

RESOLUCIÓN

EXPEDIENTE XFERA

(SNC/DC/144/22)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D.^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D.^a María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente de referencia incoado por la Dirección de Competencia (**DC**) contra XFERA MÓVILES, S.A.U. (**XFERA**), por el incumplimiento de la obligación de notificar a la CNMC una concentración económica que supera los umbrales establecidos en el artículo 8.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), con carácter previo a su ejecución.

TABLA DE CONTENIDO

I. Antecedentes	3
II. Las partes	5
III. HECHOS ACREDITADOS	6
III.1. La operación de concentración fue ejecutada el 15 de diciembre de 2020.....	6
III.2. La operación era de notificación obligatoria.....	7
III.2.A. Adquisición de ALMA TELECOM S.L	7
III.2.B. Presencia en el mercado mayorista de terminación de llamadas en la red fija de ALMA TELECOM S.L.....	7
III.2.C. Ingresos de ALMA TELECOM en el mercado de terminación de llamadas en su red fija individual.....	9
IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO	12
IV.1. [PRIMERO] Habilitación competencial y objeto del expediente.....	12
IV.2. [SEGUNDO] Tipificación de la conducta	12
IV.2.A. Principios generales.....	12
IV.2.B. Sobre el mercado en el que se produce la operación de concentración.....	13
IV.2.C. Sobre la obligación de notificar la operación de concentración	15
IV.2.D. Sobre los efectos de la operación	21
IV.3. [TERCERO] Culpabilidad e individualización	22
IV.4. [CUARTO] Determinación de la sanción	26
V. RESUELVE.....	28

I. ANTECEDENTES

- (1) El 26 de enero de 2021¹, la Dirección de Competencia tuvo conocimiento de una operación de concentración por la que XFERA MOVILES S.A.U habría adquirido el control exclusivo de INVERSIONES LOCUA S.L. (en adelante GRUPO AHÍ+)².
- (2) La Dirección de Competencia abrió diligencias previas (**DP/ACP/077/21**) con el fin de conocer si en dicha operación podrían concurrir circunstancias para la notificación obligatoria de la operación en España de acuerdo con el artículo 9 de la LDC.
- (3) En el marco de dichas diligencias previas se realizan varias solicitudes de información a MASMOVIL IBERCOM S.A. los días 6 de octubre, 3 de noviembre y 9 de diciembre de 2021 y 17 de enero y 22 de febrero de 2022, cuyas respuestas tuvieron entrada los días 28 de octubre, 17 de noviembre y 23 de diciembre de 2021 y 7 de febrero y 15 de marzo de 2022 respectivamente³.
- (4) Según la información que obra en el expediente de diligencias previas, una de las empresas del grupo adquirido, ALMA TELECOM S.L.⁴, dispondría de una cuota del 100% en el mercado mayorista de servicios de terminación de llamadas en su red fija.
- (5) El 29 de marzo de 2022⁵ y a la luz de la información aportada, la Dirección de Competencia requirió a MASMOVIL IBERCOM S.A. (en adelante MASMOVIL) que notificara la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo por parte de XFERA MOVILES S.A.U del GRUPO AHÍ+ por

¹ Folios 16-299.

² INVERSIONES LOCUA lo conforman Spotting Brands Technologies S.L, Red LTE MM S.L, TV Alcantarilla Comunicaciones S.L, Oriol Fibra S.L, y Ahimas Nash S.L; en adelante GRUPO AHÍ+. INVERSIONES LOCUA S.L (GRUPO AHÍ+) es un grupo de sociedades españolas compuesto por distintos operadores de telecomunicaciones que ofrecen en zonas rurales, según los casos, servicios de internet de alta velocidad, telefonía móvil y fija, televisión y soluciones de conectividad. El GRUPO AHÍ+ dirige su actividad de forma más concreta a las poblaciones de menos de 25.000 habitantes.

³ Folios 300-1182, 1734 – 1735, 2086-2227.

⁴ ALMA TELECOM S.L, era, en el momento de la ejecución de la operación, una operadora de telecomunicaciones del GRUPO AHÍ+ (sociedad de la empresa SPOTTING BRAND TECHNOLOGIES S.L adquirida en la operación de concentración C/1292/22) que se creó a principios de 1995 con el objetivo de llevar la televisión por cable a Almansa (Albacete). A partir de 2000 evolucionó para ofrecer todos los servicios de telecomunicaciones, incluida la telefonía fija, para la cual contaba al menos hasta 2021 con dos bloques de numeraciones geográficas asignadas en Valencia y Albacete. Actualmente es un operador extinguido, ya que se canceló en el registro por la resolución RO/DTSA/0284/22 de 27/06/2022, por una fusión por absorción por parte de SBT comunicada el 8/04/2022 a la CNMC.

⁵ Folios 1736-1738.

superar el umbral del artículo 8.1.a) de la LDC, ajustándose al formulario recogido en el Anexo II del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

- (6) El 28 de abril de 2022⁶ tuvo entrada en la CNMC la notificación por parte de XFERA MOVILES S.A.U (XFERA) de la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de XFERA del control exclusivo del GRUPO AHÍ+ mediante la compra del 100% del capital social de INVERSIONES LOCUA S.L (expediente **C/1292/22**).
- (7) Por Resolución de 18 de mayo de 2022⁷, en aplicación del artículo 57.2.a) de la LDC, el Consejo de la CNMC **autorizó en primera fase** la operación de concentración.
- (8) El 1 de junio de 2022⁸ la Dirección de Competencia realizó en el marco de las diligencias previas requerimientos de información a los operadores de telecomunicaciones ORANGE, TELEFÓNICA y VODAFONE con los que la operadora ALMA TELECOM S.L tendría suscritos acuerdos de interconexión para las llamadas de telefonía fija. Las respuestas tuvieron entrada los días 10, 16 y 22 de junio de 2022 respectivamente⁹. El 7 de julio de 2022¹⁰ se realizó a ORANGE una reiteración de información cuya respuesta tuvo entrada el 29 de julio de 2022¹¹.
- (9) Con base en la Resolución del Consejo y la información que obra en los expedientes (DP/ACP/077/21 y C/1292/22), la Dirección de Competencia acordó, el 29 de septiembre de 2022¹², **la incoación de expediente sancionador** contra XFERA por la posible comisión de la infracción prevista en el **artículo 62.3.d)** de la LDC¹³, por incumplimiento de la obligación de notificación establecida en el artículo 9 de dicha Ley.

Este acuerdo de incoación dio lugar al inicio del expediente número **SNC/DC/144/22**. El 29 de septiembre de 2022 se notificó el acuerdo de incoación a XFERA al objeto de que pudieran presentar alegaciones frente a los cargos

⁶ Folios 1237-1702.

⁷ Folios 1704-1718.

⁸ Folios 1183-1198.

⁹ Folios 1201-1221.

¹⁰ Folios 1222-1226.

¹¹ Folios 1228-1234.

¹² Folios 1-4.

¹³ Actual 62.3.b) tras la modificación operada por el artículo 1.11 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que no alteró la literalidad del precepto.

formulados por la CNMC¹⁴, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 y siguientes de la Ley 39/2015.

- (10) Por otra parte, los días 29 y 30 de septiembre y 26 de octubre de 2022¹⁵, se incorporó al expediente de referencia, por ser de interés para su tramitación, determinada documentación que obraba en el expediente de concentración (C/1292/22) y en las diligencias previas correspondientes (DP/ACP/077/21), tras haberse realizado un trámite de alegaciones a las notificantes.
- (11) El 21 de octubre de 2022 tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones de XFERA a la incoación del expediente sancionador de referencia¹⁶.
- (12) El 17 de noviembre de 2022 **la Dirección de Competencia formuló propuesta de resolución** en la que proponía sancionar a XFERA con un importe de 1.500.000 euros, como responsable de una infracción grave del artículo 62.3.d) de la LDC consistente en la adquisición del control exclusivo del GRUPO AHÍ+.
- (13) El 12 de diciembre de 2022 tuvieron entrada en el registro de la CNMC las **alegaciones de XFERA a la propuesta de resolución**.
- (14) El 15 de diciembre de 2022 la Sala de Supervisión Regulatoria de esta Comisión ha aprobado informe sobre el presente procedimiento sancionador.

