
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**OP/DTSA/001/20/OPERADORES
TELEFÓNICOS FIJO Y MÓVIL****PRINCIPALES****MERCADOS****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidente**

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez**Secretario**

D. Miguel Sánchez Blanco

En Madrid, a 22 de diciembre de 2020

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 OP/DTSA/001/20, 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 2018**

Con fecha 13 de noviembre de 2019, 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

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

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 2018 que obraban 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 España)
- Orange Espagne, S.A.U. (Orange)
- MásMóvil Ibercom, S.A. (Masmóvil)
- Euskaltel, S.A. (Euskaltel)

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

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

Dicha relación de operadores fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 14 de diciembre de 2019, a los efectos de lo establecido en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento de determinación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y móvil conforme a los datos del ejercicio 2019 y requerimiento de información a los operadores interesados

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 21 de septiembre de 2020, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC inició de oficio el correspondiente procedimiento administrativo para establecer y hacer pública la relación de los operadores que tengan la consideración de principales en los mercados de telefonía fija y móvil, en virtud de los datos de tales mercados del ejercicio 2019 que obran en poder de esta Comisión.

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.

Asimismo, mediante escritos de fechas 21 de septiembre y 7 de octubre de 2020 se comunicó a los interesados el inicio del expediente² y les fue requerida la siguiente información necesaria para la determinación y conocimiento del cumplimiento de las limitaciones y restricciones derivadas del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y del artículo 3.2 del Reglamento del Procedimiento de Autorización:

- *“Aporte una relación o listado de las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de su entidad en una **proporción igual o superior al 3 por 100 del total**, especificando la cuota de participación en el operador de cada uno de dichos accionistas.”*

TERCERO.- Contestaciones al requerimiento de información

Entre el 23 de septiembre y el 23 de octubre de 2020 tuvieron entrada en el registro de la CNMC los escritos de respuesta de los operadores³ al requerimiento de información mencionado en el apartado anterior.

CUARTO.- Trámite de audiencia

Con fecha 23 de noviembre de 2020, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a los interesados el informe elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran convenientes al procedimiento.

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

Ninguno de los anteriores interesados ha presentado alegaciones al informe sometido al trámite de audiencia.

QUINTO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

² La referencia del expediente inicial (ANME/DTSA/001/20), se ha modificado a partir del escrito de 7 de octubre de 2020 dirigido a Vodafone ONO, S.A.U., pasando a tener como número de referencia el siguiente (que sustituye al anterior): OP/DTSA/001/20

³ Los operadores que han contestado al requerimiento han sido Vodafone España, Masmóvil, Telefónica, Telefónica Móviles, Euskaltel y Vodafone ONO, S.A.U.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El artículo 6.6 de la 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 LCNMC 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.- 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.- 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 Valores^[4], así como los poseídos o*

⁴ 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

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 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*

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.

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 se establece que la CMT (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 (actualmente, al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital⁵) 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.

TERCERO.- 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 citados mercados.

En lo referente a la delimitación legal de los mercados de producto afectados por las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, estos 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 señalados.

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 2019 facilitados por los operadores para la elaboración del

⁵ Tras la reorganización ministerial operada por el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

Informe Económico Sectorial de las Telecomunicaciones y el Audiovisual 2019 – ESTAD/CNMC/003/20- aprobado por la CNMC el 24 de julio de 2020⁶.

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 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 móvil⁷, 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.

CUARTO.- 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 los operadores que ostenten las cinco mayores cuotas en los mercados identificados en dicha norma legal.

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

⁶ Publicados en el portal <http://data.cnmc.es/datagraph/>

⁷ Por todas: Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 25 de julio de 2019, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas al por mayor en redes telefónicas públicas individuales facilitadas en una ubicación fija (mercado 1/2014), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ANME/DTSA/003/18/M1-2014) y Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 18 de enero de 2018, por la cual se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (mercado 2/2014), 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 (ANME/DTSA/002/17/M2-2014).

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.

Este proceso se lleva a cabo asimismo en los análisis de mercados de referencia ex ante⁸. 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, 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 entre sociedades de un mismo grupo”, regla que no tendría razón de ser, si

⁸ Véanse por ejemplo las Resoluciones citadas anteriormente (nota al pie 7).

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 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 Tribunal Supremo 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 la aplicación de lo previsto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y atendiendo a las consideraciones del propio Tribunal Supremo 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 Comisión considera –como viene haciéndose en las últimas declaraciones anuales- 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 cuota de grupo se encuentre entre las primeras cinco del mercado 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.

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, actualmente -y tal y como se ha llevado a cabo 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 resolución, en relación con el año 2019.

- c) Los operadores principales de telefonía fija y móvil a partir de los datos del ejercicio 2019.

En aplicación de los criterios expuestos, esta Comisión 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 2019, y a partir de los datos obrantes en esta Comisión –datos aportados sobre los mercados referidos correspondientes al ejercicio 2019, utilizados en el Informe Económico Sectorial de las Telecomunicaciones y el Audiovisual-, 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 fija⁹ :

- Telefónica
- Vodafone ONO
- Orange
- Masmóvil
- Euskaltel

B) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil¹⁰ :

- Telefónica Móviles
- Orange
- Vodafone España
- Masmóvil
- Digi Spain

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 adquirió al Grupo Corporativo ONO, S.A. Estas sociedades operaban en España a través de las empresas Vodafone España, S.A.U. y Cableuropa, S.A.U. (actualmente Vodafone ONO) respectivamente.

⁹ Conforme a los datos disponibles, las cuotas de líneas de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija son las siguientes: Telefónica, con un 44,8 %, Vodafone, con un 22,3 %; Orange, con un 20,3 %; Masmóvil, con un 6,6 %; y Euskaltel con un 3,9 %.

¹⁰ Conforme a los datos disponibles, las cuotas de líneas de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil son las siguientes: Telefónica Móviles, con un 29,6%; Orange, con un 24,8 %; Vodafone, con un 21,4 %; Masmóvil, con un 15,9 %; y Digi Spain, con un 3,7 %.

Así, tal y como se refleja en la propia decisión de la CE, Vodafone Holdings Europe, S.L.U. –VHE- (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.¹¹

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

En consecuencia, en aquel momento tanto Vodafone España como Vodafone ONO se encontraban integradas en un mismo grupo empresarial a los efectos del artículo 42 del Código de Comercio, dado que la primera ostentaba el control accionario de la segunda, a través de Grupo Corporativo ONO (control indirecto), y además ambas dependían y estaban controladas por una misma sociedad dominante -VHE- que ostenta la totalidad de los derechos de voto de las dos sociedades mencionadas¹².

Por ello, en ejercicios anteriores se agregaron las cuotas de Vodafone España y Vodafone ONO, a efectos de determinar el operador que debía ser designado como operador principal en cada uno de los mercados –fijo y móvil- y la posición que éste debía ocupar en los mismos, nombrándose a Vodafone España como un único operador principal en ambos mercados, toda vez que ésta podía ejercer el control sobre Vodafone ONO.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta el escrito remitido por Vodafone ONO el 23 de octubre de 2020 en respuesta al requerimiento formulado por esta Comisión en sede del presente procedimiento, mediante el que aporta varias escrituras que recogen cambios posteriores en el accionista único de dicho operador.

Así, en la documentación remitida por Vodafone ONO se pone de manifiesto que, con fecha 9 de junio de 2017, Vodafone España dejó de ser el accionista único del Grupo Corporativo ONO, pasando a ser VHE.

Asimismo, con fecha 14 de diciembre de 2017 se formalizó la fusión por absorción del Grupo Corporativo ONO (sociedad absorbida) por VHE (sociedad absorbente), recogiendo el cambio de identidad del accionista único de Vodafone ONO mediante escritura de 31 de mayo de 2018.

Por último, Vodafone ONO señala en su escrito que, en la actualidad, dicho operador presta únicamente servicios de telefonía fija mientras que Vodafone España presta fundamentalmente servicios de telefonía móvil. Por ello,

¹¹ Asunto M.7231 (2014/C 447/06).

¹² La sociedad Vodafone Holdings Europe S.L.U. 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.

considera que Vodafone ONO debe figurar como operador principal en el mercado de telefonía fija en lugar de Vodafone España, manteniéndose esta última como operador principal en el mercado de telefonía móvil, sin perjuicio de la agregación de las cuotas que pueda corresponder en cada uno de estos mercados según lo dispuesto en el artículo 34.Tres del RD-Ley 6/2000.

En virtud de las anteriores modificaciones, así como de las alegaciones formuladas por Vodafone ONO y lo indicado por el Tribunal Supremo, se considera que deben agregarse las cuotas de Vodafone España y Vodafone ONO, dado que ambos operadores pertenecen a un mismo grupo empresarial, al tener como accionista único a la sociedad Vodafone Holdings Europe, S.L.U.

Asimismo, teniendo en cuenta por una parte que Vodafone España actualmente ha dejado de ser accionista único de Vodafone ONO y, por otra, que cada operador presta servicios principalmente en uno de los mercados afectados -Vodafone ONO en el mercado nacional de telefonía fija y Vodafone España en el mercado nacional de telefonía móvil-, se nombra a Vodafone España como operador principal únicamente en el mercado nacional de telefonía móvil, mientras que se designa a Vodafone ONO como operador principal en el mercado nacional de telefonía fija.

- En lo referente a Euskaltel, en primer lugar debe tenerse en cuenta que, con fecha 27 de noviembre de 2015 se completó la operación de adquisición de R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. (R Cable) por parte de Euskaltel¹³, por lo que actualmente forman parte de un mismo grupo empresarial. Del mismo modo, con fecha 26 de julio de 2017 se completó la operación de adquisición de Telecable de Asturias, S.A. (Telecable) por parte de Euskaltel¹⁴.

En consecuencia, teniendo en cuenta que los operadores Euskaltel, R Cable y Telecable actualmente forman parte de un mismo grupo empresarial, se considera adecuado designar como operador principal de telefonía fija únicamente a Euskaltel -agregando las cuotas de Telecable y R Cable a la de Euskaltel-, como se hizo en ejercicios anteriores.

- En relación con el Grupo MásMóvil, en primer lugar se tienen en cuenta las anteriores adquisiciones por parte de MásMóvil de los operadores Xtra

¹³ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por Euskaltel a la CNMV en dicha fecha. La concentración entre Euskaltel y R Cable fue autorizada previamente por la CNMC mediante Resolución de fecha 12 de noviembre de 2015 (C/0707/15 EUSKALTEL/R CABLE).

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).

Telecom, S.L.U.¹⁵, Xfera Móviles S.A. (Yoigo)¹⁶, Pepemobile, S.L. (Pepephone)¹⁷, More Minutes Communications, S.L. (Llamaya)¹⁸ y Lebara Limited (Lebara)¹⁹, que siguen prestando servicios –como empresas constituidas- en los mencionados mercados nacionales de telefonía fija y móvil.

Por otra parte, con fecha 12 de junio de 2020 se completó la operación de adquisición de Lycamobile por parte del Grupo Más Móvil²⁰, por lo que teniendo en cuenta que los operadores Lycamobile y MásMóvil actualmente forman parte de un mismo grupo empresarial, se considera más adecuado agregar la cuota de Lycamobile a la de MásMóvil, dado que carecería de sentido imponer obligaciones como operador principal a Lycamobile como había ocurrido en ejercicios anteriores si su cuota de líneas de telefonía móvil hubiese estado entre las cinco principales durante el año 2019.

En consecuencia, se han agregado las cuotas de los anteriores operadores (incluido Lycamobile) a la de MásMóvil y se ha designado a dicha entidad como un único operador principal en ambos mercados.

QUINTO.- 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

¹⁵ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por MásMóvil a la CNMV de fecha 4 de agosto de 2014. La adquisición de la operación de concentración fue autorizada por la CNMC mediante Resolución de fecha 5 de febrero de 2015 (C/0622/14 MASMOVIL IBERCOM / XTRA TELECOM, TECNOLOGIAS INTEGRALES y THE PHONE HOUSE).

¹⁶ 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).

¹⁷ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por MásMóvil de fecha 13 de septiembre de 2016.

¹⁸ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por MásMóvil de fecha 31 de enero de 2017.

¹⁹ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por MásMóvil de fecha 21 de noviembre de 2018.

²⁰ Ver la comunicación del hecho relevante efectuada por MásMóvil a la CNMV en dicha fecha. La adquisición del control exclusivo de Lycamobile por parte de Yoigo (cuyo accionista único es Masmóvil) fue autorizada previamente por la CNMC mediante Resolución de fecha 28 de mayo de 2020 (C/1110/20 XFERA/LYCA).

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.

- 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, sin haber obtenido la autorización previa otorgada por la CNMC a solicitud del interesado, conforme a lo dispuesto en el artículo 34.cinco del RD-Ley 6/2000 y en el Reglamento del Procedimiento de Autorización.

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.

SEXTO.- Participación en el capital o en los derechos de voto de los operadores principales de telefonía fija y móvil

Con fechas 21 de septiembre y 7 de octubre de 2020 se solicitó a los operadores con las cinco mayores cuotas en los mercados de telefonía fija y móvil²¹, que aportasen una relación de las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participasen en el capital o en los derechos de voto de su entidad en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, especificando la cuota de participación en el operador de cada uno de dichos accionistas.

Conforme a la información aportada por los operadores, debe señalarse lo siguiente:

- VHE es el accionista único (con el 100% de las participaciones sociales) en los operadores Vodafone España y Vodafone ONO.
- Telefónica, S.A. es accionista único (con el 100% de las participaciones sociales) en los operadores Telefónica de España y Telefónica Móviles.

Cabe destacar que tanto Vodafone España y Vodafone ONO, por un lado, como Telefónica de España y Telefónica Móviles, por el otro, se encuentran integradas en sendos grupos empresariales a los efectos del artículo 42 del Código de Comercio, dado que dependen de una sociedad matriz –VHE y Telefónica, S.A., respectivamente- que ostenta el control accionarial y la totalidad de los derechos de voto de dichos operadores.

No obstante, como ya se ha señalado en el apartado anterior, Vodafone España y Vodafone ONO actúan en diferentes mercados (móvil y fijo respectivamente), situación que se repite en el caso de Telefónica Móviles y Telefónica de España, por lo que no se ven afectadas por las limitaciones establecidas en el artículo 34.uno del RD-Ley 6/2000 al no tener, sus respectivas sociedades matrices, el control sobre varios operadores principales en un mismo mercado o sector.

Por otra parte, en relación con las participaciones indirectas, de la información publicada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)²² se ha comprobado que, entre los accionistas significativos de Telefónica, S.A. -con cuotas de derecho de voto por encima del 3 por 100- se encuentra la entidad

²¹ Conforme a los datos relativos al número de líneas totales correspondientes a los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil en el mercado español en el año 2019 que obran en poder de esta Comisión.

²² <https://www.cnmv.es/Portal/Menu/Registros-Oficiales.aspx>

Blackrock Inc., que a la fecha de la presente resolución, ostenta el 4,9% del total de derechos de voto²³.

En este sentido, se pone de manifiesto que en el informe financiero anual del año 2019 de MásMóvil -publicado en el sitio web de la CNMV- también aparecía Blackrock Inc entre los titulares directos e indirectos de participaciones significativas al cierre de dicho ejercicio, con el 5,21% del total de derechos de voto, si bien su cuota decreció hasta situarse por debajo del 3% a partir del 30 de julio de 2020, mientras que la cuota de participación de Blackrock Inc. en Telefónica, S.A. osciló entre el 4,9% y el 5,2% durante el mismo periodo.

En consecuencia, sin perjuicio del análisis adicional que pueda llevar a cabo la CNMC en el ejercicio de sus competencias, se recuerda a los interesados que, en la medida en la que haya personas físicas o jurídicas que participen directa e indirectamente en más del 3 por ciento del capital o los derechos de voto de dos operadores principales del mismo mercado, deben efectuar las comunicaciones a esta Comisión que se detallan en el artículo 34.cuatro del RD-Ley 6/2000 y, en el caso en que quieran ejercer sus derechos en más de un operador principal en un mismo mercado afectado, solicitar la autorización prevista en el artículo 34.5 de dicha norma, conforme a lo establecido en el artículo 3.2 del Reglamento del Procedimiento de Autorización.

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 2019 que obran en poder de esta Comisión:

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

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

²³ Total que incluye el tanto por ciento de derechos de voto atribuidos a las acciones y el tanto por ciento de derechos de voto a través de instrumentos financieros.

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
- Digi Spain Telecom, S.L.U.

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 quinto 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, en aplicación 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.