



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 38/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 31 de octubre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

RESOLUCIÓN EN VIRTUD DE LA CUAL SE ESTABLECE Y HACE PÚBLICA LA RELACIÓN DE OPERADORES QUE, A LOS EFECTOS DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO, TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE PRINCIPALES EN LOS MERCADOS NACIONALES DE SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA Y MÓVIL (RO 2012/1853).

I ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha 23 de junio de 2000 se promulgó el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (en adelante, RD-Ley 6/2000), 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 y, por último, por la Disposición Adicional 4.1 de la Ley 17/2007, de 4 de julio, que modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Dicha norma legal establece en su artículo 34 una serie de limitaciones para los accionistas en el ejercicio de los derechos sociales en más de un operador principal del mismo mercado de referencia (entre los que se encuentran el de telefonía fija y el de telefonía móvil), así como una serie de medidas a adoptar por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entre otros organismos, para hacer efectivas dichas limitaciones, excepcionar su aplicación en determinados casos y proponer al Ministro de Economía y Hacienda sanciones por su eventual incumplimiento.

Con fecha 12 de noviembre de 2001 se promulgó el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 (en adelante, Reglamento del Procedimiento de



Autorización), en cuyo artículo 3.1 se dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá y hará pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados de referencia (en este caso, los de telefonía móvil y fija, artículo 34.Dos, letras “e” y “f”, del RD-Ley 6/2000), y que dicha relación podrá ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo dispuesto en la normativa referida, una vez conocidos por esta Comisión los principales datos relativos a la actividad comercial de los operadores significativos de los mercados nacionales de telefonía fija y de telefonía móvil en el año 2011¹, esta Comisión procedió a iniciar de oficio el correspondiente procedimiento administrativo para establecer y hacer pública la relación de los operadores que tengan la consideración de principales en los mercados de telefonía fija y móvil.

TERCERO.- De conformidad con las previsiones del artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 13 de septiembre de 2012 se comunicó la apertura del trámite de audiencia, previo a la elaboración de la propuesta de resolución declarativa de dicha condición de operadores principales a los interesados, a los efectos de que, si lo estimaban conveniente, pudiesen efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento. Finalizado el plazo, ningún operador ha efectuado alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Habilitación competencial.

El artículo 48.4.m) de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), dispone que la Comisión ejercerá *“cualesquiera otras [funciones] que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomiende el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio”*.

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”*.

A la vista de las disposiciones mencionadas, esta Comisión ostenta habilitación competencial suficiente para resolver el expediente administrativo objeto del procedimiento de referencia.

¹ Fuente: Informe Económico Sectorial 2011.



SEGUNDO.- Normativa aplicable.

2.1. RD-Ley 6/2000.

El artículo 34 del RD-Ley 6/2000 establece una serie de limitaciones y restricciones para los accionistas directos e indirectos en el ejercicio de los derechos sociales en más de un operador principal del mismo mercado de referencia, así como una serie de medidas a adoptar por parte de, entre otros organismos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para hacer efectivas dichas limitaciones, excepcionar su aplicación en determinados casos, y proponer al Ministro de Economía y Hacienda sanciones por su eventual incumplimiento. Así, dicha norma establece que esta Comisión hará pública el listado de operadores principales en los mercados correspondientes.

El artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000 establece 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 el mismo número se define el concepto de operador principal como “*cualquiera que, teniendo la condición de operador en dichos mercados o sectores, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión*”.

El artículo 34.Tres del mismo RD-Ley 6/2000 se establece que se consideran 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, 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 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 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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.

Por su parte, el artículo 34.Seis al referirse a los posibles incumplimientos de las restricciones impuestas, así como a la eventual imposición de sanciones señala que *“el incumplimiento de las restricciones impuestas en el número primero respecto del ejercicio de los derechos de voto o la designación de miembros de órganos de administración, siempre que no esté amparada en la excepción prevista en el número anterior, se considera infracción muy grave y se sancionará con multa de hasta cincuenta millones de pesetas, todo ello sin perjuicio de la suspensión automática a la que se refiere el número cuatro”.* Asimismo, *“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 dispone que esta Comisión 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 Hacienda la sanción de dichos incumplimientos.

Por último, y con carácter general, el artículo 34.Siete establece que esta Comisión está legitimada, dentro de sus competencias, *“para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en este artículo”*.

2.2. Reglamento del Procedimiento de Autorización.

El Reglamento del Procedimiento de Autorización dispone en su artículo 3.1 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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.- Delimitación de los mercados de referencia.

3.1. Ámbito geográfico de los mercados de referencia.

En orden a efectuar la declaración anual de la relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y móvil en el año 2011, al igual que ya se estableció en las declaraciones anuales anteriores y teniendo en cuenta que el artículo 34.Dos RD-Ley 6/2000 no fija un ámbito territorial concreto de manera expresa, se estima como más adecuado y pertinente tomar como referencia los mercados nacionales de ambos servicios, pues el carácter limitativo de la misma hace que su interpretación deba ser estricta, y el análisis del mercado geográfico no pueda extenderse, además, a mercados inferiores al nacional.

3.2. Delimitación legal del mercado de producto.

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

Es decir, serán designados operadores principales los operadores de redes y/o servicios de telefonía fija y de telefonía móvil aquellos que ostenten una de las cinco mayores cuotas en cada uno de los dos mercados sectoriales de referencia.

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

4.1. 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, ostente 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, se adquiere *ex lege* por el hecho de ser uno de los cinco operadores que ostenten una de las cinco mayores cuotas en los mercados de referencia.

En cuanto al aspecto subjetivo del concepto de operador principal, hay que tener en cuenta el hecho relevante de que los Grupos empresariales del sector de las telecomunicaciones frecuentemente operan en el mismo segmento de mercado a través de más de una sociedad operadora de telecomunicaciones, filial o participada mayoritariamente por la sociedad y/o operador matriz del Grupo en cuestión, por lo que resulta necesario agregar las cuotas de mercado de todas las sociedades operadoras filiales de cada Grupo 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.

En definitiva, de acuerdo con dicha realidad empresarial y del mercado, así como con el espíritu y finalidad del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, debe designarse como operadores principales a las empresas con las cinco mayores cuotas de cada mercado, si bien para calcular la misma se ha de computar no sólo su cuota de mercado, sino también la de las empresas de su Grupo que operan en el mismo.

4.2. El criterio de la facturación total anual por operaciones comerciales para determinar las cuotas de mercado.

Para la determinación de la cuota de mercado de los operadores mencionados en el año 2011, como ya ha puesto de manifiesto esta Comisión en varias ocasiones así como en las Resoluciones por las que se establecieron la relación de operadores principales en los mercados nacionales de telefonía fija móvil en los años anteriores, se ha atendido exclusivamente a la cifra anual de facturación total por prestación de servicios comerciales, puesto que es el parámetro que más fielmente refleja la participación real de un operador en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil, agregando las cuotas de los diferentes operadores del mismo Grupo empresarial.

En este sentido, dado el carácter general de la norma que impone las valoraciones de referencia y, en lo que respecta al sector de las telecomunicaciones, el uso generalizado de la cifra de facturación o de ingresos brutos globales para calcular las cuotas de mercado de los operadores en el mercado de referencia parece más adecuado y pertinente utilizar el citado dato de la cifra de negocio, es decir, la facturación total por prestación de servicios comerciales en el año 2011, por ser el parámetro que más fielmente refleja la participación real de un operador en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil.

4.3. Los Operadores Principales de telefonía fija y móvil en el año 2011.

En aplicación de los criterios expuestos, esta Comisión ha determinado que, atendiendo a la cuota de mercado medida por la facturación total por la prestación de servicios de telefonía fija y de telefonía móvil en el mercado español en el año 2011, las empresas 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 fija²:

- Telefónica de España, S.A.U.
- Cableuropa, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.
- France Telecom España, S.A.
- Jazz Telecom, S.A.U.

B) Operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil³:

- Telefónica Móviles España, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.
- France Telecom España, S.A.
- Xfera Móviles, S.A.
- Lycamobile, S.L.

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:

5.1. Limitaciones y restricciones a sus derechos sociales establecidas en el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000.

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

Asimismo, 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). Igualmente, ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en el mercado de la telefonía fija o en el de la telefonía móvil podrá designar directa

² Conforme a los datos disponibles en el Informe Anual 2011 las cuotas de mercado de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija son las siguientes: Telefónica de España, S.A.U. con un 74,4%, Cableuropa, S.A.U. con un 9,6%, Vodafone España, S.A.U. con un 4,5%. France Telecom España, S.A. con un 2,5%, y Jazz Telecom, S.A.U. con un 2%.

³ Conforme a los datos disponibles en el Informe Anual 2011 las cuotas de mercado de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil son las siguientes: Telefónica Móviles España, S.A.U. con un 43,4%, Vodafone España, S.A.U. con un 28,6%, France Telecom España, S.A. con un 19,9%, Xfera Móviles, S.A. con un 3,7% y Lycamobile, S.L. con un 0,9%.



o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado.

El artículo 34.Tres del mismo RD-Ley 6/2000 delimita y especifica una serie de presunciones legales de participación directa e indirecta.

5.2. 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 impute el exceso referido 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 dicha circunstancia a esta Comisión la sociedad respecto de la que se pretenda ejercer los derechos de voto y/o designar miembros del órgano de administración sin restricción alguna.

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

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

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- 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, y de acuerdo con los datos relativos al año 2011 que obran en poder de esta Comisión, establecer y hacer pública la siguiente relación de operadores principales en los mercados de telefonía fija y de telefonía móvil:

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

- Telefónica de España, S.A.U.
- Cableuropa, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.
- France Telecom España, S.A.
- Jazz Telecom, S.A.U.

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



- Telefónica Móviles España, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.U.
- France Telecom España, S.A.
- Xfera Móviles, S.A.
- Lycamobile, S.L.

Consecuentemente, a los accionistas directos e indirectos de dichos operadores principales les será 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.

SEGUNDO.- Ordenar la publicación de la parte Resolutoria de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado, para hacerla pública, a los efectos de lo establecido en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.