426.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, modificada por el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, así como por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre –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 utilizar el dato de la cifra de negocio, es decir, la facturación total por prestación de servicios comerciales en el año 2000, por ser el parámetro que más fielmente refleja la participación real de un operador en el mercado de la telefonía fija en España.

Quinto.- En conclusión, como ya se ha señalado anteriormente, las sociedades operadoras de telecomunicaciones en las que LA CAIXA está presente de alguna manera, TESAU, RETEVISIÓN y JAZZTEL, ostentan un título habilitante de telecomunicaciones para prestar, entre otros, servicios de telefonía fija, y operan en el mismo mercado (el de la telefonía fija en España).

Dichas empresas ostentan además, al día de hoy, la condición de operadores principales de dicho mercado a los efectos previstos en el artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000, puesto que ostentan una de las cinco mayores cuotas del mismo.

II.3.2. Las participaciones de LA CAIXA en el capital social de sociedades operadoras en el mercado español de telefonía fija.

Primero.- A continuación es necesario analizar si se cumple otra circunstancia limitativa que, de manera cumulativa, está establecida en el constantemente citado artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000: la participación de LA CAIXA en más de una sociedad que ostente la condición de operador principal en el mercado español de la telefonía fija, en un porcentaje igual o superior al 3 %, de tal manera que si no se alcanzase dicho porcentaje en más de un operador principal en dicho mercado no se daría otra de las premisas legales exigidas por el citado precepto para tener que limitar la participación directa o indirecta de la solicitante en el capital social o en los derechos de voto de más de una.

Segundo.- LA CAIXA ha manifestado en sus escritos de alegaciones que en la actualidad ostenta de manera indirecta (a través de sus sociedades filiales



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Caixa Holding, S.A.U. y Caixa de Barcelona Seguros de Vida, S.A. –*en adelante CaixaVida*–) APROXIMADAMENTE UN 4 % (CONFIDENCIAL) del capital social de TELEFÓNICA (es su tercer accionista, por detrás únicamente de las entidades financieras siguientes: el banco norteamericano “THE CHASE MANHATTAN BANK, N.A.” –*en adelante, CHASE*–, y BBVA –*banco con el cual tuvo en el pasado, entre el 25 de mayo de 1995 y el 25 de mayo de 2000, un Acuerdo de Sindicación de Accionistas*⁹, como se verá más adelante–), el cual es accionista único de TESAU al ostentar el 100% de sus acciones; es decir, que TESAU es una sociedad dominada por TELEFÓNICA, matriz de aquélla.

En efecto, en el caso de la participación de LA CAIXA en TESAU a través de TELEFÓNICA, es aplicable lo dispuesto en el artículo 34.Uno, último párrafo, y en el artículo 34.Tres, párrafo primero, del RD-Ley 6/2000 (que se remite al artículo 4 de la LMV, y éste al artículo 42.1 del CCOM), ya que TELEFÓNICA y TESAU son parte de un mismo Grupo Empresarial, por ser ésta una filial al 100 % de aquélla y, consecuentemente, tener TELEFÓNICA el pleno control de la operadora de telefonía fija citada al ostentar la totalidad de los derechos de voto y de las facultades de nombramiento de los miembros de los órganos de administración y gobierno de TESAU.

Así, los derechos que tiene LA CAIXA en la sociedad dominante (TELEFÓNICA) se entienden ostentados también en la sociedad dominada (TESAU).

Debe también analizarse la posible concurrencia de pactos o acuerdos, presentes o pasados, entre LA CAIXA y otros accionistas de TELEFÓNICA, particularmente BBVA, de los que pueda deducirse una participación indirecta superior de LA CAIXA en TESAU. En este sentido, consta que entre el 25 de mayo de 1995 y el 25 de mayo de 2000, existía un Acuerdo de Sindicación de Accionistas y de Voto entre LA CAIXA y el otro accionista de referencia, BBVA¹⁰, pero dicho pacto de sindicación no está vigente al día de hoy, ni existen indicios de que subsista en el presente algún tipo de coordinación entre ambas entidades financieras para el ejercicio conjunto de sus derechos políticos con el fin de controlar la gestión de TELEFÓNICA (*ni al día de hoy tendrían capacidad para ello dada la composición actual del accionariado de TELEFÓNICA, en el cual tanto LA CAIXA como BBVA han perdido peso significativamente respecto al momento de la firma de dicho Pacto, 1995*), con lo que en este caso no operarían las presunciones legales de los apartados b), c) y e) del artículo 34.Tres del RD-Ley 6/2000, y consecuentemente no procede imputar indirectamente a LA CAIXA la participación de BBVA en TELEFÓNICA.

⁹ Según lo manifestado por LA CAIXA en su escrito de fecha 25 de junio de 2001.

¹⁰ Fuente: Página Web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (cifras meramente orientativas).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Asimismo LA CAIXA tiene de manera indirecta (a través de sus sociedades filiales Caixa Holding, S.A.U. y CaixaVida) APROXIMADAMENTE UN 5 % (CONFIDENCIAL) de ENDESA, sociedad que, a través de su sociedad filial al 100 % "ENDESA TELECOMUNICACIONES, S.A." y otras filiales menores, posee APROXIMADAMENTE UN 28 % (CONFIDENCIAL) de AUNA, accionista único de RETEVISIÓN. ENDESA es el mayor accionista de AUNA y la cogestiona, en virtud de un Acuerdo de Socios con los otros dos principales accionistas de la misma, UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA, S.A.(en adelante, UNIÓN FENOSA) y Grupo TELECOM ITALIA (en adelante, TELECOM ITALIA). Como ya se expuso al hablar del Grupo TELEFÓNICA, y de acuerdo con lo establecido por los artículos 34.Uno, último párrafo, y 34.Tres, párrafo primero, del RD-Ley 6/2000 (que se remite al artículo 4 de la LMV, y éste al artículo 42.1 del CCOM), RETEVISIÓN es una sociedad dominada por AUNA, matriz de la misma, por lo que las participaciones en ésta se entienden también ostentadas en aquélla.

El citado Acuerdo de Socios de AUNA, de fecha 12 de abril de 2000, suscrito por ENDESA, UNIÓN FENOSA y TELECOM ITALIA, regula... (CONFIDENCIAL).

Es decir, entre estas tres empresas (ENDESA, UNIÓN FENOSA y TELECOM ITALIA) tienen APROXIMADAMENTE EL 70 % (CONFIDENCIAL) del accionariado y de los derechos de voto y de elección de la mayoría absoluta de los miembros de sus órganos de administración de AUNA; es decir, controlan conjuntamente la gestión de AUNA, existiendo aparentemente el supuesto de hecho contemplado en el artículo 34.Tres, párrafo segundo, letras B (existencia de pactos entre los tres accionistas principales para adoptar decisiones que puedan influir significativamente en la gestión de AUNA) y C (existencia de un control conjunto de AUNA mediante el ejercicio conjunto de los derechos de voto de los tres accionistas principales), del RD-Ley 6/2000 de constante referencia, ya que ostentan conjuntamente la mayoría absoluta de los derechos de voto y los derechos de elección de la mayoría absoluta de los miembros de sus órganos de administración (Consejo y Comisión Ejecutiva). Además dicho control conjunto está plasmado en un pacto expreso entre esos tres accionistas, el citado Acuerdo de Socios de AUNA de 12 de abril de 2000, pacto que regula importantes aspectos de la gestión tanto de AUNA como de su Grupo de Empresas de Telecomunicaciones participadas por la misma.

Sin embargo, dicho control se realiza únicamente de manera conjunta; individualmente ninguno de los tres accionistas de AUNA mencionados puede ejercer el control exclusivo de dicha gestión, y si cuenta con la oposición de los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

otros dos socios (o de al menos uno de ellos en ciertos casos) se puede ver excluido de la adopción de decisiones.

En esta hipótesis, como antes se indicó, los acuerdos que se adopten en la Junta General de Accionistas de ENDESA (único órgano en el que está presente LA CAIXA) influirán en la gestión de AUNA y de RETEVISIÓN, pero no serán trasladables de manera automática a estas empresas sin el concurso de sus otros dos accionistas de referencia (UNION FENOSA y TELECOM ITALIA). La gestión de AUNA y de RETEVISIÓN, en suma, podrá ser diseñada en los órganos sociales de sus tres accionistas de referencia, pero se decidirá en el seno de ese sindicato de accionistas¹¹.

Por lo tanto, para analizar si LA CAIXA participa indirectamente en RETEVISION habrá de comprobarse su grado de influencia en ENDESA pues sólo en este caso podrá influir en el seno del sindicato de accionistas. Pues bien, teniendo en cuenta que la participación de LA CAIXA en ENDESA, aun siendo importante, no es muy significativa ni le da el control de la misma, y que LA CAIXA no está presente en los órganos de administración de ENDESA, cabe concluir que, aun controlando ENDESA a AUNA y a RETEVISIÓN, la capacidad de influencia de LA CAIXA está muy diluida por el hecho de no tener capacidad para determinar la estrategia de ENDESA en el sindicato de accionistas ni tener participación en el proceso de toma de decisiones de ese sindicato.

En definitiva, la participación de LA CAIXA en ENDESA nunca le permitiría el control de la gestión de esta sociedad ni el acceso al centro real de toma de decisiones del acuerdo entre ENDESA, UNION FENOSA y TELECOM ITALIA, por lo que no cabe atribuir a LA CAIXA, de manera indirecta y a los exclusivos efectos de la aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, ninguna participación en RETEVISIÓN.

Cuarto.- Por último, LA CAIXA tiene de manera indirecta (a través de su sociedad filial Caixa Holding, S.A.U.) APROXIMADAMENTE UN 15 % (CONFIDENCIAL) del capital social de BANCO SABADELL (es su mayor accionista), sociedad que posee APROXIMADAMENTE UN 2,5 % (CONFIDENCIAL) de JAZZTEL, PLC, accionista único de JAZZTEL.

¹¹ Realmente pocas decisiones de trascendencia relativas a la estrategia comercial e industrial de RETEVISION se adoptan en la Junta General de Accionistas de ENDESA, único órgano al que accede LA CAIXA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, JAZZTEL es una sociedad dominada al 100 % por JAZZTEL, PLC, de conformidad con lo dispuesto en el tantas veces citado artículo 34.Uno, último párrafo, del RD-Ley 6/2000¹².

Como ya se expuso anteriormente, y de acuerdo con lo establecido por los artículos 34.Uno, último párrafo, y 34.Tres, párrafo primero, del RD-Ley 6/2000 (que se remite al artículo 4 de la LMV, y éste al artículo 42.1 del CCOM), si BANCO SABADELL fuese una sociedad dominada por LA CAIXA, los derechos que la sociedad dominada (BANCO SABADELL) tuviera en la operadora (JAZZTEL) se podrían entender ostentados por LA CAIXA.

Sin embargo, LA CAIXA no ha nombrado administradores sociales en BANCO SABADELL, y existe un compromiso expreso de no nombrarlos en el futuro y de limitar sus derechos de voto al 10 %¹³, por lo que, en principio, no existe control efectivo alguno al no poder influir, al menos de manera directa, en su gestión; en consecuencia, en aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley no puede afirmarse que LA CAIXA controle BANCO DE SABADELL, con lo que, en aplicación de los criterios antes expuestos, sólo cabría imputar a LA CAIXA como participación indirecta en JAZZTEL la que BANCO DE SABADELL tiene en la citada operadora si BANCO DE SABADELL controlara la gestión de la misma.

En este sentido, no consta la existencia de elemento de juicio alguno que permita deducir el control de BANCO DE SABADELL sobre JAZZTEL (su participación es muy limitada), por lo que puede concluirse que LA CAIXA no participa indirectamente en JAZZTEL.

Quinto.- Resumiendo, la participación total de LA CAIXA en el capital social y en los derechos de voto de TELEFÓNICA, accionista único de TESAU, asciende a APROXIMADAMENTE UN 4 % (CONFIDENCIAL) (de manera indirecta); en el capital social y los derechos de voto de RETEVISIÓN no tiene participación directa, ni, con arreglo a los criterios del artículo 34 del Real Decreto-Ley, indirecta, aun cuando participe en el capital social de ENDESA; y en el capital social y los derechos de voto de JAZZTEL tampoco tiene participación directa, ni, con arreglo a los criterios del artículo 34 del Real Decreto-Ley, indirecta, aun cuando participe en el capital social de BANCO SABADELL.

¹² Reiterando de nuevo los argumentos expuestos al hablar del Grupo TELEFÓNICA y del Grupo AUNA, JAZZTEL es una sociedad dominada por JAZZTEL, PLC, matriz de la misma, por lo que los derechos que tiene BANCO SABADELL en la sociedad dominante (JAZZTEL, PLC) se entienden ostentados también en la sociedad dominada (JAZZTEL).

¹³ De conformidad con lo manifestado por BANCO SABADELL en su escrito fechado el 14 de noviembre de 2000 (Expediente ME 2000/3508 CONFIDENCIAL).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, LA CAIXA ostenta un porcentaje igual o superior al 3 % del capital social y los derechos de voto, y una capacidad de influir significativamente en la gestión, únicamente en TESAU.

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, las limitaciones previstas en dicho precepto no serían aplicables a LA CAIXA, ya que en la actualidad dicha Caja de Ahorros ostenta un porcentaje igual o superior al 3 % del capital social y los derechos de voto únicamente en TESAU; por lo tanto, no se cumple la mencionada premisa necesaria para que se le apliquen las limitaciones en las participaciones accionariales y de derechos de voto establecidas en el artículo 34.Uno, párrafo primero, de la norma legal de constante referencia.

II.3.3. La designación por parte de LA CAIXA de miembros en los órganos de administración de sociedades operadoras principales en el mercado español de telefonía fija.

Primero.- Respecto a las facultades para nombrar miembros de los órganos de administración de las sociedades operadoras de telefonía fija mencionadas, el artículo 34.Uno, párrafo tercero, del RD-Ley 6/2000, establece que no se podrán designar ni directa ni indirectamente miembros de los órganos de administración de más de un operador principal en el mismo mercado (en este caso en el mercado de la telefonía fija).

Segundo.- LA CAIXA afirma en sus escritos de alegaciones que únicamente ha designado Consejeros en TELEFÓNICA (accionista único de TESAU), sociedad en la que ha designado dos Consejeros en su Consejo de Administración, ... (CONFIDENCIAL).

LA CAIXA manifiesta que ninguno de ambos Consejeros tiene poderes concretos de intervención en la administración y gestión de TELEFÓNICA por lo que hay que entender que ostentan las facultades generales inherentes a su condición de Consejeros, de conformidad con el régimen común establecido por la legislación societaria vigente.

Tercero.- Es decir, que de los datos aportados por LA CAIXA se desprende que esta entidad únicamente ha nombrado Consejeros en TELEFÓNICA (matriz de TESAU).

Por lo tanto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, las limitaciones previstas en dicho precepto no serían aplicables a LA



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CAIXA, ya que en la actualidad dicha Caja de Ahorros ha designado miembros de los órganos de administración únicamente en un operador principal en el mercado nacional de telefonía fija, TESAU; por lo tanto, de nuevo no se cumple la mencionada premisa necesaria para que se le apliquen las restricciones a la presencia en los órganos de administración de más de un operador establecidas en el artículo 34.Uno, párrafo tercero, de la norma legal de constante referencia.

II.4. Las participaciones accionariales de LA CAIXA en operadores de telefonía móvil

II.4.1. Los operadores principales en el mercado español de telefonía móvil.

Primero.- De nuevo hay que señalar que, como actuación previa, es necesario analizar si se cumple la circunstancia limitativa establecida en el constantemente citado artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000: el carácter principal de las empresas en las que directa e indirectamente participa LA CAIXA, de tal manera que si alguna de las dos operadoras citadas no lo fuese (operador principal en el mercado español de telefonía móvil), no se daría otra de las premisas legales exigidas por el citado precepto para tener que limitar la participación directa o indirecta de la solicitante en el capital social o en los derechos de voto de más de una.

Tal y como disponen los citados apartados 1 y 3 del citado artículo 34 del RD-Ley 6/2000, para que las disposiciones del mismo sean aplicables, las participaciones superiores al 3 % del capital social y, en su caso, los derechos de nombramientos de administradores, han de tenerse en más de una sociedad que tenga la consideración de operador principal en el mismo mercado.

Es decir, son dos las circunstancias que han de darse agregadamente para que sea de aplicación el citado artículo 34: tener una participación social o derechos de voto iguales o superiores al 3 % en más de un operador de uno de los mercados afectados, y que dichos operadores participados tengan la condición de operadores principales en dicho mercado.

Segundo.- En relación con el procedimiento objeto de esta Resolución, TME, AMENA y XFERA son sociedades operadoras de telecomunicaciones participadas por LA CAIXA que desarrollan su actividad en el mercado español de telefonía móvil:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- TME¹⁴ presta el servicio telefónico móvil disponible al público en las modalidades Analógica, GSM-900 y DCS-1800, al amparo de sendas Concesiones Administrativas otorgadas las dos primeras por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente mediante las Resoluciones de 28 de junio de 1995 (GSM-900; transmisión de la Concesión otorgada a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.) y de 3 de noviembre de 1995 (Analógica; transmisión de la Concesión otorgada a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.); y la tercera por el Ministerio de Fomento mediante Resolución de 20 de julio de 1998.

Asimismo, TME obtuvo una licencia individual de tipo B2 para establecer una red de telecomunicaciones y explotar servicios de telefonía móvil de Tercera Generación, licencia otorgada por el Ministerio de Fomento mediante Resolución de 10 de marzo de 2000.

- AMENA¹⁵ presta el servicio telefónico móvil disponible al público en la modalidad DCS-1800, al amparo de una Concesión Administrativa otorgada por el Ministerio de Fomento mediante Resolución de 24 de junio de 1998.

Asimismo, AMENA obtuvo una licencia individual de tipo B2 para establecer una red de telecomunicaciones y explotar servicios de telefonía móvil de Tercera Generación, licencia otorgada por el Ministerio de Fomento mediante Resolución de 10 de marzo de 2000.

- Por su parte, XFERA¹⁶ obtuvo una licencia individual de tipo B2 para establecer una red de telecomunicaciones y explotar servicios de telefonía móvil de Tercera Generación, licencia otorgada por el Ministerio de Fomento mediante Resolución de 10 de marzo de 2000.

Tercero.- Como ya se expuso al hablar del mercado de la telefonía fija, el concepto de operador principal se define en el apartado 2, párrafo segundo, del mismo artículo 34, como aquél que *“ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión”*, mercados que son citados en el mismo precepto, y que en este caso sería el mercado español de la telefonía móvil.

Cuarto.- En este sentido, de los datos que obran en poder de esta Comisión¹⁷, y de conformidad con los criterios establecidos por el citado artículo 34. Dos del

¹⁴ Fuente: Registro Especial de Licencias Individuales de la CMT, de acuerdo con los datos comunicados por TME y los Ministerios de Fomento y de Ciencia y Tecnología a esta Comisión.

¹⁵ Fuente: Registro Especial de Licencias Individuales de la CMT, de acuerdo con los datos comunicados por AMENA y los Ministerios de Fomento y de Ciencia y Tecnología a esta Comisión.

¹⁶ Fuente: Registro Especial de Licencias Individuales de la CMT, de acuerdo con los datos comunicados por XFERA y el Ministerio de Ciencia y Tecnología a esta Comisión.

¹⁷ Datos referentes al año 2000 (los más recientes en poder de la CMT), extraídos de los recabados y utilizados por esta Comisión para elaborar el Informe Anual de la CMT de 2000,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RD-Ley 6/2000, se desprende que los tres operadores de telefonía móvil en los que LA CAIXA ostenta participaciones financieras, directa o indirectamente (por sí, a través de sociedades filiales o controladas, o mediante participaciones en otras sociedades accionistas de dichas operadoras), TME, AMENA y XFERA, ostentan actualmente la condición de operadores principales en el mercado español de la telefonía móvil.

En efecto, al día de hoy son únicamente 4 los operadores de dicho mercado, entre los que se encuentran TME, AMENA y XFERA, por lo que los 3 ostentan automáticamente la condición de operadores principales. En cualquier caso, las magnitudes referentes a los citados operadores confirman esta presunción:

En efecto, como ya se expuso en las Resoluciones de la CMT de fechas 2 de noviembre de 2000¹⁸ y 15 de marzo de 2001¹⁹, para determinar las cuotas de mercado de los operadores afectados puede atenderse a diversos factores, siendo los principales las cifras anuales totales de facturación total por prestación de servicios comerciales, de número de clientes, y de tráfico total cursado.

En este caso, dado el carácter general de la norma que impone las valoraciones de referencia (el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 es una norma que afecta a diversos segmentos de los mercados de las telecomunicaciones y de la energía) y, en lo que respecta al sector de las telecomunicaciones, al uso generalizado de la cifra de facturación o de ingresos brutos globales para calcular las cuotas de mercado de los operadores en el mercado de referencia (*por ejemplo para determinar la condición de operador dominante en materia de interconexión, artículo 23.1 de la 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 utilizar el dato de la cifra de negocio, es decir, la facturación total por prestación de servicios comerciales en el año 2000, por ser el parámetro que más fielmente refleja la participación real de un operador en el mercado de la telefonía móvil en España.

Por consiguiente, de conformidad con los criterios establecidos por el apartado 2 del citado artículo 34 del RD-Ley 6/2000, y atendiendo a la cuota de mercado medida en facturación total por operaciones comerciales en el año 2000, tanto TME como AMENA serían ambos operadores principales en el mercado español de la telefonía móvil, al ocupar en el mismo el primero y tercer lugar, respectivamente.

que fueron suministrados por dos de los operadores mencionados: TME y AMENA (*XFERA no prestó servicios comerciales en el año 2000*).

¹⁸ Expediente número: ME 2000/3427.

¹⁹ Expediente número: ME 2000/3426.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a XFERA, como ya se ha señalado anteriormente es el cuarto operador en liza en el mercado de servicios comerciales de telefonía móvil en España, y si bien a día de hoy no presta servicios de telecomunicaciones, es preciso evitar actuaciones concertadas con otros operadores de telefónica móvil en esta fase inicial de adopción de decisiones estratégicas y de diseño de planes de negocio. En consecuencia, ha de considerarse también a XFERA operador principal a los efectos del artículo 34 del RD-Ley 6/2000.

Quinto.- En conclusión, como ya se ha señalado anteriormente, las sociedades operadoras de telecomunicaciones en las que LA CAIXA está presente de alguna manera, TME, AMENA y XFERA, ostentan un título habilitante de telecomunicaciones para prestar, entre otros, servicios de telefonía móvil en todo el territorio nacional, y que operan en el mismo mercado (el de la telefonía móvil en España).

Dichas empresas ostentan además, al día de hoy, la condición de operadores principales de dicho mercado a los efectos previstos en el artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000, puesto que ostentan una de las cinco mayores cuotas del mismo.

II.4.2. Las participaciones de LA CAIXA en el capital social de sociedades operadoras en el mercado español de telefonía móvil.

Primero.- A continuación es necesario analizar si se cumple otra circunstancia limitativa que, de manera cumulativa, está establecida en el constantemente citado artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000: la participación de LA CAIXA en más de una sociedad que ostente la condición de operador principal en el mercado español de la telefonía móvil, en un porcentaje igual o superior al 3 %, de tal manera que si no se alcanzase dicho porcentaje en más de un operador principal en dicho mercado no se daría otra de las premisas legales exigidas por el citado precepto para tener que limitar la participación directa o indirecta de la solicitante en el capital social o en los derechos de voto de más de una.

Segundo.- LA CAIXA ha manifestado en sus escritos de alegaciones que en la actualidad ostenta de manera indirecta (a través de sus sociedades filiales Caixa Holding, S.A.U. y CaixaVida) APROXIMADAMENTE UN 4 % (CONFIDENCIAL) de TELEFÓNICA, accionista mayoritario de TM al tener APROXIMADAMENTE UN 92 % (CONFIDENCIAL) de su capital social y de sus derechos de voto, y TM es el accionista único de TME; es decir, que TME, operador de telefonía móvil en España, es una sociedad controlada por TELEFÓNICA, matriz última de aquélla, y en consecuencia cabe atribuirle asimismo a LA CAIXA (a través de su participación en TELEFÓNICA, y de ésta



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en TM) APROXIMADAMENTE EL 4 % (CONFIDENCIAL) del accionariado de TME.

En efecto, como ya se expuso anteriormente, en el caso de la participación de LA CAIXA en TME a través de TELEFÓNICA, es aplicable lo dispuesto en el artículo 34.Uno, último párrafo, y en el artículo 34.Tres, párrafo primero, del RD-Ley 6/2000 (que se remite al artículo 4 de la LMV, y éste al artículo 42.1 del CCOM): TELEFÓNICA, TM y TME son parte de un mismo Grupo Empresarial, ya que TME es una sociedad dominada al 100 % por TM, matriz de la misma, y ésta es a su vez una filial al 92 % APROXIMADAMENTE (CONFIDENCIAL) de TELEFÓNICA; consecuentemente, TELEFÓNICA ostenta el pleno control de la operadora de telefonía móvil citada al ostentar la mayoría absoluta de los derechos de voto y de las facultades de nombramiento de los miembros de los órganos de administración y gobierno de TM, accionista único de TME.

En consecuencia, los derechos que tiene LA CAIXA en la sociedad dominante (indirectamente a través de sus dominadas- en TELEFÓNICA e indirectamente en TM) se entienden ostentados también en la sociedad dominada (TME).

Por lo demás, las conclusiones anteriormente expuestas respecto al pacto entre LA CAIXA y BBVA son extrapolables al presente supuesto.

Tercero.- LA CAIXA carece de participaciones directas en XFERA. No obstante, es accionista de ACESA, sociedad que es titular DE APROXIMADAMENTE UN 6 % (CONFIDENCIAL) del capital social y los derechos de voto de XFERA. Con el fin de determinar si existe participación indirecta de LA CAIXA en XFERA, ha de tenerse en cuenta el grado de control que LA CAIXA pueda ostentar en ACESA, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, y la normativa a que este precepto se remite:

1. LA CAIXA ostenta APROXIMADAMENTE UN 29 % (CONFIDENCIAL) del capital social y los derechos de voto de ACESA, como participación directa.
2. LA CAIXA es titular de APROXIMADAMENTE UN 49 % (CONFIDENCIAL) % de "HISUSA, HOLDING DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS URBANOS, S.A." (en adelante, HISUSA), que a su vez detenta APROXIMADAMENTE UN 10 % (CONFIDENCIAL) de ACESA. A fin de determinar la participación de LA CAIXA en ACESA, a través de HISUSA, han de tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:
 - LA CAIXA ostenta APROXIMADAMENTE UN 49 % (CONFIDENCIAL) de HISUSA, perteneciendo APROXIMADAMENTE UN 51 %



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(CONFIDENCIAL) a la Sociedad de nacionalidad francesa “SUEZ LYONNAISE DES EAUX” (en adelante, SUEZ). Ambas sociedades cogestionan HISUSA, en la medida en que cada una de ellas ha designado dos miembros de su órgano de administración (los cuales no han delegado ninguna de las facultades del Consejo; es decir, las decisiones de dicho órgano de gestión precisan del voto favorable de la mayoría absoluta de los Consejeros –*artículo 140.1 de la LSA*-, es decir, la aquiescencia de al menos tres Consejeros, que necesariamente han sido designados por ambos accionistas, por lo que se puede afirmar de LA CAIXA y del otro accionista de HISUSA, SUEZ, co-gestionan la sociedad HISUSA). De acuerdo con lo previsto en el artículo 34.3, letra c), del RD-Ley 6/2000, se presume que SUEZ actúa de forma concertada con LA CAIXA.

- Del mismo modo, LA CAIXA participa en el capital de SUEZ, con quien cogestiona HISUSA. De esta presencia accionarial triangular (LA CAIXA en HISUSA, LA CAIXA en SUEZ, y SUEZ en HISUSA) cabe nuevamente presumir actuación concertada (artículo 34.3, letra A, del mismo RD-Ley 6/2000).
- En la propuesta de resolución de la que se dio traslado a los interesados se afirmaba que HISUSA estaba integrada en el grupo empresarial encabezado por LA CAIXA, por cuanto LA CAIXA tenía la facultad de nombrar o destituir a la mitad de los miembros del órgano de administración de HISUSA (artículo 42.1, letra B, del CCOM, en relación con el artículo 4 de la LMV).

A este respecto, en el trámite de alegaciones, tanto LA CAIXA como HISUSA (que han presentado tales alegaciones a través de una misma persona física (CONFIDENCIAL), manifiestan que HISUSA pertenece, y así lo tiene declarado ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al grupo de SUEZ, no al de LA CAIXA.

Asimismo, afirman que no es correcta la afirmación de que LA CAIXA puede nombrar a la mayoría de los administradores de HISUSA, pues la mayoría son tres, y LA CAIXA sólo ha nombrado a dos.

Si bien es cierto que HISUSA no puede pertenecer simultáneamente a dos grupos, el de SUEZ y el de la CAIXA, y en este sentido han de estimarse las alegaciones formuladas por los interesados, no es menos cierto que del sistema de gestión de HISUSA debe deducirse el control que sobre la misma ostenta LA CAIXA. Como se indicó anteriormente en esta resolución, los supuestos de imputación de participaciones



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indirectas que establece el artículo 34 del Real Decreto-Ley no son taxativos, sino que se limitan a facilitar la prueba en los expedientes que se instruyan. Lo esencial en este tipo de procedimientos es la comprobación del grado real de control que una sociedad pueda tener en otra para deducir, en definitiva, el grado de control que pueda ostentarse sobre más de un operador principal de cada uno de los mercados de que se trate.

Por lo tanto, aún admitiendo que HISUSA no pertenece al grupo de LA CAIXA, de la dinámica de funcionamiento de su Consejo de Administración cabe deducir (según las reglas del criterio humano - artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-) una fundamental capacidad de decisión de ésta sobre aquélla. En efecto, LA CAIXA realmente ostenta de facto un derecho de veto a la hora de adoptar decisiones en el seno de HISUSA (como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 140.1 de la LSA prescribe que la adopción de acuerdos en el seno del Consejo de Administración –entre ellos la elección de representantes en otras entidades- precisan de la mayoría absoluta de los Consejeros, es decir, en el caso de HISUSA de 3 votos, por lo que necesariamente LA CAIXA ha de dar su visto bueno, y al menos uno de sus dos votos, para la toma de decisiones), y por analogía se debe entender que dicho derecho de veto, con el poder real de decisión que le otorga a LA CAIXA, puede tener, para determinadas decisiones, unos efectos equivalentes a ostentar la mayoría absoluta de los Consejeros en una sociedad; HISUSA no es, en definitiva, una sociedad controlada únicamente por SUEZ, sino co-gestionada por SUEZ y por LA CAIXA.

A los efectos que aquí interesan, teniendo en cuenta la concurrencia de las presunciones de las letras A) y C) del artículo 34 y el mecanismo descrito de funcionamiento del Consejo de Administración de HISUSA, cabe presumir actuación concertada en la gestión de esta sociedad entre SUEZ y LA CAIXA y, en consecuencia, cabe entender que LA CAIXA ostenta un control sobre HISUSA y, dada la ausencia de otros intereses de SUEZ en ACESA, esta sociedad coadyuva con ella en la formación de la voluntad de los órganos sociales de ACESA.

En consecuencia, hay que concluir que LA CAIXA ostenta indirectamente APROXIMADAMENTE UN 10 % (CONFIDENCIAL) del capital de ACESA a través de HISUSA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de lo anterior, esta Comisión entiende que la participación de ACESA en XFERA es íntegramente imputable a LA CAIXA, por las siguientes consideraciones:

1. LA CAIXA tiene una participación directa de APROXIMADAMENTE UN 19 % (CONFIDENCIAL) de ACESA y una participación indirecta de APROXIMADAMENTE UN 10 % (CONFIDENCIAL) (de la que nominalmente es titular HISUSA). Es, por tanto, el mayor accionista de ACESA.
2. Esta Comisión, en su facultad de interpretar y aplicar el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, entiende que ACESA forma parte del grupo empresarial encabezado por LA CAIXA, en la medida en que LA CAIXA controla ACESA, donde ha nombrado, directa e indirectamente la mayoría de los miembros del órgano de administración (artículo 4 de la LMV en relación con el artículo 42.1, letra B, del CCOM). En efecto, LA CAIXA ha nombrado directamente a 8 Consejeros de ACESA (CONFIDENCIAL); uno de ellos,... (CONFIDENCIAL), es el Presidente del Consejo de Administración de ACESA. Además, LA CAIXA ha nombrado indirectamente a otro Consejero de ACESA (a través de sus participaciones en otro accionista de ACESA: HISUSA, donde LA CAIXA ostenta el 49,00 % del capital, la mitad de sus Consejeros –2 de un total de 4- y consecuentemente su co-gestión, ha nombrado un Consejero en ACESA,... (CONFIDENCIAL); el hecho alegado por LA CAIXA de que este Consejero sea un directivo de SUEZ no exime a LA CAIXA de la responsabilidad y aquiescencia en su nombramiento, debido a la necesidad de que, como ya se ha mencionado anteriormente, y en base al artículo 140.1 de la LSA, al menos un Consejero de LA CAIXA en HISUSA haya dado su voto favorable al mismo, por lo que perfectamente puede entenderse que la representar en ACESA). Es decir, LA CAIXA ha nombrado directa e indirectamente a la mayoría absoluta (8+1, de un total de 17) de los Consejeros del Consejo de Administración de ACESA.

Es decir, la participación total de LA CAIXA en el capital social y los derechos de voto de ACESA asciende a APROXIMADAMENTE UN 39 % (CONFIDENCIAL), siendo LA CAIXA su accionista de referencia y de control al ostentar los derechos de voto que permiten poder nombrar directa e indirectamente a la mayoría absoluta de los Consejeros de ACESA; es decir, que LA CAIXA controla de hecho la gestión de ACESA.

Resumiendo, en el caso de la participación de LA CAIXA en XFERA a través de ACESA, es aplicable lo dispuesto en el artículo 34.Uno, último párrafo, y en el artículo 34.Tres, párrafo primero, del RD-Ley 6/2000 (que se remite al



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

artículo 4 de la LMV, y éste al artículo 42.1 del CCOM), ya que LA CAIXA y ACESA son parte de un mismo Grupo Empresarial, por ser ACESA una sociedad donde LA CAIXA es el mayor accionista (posee directa e indirectamente APROXIMADAMENTE UN 39 % -CONFIDENCIAL- de su capital), y tiene ésta el pleno control de la gestión de ACESA al ostentar las facultades de nombramiento de la mayoría absoluta de los miembros de sus órganos de administración y gobierno.

Es decir, que ACESA es una sociedad dominada por LA CAIXA, por lo que los derechos que tiene ACESA (sociedad dominada por LA CAIXA) en XFERA se entienden ostentados íntegramente por LA CAIXA (sociedad dominante de ACESA).

Dado que ACESA, a través de su sociedad filial al 100 % ACESA TELECOM, S.A., ostenta APROXIMADAMENTE UN 6 % (CONFIDENCIAL) del capital social y los derechos de voto de XFERA, y LA CAIXA controla a ACESA, la participación de ésta en XFERA se le imputa a la Caja de Ahorros de constante referencia en su totalidad, por lo que cabe concluir que LA CAIXA ostenta indirectamente, a través de su controlada ACESA, APROXIMADAMENTE UN 6 % (CONFIDENCIAL) del capital social y los derechos de voto de XFERA.

Por otra parte, consta en el expediente la existencia de un acuerdo de sindicación de acciones entre ACESA, SONERA y ACS (CONFIDENCIAL), por lo que, en aplicación de la letra C) del apartado 3 del artículo 34, cabría entender que las tres sociedades actúan de forma concertada y, en consecuencia, que habría de imputarse a ACESA (y, por tanto, a LA CAIXA) las participaciones de las otras dos sociedades en XFERA. No obstante, debe tenerse en cuenta que por acuerdo de este Consejo de 28 de junio de 2001 se acordó la inscripción en el Registro de Titulares de Licencias Individuales, de la transformación en sociedad de responsabilidad limitada de ACS y su posterior cambio de denominación social por la de ACS SONERA TELEFONIA MOVIL, S.A. y la transmisión de las acciones de SONERA HOLDING a la citada ACS SONERA TELEFONÍA MÓVIL. Esta sociedad se convierte en el mayor accionista de XFERA, con APROXIMADAMENTE UN 34 % (CONFIDENCIAL) de su capital social. Con estas operaciones, el peso relativo de ACESA en el citado acuerdo de accionistas (con APROXIMADAMENTE UN 6 % -CONFIDENCIAL- del capital social de XFERA y si es que el citado acuerdo subsiste a la fecha) es mínimo, y difícilmente podrá imponer su criterio en las decisiones que se adopten en el marco del citado acuerdo. En consecuencia, no cabe imputar a ACESA (ni indirectamente a LA CAIXA) la participación de ACS SONERA en XFERA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, ha de hacerse referencia a las alegaciones de LA CAIXA y de ACESA, en el sentido de cuestionar su capacidad de influir en XFERA al no tener una presencia directa ni en su accionariado ni en sus órganos de gobierno; como ya se ha señalado anteriormente, las participaciones ostentadas en los operadores principales no tienen por qué atribuir a sus titulares el control de los mismos para que sea aplicable la limitación del artículo 34 del Real Decreto-Ley. Es la propia Ley la que presume, como presunción *iuris et de iure*, la capacidad de influencia que otorga la titularidad de un porcentaje superior al 3% del capital del operador principal. Ello sin perjuicio de que, si esta Comisión entiende que esa capacidad de influencia es limitada, autorice el ejercicio pleno de los derechos de voto. Por tanto, es indiferente que ACESA controle la gestión de XFERA. En estos casos, lo relevante es la presencia de LA CAIXA (bien por sí, bien a través de ACESA) en dos operadores de telefonía móvil. Aunque no controle la gestión de ninguno de ellos, sí puede influir en la toma de decisiones concertadas en ambos.

Cuarto. Por último, LA CAIXA tiene de manera directa (a través de sus sociedades filiales Caixa Holding, S.A.U. y CaixaVida) APROXIMADAMENTE UN 5 % (CONFIDENCIAL) de ENDESA, sociedad que, a través de su sociedad filial al 100 % “ENDESA TELECOMUNICACIONES, S.A.” y otras filiales menores, posee APROXIMADAMENTE UN 28 % (CONFIDENCIAL) de AUNA, accionista mayoritario de AMENA con APROXIMADAMENTE UN 98 % (CONFIDENCIAL) de su capital social. En este sentido, respecto del control de AUNA sobre AMENA y de ENDESA sobre AUNA, cabe reproducir los fundamentos expuestos con anterioridad para concluir que no cabe imputar a LA CAIXA participación indirecta alguna en AMENA.

Quinto.- Resumiendo, la participación total de LA CAIXA en el capital social y en los derechos de voto de TME asciende a APROXIMADAMENTE UN 4 % (CONFIDENCIAL) (de manera indirecta, a través del APROXIMADAMENTE 4 % –CONFIDENCIAL- que posee en TELEFÓNICA), y en el capital social y los derechos de voto de XFERA asciende a APROXIMADAMENTE UN 6 % (CONFIDENCIAL) (indirectamente, a través del APROXIMADAMENTE 39 % -CONFIDENCIAL- que posee directa e indirectamente en ACESA). No cabe imputarle participación indirecta, sin embargo, en el capital social y los derechos de voto de AMENA (a pesar de su participación en ENDESA).

Es decir, LA CAIXA ostenta un porcentaje igual o superior al 3 % del capital social y los derechos de voto en TME y en XFERA.

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, las limitaciones y restricciones previstas en el mismo sí serían



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicables a LA CAIXA, ya que en la actualidad dicha Caja de Ahorros ostenta un porcentaje igual o superior al 3 % en dos operadores principales de telefonía móvil, TME y XFERA; por lo tanto, se cumple una de las premisas necesarias para que se apliquen las limitaciones en las participaciones accionariales y de derechos de voto establecidas en el artículo 34.Uno, párrafo primero, en dicho precepto de constante referencia.

II.4.3. La designación por parte de LA CAIXA de miembros en bs órganos de administración de sociedades operadoras principales en el mercado español de telefonía móvil.

Primero.- Respecto a las facultades para nombrar miembros de los órganos de administración de las sociedades operadoras de telefonía móvil mencionadas, el artículo 34.Uno, párrafo tercero, del RD-Ley 6/2000, establece que no se podrán designar ni directa ni indirectamente miembros de los órganos de administración de más de un operador principal en el mismo mercado (en este caso en el mercado de la telefonía móvil).

Segundo.- LA CAIXA, en ejercicio de los derechos inherentes a sus participaciones accionariales antes mencionadas, ha nombrado los siguientes miembros de los órganos de administración y gobierno de los operadores de telefonía móvil mencionados:

- En lo referente a TME, LA CAIXA ha designado Consejeros en TELEFÓNICA (accionista mayoritario, con APROXIMADAMENTE UN 92 % -CONFIDENCIAL-, de TM, que es el accionista único de TME), sociedad en la que ha designado dos Consejeros en su Consejo de Administración,... (CONFIDENCIAL), UNO DE ELLOS (CONFIDENCIAL) ESTÁ PRESENTE TAMBIÉN en el Consejo de Administración de TM.
- En lo referente a XFERA, LA CAIXA no ocupa en la actualidad de manera directa ningún puesto en su Consejo de Administración, pero sí en uno de sus accionistas, ACESA, donde, como ya se dijo, ha nombrado a la mayoría de los miembros de su Consejo de Administración; uno de ellos,... (CONFIDENCIAL), es el Presidente del Consejo de Administración de ACESA y... (CONFIDENCIAL), que tiene delegadas las facultades delegables del Consejo de conformidad con la legislación societaria vigente²⁰. Es decir, LA CAIXA ha nombrado directa e indirectamente a la mayoría absoluta (8+1, de un total de 17) de los Consejeros del Consejo de Administración de

²⁰ La delegación de facultades del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima en una Comisión Ejecutiva o en un Consejero Delegado se regula en el artículo 141 de la LSA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ACESA (controla ACESA), por lo que el Consejero que ACESA ha nombrado en los órganos de gobierno de XFERA se le imputa indirectamente a LA CAIXA.

- En AMENA, LA CAIXA tampoco ocupa directamente ningún puesto en su Consejo de Administración, y tampoco en su matriz AUNA ni en el accionista principal de ésta en el que participa directamente, ENDESA.

Tercero.- LA CAIXA manifiesta que los Consejeros antes mencionados (a excepción del Presidente de ACESA, que tiene delegadas las facultades delegables del Consejo) no ostentan derechos o poderes especiales, sino únicamente los generales inherentes a su condición de Consejero, de conformidad con el régimen común establecido por la legislación societaria vigente.

Sin embargo, en relación con los representantes concretos de LA CAIXA en ambas entidades, TELEFÓNICA y ACESA, hay que señalar que, por una parte, tiene una presencia directa en el Consejo de Administración de TELEFÓNICA a través de... (CONFIDENCIAL) y de TM, a través de UNO DE ELLOS... (CONFIDENCIAL). Y a su vez, tiene una presencia, indirecta, en XFERA a través del control de ACESA, cuyo Consejo de Administración domina y preside (en la figura de... CONFIDENCIAL); ACESA designa un Consejero en el Consejo de Administración de XFERA, ... (CONFIDENCIAL).

Además, es más que razonable pensar que en los órganos de gestión de las sociedades matrices referidas, TELEFÓNICA y ACESA, en las cuales participa LA CAIXA, los accionistas de las mismas –y entre ellos LA CAIXA- conozcan y, más aún, diseñen la estrategia empresarial de todas las sociedades del Grupo, por lo que la presencia de dicha Caja de Ahorros en el órgano de administración de TELEFÓNICA y de ACESA plantea los mismos problemas competitivos que si su presencia fuera directamente en el órgano de administración de los operadores TME y de XFERA, respectivamente.

Las decisiones estratégicas de TELEFÓNICA en TM y TME, y de ACESA en XFERA se adoptarán en el órgano principal de gestión de TELEFÓNICA y de ACESA, es decir, en sus respectivos Consejos de Administración, con presencia directa del mismo representante de LA CAIXA,... (CONFIDENCIAL) (que, recordemos, OSTENTA CARGOS SIMULTÁNEAMENTE EN DIFERENTES ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAIXA, TELEFÓNICA ACESA – CONFIDENCIAL-).

- **Cuarto.-** Aunque como ya se ha expuesto no se puede establecer que LA CAIXA participe de manera determinante en la administración y gestión de una o de varias empresas de las citadas, la presencia de LA



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CAIXA en las reuniones de los Consejos de Administración de ambas sociedades (TELEFONICA Y TM, por una parte, y XFERA por otra), puede suponer eventualmente un riesgo de que la información sensible (comercial e industrial) de una y otra sociedad pudiera fluir entre ellas, lo cual tendría consecuencias anticompetitivas que podrían repercutir en dos operadores principales (TME y XFERA), operadores que compiten entre sí en el mismo mercado.

En este sentido es conveniente señalar que, de conformidad con la LSA, los administradores sociales gozan de los derechos y facultades inherentes al cargo que ostentan, tales como la representación de la sociedad²¹, la asistencia a las Juntas Generales²² y a las reuniones del Consejo de Administración²³ (órgano en el seno del cual se tiene acceso a la información sensible de la empresa y se adoptan las principales decisiones de gestión y gobierno de la misma), así como el derecho de voto en la adopción de los acuerdos de éste último órgano²⁴, y potencialmente la ostentación de facultades delegadas del mismo²⁵, asimismo los administradores ostentan otras prerrogativas que también pueden afectar sustancialmente al desarrollo de las actividades sociales, en especial los derechos de impugnación de los Acuerdos Sociales de la Junta General de Accionistas²⁶, y el derecho de impugnación de los acuerdos de los órganos de administración y gobierno de la sociedad²⁷.

Respecto a las alegaciones de LA CAIXA y ACESA en el sentido de afirmar que Don/Doña... (CONFIDENCIAL) no está presente en XFERA y que, en consecuencia, no se produce la doble presencia antes citada, esta Comisión tiene que afirmar la realidad de dicha doble presencia de manera indirecta, puesto que si bien no está presente en el Consejo de Administración de XFERA, sí lo está en el de uno de sus accionista relevantes, ACESA, y dicho accionista relevante determina la actuación de ACESA en la Junta General de XFERA y la actuación del representante de ACESA en el Consejo de Administración de XFERA.

Quinto.- En definitiva, de los datos aportados por LA CAIXA se desprende que esta entidad ha nombrado directa o indirectamente Consejeros en dos operadoras de telefonía móvil: en TME (a través de los Consejeros designados

²¹ Artículo 128 de la LSA.

²² Artículo 104.2 de la LSA.

²³ Artículo 139 de la LSA.

²⁴ Artículo 140 de la LSA.

²⁵ Artículo 141 de la LSA.

²⁶ Artículo 117 de la LSA.

²⁷ Artículo 143 de la LSA; este derecho asiste a cualquier administrador, y respecto de cualquier órganos de administración y gestión de la sociedad (no es preciso que sea miembro del mismo).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en TELEFÓNICA, matriz del Grupo, y en TM, accionista único de dicha operadora) y en XFERA (a través del Consejero designado por ACESA, que es accionista de dicha operadora).

Además dicha presencia simultánea se realiza mediante la designación de la misma persona física, (CONFIDENCIAL), como representante de LA CAIXA en los órganos de administración de accionistas importantes de ambos operadores (EN LOS DE TELEFÓNICA Y EN LOS DE ACESA), lo cual supone un riesgo potencial de que la información sensible (comercial e industrial) de una y otra sociedad podría fluir entre ellas, lo cual pudiera llegar a tener eventualmente consecuencias anticompetitivas puesto que ambos operadores, de acuerdo con sus respectivos títulos habilitantes, pueden competir entre sí en el mismo mercado

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, las limitaciones previstas en el mismo sí serían aplicables a LA CAIXA en lo referente a sus participaciones en operadores de telefonía móvil, ya que en la actualidad ha nombrado miembros de los órganos de administración de más de un operador principal de servicios de telefonía móvil en el mercado nacional (en TME, a través de TELEFÓNICA y TM, y en XFERA, a través de ACESA). Por lo tanto, se cumple la premisa necesaria para que se apliquen las restricciones a la presencia en los órganos de administración de más de un operador establecidas en el artículo 34.Uno, párrafo tercero, de la norma legal de constante referencia.

II.5. La solicitud de LA CAIXA para obtener la autorización prevista en el artículo 34.Cinco del Real Decreto-Ley 6/2000

Primero.- LA CAIXA solicitaba en su escrito de 31 de enero de 2001 que, en el supuesto de que se estableciera por parte de esta Comisión la existencia de las incompatibilidades previstas en los Apartados Uno y Tres del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, se autorizase a la solicitante la compatibilidad del ejercicio de los derechos de voto y nombramiento de administradores correspondientes a sus participaciones societarias antes citadas, según lo dispuesto en el artículo 34.Cinco del mismo RD-Ley 6/2000.

A este respecto, y una vez establecido que LA CAIXA se ve afectada por las limitaciones establecidas en el artículo 34.Uno, párrafos primero y tercero, del citado RD-Ley 6/2000, en lo referente a sus participaciones en operadores principales de servicios de telefonía móvil, (puesto que dicha Caja de Ahorros supera el 3 % de participación en más de un operador de dicho mercado, concretamente en TME y en XFERA, y ha nombrado miembros de los órganos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de administración de esos mismos operadores principales, de sus sociedades matrices, o de sus accionistas de referencia), la CMT, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 34.Cinco de la misma norma legal, debe analizar si concurren o no en el mercado de referencia (en este caso el mercado nacional de telefonía móvil) causas que justifiquen el otorgamiento de la autorización solicitada, y en especial si dicha autorización favorece o no el intercambio de información estratégica entre ambos operadores, y si implicaría riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos.

Segundo.- Recordando la situación de hecho analizada, LA CAIXA ostenta directa e indirectamente más de un 3 % en el capital social y los derechos de voto de dos sociedades principales operadoras en el mercado de la telefonía móvil en España: en TME (con APROXIMADAMENTE UN 4 % - CONFIDENCIAL-) y en XFERA (con APROXIMADAMENTE UN 6 % - CONFIDENCIAL-), lo cual supone un incumplimiento de la limitación establecida por el artículo 34.Uno, párrafo primero, del artículo 34 del RD-Ley 6/2000.

Asimismo, LA CAIXA ha nombrado indirectamente administradores en los Consejos de Administración de los accionistas de referencia de esas mismas operadoras, TME (a través de TELEFÓNICA y TM) y XFERA (a través de ACESA), lo cual supone un incumplimiento de la restricción establecida por el artículo 34.Uno, párrafo tercero, del artículo 34 del RD-Ley 6/2000.

Esta situación supone, como ya se ha señalado anteriormente, un claro riesgo de que a través de dichos representantes de LA CAIXA en los órganos de gobierno de ambas sociedades la información sensible (comercial e industrial) de uno y otro operador podría fluir entre ellos, lo cual eventualmente podría tener consecuencias anticompetitivas (si diese lugar a prácticas concertadas de ambos operadores) o de deslealtad competitiva (si diese lugar a que un operador accediese a información sensible de otro competidor, asimismo con potenciales efectos anticompetitivos).

Tercero.- A continuación es necesario analizar si, a la vista de las circunstancias concurrentes y de lo establecido en el artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000, es procedente o no otorgar por parte de la CMT la autorización solicitada por LA CAIXA para poder mantener las participaciones citadas y los nombramientos de administradores sociales mencionados.

Dicho artículo 34.Cinco dispone que se podrá autorizar *“el ejercicio de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”.

Es decir, según este precepto, el otorgamiento de la autorización solicitada es potestad de la CMT, y para ello ha de tenerse en cuenta que con dicha autorización no debe facilitarse el intercambio de información estratégica ni la coordinación de conductas entre operadores principales que, en virtud de sus respectivos títulos habilitantes, pueden ser competidores entre sí en el mismo mercado (el mercado de servicios de telefonía móvil en España), un riesgo que, en el caso de LA CAIXA, existe en principio debido a que dicha entidad está representada en dos operadores principales de dicho mercado, y se agrava por el hecho de que la presencia en los órganos de administración de las sociedades dominantes de TME (TM y TELEFONICA) y de unos de los accionistas de XFERA se realiza a través de la misma persona física,... (CONFIDENCIAL). Por lo demás, el miembro del Consejo de Administración de ACESA en XFERA,... (CONFIDENCIAL), es directivo de aquella compañía.

Pero además, y de acuerdo con la misión general de esta Comisión de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado y de remover los obstáculos existentes para ello (artículos 1.Dos.1, y 1.Dos.2, letras c) y f), de la Ley 12/97), han de tenerse en cuenta otros factores, singularmente el hecho de que el mercado español de telefonía móvil, existe un factor adicional limitador de la competencia, esto es, el que la normativa sectorial de aplicación en el mercado de la telefonía móvil establece una situación oligopolística en razón del carácter de bien escaso que tiene el espectro radioeléctrico, escasez que actúa de barrera de entrada a dicho mercado y que obliga a un operador que pretenda prestar servicios de telefonía móvil a la previa obtención de una Concesión Administrativa de uso del Dominio Público Radioeléctrico. En tanto en cuanto no desaparezca dicha barrera de entrada (barrera tanto legal como tecnológica), y, consecuentemente, se modifique la normativa sectorial de aplicación citada, en dicho mercado habrá un número limitado y cerrado de operadores que puedan prestar servicios de telefonía móvil.

Por tanto, y puesto que el mercado español de telefonía móvil se encuentra condicionado por la citada regulación limitadora del número de operadores, y en una fase crítica de maduración y tránsito a una situación de mayor competencia efectiva, hay que evitar cualquier elemento *(como permitir a LA CAIXA el ejercicio simultáneo del derecho de voto por encima del 3 % en TME y en XFERA, o el nombramiento de administradores en ambas operadoras o en sus accionistas de referencia o de control)* que pueda conducir a un deterioro, siquiera mínimo, de las condiciones de competencia existentes entre los principales operadores del mismo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- En consecuencia, y con base a las razones expuestas, esta Comisión estima que no procede acceder a la solicitud de LA CAIXA, puesto que excepcionar la aplicación de la limitación en el ejercicio de los derechos de voto y de nombramiento de administradores previstas por el artículo 34.Uno, párrafos primero y tercero, del RD-Ley 6/2000, iría en detrimento de la competencia efectiva en el mercado español de telefonía móvil.

II.6. En lo referente a otras alegaciones efectuadas por LA CAIXA

Primero.- LA CAIXA alega en su escrito de 25 de junio de 2001 que en el Trámite de Audiencia no se le enviaron los Anexos I y II del Informe Preliminar de la CMT de 11 de junio de 2001 y que le causaba indefensión, pero realmente dichos Anexos eran únicamente resúmenes gráficos de la información expresada en el texto de dicho Informe (*concretamente de las participaciones directas e indirectas de LA CAIXA en los operadores y sociedades antes citados*), sin aportar realmente ningún dato nuevo, por lo que no se ha producido indefensión alguna ya que LA CAIXA ha conocido de todos los datos utilizados por esta Comisión (y plasmado en el Informe referido) para tramitar y resolver el presente procedimiento. Además, debe recordarse el derecho de LA CAIXA, reconocido en el artículo 35 de la LRJPAC, de acceder en todo momento al expediente administrativo.

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

RESUELVE

Primero.- Declarar que actualmente LA CAIXA no se ve afectada por ninguna de las limitaciones y restricciones establecidas en el artículo 34.Uno del Real Decreto-Ley 6/2000 en lo que se refiere al porcentaje de sus participaciones en el capital social y los derechos de voto de los operadores principales del mercado nacional de telefonía fija en los que directa o indirectamente ostenta participaciones de carácter financiero (TESAU, RETEVISIÓN y JAZZTEL, a través de sus accionistas TELEFÓNICA, ENDESA-AUNA y BANCO SABADELL, respectivamente), así como en la elección de miembros de los órganos de administración de los mismos, puesto que no supera ni directa ni indirectamente el 3 % en el capital social y derechos de voto en más de uno de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ellos (únicamente en TESAU), ni ha nombrado miembros de los órganos de administración en más de uno (sólo en TELEFÓNICA, accionista único de TESAU).

Segundo.- LA CAIXA sí se ve afectada por las limitaciones establecidas en el artículo 34.Uno, párrafo primero, del Real Decreto-Ley 6/2000, en lo que se refiere al porcentaje de sus participaciones en el capital social y los derechos de voto de los operadores principales en el mercado nacional de servicios de telefonía móvil, ya que supera el 3 % en el accionariado y los derechos de voto de dos de ellos, TME y XFERA, a través de sus accionistas de referencia TELEFÓNICA-TM (sociedad participada por LA CAIXA) y ACESA (sociedad dominada por LA CAIXA), respectivamente.

Asimismo, LA CAIXA también se ve afectada por las restricciones establecidas por el artículo 34.Uno, párrafo tercero, del Real Decreto-Ley 6/2000, en lo referente a sus derechos de designación de miembros de los órganos de administración de operadores principales de telefonía móvil, ya que ha nombrado miembros de los órganos de administración de TELEFÓNICA-TM y de XFERA.

Tercero.- Asimismo, y de acuerdo con los Fundamentos de Derecho expuestos en el Apartado II.5 de la presente Resolución, esta Comisión no estima procedente ejercer la potestad establecida por el artículo 34.Cinco del mismo Real Decreto-Ley 6/2000, por lo que en orden a garantizar y promover las condiciones de competencia efectiva en el mercado nacional de telefonía móvil, evitar eventuales intercambios de información estratégica entre operadores y la coordinación de sus estrategias, y en general para evitar eventuales efectos anticompetitivos en dicho mercado, se deniega la autorización solicitada por LA CAIXA para poder seguir ejerciendo con plenitud los derechos de voto y de nombramiento de miembros de los órganos de administración en ambos operadores principales de telefonía móvil (en TME y en XFERA –a través de su socios de referencia TELEFÓNICA-TM y ACESA, respectivamente-).

Cuarto.- En consecuencia, LA CAIXA está obligada a adaptar sus derechos de voto y su presencia actual en los órganos de administración de los operadores principales de telefonía móvil en los que participa, a las limitaciones establecidas por el citado artículo 34.Uno, párrafos primero y tercero, en relación con lo previsto en el párrafo final del artículo 34.Cuatro, del Real Decreto-Ley 6/2000 de constante referencia, que dispone que “En ningún caso podrá optarse por ejercer los derechos de voto en una de las sociedades que tengan 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”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, en el plazo de un mes desde la notificación de la presente Resolución, LA CAIXA deberá optar por ejercer sus derechos de voto por encima del 3% y de nombrar Consejeros en TME o en XFERA, comunicándolo a esta Comisión.

Esta opción se ejercitará en los siguientes términos:

- Si optase por ejercer sus derechos en TME:
 - ACESA sólo podrá ejercer derechos de voto en XFERA hasta el límite del 3%.
 - El miembro del Consejo de Administración de XFERA designado por ACESA deberá presentar su dimisión ante el citado Consejo de Administración en el indicado plazo de un mes.
- Si optase por ejercer sus derechos en XFERA:
 - LA CAIXA sólo podrá ejercer derechos de voto en TELEFONICA S.A. hasta el límite del 3%.
 - Los miembros de los Consejos de Administración de TELEFÓNICA y de TM designados por LA CAIXA deberán presentar su dimisión ante los citados Consejos de Administración en el indicado plazo de un mes.

Quinto.- Por su parte, los órganos rectores de la sociedad participada directa o indirectamente por LA CAIXA en la cual ésta decida no ejercer sus derechos de voto por encima del 3 % y de designación de miembros de sus órganos de administración en los términos expuestos en el apartado anterior, deberán aceptar incondicionalmente y facilitar por todos los medios a su alcance la materialización de las disposiciones de esta Resolución, y además deberán informar a todos los miembros de sus órganos de administración, así como a todos sus socios (en la próxima Junta General de Accionistas que se celebre), de la existencia y contenido de la parte dispositiva de la presente Resolución que les afecte y de las limitaciones y restricciones a las que estará sometida LA CAIXA en el futuro a la hora de ejercer sus derechos sociales. Este deber de información se extiende también, en su caso, al órgano de administración del operador de telefonía móvil (TME o XFERA) en que LA CAIXA decida la limitación de sus derechos de voto y de nombramiento de miembros de sus órganos de administración.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El incumplimiento de la presente Resolución puede ser considerado como infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

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

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

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes