

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE INADMITE LA SOLICITUD DE MASMOVIL
IBERCOM, S.A.U. (MÁSMÓVIL) Y SE PROCEDE AL ARCHIVO DEL
EXPEDIENTE****OP/DTSA/001/21/MÁSMÓVIL - EUSKALTEL****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**Secretaria**D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 24 de junio de 2021

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº OP/DTSA/001/21, 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 2019**

Con fecha 22 de diciembre de 2020, 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, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre (Reglamento del Procedimiento de Autorización).

¹ Posteriormente convalidado mediante el Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000.

Dicha declaración se estableció de acuerdo con los datos de los mercados citados relativos al año 2019 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.
- Vodafone ONO, S.A.U.
- Orange Espagne, S.A.U.
- MásMóvil Ibercom, S.A. (MásMóvil)
- Euskaltel, S.A. (Euskaltel)

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
- Digi Spain Telecom, S.L.U.

SEGUNDO.- Solicitud de autorización por parte de MásMóvil

Con fecha 30 de marzo de 2021, ha tenido entrada en el registro de la CNMC escrito de MásMóvil mediante el cual solicita a la CNMC su autorización, conforme a lo previsto en el artículo 34.5 del RD-Ley 6/2000, para ejercer las siguientes facultades:

- *“ejercer, a través de KAIXO, los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por 100, y hasta el porcentaje que resulte de la eventual liquidación de la Oferta -y, en su caso, del eventual ejercicio de los derechos de compra y/o venta forzosa previstos en el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores-, del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de EUSKALTEL*
- *designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de EUSKALTEL.”*

TERCERO.- Comunicación del inicio del procedimiento

Con fecha 4 de mayo de 2021 se comunicó a MásMóvil y Euskaltel el inicio del procedimiento administrativo de autorización, regulado en el artículo 34.5 del RD-Ley 6/2000, conforme a la solicitud presentada por MásMóvil y a lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Asimismo, en el mismo acto se comunicó a ambos interesados la suspensión del plazo máximo para resolver dicho procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la LPAC, por el tiempo que mediase entre la notificación del inicio del presente procedimiento y la resolución por parte de la CNMC de la operación de concentración comunicada por MásMóvil a la Comisión.

CUARTO.- Autorización de la operación de concentración entre MásMóvil y Euskaltel

Mediante Resolución de fecha 16 de junio de 2021², la Sala de Competencia de la CNMC autorizó la adquisición del control exclusivo de Euskaltel por parte de MásMóvil, en aplicación del artículo 57.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

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 resolver la solicitud de MásMóvil para que, teniendo en cuenta la operación de concentración entre dicho operador y Euskaltel y a pesar de que ambos tienen la condición de operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija, se autorice a MásMóvil tanto al ejercicio de los derechos de voto de Euskaltel en una cuota de participación igual o superior al 3 por 100 como a la designación de los miembros de sus órganos de administración.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable

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.

A tal efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, y en el artículo 3.1 del Reglamento del Procedimiento de Autorización, la CNMC establece anualmente la relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y de telefonía móvil, cuya designación acarrea para sus accionistas directos e indirectos, una serie de limitaciones y restricciones previstas en los apartados uno y cuatro del citado artículo 34 del RD-Ley 6/2000, así como las

² C/1181/21 MASMOVIL / EUSKALTEL

obligaciones previstas en el artículo 3.2 del Reglamento del Procedimiento de Autorización.

No obstante, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000, la CNMC puede autorizar excepcionalmente *“el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, (...)”*.

Asimismo, el artículo 34.Siete del RD-Ley 6/2000 manifiesta que *“(l)a Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones están legitimadas, dentro de sus respectivas competencias, para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en este artículo”*.

Por último, 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, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el procedimiento para otorgar la autorización solicitada

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.

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.”

Los mercados afectados por las limitaciones mencionadas se delimitan en el artículo 34.Dos, entre los que se encuentran el de la “*telefonía portátil*” (letra “e”) y el de la “*telefonía fija*” (letra “f”), siendo MásMóvil y Euskaltel operadores principales del mercado de la telefonía fija, de conformidad con la Resolución de 22 de diciembre de 2020 (Antecedente Primero).

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 Valores³, 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 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

³ 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.

de operador principal en un mismo mercado o sector y que hayan sido designados por una misma persona. (...)

El artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000 prevé una eventual excepción a las limitaciones y restricciones mencionadas. Así, dicho apartado establece que previa solicitud por parte de las personas físicas o jurídicas afectadas, la CNMC podrá autorizar, en el ámbito de sus competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración de los operadores de telecomunicaciones afectados por el artículo 34, **“siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”**, según indica el precepto indicado.

Por su parte, el Reglamento del Procedimiento de Autorización regula la forma y el procedimiento de concesión de las autorizaciones previstas en el apartado cinco del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, estableciendo el artículo 7 del Reglamento, entre otras cuestiones, la posibilidad de subordinar el otorgamiento y la vigencia de las autorizaciones al cumplimiento de las condiciones que expresamente se establezcan por parte de la CNMC.

Por último, el artículo 4 del mencionado Reglamento remite, para la tramitación de los restantes aspectos del otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones, a la normativa general del procedimiento administrativo.

SEGUNDO.- Inadmisión de la solicitud de MásMóvil

Tal y como se indica en el Antecedente Primero, a la fecha de la presente Resolución, MásMóvil y Euskaltel ocupan respectivamente las posiciones cuarta y quinta como operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija, de conformidad con la Resolución de 22 de diciembre de 2020, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, que establece la relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y de telefonía móvil vigente.

El 28 de marzo de 2021, MásMóvil anunció su oferta pública de adquisición, a través de Kaixo Telecom, S.A.U. (Kaixo) como sociedad participada al 100% por MásMóvil, de la totalidad de las acciones representativas del capital social de Euskaltel, condicionando la efectividad de la misma tanto a la aceptación de la oferta por los titulares de valores de Euskaltel en el porcentaje establecido en la oferta, como a la obtención de las autorizaciones, no oposición o verificación administrativa por parte de diversos organismos en sus respectivos ámbitos, entre los que se encuentran la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, o la propia CNMC.

Así, por una parte, MásMóvil notificó a la CNMC la operación de concentración entre ambos operadores, con el fin de obtener la autorización de este organismo

para la adquisición del control exclusivo de Euskaltel por parte de MásMóvil, en aplicación del artículo 57.2.a) de la LDC.

Por otra parte, MásMóvil también solicitó a la CNMC su autorización, conforme a lo previsto en el artículo 34.5 del RD-Ley 6/2000, para ejercer indirectamente (a través de Kaixo), las facultades siguientes:

- Ejercer sus derechos de voto sobre Euskaltel en una cuota de participación superior al 3 por 100, y hasta el porcentaje que resulte de la eventual liquidación de su oferta pública voluntaria de adquisición -y, en su caso, del eventual ejercicio de los derechos de compra y/o venta forzosa previstos en el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores-, del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de dicho operador.
- Designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de Euskaltel.

En dicha solicitud, MásMóvil indica que *“a los efectos de lo dispuesto en el apartado quinto del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, se pone de manifiesto que la eventual liquidación de la Oferta implicará que materialmente exista un solo operador y, por tanto, dejarán de existir riesgos de competencia derivados de (a) el intercambio de información estratégica, o (b) la coordinación de comportamientos estratégicos.”*

En este sentido, en tanto en cuanto no se modifique la relación de operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija vigente, MásMóvil y Euskaltel siguen teniendo la condición de operadores principales en dicho mercado, y, una vez se perfeccione la operación pública de adquisición anunciada, MásMóvil tendrá la capacidad de: (i) ejercer los derechos de voto de Euskaltel en una cuota de participación igual o superior al 3 por 100 y de (ii) designar a los miembros de sus órganos de administración.

Como se desprende de lo anterior, debe señalarse que no se ha producido la circunstancia que origina la aplicación del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, esto es, no se ha perfeccionado todavía la operación anunciada. Sin embargo, se analiza con carácter preventivo la solicitud presentada por MásMóvil, procediendo a efectuar las siguientes consideraciones.

Tal como se ha señalado en el Antecedente de hecho Cuarto de la presente resolución, la operación de concentración entre MásMóvil y Euskaltel ha sido autorizada en fecha 16 de junio por Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC. La CNMC ha autorizado la concentración en primera fase y sin compromisos de las empresas interesadas.

Teniendo en cuenta el contenido del artículo 34, apartados 1 y 5, del RD-Ley 6/2000, carecería de sentido emitir una autorización que tuviera que prevenir que no se favorezca “*un intercambio de información estratégica ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos*”, dado que ambos operadores formarán parte de un mismo grupo empresarial y en la autorización de la operación de adquisición no se han incluido condiciones adicionales (compromisos de las partes), por no plantear la operación problemas significativos para la competencia.

En consecuencia, una vez se cumplan los restantes requisitos a los que se condiciona la oferta para que se complete la adquisición de Euskaltel por parte de MásMóvil, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC considera compatible el ejercicio de las mencionadas facultades por parte de MásMóvil, con la condición de operador principal que ostentan ambos operadores en el mismo mercado. Así, no es necesario otorgar la autorización solicitada por MásMóvil, conforme a lo establecido en el artículo 34.5 del Real Decreto-ley 6/2000, puesto que la operación de concentración ha sido previamente autorizada por la CNMC sin condiciones, de acuerdo con la LDC.

A partir del momento en el que se perfeccione la adquisición, esta CNMC reflejará la situación real de dichos operadores en la siguiente relación de operadores principales, procediéndose a la agregación de la cuota de Euskaltel a la de MásMóvil, -dado que ambos operadores formarán parte de un mismo grupo empresarial- y se designará como operador principal de telefonía fija únicamente a MásMóvil, como se ha hecho hasta la fecha ante operaciones de concentración de operadores principales en los mercados de telefonía fija o móvil⁴.

En atención a las circunstancias anteriores, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC considera que ha de concluirse el presente procedimiento, inadmitiendo la solicitud presentada, de acuerdo con el artículo 88 de la LPAC, al no haberse perfeccionado aún la operación anunciada por MásMóvil y no resultar necesario otorgar una autorización adicional a la de la operación de concentración ya obtenida.

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

ÚNICO.- Inadmitir la solicitud presentada por MásMóvil Ibercom, S.A. referida en el antecedente segundo de esta resolución y proceder al archivo del expediente.

⁴ Ver por todas la Resolución de 22 de diciembre de 2020, indicada en el Antecedente Primero.

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.