

RESOLUCIÓN (Expediente Sancionador SNC/DC/0038/15 MASMOVIL)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 5 de noviembre de 2015

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición *ut supra*, ha dictado **RESOLUCIÓN** en el marco del Expediente Sancionador SNC/DC/0038/15 MASMOVIL, instruido por la Dirección de Competencia.

Han sido designado Consejero responsable D. Benigno Valdés Díaz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 8 de julio de 2014 la sociedad *MASMOBIL IBERCOM, S. A.* comunicó a la dirección del Mercado Alternativo Bursátil (MAB) la existencia de un principio de acuerdo con *THE PHONE HOUSE HOLDING (UK)* para la adquisición del 100% del capital social de *XTRA TELECOM, S.L.U.* Si bien el comunicado no lo detallaba, el pre-acuerdo incluía (*Vid. Folios 412-413*) la adquisición de *TECNOLOGÍAS INTEGRALES DE LA COMUNICACIÓN, S.L.U.*, *THE PHONE HOUSE MOVIL, S.L.U.* y *TELECHOICE ESPAÑA, S.A.*, esta última propiedad de *XTRA TELECOM* y que se adquiriría indirectamente.

SEGUNDO.- La operación se instrumentó por medio de una única escritura pública de compraventa otorgada el **día 1 de agosto de 2014** ante D. Manuel González-Meneses García-Valdecasas, notario de Madrid (Folios 80-399).

La adquisición por *MASMOVIL IBERCOM* del control exclusivo de *XTRA TELECOM*, *TECNOLOGIAS INTEGRALES* y la filial de ésta al 100% *TELECHOICE*, mediante la compraventa del 100% de su capital social, se hizo efectiva el mismo día 1 de agosto de 2014 (Folios 112-113). El 4 de agosto de 2014 la adquirente comunicó la efectividad de la operación al Mercado Alternativo Bursátil como *hecho relevante*.

La adquisición del 100% de las participaciones sociales de *THE PHONE HOUSE HOLDING (UK) LIMITED* en *THE PHONE HOUSE MOVIL* por parte de *MASMOVIL TELECOM 3.0*, también incluida en la escritura de compraventa, se hizo efectiva el día *28 de agosto de 2014*, una vez cumplidas las condiciones suspensivas pactadas en la Cláusula 2.1.1 del Acuerdo (Folio 111).

TERCERO.- El día **25 de septiembre de 2014**, y a petición propia, responsables de *MASMOVIL IBERCOM* se reunieron con altos cargos de la CNMC, siendo en ese momento advertida la empresa de la necesidad de notificar la operación a la Autoridad de Competencia, y sugiriéndosele que realizara una consulta previa a la Subdirección apropiada dentro de la Dirección de Competencia.

CUARTO.- La notificación a la CNMC se realizó mediante formulario abreviado el día **25 de noviembre de 2014** y dio lugar al *Expediente C/0622/14*.

QUINTO.- El día *26 de noviembre de 2014*, la Dirección de Competencia requirió a *MÁSMÓVIL IBERCOM* que notificara la operación mediante *formulario ordinario*, al amparo de lo previsto Artículo 56.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SEXTO.- La concentración fue notificada a la CNMC en el formato requerido por ella –el mencionado *formulario ordinario*– el día **13 de enero de 2015**.

SÉPTIMO.- En Sesión celebrada el día 5 de febrero de 2015, la SALA de Competencia de la CNMC resolvió autorizar la operación en primera fase y sin compromisos, sin perjuicio de la responsabilidad de *MASMOVIL IBERCOM* por incumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 9 de la LDC, al haber ejecutado la concentración con carácter previo a su notificación y aprobación por la CNMC.

OCTAVO.- El día **18 de mayo de 2015** la Dirección de Competencia acordó incoar expediente sancionador contra *MASMOVIL IBERCOM* por incumplimiento de la obligación de *notificar a la CNMC con carácter previo a su ejecución una concentración económica que supera los umbrales establecidos en el Artículo 8.1 de la citada Ley*. Dicho Acuerdo dio lugar al *Expediente SNC/DC/0038/15* que ahora nos ocupa.