II. LAS PARTES

- (15) Es parte interesada la entidad XFERA MÓVILES, S.A.U.
- (16) XFERA es un operador que se dedica principalmente a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (fundamentalmente telefonía fija, móvil y servicios de internet de banda ancha) a clientes residenciales o empresas en España. Mediante la operación de concentración (C/0786/16 MASMOVIL/YOIGO) de 2016 forma parte del grupo MASMOVIL y actualmente es su filial al 100%, dependiendo de XFERA todas las sociedades del grupo. MASMOVIL pertenece a tres accionistas, los fondos KKR, Cinven y Providence, a través de la sociedad Lorca Telecom.

¹⁴ Folios 5-8.

¹⁵ Folios 13-15, 1727-1728, 2228.

¹⁶ Folios 1799-2085.

III. HECHOS ACREDITADOS

III.1. La operación de concentración fue ejecutada el 15 de diciembre de 2020

- (17) Según información aportada por XFERA en el formulario de notificación de la operación C/1292/22¹⁷, el 1 de marzo de 2016 MASMOVIL y SPOTTING BRAND TECHNOLOGIES S.L (SBT) suscribieron un contrato para que este último comercializara los servicios de telefonía móvil de MASMOVIL en determinadas zonas rurales¹⁸.

La intención última de las partes era que el negocio en dichas zonas rurales fuera finalmente traspasado a MASMOVIL, por lo que **se le concedió una opción de compra sobre SBT y todas las sociedades que esta adquiriera en el sector de las telecomunicaciones (GRUPO AHÍ+)**.

Mediante adenda de 21 de junio de 2017, INVERSIONES LOCUA S.L accedió al contrato como parte principal y MASMOVIL cedió a XFERA su posición contractual, de manera que **XFERA adquirió el derecho a ejercer la opción de compra sobre INVERSIONES LOCUA S.L (GRUPO AHÍ+)**.

- (18) Según el anexo 3 aportado junto con el formulario de notificación¹⁹, MASMOVIL, XFERA e INVERSIONES LOCUA firmaron un contrato de compraventa con fecha 15 de diciembre de 2020 elevado a escritura pública ante notario de Madrid. La operación consistía en **la adquisición por parte de XFERA mediante la ejecución de la opción de compra, de las sociedades participadas por INVERSIONES LOCUA (incluida SBT y por tanto ALMA TELECOM)**²⁰.

- (19) Según la disposición cuarta del contrato la fecha de cierre y firma coinciden²¹, por lo que **la operación se habría ejecutado el día 15 de diciembre de 2020**. En el contrato no figuran condiciones suspensivas. La notificante, en el formulario de notificación, señala asimismo como fecha de ejecución de la compraventa el 15 de diciembre de 2020.

¹⁷ Folio 1248.

¹⁸ Sociedad cuya única actividad es poseer el 31,6% de Inversiones Locua S.L (Grupo Ahí+).

¹⁹ Folios 1329 – 1608.

²⁰ Ver Anexo IV del contrato de compraventa 15 diciembre 2020.

²¹ CUARTA CIERRE. 4.1. *Se entiende por “Cierre” el otorgamiento por las Partes de la escritura pública de ejecución del presente Contrato coincidiendo, en este caso, firma y cierre (ejecución) del presente Contrato. En el apartado 4.2 se señalan las actuaciones en la Fecha de Cierre que incluye, entre otras, presentar la carta de pago sobre la parte del precio pagado al Cierre.*

III.2. La operación era de notificación obligatoria

III.2.A. Adquisición de ALMA TELECOM S.L

- (20) El Anexo IV del contrato de compraventa ejecutado el 15 de diciembre de 2020 señala las sociedades que forman parte de la operación de concentración (*Perímetro de las Compañías Adquiridas y porcentajes de participación en las mismas*). En dicho anexo figura ALMA TELECOM como participada al 100% por SPOTTING BRAND TECHNOLOGIES, **empresa directamente adquirida por XFERA MOVILES S.A.U** en la operación de concentración de referencia en el presente expediente²².

III.2.B. Presencia en el mercado mayorista de terminación de llamadas en la red fija de ALMA TELECOM S.L

- (21) Como ya se ha señalado anteriormente, el 6 de octubre de 2021 y en el marco de las Diligencias Previas (DC/ACP/077/21)²³, se requirió a MASMOVIL información sobre la operación de adquisición del GRUPO AHÍ+ con el fin de determinar si podrían concurrir circunstancias para su notificación obligatoria en España de acuerdo con el artículo 9 de la LDC. En uno de los puntos se solicitaba *“los mercados de producto y geográficos que se verían afectados por la citada adquisición, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 5ª de los Anexos II y III (formulario ordinario y abreviado de notificación de concentraciones económicas) tal y como se especifica en el RDC.”*
- (22) El 28 de octubre de 2021²⁴, MASMOVIL respondió que *“es evidente que la Operación no supera ninguno de los umbrales de notificación previstos en el artículo 8 de la LDC”*. Concretamente, y en relación con el mercado mayorista de servicios de terminación de llamadas en la red de telefonía fija de los operadores²⁵, señalaba que *“solo MASMOVIL, como operador de red, está activo en la prestación de estos servicios mayoristas, por lo que no se produce solapamiento alguno entre las Partes y no se cumpliría el umbral de cuota de mercado, pues a pesar de que MASMOVIL tendría una cuota del 100 % (al igual que sucede con el resto de los operadores en relación con sus respectivas redes de terminación de llamadas) el umbral exige que se produzca una “adquisición” o “incremento” de*

²² Folio 1400.

²³ En el marco de las diligencias previas las solicitudes de información se dirigen a MASMOVIL, matriz de XFERA, en la medida en que se desconocían los detalles, y en particular las partes, de la operación.

²⁴ Folio 319.

²⁵El servicio mayorista de terminación de llamadas en redes fijas es uno de los servicios necesarios para la prestación del servicio minorista de tráfico telefónico fijo. Ver apartado IV.2.1 de la propuesta de resolución para su definición.

cuota de mercado.” De su respuesta se deduce que, según MASMOVIL, ninguna otra empresa involucrada en la operación de concentración, salvo la propia MASMOVIL, tendría presencia en el mercado mayorista señalado.

- (23) El 3 de noviembre de 2021 se solicitó a MASMOVIL que especificase aquellos operadores del GRUPO AHÍ+ que contaban con numeración geográfica propia para prestar servicio de terminación de llamadas fijas²⁶.

MASMOVIL se reafirmó en su anterior declaración de 28 de octubre, señalando en su respuesta de 17 de noviembre de 2021 que en el mercado mayorista de terminación de llamadas en las redes fijas de los operadores de telefonía **“no hay ningún operador del Grupo AHÍ+ que preste servicios de terminación de llamadas fijas. La numeración que se usa está sub asignada por terceros operadores independientes, por lo que no existen ingresos por terminación fija en la red del Grupo Ahí+”**^{27 28}. [Énfasis propio].

- (24) Con el fin de validar la anterior afirmación de MASMOVIL, la Dirección de Competencia realizó en noviembre de 2021 un cotejo de cada una de las sociedades adquiridas directa o indirectamente por XFERA a raíz de la operación de concentración para confirmar que, efectivamente, ninguna disponía de numeración geográfica propia a fecha de la ejecución de la operación el 15 de diciembre de 2020.

- (25) De dicho cotejo la Dirección de Competencia constató que, en el Registro de Numeración de Telecomunicaciones de la CNMC, **ALMA TELECOM S.L. sí tenía asignada numeración geográfica propia en las provincias de Albacete y Valencia**²⁹. Por lo tanto, a diferencia de lo sostenido por MASMOVIL en fase de diligencias previas, el GRUPO AHÍ+, a través de ALMA TELECOM, sí disponía de presencia en el mercado mayorista de terminación de llamadas en su propia red de telefonía fija.

- (26) Es más, en el documento 7 aportado por MASMOVIL de fecha 15 de marzo de 2022 en diligencias previas³⁰, se puede observar que ALMA TELECOM estaba activa en el mercado en la medida que [500.000-1.000.000] llamadas salieron de

²⁶ Folios 864-865.

²⁷ Folio 874.

²⁸ Los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas, pero no disponen de numeración asignada, podrán utilizar las sub-asignaciones que les faciliten los titulares de las asignaciones.

²⁹ Así consta en el Informe de la CNMC sobre la numeración asignada a los operadores a 31 de diciembre de 2021 (NUM/DTSA/3318/21).

³⁰ Folio 2227.

los clientes de ALMA TELECOM hacia otros operadores y [3.000.000-4.000.000] llamadas terminaron en 2021 en su red de telefonía fija.

- (27) La **Resolución del 25 de julio de 2019 de la CNMC** (en adelante la Resolución de 2019) “por la cual se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas al por mayor en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija (mercado 1/2014)³¹, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas”, señala que **ALMA TELECOM S.L. ha sido identificada en el Anexo 1 de dicha Resolución, como operador con poder significativo en el mercado precisamente por tener asignada numeración geográfica.** Dicha resolución impone determinadas obligaciones a ALMA TELECOM, entre otras, interconectarse con las redes de otros operadores y terminar las llamadas en su red.
- (28) Según respuesta de MASMOVIL de fecha 7 de febrero de 2022³², la posición de ALMA TELECOM (según consta en la Resolución de 2019), no habría cambiado a fecha de la ejecución de la operación.

III.2.C. Ingresos de ALMA TELECOM en el mercado de terminación de llamadas en su red fija individual

- (29) En virtud de lo anterior y en el marco de las diligencias previas, la Dirección de Competencia solicitó a MASMOVIL aclaraciones sobre la numeración geográfica asignada a ALMA TELECOM.

En respuesta de 23 de diciembre de 2021³³ MASMOVIL argumentó que, a pesar de disponer de numeración geográfica asignada en varias provincias según el Registro de Numeración de Telecomunicaciones y el Anexo 1 de la Resolución de 2019, **ALMA TELECOM no percibía ingresos en el mercado de servicios mayoristas de terminación de llamadas en su red de telefonía fija.** Mismo argumento esgrime XFERA en el marco del formulario de notificación de la operación de concentración y en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación³⁴. Argumenta la notificante que ALMA TELECOM tendría suscritos acuerdos de interconexión con distintos operadores (Ibercom, OpenCable, Jazztel y Vodafone), tanto para el tránsito de llamadas salientes como para la entrega de llamadas entrantes. Por ello, según XFERA, es a los citados operadores a quienes corresponderían los ingresos facturados de la terminación de las llamadas y por tanto la cuota de mercado y no a ALMA TELECOM.

³¹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11321
https://www.cnmc.es/sites/default/files/2598918_2.pdf

³² Folio 1146.

³³ Folio 1136.

³⁴ Folio 1259.

- (30) Se procedió, en aras de la máxima diligencia, a requerir a **MASMOVIL copia de los citados contratos y facturas** por los servicios prestados a ALMA TELECOM por dichos operadores. Los mismos tuvieron entrada con fecha 15 de marzo de 2022 y fueron de nuevo aportados junto al formulario de notificación de fecha 28 de abril de 2022³⁵. El 1 de junio de 2022 se realizaron, en el marco también de las diligencias previas, requerimientos de información a VODAFONE y ORANGE sobre dichos contratos, así como a TELEFÓNICA³⁶. A partir de las respuestas de los operadores se obtiene la información siguiente:
- (31) En el contrato con OPENCABLE, de fecha 1 de marzo de 2015³⁷, OPENCABLE presta a ALMA TELECOM el servicio de interconexión con su red en los puntos de conexión señalados a cambio de una contraprestación acordada. Según facturas aportadas por MASMOVIL para el año 2021, **no hay cobros** por la prestación del servicio de acceso a la red fija de ALMA TELECOM (**servicios necesarios para la terminación de llamadas**), sino únicamente por el servicio de tránsito para llamadas salientes.
- (32) El contrato con VODAFONE, de fecha 17 de febrero de 2015³⁸, sería un acuerdo de reventa y únicamente para el tránsito de las llamadas salientes de ALMA TELECOM. **No contempla por lo tanto la prestación del servicio de tránsito para la terminación de llamadas**. Según VODAFONE³⁹ la terminación de llamadas en la red fija de ALMA TELECOM se gestiona a través del servicio de tránsito facilitado por MASMOVIL y TELEFONICA, no entregando VODAFONE directamente llamadas de sus clientes a la red de ALMA TELECOM.
- (33) El contrato con JAZZTEL (ORANGE), de fecha 14 de abril de 2010⁴⁰, estuvo, según señala ORANGE, vigente hasta la integración de JAZZTEL en ORANGE en 2016, suprimiéndose finalmente la interconexión en marzo de 2019. En virtud de lo anterior, y según información que obra en el expediente, **no se prestó el servicio de acceso a la red de telefonía fija de ALMA TELECOM** desde abril

³⁵ Folios 1609 – 1701.

³⁶ Folios 1183-1198.

³⁷ Folios 1690-1701. La cláusula decimoprimera sobre la duración establece que el contrato podrá ser extinguido en cualquier momento por cualquiera de las partes mediante comunicado por escrito con 30 días de antelación.

³⁸ Folios 1644-1689.

³⁹ Folio 1774-1777.

⁴⁰ Folios 1609-1643.

de 2019⁴¹⁴². El tráfico eventualmente generado por clientes de ORANGE y destinado en la red de ALMA TELECOM era encaminado en tránsito, según ORANGE⁴³, por XFERA.

- (34) En resumen, según se desprende directamente de los contratos y facturas solicitadas, y a diferencia de lo afirmado por MASMOVIL en sus respuestas a los requerimientos de la Dirección de Competencia en diligencias previas y por XFERA en el formulario de notificación, **OPENCABLE, VODAFONE y ORANGE no prestaban ni percibían ingresos por el servicio mayorista de terminación de llamadas en la red de ALMA TELECOM entre abril de 2019 y 2021**. Asimismo, se observa que tampoco prestaron el servicio de tránsito e interconexión para las llamadas entrantes a la red de telefonía de ALMA TELECOM.
- (35) De hecho, de las respuestas anteriormente citadas se observa que el servicio de interconexión y tránsito de las llamadas entrantes de ALMA TELECOM habría sido prestado por MASMOVIL y TELEFÓNICA (y JAZZTEL con anterioridad a abril de 2019). Si bien MASMOVIL y XFERA señalaron que “IBERCOM” es uno de los operadores que prestaba el servicio de interconexión, cuando fue solicitada (con fecha 22 de febrero de 2021) por la Dirección de Competencia copia de todos los contratos de interconexión en vigor, no se aportó contrato con MASMOVIL IBERCOM o con su filial XFERA. Tampoco fue información facilitada en el formulario de notificación.
- (36) Por su parte, **TELEFÓNICA** señala en respuesta a requerimiento de fecha 1 de junio de 2022 que no mantiene una relación directa con ALMA TELECOM, sino que consolida los importes conforme a la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) con el operador con el que mantiene la relación de interconexión⁴⁴. Esto es, TELEFÓNICA realiza la consolidación de todo el tráfico generado con destino a MASMOVIL o sus alojados que, a su vez, se encargarán de desglosar con ALMA TELECOM los importes que correspondan a su tráfico.
- (37) Por otra parte, con anterioridad a abril de 2019, **JAZZTEL** sí prestaba a ALMA TELECOM (entre otros) el servicio de acceso a su red de telefonía. Se observa en el Anexo correspondiente a dicho contrato que las tarifas por el servicio de

⁴¹ También denominado recogida de numeración geográfica, consiste en la recepción, por las interconexiones de Jazztel con otros operadores, y entrega a Alma, de los tráficos de llamadas dirigidos a las numeraciones asignadas a este operador.

⁴² Las facturas aportadas por MASMOVIL para 2021 únicamente son por el servicio de tránsito de las llamadas salientes de ALMA TELECOM. Folios 2185-2226.

⁴³ Folio 1232-1234.

⁴⁴ Folios 1218-1219.

acceso a la red fija de ALMA eran negativas, y por tanto consistían en pagos de JAZZTEL a ALMA TELECOM. Según ORANGE⁴⁵, **los importes pagados por JAZZTEL equivaldrían a un pago por terminación de las llamadas en la red de ALMA, al que se habría detraído el coste del tránsito y concentración en los puntos de interconexión nacional (PDI) por el servicio prestado por JAZZTEL.** El precio final, negativo y por tanto a favor de ALMA TELECOM, reflejaría el resultado neto del servicio prestado.

- (38) De las respuestas anteriores de TELEFÓNICA y ORANGE se desprende que la remuneración por el servicio de terminación de llamadas en la red fija de ALMA TELECOM era compensada con los demás servicios de interconexión prestados.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

IV.1. [PRIMERO] Habilitación competencial y objeto del expediente

- (39) Corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC la competencia para resolver este procedimiento⁴⁶.
- (40) La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la Dirección de Competencia en su propuesta, XFERA ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9 de la LDC, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la LDC deberán notificarse a la CNMC previamente a su ejecución.
- (41) Esta conducta está tipificada en el artículo 62.3.b) de la LDC como una infracción grave, por lo que el Consejo de la CNMC podría imponer una sanción por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora [art. 63.1.b) de la LDC] de considerarse acreditada.

IV.2. [SEGUNDO] Tipificación de la conducta

IV.2.A. Principios generales

- (42) El artículo 7 de la LDC define lo que debe entenderse por una concentración económica y el artículo 8.1 b) establece que serán de notificación obligatoria aquellas operaciones en las que el volumen de negocios global en España del

⁴⁵ Folio 1232-1234.

⁴⁶ De conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC.

conjunto de los participantes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros.

(43) Alternativamente a este requisito, el mismo artículo 8.1, en su letra a), párrafo segundo, prevé que se notificarán las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o un incremento de una cuota de mercado igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio.

(44) De conformidad con lo establecido en la normativa transcrita, **dos son los requisitos** que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objetivo del tipo infractor:

- que la operación de concentración en cuestión sea **notificable con arreglo a lo dispuesto por la LDC**,
- que dicha notificación se haya efectuado **con posterioridad a la ejecución de la operación** a través de la cual se instrumenta la concentración.

(45) La notificación extemporánea de la notificación no admite duda ya que del contrato de compraventa de fecha **15 de diciembre de 2020** en su anexo IV se constata que **ALMA TELECOM S.L** es adquirida indirectamente por XFERA MÓVILES S.A.U al formar parte de la empresa SPOTTING BRAND TECHNOLOGIES S.L. (a su vez controlada por INVERSIONES LOCUA S.L.).

(46) Como ya se ha señalado en el apartado de hechos acreditados, la adquisición por XFERA del control exclusivo del GRUPO AHÍ+ fue ejecutada en la misma fecha de la firma del contrato, el 15 de diciembre de 2020, con anterioridad a la notificación de la misma el 28 de abril de 2022 y su aprobación por la CNMC, que se produjo el 18 de mayo de 2022. Estos hechos no han sido cuestionados por MASMOVIL en las diligencias previas ni por XFERA.

(47) Se analiza a continuación si la operación de concentración objeto de esta resolución reunía los requisitos para su notificación obligatoria a la CNMC con arreglo a los preceptos indicados.

IV.2.B. Sobre el mercado en el que se produce la operación de concentración

(48) El análisis del mercado resulta relevante para determinar si una operación de concentración debe ser notificada a la CNMC por superar los umbrales legalmente previstos.

(49) En el mercado mayorista de terminación de llamadas en una red fija, el producto se define como el servicio mediante el cual un operador finaliza en su red fija una llamada de voz originada en la red de otro operador y cobra un precio por llamada. Este servicio es imprescindible para la prestación del servicio minorista de

telefonía independientemente del tipo de acceso (fijo o móvil) y de tecnología usada (VoIP) por el operador de origen.

- (50) Los operadores a los que se haya asignado rangos de numeración deben cursar las llamadas que se realicen a dichos rangos de numeración según establece el artículo 31.1 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre. Los rangos de numeración geográfica están destinados a la prestación del servicio telefónico fijo por lo que los operadores que dispongan de asignaciones de bloques de numeración geográfica deben finalizar las llamadas destinadas a dichos rangos de numeración. Dicha obligación de cursar las llamadas se deriva de la obligación general de los operadores de garantizar la interconexión de redes y la interoperabilidad de los servicios establecida en la Ley General de Telecomunicaciones⁴⁷.
- (51) La **definición de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes de comunicaciones electrónicas** está claramente establecida en las resoluciones nacionales y comunitarias de la autoridad de competencia⁴⁸.
- (52) Tanto la Comisión Europea como la autoridad nacional de competencia consideran de manera consistente que **cada red individual es un mercado de producto separado a efectos de terminación de llamadas**, por lo que cada operador ostentaría una cuota de mercado del 100% en la terminación de llamadas en su red. La justificación de esta definición de mercado reside en la imposibilidad de sustitución, tanto desde el punto de vista de la demanda como el de la oferta. El operador del cliente que inicia una llamada dirigida a un cliente de otro operador solo puede terminarla en la red del operador del cliente llamado y, para ello, debe hacer uso de los servicios mayoristas de terminación que debe proporcionar el operador que gestiona esta red de destino de la llamada. El operador de la red de destino tendría la posibilidad de obstaculizar las conexiones del resto de operadores, o al menos de algunos de ellos, y dispondría de autonomía para fijar un precio de terminación muy alto que podría dañar la competencia.

⁴⁷ Artículo 12.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, vigente cuando se produjo la concentración.

⁴⁸ Véase, entre otros Asuntos N-06095 Cajastur/Telecable; C/0622/14 Masmovil Ibercom / Xtra Telecom, Tecnologías Integrales y The Phone House; C/0635/15 Masmóvil Ibercom, S.A./Embou Nuevas Tecnologías, S.L./Ebesis Sistemas, S.L.; y C/0678/15 Zegona/Telecable, C/1181/21 MASMOVIL/EUSKALTEL, C/0642/15: MASMOVIL/NEO; Asuntos COMP/M.4947 – Vodafone/Tele2 Italy/Tele2 Spain; COMP/M.5650 – TMobile/ Orange; COMP/M.6584 – Vodafone/Cable & Wireless; COMP/M.6990 – Vodafone/Kabel Deutschland; y COMP/M.7978 – Vodafone/Liberty Global/Dutch JV, M.10515 - Iliad S.A. / UPC Polska sp. z o.o., M.9963 – Iliad/Play Communications, M.8864 – Vodafone/Certain Liberty Global Assets.

- (53) Al respecto, XFERA no cuestiona la definición de mercado que nos ocupa ni justifica en ningún momento, utilizando los criterios de sustituibilidad de la demanda y de la oferta, la delimitación de un mercado relevante alternativo.
- (54) Por ello, a los efectos del presente expediente, **el servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en la red fija de ALMA TELECOM** se considera que conforma un mercado de producto diferenciado. A nivel minorista, e indirectamente relacionado aguas abajo, estaría el mercado de servicios de telefonía fija.

IV.2.C. Sobre la obligación de notificar la operación de concentración

- (55) Como ya se ha señalado en los hechos acreditados, según consta en el Registro de Numeración de Telecomunicaciones de la CNMC en noviembre de 2021, **ALMA TELECOM S.L. tenía asignada numeración geográfica propia en las provincias de Albacete y Valencia** a fecha de la ejecución de la operación. Por lo tanto, en línea con los precedentes señalados, su **cuota en el mercado de servicios de terminación de llamadas en su red de telefonía fija sería del 100%**.
- (56) La notificante sostiene en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación lo ya argumentado en el formulario de notificación (ver apartado III.2.C). Señala que, si bien ALMA TELECOM podría tener asignada una determinada numeración geográfica, la realidad es que no realizaba ninguna actividad y no recibía ningún ingreso relacionado con la terminación de llamadas fijas en su red. Argumenta que, en la medida que tenía suscritos varios contratos con terceros operadores que se encargarían de la terminación de llamadas en su red fija, la cuota de mercado debiera de ser atribuida en su caso a dichos operadores y no a ALMA TELECOM como sostiene la Dirección de Competencia.
- (57) XFERA por lo tanto alega tres cuestiones diferenciadas: **(1)** ALMA TELECOM disponía del recurso necesario para prestar el servicio de terminación, pero no tenía presencia en el mercado mayorista, **(2)** el servicio mayorista de servicios de terminación en la red de ALMA TELECOM lo prestaban JAZZTEL, VODAFONE y OPENCABLE, y **(3)** la cuota de mercado en el mercado mayorista de servicios de terminación en la red de ALMA TELECOM corresponde a los operadores mencionados.
- (58) Respecto de la **primera cuestión**, como ya se ha señalado en los hechos acreditados y según consta en el registro de operadores de la CNMC, es ALMA TELECOM quien dispone de numeración geográfica propia en dos localidades y por tanto el **único operador que tiene la capacidad y la obligación de terminar las llamadas dirigidas a los bloques de numeración que tiene asignados y ser remunerado por ello** en el mercado mayorista de terminación de llamadas

fijas en su red. Así se pronuncia la Resolución del 25 de julio de 2019 de la CNMC que señala que **ALMA TELECOM S.L. ha sido identificada como operador con poder significativo en el mercado**⁴⁹.

- (59) Al respecto, XFERA argumenta en sus alegaciones que de esta misma Resolución de 2019 se debiera de concluir lo contrario: *“nos parece útil e ilustrativo remitirnos a algunas de las cuestiones planteadas por la CNMC en la Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas al por mayor en redes telefónicas públicas individuales (la “Resolución”), puesto que esta parte la entiende en el sentido que está tratando de explicar.”*
- (60) Pasando después a señalar aquellas citas de la Resolución de 25 de julio de 2019 que a su juicio serían relevantes, comenzando por la siguiente: *“aunque existen más de mil operadores revendedores de telefonía fija, sólo los operadores prestadores del STDP y del servicio vocal nómada, que dispongan de numeración geográfica o vocal nómada asignada por este organismo, serían considerados prestadores del servicio mayorista de terminación fija”*. Sin embargo, no indica XFERA qué conclusión favorable a sus intereses se deduce de la misma. **Al contrario, la anterior afirmación de la Resolución de 2019 sirve para corroborar que, a diferencia de lo sostenido por XFERA, en la medida en que ALMA TELECOM dispone de numeración geográfica, es considerado prestador del servicio mayorista de terminación fija.** Es más, como se ha señalado, ALMA TELECOM está obligada a operar en el mercado mayorista de terminación de llamadas en su red garantizando la interconexión de su red con otros operadores y la interoperabilidad de los servicios.
- (61) Sirve también para contrarrestar la afirmación de XFERA sobre el contrato de VODAFONE con ALMA TELECOM, en la medida que se deduce del mismo que el servicio que presta es el de reventa y por lo tanto, según la anterior cita, no puede ser un operador presente en el mercado relevante.
- (62) A continuación, la notificante añade la siguiente frase de la Resolución de 2019: *“Cada operador de telefonía fija con clientes de acceso directo ostenta una posición de monopolio en la prestación del servicio de referencia en su red y, por tanto, la cuota de mercado de cada uno de ellos en sus respectivos mercados es igual al 100%, con independencia de que se mida en términos de minutos o ingresos.”* Concluyendo XFERA de lo anterior que como **ambos parámetros**

⁴⁹ Como se ha señalado en los hechos acreditados, según respuesta de MASMOVIL en el marco de DP de fecha 7 de febrero de 2022, la posición de ALMA TELECOM según consta en el anterior análisis de 2019 no habría cambiado a fecha de la ejecución de la operación.

eran igual a cero no existía dicha actividad de ALMA TELECOM en el mercado de referencia.

- (63) Sin embargo, en los hechos acreditados (véase sección III.2.B) sí se ha constatado que ha habido minutos de llamada que han terminado en la red de ALMA TELECOM, por lo que no es cierto que el “parámetro minutos” sea cero. Concretamente, [3.000.000-4.000.000] llamadas terminaron en 2021 en su red de telefonía fija. Y esto es así porque como bien señala la Resolución y el párrafo citado anteriormente por XFERA, solo aquellos operadores con red y por tanto con clientes de acceso directo pueden terminar llamadas en la misma. Y, como se verá más adelante, también se habría demostrado que la variable ingresos tampoco sería cero.
- (64) Continúa XFERA su alusión a la antedicha Resolución de 2019 citando: “*no han aparecido desarrollos tecnológicos que permitan que llamadas a un determinado cliente final sean terminadas por operadores diferentes de aquél que explota la red a la que está conectado dicho cliente*”, concluyendo de la misma que la Resolución se refiere al operador que explota la red y que en el caso que nos ocupa los rangos de numeración asignados a ALMA TELECOM no eran explotados en ningún caso por esta sino por los terceros operadores.
- (65) Sin embargo, la anterior cita expone que el que explota la red y el que termina la llamada por limitaciones tecnológicas tienen que ser el mismo operador. Si a lo anterior se añade que, según la propia Resolución de 2019: “*De la definición de los mercados de referencia se concluye que solo hay un proveedor de servicios de terminación en cada red fija individual*”, no puede concluirse, como argumenta XFERA, que los terceros operadores (más de uno) sean los que explotaban la red fija de ALMA TELECOM.
- (66) Al respecto, la Resolución de 25 de julio de 2019 es bien clara: “*la explotación de dicha red de acceso y, en consecuencia, la prestación de servicios de terminación de llamadas está a cargo del operador cuya red delimita el mercado*”. Es decir, existe solo un operador que puede explotar la red fija de ALMA TELECOM y por tanto puede prestar los servicios de terminación de llamadas en la misma, y ese es la propia ALMA TELECOM.
- (67) Respecto del **segundo punto** alegado por XFERA, es **preciso señalar ciertas imprecisiones de su escrito de alegaciones en referencia a los contratos** aportados con JAZZTEL, VODAFONE y OPENCABLE en el marco de las diligencias previas y de la operación de concentración.
- (68) Así, en relación con el contrato con **JAZZTEL** (suscrito el 14 de abril de 2020 entre JAZZTEL y ALMA TELECOM), XFERA afirma que, en su virtud, se prevé que la

prestación de los servicios de acceso a la red fija correspondería a JAZZTEL. Sin embargo, como se ha puesto de relieve en los hechos acreditados, el contrato es una década más antiguo de lo señalado por XFERA, ya que es del 14 de abril de 2010, y, además, según la propia JAZZTEL en respuesta a requerimiento de la Dirección de Competencia, ya no se prestaba este servicio desde abril de 2019.

- (69) En cuanto al contrato de 29 de octubre de 2018 entre **VODAFONE** y ALMA TELECOM, XFERA concluye que presta el servicio de acceso a la red ALMA TELECOM citando la siguiente frase del contrato: *“los servicios de transporte y terminación de tráfico de voz con destino nacional y/o internacional que VODAFONE presta a ALMA TELECOM”*. Sin embargo, dicha cita confirma justamente lo contrario (como ya ha expuesto en los hechos acreditados): que VODAFONE presta el servicio de tránsito de las llamadas salientes de ALMA TELECOM con destino la red nacional, y no viceversa. Por otro lado, el contrato es del 17 de febrero de 2015 y no de 2018. VODAFONE confirma en respuesta a requerimiento de la Dirección de Competencia que el acuerdo es de reventa y únicamente para el tránsito de las llamadas salientes y que no entrega directamente llamadas de sus clientes a la red de ALMA TELECOM.
- (70) Finalmente, en cuanto al contrato con **OPENCABLE** de 1 de marzo de 2015, a juicio de XFERA el mismo prevé que OPENCABLE terminará las llamadas con destino a la red fija de España. Sin embargo, de los hechos acreditados se confirma que, si bien el contrato contempla varios servicios que OPENCABLE podría prestar a ALMA TELECOM, entre ellos el de acceso a su red, las facturas aportadas por MASMOVIL para 2021 en diligencias previas únicamente se refieren al servicio de tránsito de las llamadas salientes de ALMA TELECOM y no de las entrantes.
- (71) Es decir, de los hechos acreditados y en particular de los contratos y facturas aportadas por la propia XFERA en diligencias previas y en el formulario de notificación, se obtiene que **ninguno de los operadores señalados por XFERA (OPENCABLE, JAZZTEL, VODAFONE) contaba entre los servicios prestados a ALMA TELECOM el servicio de acceso a su red fija durante abril 2019-2021**. Es decir, que ni siquiera hipotéticamente se les podría atribuir los ingresos provenientes de la prestación del servicio de terminación de llamadas en la red de ALMA TELECOM. Siguiendo la argumentación de la propia notificante, si ni ALMA TELECOM ni los terceros operadores señalados por ella obtienen ingresos por el servicio, se daría la circunstancia de no existir operadores en el mercado en cuestión, lo cual carece de sentido.
- (72) Es más, de los hechos acreditados, y concretamente de las respuestas de VODAFONE y TELEFÓNICA, se deduce que debieron ser XFERA y

TELEFÓNICA quienes proporcionaban en el momento de la operación y en el marco de los servicios de interconexión prestados, el servicio de tránsito de las llamadas de telefonía a la red fija de ALMA TELECOM. Sin embargo, hay que señalar que ni en el marco de las diligencias previas de la concentración notificada ni en el presente sancionador, la notificante aporta contrato ni factura al respecto.

- (73) No obstante, y abordando el **tercer punto** alegado por XFERA, lo relevante de cara a la presente resolución es que sea cual sea el operador con quien tuviera contratados los servicios de interconexión y de acceso a su red fija, estos no serían remunerados por operar en el mercado mayorista de terminación de llamadas en la red de telefonía fija de ALMA TELECOM. Es decir, la cuota de mercado de estos operadores deviene de **operar en el mercado de prestación de servicios de interconexión y tránsito en la red de telefonía fija y no en el mercado de servicios mayoristas de terminación de llamadas**. Como ya se ha demostrado, ALMA TELECOM es la única empresa que opera y tiene obligaciones regulatorias en el mercado de servicios mayorista de terminación de llamadas en su red.
- (74) Finalmente, y volviendo al primer punto alegado por XFERA, cabe analizar la **supuesta falta de ingresos de ALMA TELECOM en el mercado en cuestión**. Si bien es factible que no existan entre abril 2019 y 2021 facturas a favor de ALMA TELECOM específicas por el servicio mayorista de terminación de llamadas en su red de telefonía fija (en la medida en que no han sido aportadas por la notificante), de los hechos acreditados (y en concreto de las respuestas de ORANGE y TELEFÓNICA) se deduce que la remuneración derivada de los servicios mayoristas de terminación que corresponden a ALMA TELECOM se encontrarían implícitas en los servicios contratados con los operadores de interconexión, que son quienes realizan las oportunas compensaciones con los servicios de tránsito e interconexión prestados.
- (75) Lo anterior es especialmente evidente en el contrato con JAZZTEL hasta abril de 2019, donde ORANGE, en su escrito de respuesta de fecha 29 de julio de 2022, admite literalmente que **“Los importes pagados por Jazztel equivaldrían a un pago por terminación, al que se habría detrído el coste del tránsito y concentración en un PDI nacional”**⁵⁰.
- (76) Por lo tanto, a diferencia de lo señalado por la notificante, la capacidad de generar ingresos derivados de los servicios de terminación no corresponde a los operadores que presten el servicio de interconexión a ALMA TELECOM, sino al titular de la red, es decir, a ALMA TELECOM.

⁵⁰ Folio 1233.

- (77) XFERA alega al respecto que *“no es lo mismo tener la capacidad de generar ingresos en un mercado que generar dichos ingresos efectivamente (...). Tener la capacidad de estar presente en un mercado por el mero hecho de tener asignados unos rangos determinados de numeración que nunca han sido explotados ni utilizados por su titular no puede significar tener presencia y cuota efectiva en dicho mercado”*. A juicio de XFERA, la interpretación que hace la Dirección de Competencia generaría una enorme inseguridad jurídica.
- (78) Sin embargo, la Dirección de Competencia ha demostrado que ALMA TELECOM dispone de la titularidad de la numeración geográfica asignada y que además es la única que presta servicios de terminación de llamadas vocales en su red y puede ser remunerada por el mismo. Se ha corroborado que los terceros operadores señalados por XFERA no prestaban el servicio mayorista de terminación de llamadas en la red fija de ALMA y que ni siquiera prestaban, a fecha de la operación, los servicios de tránsito e interconexión a la red fija de ALMA.
- (79) Es decir, que ALMA TELECOM haya podido o hubiese podido contratar los servicios de interconexión y acceso con un tercer operador, y en el marco de dicho contrato optar las partes (entre otras alternativas) por compensar los precios de tránsito e interconexión con los precios de terminación, no significa que estos operadores se situaran como prestadores del servicio mayorista de terminación de llamadas en la red fija de ALMA TELECOM. **Es decir, el servicio de interconexión prestado y facturado para las llamadas entrantes a la red de ALMA TELECOM podría incorporar tanto el precio de tránsito como el precio de terminación, sin que ello implicara que la cantidad abonada por el operador de origen al operador de tránsito en concepto de precio de terminación no fuera imputable al operador de red, en este caso ALMA TELECOM.** Esto se ha puesto de manifiesto de una manera clara en el contrato que ALMA TELECOM tuvo hasta abril de 2019 con JAZZTEL.
- (80) Adicionalmente, según figura en las cláusulas de terminación de los contratos señalados, ALMA TELECOM podría haber puesto fin a los contratos de interconexión cuando considerase oportuno y volver a cobrar directamente por la terminación de las llamadas en su red.
- (81) Añade finalmente XFERA en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, un argumento consistente en comparar los mercados mayoristas de servicios de terminación de llamadas con los mercados mayoristas de acceso a la red de Telefónica: *“la situación de los mercados de terminación de llamadas en la red de cada operador puede ser similar a la situación de Telefónica en los lugares y mercados en que Telefónica está obligada a dar acceso mayorista, por ejemplo, a su fibra óptica (...). El acceso y la utilización de infraestructuras de Telefónica*

por parte de terceros operadores computa como cuota de mercado de esos terceros operadores (...), de manera equiparable, el uso de la numeración asignada a Alma Telecom por parte de los terceros operadores con los que tenía establecidos respectivos contratos debe significar que son tales operadores, y no Alma Telecom, quienes ostentaban la cuota de mercado correspondiente”.

- (82) Sin embargo, hay que tener en cuenta que los ingresos por ese acceso mayorista corresponden a TELEFÓNICA (al igual que los precios por los servicios mayoristas de terminación le corresponden a ALMA TELECOM) y no a los operadores que acceden a dicha red. Y dichos operadores que acceden a la red de TELEFÓNICA no obtienen cuota de mercado en el mercado mayorista, sino que los operadores de telecomunicaciones que acceden a los recursos de TELEFÓNICA operan en los mercados minoristas relacionados aguas abajo de servicios de telefónica e internet.
- (83) En atención a todo lo anterior, ALMA TELECOM disponía del 100% de la cuota del mercado de servicios mayoristas de terminación de llamadas en su red de telefonía fija, por lo que se superaba el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC siendo por lo tanto una operación de obligada notificación en España. **En la medida en que ALMA TELECOM era titular de la numeración geográfica de su red de telefonía fija, era el único operador, a fecha de ejecución de la operación, con capacidad para prestar el servicio de terminación de llamadas en su red de telefonía fija.**
- (84) Asimismo, se ha verificado que esta operación de concentración económica no tiene dimensión comunitaria, porque no se superan los umbrales de volumen de negocios establecidos en el artículo 1 del Reglamento CE nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de concentraciones entre empresas.

IV.2.D. Sobre los efectos de la operación

- (85) En su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación XFERA no cuestiona los precedentes y por tanto la definición de mercado. Pero sí alega *“que se trata de un mercado cuya existencia y consideración es puramente técnica, sin que el hecho de que cada operador supuestamente tenga el 100% de su propia red en la que terminar llamadas tenga efecto alguno en el mercado de terminación de llamadas o en los mercados indirectamente relacionados”*. Añade que *“tampoco existiría ningún solapamiento entre las actividades de ambas partes por cuanto, según se define esta actividad, la red de cada operador debe considerarse un mercado separado. Por tanto, nuevamente, la Operación no produce absolutamente ningún impacto ni efecto en el mercado”*.

- (86) Es preciso señalar que la valoración sustantiva de las concentraciones económicas corresponde a la CNMC, atendiendo a los criterios del artículo 10 de la LDC.
- (87) XFERA alega que es un mercado “técnico” y donde por definición no “existiría ningún solapamiento”. En el caso que nos concierne, efectivamente, la cuota de ALMA TELECOM del 100% tiene efectos limitados en el mercado por el hecho de que los precios están regulados en Reglamento delegado (UE) 2021/654 de la Comisión de 18 de diciembre de 2020 tal y como señala el Informe de la Dirección de Competencia que propone la autorización en primera fase de esta operación de concentración entre MASMOVIL y el GRUPO AHÍ+. Pero eso no afecta a la obligación de notificar la operación.
- (88) De hecho, el informe de la Dirección de Competencia señala que, pese a esa adquisición de una cuota del 100% en el mercado relevante mayorista de terminación de llamadas en la red fija de ALMA TELECOM, otro factor que permite concluir que la operación no afecta significativamente a la competencia es el escaso peso que tiene la entidad resultante en el total de servicios mayoristas de terminación de llamadas en redes fijas y en los mercados minoristas de servicios fijos y móviles verticalmente relacionados. Es decir, la Dirección de Competencia hace un análisis del mercado aplicado al caso concreto y concluye que no se dan problemas de competencia. Ahí se manifiesta la importancia de notificar la operación de concentración si se cumplen los umbrales que contempla la LDC, para que la CNMC pueda hacer un análisis de cada caso concreto. La Dirección de Competencia podría haber alcanzado conclusiones distintas en estos mismos mercados si el peso de las empresas que se concentraran hubiera sido diferente. En este caso, el informe de la DC señala que sí existen solapamientos horizontales y verticales entre las partes, aunque son de escasa importancia.

IV.3. [TERCERO] Culpabilidad e individualización

- (89) En el ámbito del derecho administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible el elemento volitivo. Ello supone que la imposición de la sanción exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, al autor⁵¹. Por ello, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

⁵¹ Por todas, la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2004 y artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público.

- (90) El Consejo de la CNMC en la Resolución de 14 de marzo de 2017 analizó el elemento subjetivo del tipo infractor, teniendo en cuenta una serie de circunstancias que eran reveladoras de una responsabilidad de la empresa a título, cuando menos, negligente⁵². A estos efectos señalaba:

“en este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991), aun a título de simple inobservancia (artículo 130.1 de la Ley 30/1992 y artículo 28.1 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)”.

En línea con lo anterior, añade la Resolución que *“en ausencia de una debida diligencia, como ha quedado acreditado, la responsabilidad de la infracción existe tanto en el caso de que exista una acción con intención demostrada de infringir una norma como cuando, por omisión, no se observa el grado de diligencia necesario”.*

- (91) Para la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, el elemento subjetivo de la infracción puede estar presente en su forma más leve de negligencia ante una falta de atención o cuidado de la empresa adquirente⁵³.

En este sentido, en su sentencia de 18 de septiembre de 2013 (recurso 232/2012) desestima el recurso interpuesto por GRUPO ISOLUX contra la Resolución de la CNC de 10 de abril de 2012 (expediente SNC 0017/11), la AN realiza la valoración siguiente:

“El hecho de que a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos del GRUPO ISOLUX, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre el momento de notificación de la operación o, al menos, decidiera acudir ante la propia Administración solicitando información, especialmente teniendo en cuenta los cauces específicos previstos por la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia, impide considerar que, por su parte, se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a toda empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC”.

- (92) En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución XFERA argumenta que no concurre el elemento subjetivo de la infracción al no haber quedado acreditada la culpabilidad, ya que la Dirección de Competencia habría reconocido en la

⁵² Resolución de la CNMC de fecha 14 de marzo de 2017 Expediente SNC/ DC/0074/16 CONSENUR.

⁵³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2006.

propuesta de resolución la ausencia de dolo, sin haber probado la concurrencia del elemento culposo consustancial a todo reproche sancionador en vía administrativa.

- (93) Afirma XFERA que *“Ha quedado evidenciado a lo largo de los sucesivos requerimientos de información y en el presente procedimiento que, pese a las medidas de diligencia adoptadas, Xfera desconocía en un primer momento el hecho de que Alma Telecom pudiera realizar actividad de terminación de llamadas. Es por ese motivo y no por otro que esta parte consideró, de buena fe, que la Operación no estaba sujeta a un deber de notificación”*⁵⁴.
- (94) A continuación, explica que *“Xfera y el grupo al que pertenece han notificado diligente y debidamente las operaciones de concentración en las que han participado y que quedaban sujetas al régimen de control de concentraciones, tal y como reconoce la Propuesta de Resolución”*⁵⁵.
- (95) Esta Sala no puede compartir las apreciaciones de XFERA, considerando que la culpabilidad ha quedado acreditada por la vía de negligencia, como se explica seguidamente.
- (96) XFERA centra sus esfuerzos argumentales en intentar acreditar la diligencia en su actuación, con resultados que, por no atender al núcleo de la cuestión sino a elementos puramente accesorios, resultan infructuosos.
- (97) En primer lugar, XFERA afirma que no se da el elemento volitivo, ya que en ningún caso habría pretendido eludir el control de concentraciones. La falta de voluntariedad la sustenta en su *«desconocimiento por completo acerca de que una de las sociedades del Grupo Ahí+ tuviera asignada numeración para terminar llamadas fijas»*⁵⁶. Sin embargo, de forma sorprendente, ese desconocimiento no sería indicio de la actuación negligente de XFERA, sino que vendría a reforzar la diligencia con la que habría operado, que se habría manifestado en la solicitud de un informe de *due diligence* en el que no constaba *«mención alguna a una asignación de numeración para terminar llamadas fijas»*⁵⁷.
- (98) En esa solicitud de informe se agotaría, a decir de XFERA, su obligación de diligencia, sin que cupiera reproche alguno por la ignorancia del contenido completo de los activos adquiridos, toda vez que el desconocimiento era involuntario.

⁵⁴ Párrafo 58 de las alegaciones a la propuesta de resolución.

⁵⁵ Párrafo 59 de las alegaciones a la propuesta de resolución.

⁵⁶ Párrafo 55 de las alegaciones a la propuesta de resolución.

⁵⁷ *Ibíd.*

- (99) Esta Sala no puede compartir el concepto de diligencia que subyace a las afirmaciones de XFERA, pues el hecho de que un informe dejara de hacer referencia a parte de la actividad de la sociedad adquirida no exime a la adquirente de las consecuencias de sus acciones u omisiones, por más que estuvieran basadas en dicho informe. Es responsabilidad exclusiva de XFERA el cumplimiento de sus obligaciones en materia de concentraciones económicas, sin que la autoridad quede vinculada por la mayor o menor precisión de los informes que sirven de base a sus decisiones. La discusión sobre la idoneidad o no del informe de *due diligence* es irrelevante en sede administrativa y no puede servir como argumento para probar la falta de culpabilidad de XFERA que es, en última instancia, la obligada a notificar la operación, único asunto que se está ventilando en este procedimiento.
- (100) En segundo lugar, aduce XFERA que su historial de notificaciones avalaría su falta de culpabilidad, comparando su proceder, de manera inexacta, al de la empresa ESSILOR INTERNATIONAL en el expediente SNC/DC/0035/14. En dicho expediente se valoró, tal como afirma XFERA, el hecho de que hubiera notificaciones previas de concentraciones —lo que concurre aquí también—, pero ello sirvió únicamente para descartar el dolo de manera indiciaria, siendo determinante, en última instancia, la comunicación de la operación *motu proprio* a la autoridad de competencia, que reconocía que *“de no haberse producido esa comunicación voluntaria por parte de la empresa, es muy probable que la autoridad de competencia no hubiera podido enterarse de ello (concentración entre una multinacional extranjera, ESSILOR, con escaso volumen de actividad en España, y una empresa, POLYCORE, radicada en Singapur) o haberlo hecho cuando la infracción ya hubiera prescrito”*⁵⁸.
- (101) Las alegaciones de XFERA relativas a la falta de culpabilidad se refieren, por tanto, a aspectos meramente accesorios de la conducta, sin que sirvan para desvirtuar las consideraciones de la Dirección de Competencia. Ni la mera solicitud de un informe sobre la adquisición de la sociedad, ni la actuación de XFERA en operaciones precedentes atacan el elemento basal de la conducta, a saber, la falta de diligencia a la hora de notificar la operación de concentración. Esta diligencia se debería haber manifestado en un adecuado conocimiento de los activos adquiridos, del mercado relevante y de los precedentes de la autoridad de competencia que, dada su claridad manifiesta en este supuesto, habrían llevado a XFERA, bien a la notificación de la operación, bien a la utilización de los mecanismos previos de consulta.

⁵⁸ SNC/DC/0035/14. Fundamento jurídico segundo

- (102) A la vista de las circunstancias descritas, debe calificarse la actuación de XFERA como culpable en la comisión de una infracción consistente en la ejecución de una concentración con carácter previo a su notificación y autorización por la CNMC.

IV.4. [CUARTO] Determinación de la sanción

- (103) Conforme al artículo 63.1.b) de la LDC en el caso de infracciones graves, la sanción a imponer será una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- (104) El volumen de negocios total en el año 2021 de XFERA MÓVILES S.A.U., ascendió a 2.465.019.000 euros.
- (105) El control de concentraciones se configura como un instrumento de carácter preventivo, cuya finalidad es evitar y, en su caso, corregir la excesiva concentración de las fuerzas de mercado cuando ello pueda perjudicar de manera significativa las condiciones de competencia en el mercado.
- (106) La falta de notificación de una operación de concentración económica sujeta al control de la CNMC en virtud de lo dispuesto en la LDC priva a la autoridad de la posibilidad de valorar la transacción y evitar —mediante el establecimiento de compromisos o condiciones o directamente prohibiéndola— un posible impacto negativo de la misma sobre las condiciones de competencia. Dado que la competencia es necesaria para el correcto funcionamiento del mercado y su distorsión puede desembocar en restricciones de oferta y sobrepuestos, de la omisión de notificación previa se deriva un perjuicio potencial directo sobre los derechos e intereses de los consumidores.
- (107) Los criterios para la determinación del importe de las multas por las infracciones tipificadas en la LDC se recogen en el artículo 64 de la misma ley. En particular, teniendo presente el principio de proporcionalidad, esta Sala considera que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el importe de la sanción las siguientes cuestiones.
- (108) En cuanto a las características del mercado directamente afectado [art 64.1.a) y b)], el mercado mayorista de servicios de terminación de llamadas en la red fija de ALMA TELECOM, la adquiriente obtiene la numeración geográfica asignada ALMA TELECOM y por tanto pasaría a disponer de una cuota del 100% de la cuota de mercado en su red fija en dos provincias de España.
- (109) En el ámbito de la regulación *ex ante* el mercado de servicios mayoristas de terminación de llamadas en la red fija individual de cada operador es un mercado

regulado cuyos precios máximos vienen determinados a nivel comunitario en el Reglamento delegado (UE) 2021/654 de la Comisión de 18 de diciembre de 2020. El servicio de terminación de llamadas en red fija está actualmente sujeto a un máximo de 0,07 cent€/min.

- (110) En cuanto a los mercados indirectamente afectados [art 64.1.a) y b)], la operación de concentración también da lugar a un solapamiento horizontal en los mercados minoristas relacionados de servicios de telefonía fija y de acceso a internet desde ubicación fija, si bien la adición es de 0,5 puntos porcentuales.
- (111) XFERA, conociendo los mercados afectados tal y como señalan los precedentes, ha notificado finalmente la operación de concentración con un retraso de 499 días naturales desde su ejecución, siendo el lapso entre ejecución y la autorización en primera fase sin compromisos de más de un año. XFERA no presentó la notificación (ni una consulta previa) hasta que la Dirección de Competencia procedió a requerirla de oficio en aplicación del artículo 9.5 de la LDC.
- (112) Esta Sala considera, en línea con lo afirmado por la Dirección de Competencia, que no concurre ninguna de las circunstancias agravantes o atenuantes que se contemplan en el artículo 64.2 de la LDC. XFERA interpreta erróneamente la propuesta de resolución cuando considera que se ha aplicado una agravante por “duración” de la conducta, tomando la parte (las circunstancias agravantes y atenuantes) por el todo (los criterios para la determinación de la sanción). En efecto, las circunstancias agravantes y atenuantes constituyen uno de los criterios de determinación de la sanción, que en este caso no se han aplicado por no concurrir los requisitos para ello. Sin embargo, en absolutamente todas las sanciones es preciso acudir a criterios de cuantificación normativamente previstos, pues lo contrario sería constitutivo de arbitrariedad.
- (113) XFERA alega también que no se han tenido en cuenta circunstancias “atenuantes” como la realización de una *due diligence* con carácter previo a la operación, así como el peso “insignificante” de ALMA TELECOM sobre el total de terminación de llamadas a nivel nacional.
- (114) Las circunstancias atenuantes pretendidas por XFERA no están expresamente previstas en la LDC, sin perjuicio de su posible valoración por parte de esta Comisión, dado el carácter no exhaustivo del artículo 64.3 de la LDC. Sin embargo debe rechazarse su aplicación.
- (115) Por lo que respecta a la existencia de un informe de *due diligence*, valga lo dicho en el apartado de culpabilidad; esta Sala considera que no es una circunstancia que permita eximir de la culpabilidad ni tampoco reducir la sanción, toda vez que lo único que se acredita es la existencia del informe, no una actuación tendente a

evitar o reparar la consumación de la conducta. Si, como afirma XFERA, la obligación de notificar le pasó inadvertida, ello puede tener relevancia en cuanto a la calificación de la conducta como negligente en lugar de dolosa, pero no permite atenuar la gravedad del incumplimiento.

- (116) En cuanto al peso de ALMA TELECOM a nivel nacional, no puede tener consideración de atenuante por varios motivos. El peso que tiene la entidad resultante en el total de servicios mayoristas de terminación de llamadas en redes fijas y en los mercados minoristas de servicios fijos y móviles verticalmente relacionados, ya ha servido para descartar efectos significativos sobre la competencia (párrafo 87 de esta resolución) y, por tanto, se ha tenido en cuenta en la determinación de la sanción *ex* artículo 64 de la LDC. Además, el peso a nivel nacional puede servir para el análisis de los efectos de la operación, pero no pone en cuestión el deber de notificar, que ha quedado debidamente acreditado en este supuesto.
- (117) En lo que respecta a la presunta desproporción de la multa en atención a los precedentes, es importante mencionar que en este caso nos encontramos ante una sanción que queda muy lejos del 0,1% del volumen de negocios de la empresa infractora —la adquirente de conformidad con lo previsto en el artículo 9.4.b) de la LDC— que es el que todos los precedentes recientes toman en consideración. Es cierto que la consideración del volumen de negocio de la empresa adquirida ha sido en ocasiones una “referencia adicional” que ha evitado incurrir en falta de proporcionalidad⁵⁹, pero ello debe cohonestarse siempre con otros criterios relevantes para la determinación de las sanciones, como es el efecto disuasorio que estas tienen. En este caso, el importe de 1.500.000 euros propuesto por la Dirección de Competencia es ciertamente elevado, en consonancia con el volumen de negocios de la infractora —XFERA—, pero a juicio de esta Sala su cuantía es adecuada y no incurre en falta de proporcionalidad que deba ser corregida en relación con el volumen de negocio del GRUPO AHÍ+, que asciende a [<60] millones de euros para el ejercicio 2019.
- (118) En consecuencia, cabe imponer a XFERA una sanción por importe de 1.500.000 euros.

V. RESUELVE

Primero. Declarar que la adquisición por XFERA MÓVILES, S.A.U. del control exclusivo de del GRUPO AHÍ+ llevada a cabo el 15 de diciembre de 2020, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la

⁵⁹ SNC/DC/092/22 y SNC/DC/086/22. Fundamento jurídico tercero.

Competencia, supone una infracción grave del artículo 62.3.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Segundo. Declarar responsable de dicha infracción a XFERA MÓVILES S.A.U. e imponerle una sanción de 1.500.000 euros

Tercero. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta resolución.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a XFERA MÓVILES S.A.U., haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio.