

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ESTABLECEN Y HACEN PÚBLICAS, A LOS EFECTOS DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO, LAS RELACIONES DE OPERADORES PRINCIPALES EN LOS MERCADOS NACIONALES DE SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA Y MÓVIL

**ANME/DTSA/003/17/OPERADORES PRINCIPALES MERCADOS
TELFÓNICOS FIJO Y MÓVIL**

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 31 de octubre de 2017

Visto el expediente relativo a la determinación de las relaciones de operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil, con número de referencia ANME/DTSA/003/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil de acuerdo con los datos del ejercicio 2015

Con fecha 21 de junio de 2016, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) estableció la relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y de telefonía móvil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de

la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (RD-Ley 6/2000)¹, y en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en dicho artículo 34 del RD-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre (Reglamento del Procedimiento de Autorización), de acuerdo con los datos de tales mercados relativos al año 2015 que obran en poder de esta Comisión, con el resultado siguiente:

A) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija:

- Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica)
- Vodafone España, S.A.U. (Vodafone)
- Orange Espagne, S.A.U. (Orange)
- Euskaltel, S.A. (Euskaltel)
- Telecable de Asturias, S.A. (Telecable)

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

- Telefónica Móviles España, S.A.U. (Telefónica Móviles)
- Orange
- Vodafone
- Xfera Móviles, S.A. (Xfera)
- Lycamobile, S.L. (Lycamobile)

Dicha relación de operadores fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 22 de agosto de 2016, a los efectos de lo establecido en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización.

SEGUNDO.- Inicio y trámite de audiencia del procedimiento de determinación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y móvil

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y en el artículo 3.1 del Reglamento del Procedimiento de Autorización, y al amparo del artículo 58 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), mediante escrito de fecha 4 de octubre de 2017, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC procedió a iniciar de oficio el correspondiente procedimiento administrativo para establecer y hacer pública la relación de los operadores que tengan la consideración de principales en los

¹ Posteriormente convalidado mediante el Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000, modificado por la disposición adicional decimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, por la disposición adicional 4.1 de la Ley 17/2007, de 4 de julio, que modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y, por último, por el artículo 40 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

mercados de telefonía fija y móvil, en virtud de los datos de tales mercados del ejercicio 2016 que obran en poder de esta Comisión.

Asimismo, se comunicó a las partes interesadas el inicio del trámite de audiencia del procedimiento, notificándose el informe elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, a fin de que los interesados pudiesen efectuar alegaciones y aportar los documentos que estimasen convenientes al procedimiento.

En el citado informe, se definieron como operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija a Telefónica, Vodafone, Orange, Euskaltel y Colt Telecom España, S.A. (Colt); mientras que los operadores declarados como principales en el mercado nacional de telefonía móvil fueron Telefónica Móviles, Orange, MasMóvil Ibercom, S.A. (Masmóvil) y Lycamobile.

No se han presentado alegaciones al informe sometido al trámite de audiencia.

TERCERO.- Informe de la Sala de Competencia

El artículo 21.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC) determina que la Sala de Competencia emitirá informe con carácter preceptivo a la Sala de Supervisión, en los procedimientos previstos en los artículos 6 a 11 de esta Ley que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

En cumplimiento de lo establecido en dicho precepto, con fecha 26 de octubre de 2017, la Sala de Competencia de esta Comisión ha emitido informe sin observaciones a la propuesta de resolución del presente procedimiento.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto establecer y hacer pública la relación anual de operadores principales en los mercados de telefonía fija y móvil respectivamente, de forma que se apliquen a los accionistas directos e indirectos de dichos operadores principales, las limitaciones y restricciones previstas en los apartados uno y cuatro del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, así como las obligaciones previstas en el artículo 3.2 del Reglamento del Procedimiento de Autorización.

SEGUNDO.- Habilitación competencial

Junto con el objeto general de la CNMC, consistente en promover y garantizar el funcionamiento y la competencia efectiva en los mercados, el artículo 6.6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y el artículo 70.2.ñ) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) atribuyen a la Comisión la competencia para realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 34.dos del RD-Ley 6/2000 “[L]a Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones harán públicos por medios telemáticos el listado de operadores principales a los que se refiere este artículo”. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento del Procedimiento de Autorización “la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerán y harán pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados o sectores referidos en el artículo 34.dos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio. Dicha relación podrá ser modificada, en cualquier momento, durante el transcurso del año.”

Por ello, de conformidad con los preceptos anteriores y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC, y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las medidas limitativas que afectan a los operadores principales

El artículo 34 del RD-Ley 6/2000 establece determinadas limitaciones para 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 de entre los que se señalan en el número dos del propio artículo, en una proporción igual o superior al 3 por ciento del total. En concreto, dispone 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 de entre los que se señalan en el número siguiente 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.”

Ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente podrá ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por 100 del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en un mismo mercado o sector.

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 de entre los señalados en el número siguiente.

Igualmente ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los señalados en el número siguiente podrá designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector [...].”

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 “e”) y el de la “*telefonía fija*” (letra “f”). Asimismo, en dicho apartado se define el concepto de operador principal como “*cualquiera que, teniendo la condición de operador en dichos mercados o sectores, tenga una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión.*”

El artículo 34.Tres del mismo RD-Ley 6/2000 establece que “*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 Valores², así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión [...]*”, señalándose los supuestos en los que se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de actuación concertada.

En cuanto a las obligaciones inherentes a las personas físicas o jurídicas afectadas por las citadas limitaciones, el artículo 34.Cuatro (así como el artículo 3.2 del Reglamento del Procedimiento de Autorización) dispone que “*las personas físicas o jurídicas a las que se les impute el exceso referido en el número primero o la designación de miembros de órganos de administración en más de un operador principal comunicarán en el plazo de un mes desde que se produzca la referida circunstancia [...] a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [...] la sociedad respecto de la que se pretenda ejercer los*

² Derogada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. En este sentido, el artículo 5 de la citada norma se expresa en los mismos términos que la normativa anterior, remitiéndose a la definición de grupo de sociedades contenida en el artículo 42 del Código de Comercio.

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

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

El artículo 34.Cinco prevé una eventual excepción a dichas limitaciones al establecer que determinados organismos, entre los que se encuentra la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) –actualmente, la CNMC-, podrán 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 el artículo 34, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos.

Por su parte, el artículo 34.Seis, al referirse a los posibles incumplimientos de las restricciones establecidas, así como a la eventual imposición de sanciones señala que *“el incumplimiento de las restricciones impuestas en el número primero respecto del ejercicio de los derechos de voto o la designación de miembros de órganos de administración, siempre que no esté amparada en la excepción prevista en el número anterior, se considera infracción muy grave y se sancionará con multa de hasta cincuenta millones de pesetas, todo ello sin perjuicio de la suspensión automática a la que se refiere el número cuatro”*. Asimismo, el precepto dispone que *“serán responsables de las infracciones las personas físicas o jurídicas que adquieran las participaciones o designen miembros en los órganos de administración en contra de lo dispuesto en el número uno.”*

Seguidamente establece que la CNMC será competente para instruir los expedientes sancionadores en materia de incumplimiento de las restricciones establecidas en el artículo 34.Uno y de proponer al Ministro de Economía y Competitividad la sanción de dichos incumplimientos.

En ese sentido, el artículo 34.Siete dispone que la CNMC está legitimada, con carácter general y dentro de sus competencias, *“para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en este artículo.”*

Finalmente, el Reglamento del Procedimiento de Autorización prevé, en su artículo 3.1, que la CNMC establecerá y hará pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados de telefonía móvil y fija (artículo 34.Dos, letras “e” y “f”, del RD-Ley 6/2000, y artículo 1.2, letras “d” y “e”, del Reglamento del Procedimiento de Autorización), y que dicha relación podrá ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.

SEGUNDO.- Sobre la delimitación de los mercados de telecomunicaciones afectados por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000

En orden a efectuar la declaración anual de la relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y móvil, debe tenerse en cuenta tanto (i) la delimitación legal del mercado de producto, como (ii) el ámbito geográfico de los mercados de referencia.

En lo referente a la delimitación legal de los mercados de producto afectados por las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, éstos quedan expresamente determinados en el apartado dos del citado artículo, al establecer como mercados afectados por las limitaciones impuestas en dicho precepto el de la telefonía móvil y fija.

Es decir, serán designados como operadores principales los operadores que presten servicios de telefonía fija y de telefonía móvil que tengan una de las cinco mayores cuotas en cada uno de los dos mercados sectoriales de referencia.

Para la delimitación de los mercados de telefonía fija y móvil, haciendo un ejercicio similar a años anteriores, se han tenido en consideración los datos relativos al ejercicio 2016 facilitados por los operadores para la elaboración de las estadísticas trimestrales³ de las telecomunicaciones y del sector audiovisual que publica la CNMC⁴. Sin perjuicio de lo anterior, también se han tenido en cuenta las operaciones de concentración entre algunos operadores materializadas con posterioridad al periodo señalado, dado que de lo contrario no resultaría posible aplicar los preceptos y las obligaciones previstas en el RD-Ley 6/2000 a determinados operadores que *a priori* estarían incluidos en la relación de operadores principales.

Por su parte, respecto al ámbito geográfico de tales mercados, el artículo 34.dos del RD-Ley 6/2000 no fija un ámbito territorial concreto de manera expresa, por lo que se estima como más adecuado y pertinente tomar como referencia los mercados nacionales de ambos servicios, pues el carácter

³ En concreto, para computar la totalidad del ejercicio 2016 se han tenido en cuenta los datos extraídos de las estadísticas correspondientes al cuarto trimestre del año 2016.

⁴ Publicados en el portal <http://data.cnmc.es/datagraph/>

limitativo de la declaración como operador principal hace que su interpretación deba ser estricta.

Asimismo, esta Comisión, en el análisis ex ante de los mercados de telefonía fija y móvil⁵, tradicionalmente viene concluyendo que las condiciones de competencia en dichos mercados son lo suficientemente homogéneas en todo el territorio nacional, al no detectarse ámbitos inferiores al nacional en que las condiciones de competencia aplicables a estos servicios sean suficientemente distintas respecto al resto del territorio nacional, de forma que no se han regulado mercados con un ámbito territorial inferior al nacional.

TERCERO.- Sobre la delimitación del listado de operadores a los que se les atribuye la condición legal de operador principal en cada mercado de referencia

- a) Delimitación legal y de mercado del concepto de Operador Principal

El artículo 34.Dos del RD-Ley 6/2000 define el concepto de operador principal como *“cualquiera que, teniendo la condición de operador en dichos mercados o sectores, tenga una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión”*. Es decir, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto legal, ostentar la condición legal de operador principal es una cuestión fáctica que se adquiere ex lege por ser uno de los cinco operadores que ostenten una de las cinco mayores cuotas en los mercados de referencia.

En cuanto al aspecto subjetivo del concepto de operador principal, los cinco operadores principales han de ser personas físicas o jurídicas, tal y como señala el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000, pero hay que tener en cuenta que los grupos empresariales del sector de las telecomunicaciones frecuentemente operan en el mismo segmento de mercado a través de más de una sociedad operadora de telecomunicaciones, filial o participada mayoritariamente por la sociedad y/o operador matriz del grupo en cuestión.

Por este motivo, resulta necesario agregar a la cuota de la sociedad operadora matriz, las cuotas de mercado de todas las sociedades operadoras filiales de su grupo en relación con los servicios de los mercados analizados, para calcular su cuota de mercado real en dicho segmento de mercado y poder así obtener una imagen fiel de la posición de cada empresa en dicho mercado.

⁵ Por todas: Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 23 de septiembre de 2014, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes fijas, la designación de los operadores con poder significativo de mercado (PSM) y la imposición de obligaciones específicas ANME/D TSA/628/14/M3-3ªRONDA) y Resolución de la CMT de 10 de mayo de 2012, por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con PSM y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (MTZ 2011/2503).

Este proceso se lleva a cabo asimismo en los análisis de mercados de referencia ex ante⁶, interpretando reiterada jurisprudencia comunitaria de Derecho de la competencia. A este respecto, la CMT se pronunció en su momento sobre el concepto de unidad económica. Véanse al respecto las Resoluciones de 20 de mayo de 1999 y 8 de noviembre de 2000, sobre la Tarifa Plana de Terra, en las que se señala que “cuando un grupo de sociedades constituye una unidad económica, en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto de la sociedad matriz, existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones de derecho de la competencia”.

En esta misma línea, y refiriéndose a la doctrina existente en materia de defensa de la competencia, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación núm. 5965/2004), de 29 de enero de 2008, se señala lo siguiente en materia de quien puede tener la condición de operador principal y de cálculo de las cuotas de mercado a los efectos del RD-Ley 6/2000:

“(…) la interpretación literal del artículo 34 del RDL 6/2000 (in claris non fit interpretatio) no permite atribuir la condición de operador principal a un GRUPO y a todas las empresas integrantes del mismo. A todo lo largo del precepto, de extraordinaria amplitud, siempre se usan los términos de personas físicas o jurídicas, o sociedades -cuatro veces en el apartado Uno del art. 34 -, para designar al operador principal, y en ningún caso se refiere a éstos como conformadores de un Grupo, lo que implica su configuración individual y no agrupada, por la razón del propio sistema que quiere que las limitaciones establecidas sólo se impongan a cinco operadores principales, no a más, número que indudablemente se superaría en los casos de agrupamientos como el que ahora se examina, en los que los entes que forman el grupo son operadores en el campo de la telefonía fija, conforme a lo establecido en el artículo 17.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, vigente a la sazón.

El propio artículo 34 da pie a esa concepción individual del operador principal, cuando señala que “las prohibiciones establecidas en este número no serán de aplicación cuando se trate de sociedades matrices que tengan la condición de operador principal respecto de sus sociedades dominadas en las que concurra la misma consideración, siempre que dicha estructura venga impuesta por el ordenamiento jurídico o sea consecuencia de una mera redistribución de valores o activos ente sociedades de un mismo grupo”, regla que no tendría razón de ser, si la empresa dominada, siguiendo el criterio del acto recurrido, se hubiera integrado en un grupo designado como operador principal.

(…)

Al ser tan clara la dicción del art. 34 no caben otras interpretaciones finalísticas ni analógicas, pues si la voluntad del legislador hubiera sido otra habría expresamente mencionado a los Grupos de empresas como susceptibles de ser incluidas en la categoría de operador principal, al igual que lo ha establecido en

⁶ Véanse por ejemplo las Resoluciones citadas anteriormente (nota al pie 5).

tantos otros campos del ordenamiento jurídico, pues no puede pensarse que en el momento presente y en los ámbitos de que se trata, se hubiera omitido inadvertidamente una realidad que está patente en ellos. No puede, por otra parte, hablarse de fraude de ley, pues la verdadera finalidad del precepto es evitar la coordinación de conductas de grandes operadores-personas físicas o jurídicas-en el mercado, y pudiera ocurrir que mediante el sistema de Grupos se distrajese esa finalidad, que podría llevar a excluir a los que autónomamente con personalidad jurídica se encuentran entre los cinco principales”.

En definitiva, el Alto Tribunal considera que los grupos de sociedades como tales no pueden ser considerados “operadores principales”, y que ha de declararse como tales a personas jurídicas y sociedades individualizadas, ya sean de diferentes grupos o de un mismo grupo, en este último caso situándolas en apartados diferentes de la clasificación.

Sin embargo, esta conclusión podría suponer considerar como competidores a sociedades de un mismo grupo, lo que sería erróneo desde la perspectiva de defensa de la competencia y atendiendo a las consideraciones del propio Alto Tribunal en relación con la segunda cuestión objeto de casación. En concreto, al examinar dicha cuestión relativa al cálculo de la cuota de mercado, el Tribunal Supremo se expresó de la siguiente manera:

“La estimación del recurso de casación, permite examinar, ya como órgano judicial de primera instancia (art. 95.2.d LJ), la segunda perspectiva del problema a la que antes se hizo referencia, esto es, si para determinar el carácter de operador principal, debe computarse solo la cuota de mercado de la sociedad matriz, o deben tenerse en cuenta también las de los que constituyen el holding.

La respuesta debe ser afirmativa en consonancia con las corrientes dominantes en materia de la competencia, tan próximas al objetivo que se propone alcanzar el precepto indicado. Así, en primer lugar, el artículo 14 de la Directiva 2002/21/CE establece para determinar el peso significativo en el mercado de una empresa, no solo el suyo individualmente considerado, sino el conjunto con otras que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores. Es este el mismo criterio que ha venido a recogerse en cuanto a la definición de operador dominante, en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, en cuyo artículo 19 se añade una Disposición Adicional tercera al Real Decreto-ley 6/2000, incluyendo en su concepto a “empresa o grupo empresarial” que tenga una cuota de mercado superior al 10% en el sector de que se trate.

El propio precepto que se está examinando, viene a afirmarlo en su apartado Tres cuando señala que, “A los efectos previstos en este artículo, 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 este se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquéllas, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión”. [el subrayado es nuestro]

En conclusión, de acuerdo con la realidad empresarial y del mercado comentadas, así como con el espíritu y finalidad del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y haciendo compatibles ambos pronunciamientos del Tribunal Supremo, esta Sala considera que debe designarse como operadores principales a las empresas –personas jurídicas- con las cinco mayores cuotas de cada mercado, siguiéndose el criterio de designar como tales a las personas jurídicas de los grupos de sociedades cuya la cuota de grupo se encuentre entre las primeras cinco del sector de telecomunicaciones analizado.

Por ello, a efectos del cálculo de la cuota de mercado, deberá tomarse en consideración la cuota tanto de las sociedades matrices como de las filiales, dentro de un mismo grupo empresarial que carezcan de la suficiente individualidad propia como para poder ser consideradas operadores independientes en el mercado. Este será por ejemplo el caso de sociedades participadas al 100% por una sociedad matriz dentro de un mismo grupo de sociedades.

- b) El criterio del número total de líneas de abonados para determinar las cuotas de mercado.

Para la determinación de la cuota de mercado de los operadores mencionados, se puede atender a dos criterios: la cifra anual de facturación total o la cuota en términos de líneas (abonados), en los mercados minoristas del servicio telefónico fijo y móvil, respectivamente. Antiguamente, la CMT atendía –hasta la declaración de operadores principales del ejercicio de 2011- a la cifra anual de facturación total por prestación de servicios comerciales de telefonía fija y móvil⁷, puesto que la cifra resultante se consideraba el parámetro que reflejaba mejor la participación de un operador en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil.

No obstante, debe tenerse en cuenta que durante los últimos años han aumentado considerablemente el número de ofertas empaquetadas que incluyen conjuntamente servicios telefónicos fijos y móviles junto a servicios audiovisuales y de acceso a internet, sin que pueda distinguirse siempre en su facturación la cantidad correspondiente a los servicios telefónicos fijos y móviles en relación con el resto de servicios contratados por el abonado.

Por este motivo, en los últimos ejercicios se ha considerado más adecuado y pertinente utilizar el criterio del número de líneas de los abonados correspondientes a los servicios telefónicos fijo y móvil –aspecto que se tiene en cuenta en la presente propuesta, en relación con el año 2016-, por ser el parámetro que más fielmente refleja la participación real de un operador en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil.

⁷ Por todas, véase la Resolución que establece la relación de operadores principales en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil relativa al ejercicio 2011 (exp. RO 2012/1853).

- c) Los operadores principales de telefonía fija y móvil en el año 2016.

En aplicación de los criterios expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria ha determinado que, atendiendo a la cuota de mercado medida por el número de líneas totales correspondientes a los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil en el mercado español en el año 2016, y a partir de los datos obrantes en esta Comisión –véanse las estadísticas sobre las telecomunicaciones y el audiovisual correspondientes al cuarto trimestre de 2016-, los operadores que ostentan actualmente la condición legal de operadores principales de telefonía fija y móvil, por tener una de las cinco mayores cuotas del mercado de referencia, son los siguientes:

A) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija⁸ :

- Telefónica
- Vodafone
- Orange
- Euskaltel
- Colt Telecom España, S.A. (Colt)

B) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil⁹ :

- Telefónica Móviles
- Orange
- Vodafone
- MásMóvil Ibercom, S.A. (MásMóvil)
- Lycamobile, S.A. (Lycamobile)

Cumple señalar lo siguiente respecto a determinados operadores de la anterior relación:

- En relación con las compañías del Grupo Vodafone, en fecha 2 de julio de 2014, la Comisión Europea (CE) autorizó de manera incondicional la operación de concentración en virtud de la cual el Grupo Vodafone adquiriría al Grupo Corporativo ONO, S.A. Estas sociedades operaban en España a

⁸ Conforme a los datos disponibles en las estadísticas trimestrales -relativas al cuarto trimestre del ejercicio 2016-, las cuotas de líneas de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija son las siguientes: Telefónica, con un 50 %, Vodafone, con un 23 % (datos agregados de Vodafone y Vodafone ONO, S.A.); Orange, con un 20,7 % (datos agregados de Orange y Jazztel Telecom, S.A.); Euskaltel, con un 4,3 % (datos agregados de Euskaltel y Telecable de Asturias, S.A.); y Colt, con un **[CONFIDENCIAL] FIN CONFIDENCIAL**

⁹ Conforme a los datos disponibles en las estadísticas trimestrales -relativas al cuarto trimestre del ejercicio 2016-, las cuotas de líneas de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil son las siguientes: Telefónica Móviles, con un 29,8 %; Orange, con un 27,5 % (datos agregados de Orange y Jazztel); Vodafone, con un 25,6 % (datos agregados de Vodafone y Vodafone ONO); MásMóvil, con un 8,6 % (datos agregados de todas las empresas del grupo MasMóvil, incluyendo las cuotas de Xfera, Pepemobile, S.L., y More Minutes, S.L.); y Lycamobile, con un **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

través de las empresas Vodafone España. S.A.U. y Cableuropa, S.A.U. (actualmente Vodafone ONO, S.A.U.) respectivamente.

Así, tal y como se refleja en la propia decisión de la CE, Vodafone Holding Europe, S.L.U. (filial participada al 100% por Vodafone Group Plc) adquirió, tras la autorización de la operación de concentración, el 100% de las acciones de Grupo Corporativo ONO, S.A.¹⁰

Tras el cierre de dicha operación, se procedió a declarar el cambio de socio único de Grupo Corporativo ONO, S.A.U. a favor de Vodafone, convirtiéndose ésta en el actual accionista único del mencionado Grupo Corporativo ONO, S.A., que a su vez es el accionista único de Vodafone ONO.

En consecuencia, tanto Vodafone como Vodafone ONO se encuentran integradas en un mismo grupo empresarial a los efectos del artículo 42 del Código de Comercio, dado que la primera ostenta el control accionario de la segunda, a través de Grupo Corporativo ONO –control indirecto-, y además ambas dependen y están controladas por una misma sociedad dominante –Vodafone Group, Plc- que ostenta la totalidad de los derechos de voto de las dos sociedades mencionadas¹¹.

Por lo tanto, de conformidad con la mencionada anteriormente sentencia del Tribunal Supremo y el concepto utilizado de unidad económica, ha de computarse tanto la cuota de mercado de la sociedad matriz como las cuotas del resto de empresas del grupo que operen en dicho mercado. Por ello, a efectos de determinar el operador que debe ser designado como operador principal en cada uno de los mercados –fijo y móvil- y la posición que éste debe ocupar en los mismos, resulta necesario agregar las cuotas de Vodafone y Vodafone ONO y nombrar a Vodafone como un único operador principal en ambos mercados, toda vez que ésta¹² puede ejercer el control sobre Vodafone ONO.

- Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el 8 de febrero de 2016 Orange adquirió, mediante fusión por absorción¹³, al operador Jazz Telecom, S.A.U. (Jazztel), conllevando la mencionada operación tanto la extinción del segundo operador como la subrogación en sus derechos y obligaciones por parte de Orange.

¹⁰ Asunto M.7231 (2014/C 447/06).

¹¹ La sociedad Vodafone Group, Plc no opera en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil más que a través de sus filiales, por lo que de conformidad con el artículo 34.2 del RD-Ley 6/2000, ésta no podría ser considerada operador principal en dichos mercados.

¹² A tales efectos, deberá entenderse que las referencias a Vodafone incluyen en todo caso a otras sociedades participadas por Vodafone Group, Plc, y en particular a Vodafone ONO.

¹³ Autorizada con condiciones por parte de la Comisión Europea mediante Decisión de fecha 19 de mayo de 2015

Por tanto, a pesar de que Jazztel era uno de los operadores con mayor cuota de mercado por el número de líneas totales en los servicios de telefonía fija y móvil hasta esa fecha, su designación como operador principal respecto al ejercicio 2016 carecería de sentido al estar en la actualidad fuera del tráfico jurídico como sociedad extinta.

En consecuencia, esta Sala considera adecuado agregar las cuotas de dicho operador junto a las de Orange –al igual que se hizo para el ejercicio anterior (ver Antecedente Primero), en virtud de la citada subrogación derivada de la fusión entre ambos operadores.

- En lo referente a Euskaltel y a Telecable de Asturias, S.A. (Telecable), en el mercado de telefonía fija, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con los datos estadísticos del cuarto trimestre del ejercicio 2016, dichos operadores deberían ocupar los puestos cuarto y quinto respectivamente en función de sus cuotas en el mercado de telefonía fija –al igual que en el ejercicio anterior, véase el Antecedente Primero).

No obstante, con fecha 26 de julio de 2017 se completó la operación de adquisición del segundo –Telecable- por parte de Euskaltel¹⁴, por lo que teniendo en cuenta que los operadores Euskaltel y Telecable actualmente forman parte de un mismo grupo empresarial, esta Sala considera más adecuado designar como operador principal de telefonía fija únicamente a Euskaltel y no a Telecable -agregando la cuota de Telecable a la de Euskaltel-.

Como consecuencia, se incluye en la quinta posición de dicho listado al operador Colt.

- Por último, en relación con el Grupo MásMóvil, por una parte se tienen en cuenta las adquisiciones de Xfera (Yoigo)¹⁵ y de Pepemobile, S.L. (Pepephone)¹⁶ por parte de MásMóvil Ibercom, S.A. (MásMóvil) durante el ejercicio 2016, por lo que las cuotas de dichos operadores aparecen agregadas a la de MásMóvil.

Asimismo, se tiene en cuenta que con fecha 31 de enero de 2017, MásMóvil completó la adquisición del operador More Minutes Communications, S.L.

¹⁴ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por Euskaltel a la CNMV en dicha fecha. La adquisición del control exclusivo de Telecable por parte de Euskaltel fue autorizada previamente por la CNMC mediante Resolución de fecha 29 de junio de 2017 (C/0859/17 EUSKALTEL/TELECABLE DE ASTURIAS).

¹⁵ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por MásMóvil de fecha 6 de octubre de 2016. La adquisición de la operación de concentración fue autorizada previamente por la CNMC mediante Resolución de fecha 6 de septiembre de 2016 (C/0786/16 MASMOVIL/YOIGO).

¹⁶ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por MásMóvil de fecha 13 de septiembre de 2016.

(Llamaya)¹⁷, por lo que ambas forman parte del mismo grupo empresarial. En ese sentido, esta Sala considera que las cuotas de 2016 de Llamaya también deben agregarse a las de MásMóvil.

CUARTO.- Obligaciones derivadas de la declaración de la relación de operadores principales para los accionistas de los mismos

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

- a) Atenerse a las limitaciones y restricciones a sus derechos sociales establecidas en el artículo 34.uno del RD-Ley 6/2000.

Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado (el de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil) en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad.

Igualmente, las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de operador principal en el mercado de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil tampoco podrán ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por 100 del total del capital o de otros valores que le confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en el mismo mercado.

Por otra parte, 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 (el de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil).

Del mismo modo, las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de operador principal en el mercado de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil no podrán designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado.

Por último, debe tenerse en cuenta que el artículo 34.tres del mismo RD-Ley 6/2000 especifica una serie de presunciones legales de participación directa e indirecta, así como determinadas actuaciones que se presumen concertadas con los sujetos de la obligación de este artículo.

¹⁷ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por MásMóvil de fecha 31 de enero de 2017.

- b) Efectuar en plazo las comunicaciones a esta Comisión que se detallan en el artículo 34.cuatro del RD-Ley 6/2000, y en el artículo 3.2 del Reglamento del Procedimiento de Autorización.

Ambas normas disponen que las personas físicas o jurídicas a las que se les imputen las prohibiciones y limitaciones del apartado anterior, comunicarán a esta Comisión en el plazo de un mes desde que se produzca dicha circunstancia, la sociedad respecto de la que se pretenda ejercer los derechos de voto y/o designar miembros del órgano de administración sin restricción alguna.

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

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

En virtud de los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

PRIMERO.- Establecer y hacer pública la siguiente relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y de telefonía móvil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, y en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en dicho artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, de acuerdo con los datos relativos al año 2016 que obran en poder de esta Comisión:

A) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija:

- Telefónica de España, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.
- Orange Espagne, S.A.U.
- Euskaltel, S.A.

- Colt Telecom España, S.A.
B) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil:

- Telefónica Móviles España, S.A.U.
- Orange Espagne, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.
- MásMóvil Ibercom, S.A.
- Lycamobile, S.L.

Consecuentemente, a los accionistas directos e indirectos de dichos operadores principales les serán de aplicación, hasta tanto se proceda a la siguiente determinación anual, las limitaciones y restricciones previstas en los apartados uno y cuatro del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, así como las obligaciones previstas en el artículo 3.2 del citado Reglamento, señaladas en el fundamento cuarto de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Ordenar la publicación de la parte resolutoria de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado, para hacerla pública, a los efectos de lo establecido en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre. De forma adicional, esta Resolución se publicará en la página web de la CNMC, en cumplimiento del artículo 34.Dos *in fine* del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.