NOVENO.- El Acuerdo fue notificado *MASMOVIL IBERCOM* con fecha *19 de mayo de 2015*, otorgándole un plazo de 15 días para *Alegaciones*, y se le requirió que aportara al Expediente la cifra de su volumen total (*consolidado*) de negocios en el año 2014.

DÉCIMO.- El día 2 de junio de 2015 se recibió en la CNMC escrito en el que *MASMOVIL IBERCOM*, además de aportar el volumen de negocios requerido por la DC, realizó cuantas *Alegaciones* consideró oportuno.

DECIMOPRIMERO.- Con fecha *25 de septiembre de 2015* la DC notificó a *MASMOVIL IBERCOM* el preceptivo *Informe-Propuesta de Resolución*, fijando

un plazo de 15 días hábiles para que pudiera formular cuantas *Alegaciones* al citado informe considerara oportuno.

DECIMOSEGUNDO.- El día 14 de octubre de 2015 *MASMOVIL IBERCOM* remitió a la CNMC sus *Alegaciones al Informe-Propuesta de Resolución* realizado por la DC.

DECIMOTERCERO.- Con fecha **15 de octubre de 2015** la DC elevó a esta SALA de Competencia su *Informe Propuesta de Resolución*.

HECHOS ACREDITADOS

PRIMERO.- Es ***parte imputada*** en este *Expediente MASMOVIL IBERCOME*, matriz de un grupo de empresas dedicado a la comercialización de productos y servicios relacionados con las comunicaciones electrónicas y la informática. En el ámbito de las comunicaciones electrónicas presta, entre otros, servicios minoristas de telefonía y acceso de banda ancha fija, fundamentalmente a clientes empresariales, así como servicios minoristas de comunicaciones móviles, como *Operador Móvil Virtual* sobre la red de *ORANGE*, tanto a clientes residenciales como empresariales.

A partir del mes de agosto de 2014 el grupo puso en marcha una estrategia de crecimiento basada en la adquisición de otras empresas del sector. El grupo actual resulta de la fusión en 2014 de *MASMÓVIL TELECOM 3.0, S.A.* con *WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.A.*, fundado en 1997 como *IBERCOM TELECOM, S.A.U.* El crecimiento del grupo se aceleró en 2014 mediante varias adquisiciones, entre las que figuran las de *QUANTUM TELECOM, DIGITAL VALLEY, XTRA TELECOM* y el operador móvil de *THE PHONE HOUSE* (Vid. *Expediente C/0622/14*), *EMBOU Y EBESIS* (Vid. *Expediente C/0635/15*), y finalmente *NEO OPERADOR* (Vid. *Expediente C/0642/15*).

El grupo se reestructuró en diciembre de 2014 en tres áreas de negocio: telefonía móvil, servicios a empresas y servicios mayoristas a otros operadores. Las dos compañías principales mantienen su actividad por separado, *MASMOVIL TELECOM* especializada en el sector de telefonía móvil para el mercado residencial, e *IBERCOM TELECOM* en el mercado de servicios a empresas que incluye los servicios a otros operadores.

SEGUNDO.- Constituyen hechos acreditados todos y cada uno de los expuestos en el Apartado *ANTECEDENTES* de la presente *Resolución*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son de aplicación, entre otros, los Arts. 8.1a), 9.1, 62.3d) y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Sobre esa base, la

DC mantiene que la ejecución de la adquisición por *MÁSMÓVIL IBERCOM, S.A.* del control exclusivo de *XTRA TELECOM, S.L.U.*, de *TECNOLOGÍAS INTEGRALES DE LA COMUNICACIÓN, S.L.U.* llevada a cabo el 1 de agosto de 2014, constituye una *infracción grave* de la LDC por no haber sido notificada previamente a la CNMC, y considera responsable de dicha infracción a la imputada *MÁSMÓVIL IBERCOM, S.A.*

En consonancia con ello, la DC propone a esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC *«que se imponga a MÁSMÓVIL IBERCOM, S.A. la sanción establecida en el artículo 63.1.b) de la citada Ley, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la multa [explicitados en el Art. 64]».*

SEGUNDO.- *MÁSMÓVIL IBERCOM, S.A.* eleva a la consideración de esta SALA de COMPETENCIA varias *Alegaciones*:

(1) Que la *Propuesta* de la DC *«no reúne las formalidades establecidas en el [Art. 18 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora]».*

La *Alegación* no puede prosperar. La Dirección de Competencia ha *«especificado suficientemente la sanción que propone que se imponga»*, a saber, *«la establecida en el artículo 63.1.b) de la Ley 15, 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la multa [explicitados en el Art. 64]».* Sobre esa base esta SALA fijará, en su caso, la cuantía exacta de la multa, pues es a ella a quien corresponde hacerlo.

(2) Que [esta SALA] *«no debería tener en cuenta para el cálculo de la sanción la cifra de negocio consolidado en el ejercicio 2014, sino las cifras de negocio del ejercicio 2013».*

La *Alegación* no puede prosperar. Con independencia de cómo la alegante razone esta petición, la SALA está obligada a cumplir el Art. 63-1-b) de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece lo siguiente (énfasis añadido): *« [...] Las infracciones graves con multa de hasta el 5% del volumen negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».*

(3) Que no se le puede aplicar el principio de culpabilidad porque existía *«duda razonable acerca de la obligación de notificar la operación de concentración de la que trae causa el expediente».* La imputada defiende esta alegación sobre la base de que mientras la CNMC entiende que *«todos los operadores titulares de redes fijas tienen el 100% de la cuota de mercado de las llamadas que terminan en su propia red»*, ella *«considera que la cuota de mercado que se debe analizar es la correspondiente al mercado de terminación de forma conjunta, esto es, la cuota que correspondía a XTRA TELECOM en comparación con el volumen de ingresos obtenidos y volumen de minutos*

cursados por terminación en comparación con el resto de operadores que prestan este tipo de servicios».

La Alegación no puede prosperar. Las razones por las que la CNMC (al igual que la Comisión Europea) considera que cada red individual es un mercado de *producto separado a efectos de terminación de llamadas*, de modo que la cuota de cada operador *en su propia red* es del 100%, han sido expuestas detalladamente por la DC a lo largo de la instrucción, y las damos por reproducidas.

MÁSMÓVIL IBERCOM, S.A no puede alegar *dudas razonables* porque la posición de la Autoridad Española de Competencia está claramente establecida, por ejemplo, en la *Resolución al Expediente SNC/0028/13 ORANGE/SYMIO*, de 23 de julio de 2013, donde la extinta CNC confirmó ese criterio en armonía con los precedentes comunitarios (*Expediente M. 5650 T-MOBILE/ORANGE*, de 1 de marzo de 2010; *Expediente M. 6497HUTCHISON 3G AUSTRIA/ORANGE AUSTRIA*, de 12 de diciembre de 2012; y *Expediente M.3920 FRANCE TÉLÉCOM/AMENA*, de 24 de octubre de 2005), con las definiciones del mercado mayorista de terminación en otros expedientes anteriores (*Resolución en el Expediente S/0248/10, MENSAJES CORTOS*, de 19 de diciembre de 2012), y con los análisis de mercado de la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones. También en resoluciones más recientes de la CNMC en los *Expedientes C/0546/13 CVC/R CABLE* y *C/0560/14 SPRINGWATER/SARENET*, anteriores a la operación de *MASMOVIL IBERCOM*.

(4) *Que la fecha de ejecución de la operación es posterior a la indicada por la DC.*

La Alegación no puede prosperar. Aunque la LDC no contiene definición expresa del concepto «fecha de ejecución», las resoluciones de la Autoridad Española, la jurisprudencia y la doctrina han precisado el concepto con claridad: La ejecución tiene lugar en el momento en el que la toma del control por parte de la compradora es efectiva, es decir, cuando adquiere la capacidad de influir de manera decisiva sobre las decisiones estratégicas. Por lo tanto, en lo que se refiere a la adquisición de XTRA TELECOM, eso ocurrió de manera inequívoca en el momento de la firma de la escritura pública de compraventa del 100%, que otorga al comprador el derecho nombrar el consejo de administración y decidir todo lo relativo a la estrategia, es decir, el 1 de agosto de 2014.

(5) *Que la conducta reprochada debe calificarse como infracción leve, y no como grave, «de conformidad con lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia».*

La Alegación no puede prosperar. La infracción leve prevista en el Art. 62.2-a se refiere al incumplimiento de los plazos previstos en el artículo 9.3-a, es decir, cinco días desde la presentación de la operación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). El Art. 9.5 se refiere al plazo de veinte días

desde el requerimiento de la CNMC para que se notifique una operación de concentración. En el *Expediente* que ahora nos ocupa no se ha producido presentación a la CNMV de la operación de concentración, y tampoco ha existido requerimiento de la CNMC para que la operación se notifique, como *MASMOVIL IBERCOM* reconoce en sus *Alegaciones*, de modo que la tipificación sugerida por ella (infracción *leve*) es inapropiada.

TERCERO.- En virtud de lo descrito, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC se muestra de acuerdo con la Dirección de Competencia en que *MASMOVIL IBERCOM* es responsable de una infracción grave de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por haber procedido a ejecutar la operación de concentración aquí analizada sin previa notificación a la CNMC.

CUARTO.- En cuanto a la sanción que corresponde imponer, la SALA, a la hora de valorar los elementos de graduación del Art. 64 de la citada Ley, ha tomado en consideración lo siguiente:

Dada la trascendencia que las operaciones de concentración pueden tener sobre la estructura del mercado, es muy importante que la Autoridad de Competencia pueda analizarlas y, en su caso, aprobarlas previamente a su ejecución, por lo que las empresas deben conducirse de forma extremadamente cuidadosa al respecto. En el caso que nos ocupa, *MASMOVIL IBERCOM* no lo ha hecho. Le hubiera bastado consultar los antecedentes señalados en el *Fundamento de Derecho SEGUNDO-3* para no tener duda de que con la operación aquí analizada adquiriría una cuota del 100% en un mercado de terminación de llamadas, por lo que la operación era de *indiscutible* notificación a la CNMC.

Ahora bien, como recoge el *Informe* de la Dirección de Competencia en el *Expediente C/0622/14* que finalmente dio la aprobación a la concentración, el volumen de ingresos de las empresas adquiridas y los ingresos de *XTRA TELECOM* en el mercado de terminación representan un porcentaje reducido con respecto a los ingresos de terminación del total de todos los operadores en España y al conjunto de ingresos registrados en los mercados mayoristas y minoristas de comunicaciones fijas. Por ello, la concentración aquí analizada no afectó significativamente a la dinámica competitiva del sector por el escaso peso de la entidad resultante en el total de servicios mayoristas de terminación de llamadas en redes fijas.

Así mismo, la duración de la infracción no fue larga –seis meses–, la falta de notificación no causó un efecto negativo sobre el mercado y la imputada no derivó beneficio ilícito de su acción infractora (la operación fue finalmente aprobada por la Autoridad de Competencia).

Por último, procede tomar en cuenta que la imputada comunicó *motu proprio* a la CNMC la existencia de la operación de concentración y que ésta fue

notificada voluntariamente sin la existencia del requerimiento previo expreso de la CNMC previsto en el artículo 9.5 de la LDC.

Por ello, la SALA acuerda imponer una sanción del 0,05% del volumen de ingreso consolidado en el ejercicio 2014, lo que asciende a 39.578 euros.

En virtud de todo lo anterior, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC, en la Sesión Plenaria celebrada el día 5 de noviembre de 2015,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar la existencia de una conducta incardinable en el Art. 62.3-d de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia de la que es responsable *MASMOVIL IBERCOM, S. A.*

SEGUNDO.- Imponer a *MASMOVIL IBERCOM, S. A.* una multa de 39.578 euros en aplicación de los Artículos 63.1-b de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia¹.

TERCERO.- Ordenar a los Servicios de CNMC la publicación de esta *Resolución* en su página Web.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia de la *CNMC* para que vigile el puntual cumplimiento de lo acordado en esta *Resolución*.

Comuníquese la *Resolución* a la Dirección de Competencia de la *CNMC* y notifíquese fehacientemente a *MASMOVIL IBERCOM, S. A.*, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurrir en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo, en el plazo de *DOS MESES* contados desde el día siguiente al de su notificación, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional.

¹ Redactado conforme Acuerdo de rectificación de error material de 12 de noviembre de 2015