



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de octubre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN CON RESPECTO A LA OFERTA DE SERVICIOS DE VOZ Y DATOS QUE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. PRESENTÓ EN CONCURSO CONVOCADO POR LA GENERALITAT DE CATALUÑA PARA EL ARRENDAMIENTO DE UNA RED DE TELECOMUNICACIONES DEL DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA Y ORGANISMOS DEPENDIENTES

(Expediente MTZ 2001/5774).

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- ESTA COMISIÓN SOLICITA LA OFERTA DE TESAU EN EL MARCO DEL CONCURSO CONVOCADO POR LA GENERALITAT DE CATALUNYA PARA LA PROVISIÓN DE SERVICIOS DE VOZ Y DATOS AL DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA GENERALITAT. El 31 de octubre de 2001, en el marco del trámite de información OM 2001/4648, se remitía por esta Comisión requerimiento de información a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) en los siguientes términos:

En el diario "El País", edición de Barcelona, del día 20 de octubre de 2001, se alude a «la pugna por la adjudicación de la red de comunicaciones de banda ancha que conectará los 11 hospitales y 320 centros de asistencia primaria dependientes de la Generalitat, en la que participan **Telefónica** y Retevisión (Auna), y 2.500 centros de enseñanza de primaria y secundaria, en la que **Telefónica** compite con Jazztel y British Telecom, quedó clara ayer al publicarse las ofertas técnicas y económicas de los operadores».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con ambos concursos, aporte:

1. Copia de las ofertas técnicas y económicas presentadas por TESAU y/o cualquier otra filial del grupo TELEFÓNICA.
2. En caso de haberse remitido alguna otra documentación a la Administración de la Generalitat en el marco de ambos concursos, apórtese copia de dichos documentos.

Ese mismo día, 31 de octubre de 2001, y en el marco del mismo expediente, se remitía al CENTRO DE TELECOMUNICACIONES Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN de la GENERALITAT DE CATALUNYA (en lo que sigue, el CTTI) el siguiente requerimiento de información:

1. Relación de aquellos concursos convocados con relación al suministro de servicios de telecomunicaciones desde el 1 de enero de 1999 al 31 de julio de 2001 por la Administración de su Comunidad Autónoma en los que resultara adjudicataria TELEFÓNICA.

Aporte copia de las ofertas definitivas realizadas por TELEFÓNICA en los concursos relacionados de acuerdo con el punto 1.

2. En el diario "El País", edición de Barcelona, del día 20 de octubre de 2001, se alude a «la pugna por la adjudicación de la red de comunicaciones de banda ancha que conectará los 11 hospitales y 320 centros de asistencia primaria dependientes de la Generalitat, en la que participan **Telefónica** y Retevisión (Auna), y 2.500 centros de enseñanza de primaria y secundaria, en la que **Telefónica** compite con Jazztel y British Telecom, quedó clara ayer al publicarse las ofertas técnicas y económicas de los operadores».

En relación con ambos concursos, aporte:

- 2.1 Copia de las ofertas técnicas y económicas presentadas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y/o cualquier otra filial del grupo TELEFÓNICA.
- 2.2 En caso de haberse remitido alguna otra documentación por TELEFÓNICA a la Administración de la Generalitat en el marco de ambos concursos, apórtese copia de dichos documentos.

Segundo.- CONTESTACIÓN DE LA GENERALITAT A LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN DE ESTA COMISIÓN. El CTTI de la GENERALITAT DE CATALUNYA contestó al requerimiento remitido por esta Comisión mediante escrito de 20 de noviembre de 2001, señalando que en el período de 1 de enero de 1999 a 31 de julio de 2001 no se había adjudicado ningún concurso a TESAU y adjuntando, eso sí, las *Ofertas técnicas, económicas y administrativas presentadas por Telefónica de España, S.A.U. en los concursos de Enseñanza y Sanidad.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE RETEVISIÓN. El mismo día 20 de noviembre de 2001 se registró la entrada en el Registro de esta Comisión de un escrito remitido por RETEVISIÓN I, S.A.U. (en adelante RETEVISIÓN) en el que se exponía que:

- «En fecha 28 de septiembre de 2001, RETEVISIÓN ha presentado su oferta en la licitación, mediante concurso abierto convocado por el “Centre de Telecomunicacions i Tecnologies” de la Generalitat de Catalunya, para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada al Departamento de “Sanitat i Seguritat Social i Organismos que depenen” para la prestación de servicios de voz y datos.(...).
- En fecha 19 de octubre de 2001, se ha procedido a la apertura de las plicas de los únicos licitadores del concurso, RETEVISIÓN Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (...)
- La oferta de TELEFÓNICA se sitúa muy por debajo de la efectuada por mi representada, observándose una diferencia del 18 % en los servicios de voz y del 55 % en los servicios de datos. Lo que, en media, supone una valoración económica de la oferta de TELEFÓNICA inferior en un 52 % a la de RETEVISIÓN.(...)
- Con fecha de 19 de noviembre, RETEVISIÓN ha presentado escrito ante el Consejo de Administración del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya, para que declare temeraria la oferta presentada por TESAU, solicitando asimismo la suspensión del procedimiento de licitación cuyo plazo vence el 21 de noviembre de los corrientes.(...)
- La sustancial diferencia en las ofertas económicas presentadas por TELEFÓNICA y RETEVISIÓN sólo puede explicarse por el ánimo de TELEFÓNICA de conculcar la provisión de los servicios en concurso a la competencia, soslayando para ello el sometimiento a los principios y marco regulatorio de precios a que la normativa sectorial obliga a TELEFÓNICA e incurriendo en posibles prácticas contrarias a derecho de la competencia.(...)
- Ante el análisis realizado de los datos disponibles, la imposibilidad práctica de obtener mayor precisión y la inminencia en la adjudicación del indicado concurso público, esta parte viene por medio del presente escrito a solicitar la intervención de esa Comisión al amparo de las competencias que tiene otorgadas».

Presenta a continuación RETEVISIÓN una serie de alegaciones:

- «El concurso plantea el despliegue y operación de una red de telecomunicaciones (véase pliego de bases en Anexo II), a la que se incorporaría la que dispone en la actualidad el propio Centre de Telecomunicacions y Tecnologies de la Generalitat de Catalunya, para la provisión, a partir del año 2002 y con una duración de 5 años prorrogable a 8 años, de los servicios de voz y datos respectivamente a 334 y 862



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sedes del departamento de Sanitat y a las que, en cualquier momento, se podría adherir cualquier otro centro concertado (y que se estima en un total de 800) (...).

- Los servicios objeto de concurso, cuya oferta de prestación TELEFÓNICA es el objeto de la denuncia planteada mediante el presente escrito, se enmarcan en los siguientes mercados de referencia:
 - El mercado de redes públicas telefónicas fijas y servicios telefónicos fijos disponibles al público, donde TELEFÓNICA ha sido declarada operador dominante según la normativa de telecomunicaciones, en correspondencia con la clara posición de dominio de que ésta disfruta desde la perspectiva del derecho de la competencia.
 - El mercado ascendente de líneas susceptibles de arrendamiento, donde TELEFÓNICA dispone igualmente de la consideración de dominante de acuerdo a la normativa sectorial.
 - El mercado descendente de servicios de transmisión de datos donde, atendiendo a la cuota de mercado del Grupo Telefónica, atribuyéndose un 74 % de cuota por ingresos para Telefónica Data España, S.A. [en lo sucesivo TDATA] en el año 2000, según datos del Informe Anual de la CMT, se puede concluir sobre la posición de dominio del citado Grupo, posición que se ve reforzada por la posición de dominio de TELEFÓNICA en el mercado ascendente de alquiler de circuitos.

(...)

- Para realizar el análisis previo que se adjunta a este escrito, conviene diferenciar entre los servicios de voz y los de datos. Respecto a los primeros, el pliego de bases, adjuntado en el Anexo I, especifica detalladamente las características de tráfico de las 334 sedes para las que se solicita la provisión de los servicios de voz. Asimismo, propone la valoración de los servicios prestados en la forma de una tarifa plana para la que se prevé la revisión anual en los supuestos de variaciones de tráfico o de evolución de los precios de mercado. (...)
- TELEFÓNICA ha evitado someterse a la regulación tarifaria a que está sujeta, ofertando precios que se situarían, al menos, un 22 % por debajo de las tarifas reguladas actualmente vigentes según catálogo actualizado de servicios regulados de TELEFÓNICA de 31 de octubre de 2001 disponible en su página web, habiendo considerado para realizar tal estimación la existencia de bonos y planes descuento aprobados (...).
- Respecto a los servicios de datos, de nuevo el Pliego de bases detalla los caudales de las conexiones de datos para cada una de las 862 sedes y establece la topología de la red de datos con concentración en siete Centros de Procesamiento de Datos (CPDs). En concreto, TELEFÓNICA ha presentado una solución técnica basada en conexiones Frame Relay de las características y precios mensuales que se explicitan en el Anexo IV. (...)
- Sin embargo, y tomando en consideración los precios regulados según el marco previsto para los servicios de líneas susceptibles de arrendamiento prestados por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA y que se recoge en el Acuerdo publicado mediante la precitada Orden de 10 de mayo de 2001, se aprecia que la oferta final realizada por TELEFÓNICA ni siquiera cubre los costes de los circuitos portadores (...). En efecto, tan sólo la valoración de los circuitos portadores de acceso (excluyendo los circuitos de acceso de las sedes tipo H) y de los circuitos portadores concentradores excede por sí sola el precio presupuestado para la totalidad del servicio de datos en una cantidad de 38 millones de pesetas anuales, servicio cuyos costes totales esta parte valora en unos 1.800 millones de pesetas anuales.

- De lo anterior se deduce que existen claros indicios de que TELEFÓNICA podría estar aplicando precios anormalmente bajos, por debajo de los precios de los servicios regulados, de modo que oferta a sus competidores precios de servicios intermedios que son superiores a los precios que la propia TELEFÓNICA oferta a clientes finales (...). En estas circunstancias, no sólo resulta evidente la imposibilidad práctica de los competidores de TELEFÓNICA de realizar ofertas ni siquiera lejanamente comparables a la suya, sino que se detecta un comportamiento contrario a la normativa sectorial, discriminatorio y con clara intención eliminadora, tendente a reforzar la posición del Grupo Telefónica en el mercado descendente de transmisión de datos y en el segmento de grandes clientes(...).

Como Anexo I, RETEVISIÓN adjunta la solicitud que presentó al CTTI para que éste declarada temeraria la oferta de TESAU, con fecha de entrada en dicho organismo registrada el 19 de noviembre de 2001, en el que RETEVISIÓN exponía al CTTI que:

- «La oferta de TELEFÓNICA DE ESPAÑA arroja el siguiente resultado, expresado en millones de pesetas anuales:

Servicios	Telefónica
Datos	770
Voz	350

- Por el contrario, de haberse aplicado precios de lista de las diferentes Compañías del grupo TELEFÓNICA, la oferta de TELEFÓNICA DE ESPAÑA debería, aproximadamente, haber sido la siguiente, expresado en millones de pesetas anuales:

Servicios	Telefónica
Datos	1800
Voz	530

- Efectivamente, del análisis de la oferta de TELEFÓNICA DE ESPAÑA se desprende que:

1. En los servicios de datos realiza descuentos sobre precios de tarifa pública, propia o de Compañías de su Grupo, de un 30 % aproximado, sobre los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios objeto del concurso y, además, oferta sin coste alguno aparente ciertos servicios (p. ej. Mayores anchos de banda) valorados en 350 millones de pesetas, e infraestructuras de acceso y nodos concentradores asociadas a los CPD (valorables en otros 350 millones de pesetas).

(...)

2. Para los servicios de voz, oferta precios regulados con un 33,5 % de descuento (...).

- De lo expuesto, no puede sino deducirse que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, podría tanto estar ofertando servicios o equipos sin coste alguno como efectuando descuentos muy lejanos a lo que constituyen los precios normales de mercado, e incoherentes con aquellos a cuya observancia se encuentra obligada TELEFÓNICA DE ESPAÑA en virtud de las disposiciones sectoriales (...) por lo que la hipotética adjudicación que se efectúe a favor de la misma provocará la inhibición de cualquier competencia en el sector de las telecomunicaciones al llevar de forma paulatina, pero notoria, a la exclusión de todos los eventuales competidores de TELEFÓNICA. Este aspecto debe igualmente sopesarse por ese órgano de contratación a fin de evitar la adjudicación a un postor cuya oferta pudiera adolecer de vicio de nulidad **o que fuera de imposible cumplimiento de recaer resolución adversa dictada por aquellos Organismos encargados de velar por la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones.**
- [solicitaba por tanto RETEVISIÓN al CTTI que] (...) proceda a declarar temeraria la oferta presentada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA(...)
- [Igualmente señalaba RETEVISIÓN que] (...) la continuación del proceso de licitación sin entrar al examen de los extremos expuestos (...) podría terminar llevando a una adjudicación que adolezca de vicio de nulidad, por ser contraria a Derecho con arreglo a lo previsto en el artículo 62.2 de la LJRPA, por ser contraria a la normativa sectorial de telecomunicaciones».

A la vista de todo lo expuesto, RETEVISIÓN solicita a esta Comisión que:

- **«Inste a TELEFÓNICA a retirar su actual oferta del concurso abierto para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada al departamento de “Sanitat y Seguritat Social y Organismos que depenen».**

Tercero.- COMUNICACIONES DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO. Ante la solicitud de intervención de RETEVISIÓN con respecto al concurso convocado por el CENTRO DE TELECOMUNICACIONES Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN de la GENERALITAT DE CATALUNYA para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada al Departamento de *Sanitat i Seguritat Social i Organismes que en depenen* (en lo que sigue, el Concurso de referencia), expuesta en el punto anterior de estos Antecedentes de Hecho, esta Comisión procedió a remitir a las partes comunicación del inicio del procedimiento en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LJRPA).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TESAU. Mediante escrito de esta Comisión de 21 de diciembre de 2001, se requirió TESAU que aportara la siguiente información:

1. Con respecto a los precios ofertados por TESAU en el Concurso de referencia en lo relativo en concreto a la prestación de servicios de voz:
 - 1.1. Porcentaje de llamadas que se han considerado de *servicio telefónico disponible al público (off net)* y porcentaje de llamadas que se han estimado de *servicio en grupo cerrado de usuarios (on net)*.
 - 1.2. Con relación a las llamadas consideradas de *servicio en grupo cerrado de usuarios*, indique los precios aplicados a las mismas. En caso de haberse fijado dichos precios tomando como referencia los del *servicio telefónico disponible al público*, indique el porcentaje de descuento exacto aplicado.
 - 1.3. Con referencia a las llamadas estimadas de *servicio telefónico disponible al público* indique el porcentaje considerado de llamadas en horario normal y las de horario reducido, los porcentajes considerados por tipo de llamada –metropolitana, provincial, interprovincial, internacional, fijo-móvil, acceso a Internet en su caso-, así como los planes descuentos y otras posibles modificaciones del precio de las mismas con respecto a las tarifas base. Duración media estimada de la llamada según tipo de llamada –metropolitana, provincial, interprovincial, internacional, fijo-móvil, acceso a Internet en su caso-.
 - 1.4. Con respecto a los costes fijos en la prestación de servicios de voz, tales como la cuota de alta de las líneas, cuotas mensuales de abono, costes de los equipos, centralitas, terminales, y cualesquiera otros costes referidos a la prestación de servicios de voz, indique de qué modo se han repercutido en el importe mensual ofertado por tipo de Centro en el Concurso de referencia.
 - 1.5. **En definitiva, deben explicarse pormenorizadamente los cálculos efectuados por TESAU para llegar a partir de las tarifas ordinarias al precio ofertado por TESAU en el Concurso de referencia.**
 - 1.6. Con referencia al año 2000, y con respecto a los Centros a los que de acuerdo con el Concurso de referencia ha de prestarse el servicio de voz y durante el año 2000 dicho servicio hubiera sido prestado por TESAU, relacione el porcentaje real en dicho año de llamadas en *servicio telefónico disponible al público (off net)* y el porcentaje de llamadas en *servicio en grupo cerrado de usuarios (on net)*, así como los porcentajes en ambos casos de llamadas en horario reducido y en horario normal y según tipo de llamada, así como la duración media de las llamadas según tipo de llamada –metropolitana, provincial, interprovincial, internacional, fijo-móvil, acceso a Internet en su caso-.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 1.7. Se presentan en la Tabla 1 para su comentario, los cálculos de los importes de los servicios de voz realizados por los Servicios de esta Comisión siguiendo las indicaciones aportadas por TESAU en la reunión de 28/11/2001 [Tabla 1, declarada confidencial de oficio por esta Comisión].
2. Con respecto a los precios ofertados por TESAU en el Concurso de referencia en lo relativo en concreto a la prestación de servicios de transmisión de datos:
 - 2.1. Describa, para **cada Centro** a los que, de acuerdo con el Concurso de referencia, se haya de prestar el servicio de transmisión de datos, los recursos de red tanto de **back-up** como los que van a estar **activos** que se utilicen para prestar el servicio. En concreto, se deberá describir para cada Centro:
 - **Circuitos de transmisión.** Con indicación del tipo de medio físico, tecnología de transmisión de datos empleada, su capacidad instalada en Mbps, su capacidad ofrecida en Mbps, distancia a cubrir en kilómetros (incluyendo hasta el segundo decimal), titularidad del circuito y ubicaciones que interconecta (esto es, qué Centro conecta con qué nodo o qué nodo conecta con qué nodo).
 - **Nodos.** Con indicación de la dirección de dicho nodo (localidad, calle, número, piso en su caso, y código postal) y la titularidad del mismo.
 - 2.2. En relación con aquellos circuitos de fibra óptica de [confidencial] o superior capacidad respecto de los cuales la capacidad inicialmente requerida por el Concurso de referencia es menor, responda a la siguiente cuestión: en caso de que un operador habilitado requiriera a TESAU un circuito punto a punto de fibra óptica de [confidencial] señalando que la capacidad que va a utilizar será cualquiera de las indicadas en la primera columna de la Tabla 2 [tabla confidencial], ¿el precio que le facturará TESAU será el correspondiente a la capacidad instalada, esto es, los [confidencial], o TESAU facturaría el precio correspondiente únicamente a la capacidad demandada por el operador en la práctica, esto es, los correspondientes a la primera columna de la Tabla 2 [tabla confidencial]?
 - 2.3. Para la prestación del servicio de transmisión de datos, y de acuerdo con lo expuesto por TESAU en la reunión de 28/11/2001, se utilizará el servicio [declarado confidencial de oficio por esta Comisión] de TELEFÓNICA DATA, S.A. En este sentido, aporte copia completa de la oferta realizada por TELEFÓNICA DATA, S.A. a TESAU. Igualmente, aporte copia de todos y cada uno de los documentos que hayan sido intercambiados entre TESAU y TELEFÓNICA DATA, S.A. con respecto al Concurso de referencia, incluyendo la solicitud realizada por TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se señalaba a TESAU que, conforme a lo previsto en el artículo 76. Uno de la LJPAC debía proceder a contestar al requerimiento en el plazo de diez días a partir de la notificación del mismo. Sin perjuicio de lo anterior, TESAU solicitó una ampliación del plazo para contestar al requerimiento, que le fue concedido por esta Comisión mediante escrito de 15 de enero de 2002.

En todo caso, se notificó igualmente a TESAU que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 de la LJPAC, quedaba suspendido el plazo para resolver hasta el efectivo cumplimiento del requerimiento de información que se la había remitido.

Mediante escrito de 15 de enero de 2002, esta Comisión procedió a declarar confidencial, de oficio, determinadas partes del requerimiento señalado en este punto de los Antecedentes de Hecho:

- Esta Comisión declara la confidencialidad de los apartados 1.7, 2.2 y 2.3 del requerimiento de información a TESAU de 21 de diciembre de 2001 antes señalado, por contener dichos apartados datos cuantitativos de carácter comercial y no públicos aportados por la propia TESAU y en los cuales TESAU se ha basado para realizar su oferta a la GENERALITAT en el concurso convocado convocado por el CENTRO DE TELECOMUNICACIONES Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN de la GENERALITAT DE CATALUNYA para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada al Departamento de *Sanitat i Seguretat Social i Organismes que en depenen*.

Quinto.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TDATA. Mediante escrito de esta Comisión de 21 de diciembre de 2001, se requirió a TELEFÓNICA DATA, S.A. (en adelante TELEFÓNICA DATA) que aportara la siguiente información:

- Aporte copia completa de la oferta realizada a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. para el Concurso de referencia. Igualmente, aporte copia de todos y cada uno de los documentos que hayan sido intercambiados entre TELEFÓNICA DATA y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. con respecto al Concurso de referencia.
- Con relación a dicha oferta realizada, detalle para cada servicio ofrecido los cálculos y criterios tenidos en cuenta a la hora de calcular estos precios finales. En dicho detalle deberán quedar reflejados entre otros, los siguientes conceptos:
 - Coste de los medios físicos de transmisión empleados.
 - Coste de los elementos de electrónica de red empleados.
 - Coste hardware de los sistemas información empleados.
 - Coste software de los sistemas de información empleados.
 - Costes de ventas.
 - Costes de personal.
 - Costes corporativos asignables.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Costes de facturación y gestión de cobro.
- Otros costes necesarios para la producción del servicio.
- Margen comercial.
- Otros conceptos.

Se señalaba a TDATA que, conforme a lo previsto en el artículo 76.Uno de la LJPAC debía proceder a contestar al requerimiento en el plazo de diez días a partir de la notificación del mismo. Sin perjuicio de lo anterior, TDATA solicitó una ampliación del plazo para contestar al requerimiento, que le fue concedido por esta Comisión mediante escrito de 15 de enero de 2002.

En todo caso, se notificó igualmente a TDATA que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 de la LJPAC, quedaba suspendido el plazo para resolver hasta el efectivo cumplimiento del requerimiento de información que se la había remitido.

Sexto.- ALEGACIONES DE RETEVISIÓN. El 2 de enero de 2002 se recibió en esta Comisión escrito de alegaciones de RETEVISIÓN exponiendo que:

- Por los datos de que dispone RETEVISIÓN, previa solicitud al órgano contratante para que declarara temeraria la oferta de TELEFÓNICA y suspendiera el procedimiento de licitación, y ante la inminencia de su resolución, esta parte ya dirigió escrito ante esa Comisión, de fecha 20 de noviembre, con fecha de entrada en el Registro General de 20 de noviembre y número: 200100007902 en el que se solicitaba su intervención, y adoptara medidas cautelares instando a TELEFÓNICA el ajustamiento inmediato de las condiciones económicas de su oferta a las condiciones que impone la normativa vigente, dirigiendo, asimismo, notificación urgente de dicha petición al órgano de contratación para su correcta información y conocimiento de modo previo a la adopción de cualquier decisión sobre el tema objeto del citado escrito.
- **A pesar de los intentos por parte de mi representada [RETEVISIÓN] por obtener la suspensión de la adjudicación por parte del órgano contratante y la intervención de esa Comisión adoptando medidas cautelares, con fecha de 21 de noviembre [por tanto, al día siguiente de recibirse en esta Comisión la Oferta de TESAU remitida por el CTTI y el propio escrito de RETEVISIÓN solicitando la intervención de esta Comisión y la adopción de las mencionadas cautelares que quedaban, así, sin virtualidad práctica] el Consell d'Administració del CTTI informaba a la Generalitat de Catalunya del acuerdo adoptado por el mismo, por unanimidad, en virtud del cual resultaba adjudicataria del concurso de referencia TELEFÓNICA y ordenaba la notificación de la resolución los licitantes.**
- (...) Que contra dicha resolución, RETEVISIÓN ha interpuesto recurso de alzada ante el Conseller en Cap en fecha 12 de diciembre, el cual se adjunta a este escrito (...).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (...) Que sobre la base de informaciones obtenidas, TELEFÓNICA tiene previsto prestar los servicios al CTTI contratando con TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA DATA) o cuando menos sirviéndose de algunos de sus medios técnicos y servicios (...). En virtud de lo anterior, interesa a esta parte que, en el seno del expediente que la solicitud ya instada ante esa Comisión en el asunto de referencia (...) obren determinados documentos (...). En concreto, interesa que obren en el expediente, con objeto de probar los costes de la oferta de TELEFÓNICA en lo relativo a sus condiciones económicas...

En consecuencia, RETEVISIÓN solicitaba a esta Comisión que:

- Requiera a TELEFÓNICA DATA y/o TELEFÓNICA para que remitan los documentos indicados de forma que sean aportados al expediente que ante esa Comisión se sustancia en relación con la denuncia de la actitud de TELEFÓNICA como licitante del concurso ya referenciado.

Séptimo.- CONTESTACIÓN DE TESAU AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN. Tras solicitar el 11 de enero de 2002 una ampliación del plazo inicialmente concedido para contestar al requerimiento, el 21 de enero se recibió en esta Comisión la contestación de TESAU al mismo, si bien no se aportan todos los datos solicitados ni con el desglose contemplado en el requerimiento. En su escrito, TESAU incluye diversas alegaciones a las que se hace referencia concreta en las consideraciones incluidas en este escrito con respecto a las cuestiones de fondo.

Octavo.- CONTESTACIÓN DE TDATA AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN. Tras solicitar el 9 de enero de 2002 una ampliación del plazo inicialmente concedido para contestar al requerimiento, el 21 de enero se recibía en esta Comisión el escrito de contestación de TDATA.

En su escrito, TDATA señala que «la información presentada no se corresponde con la estructura de costes solicitada por esa CMT en su requerimiento de información, en la medida en que los criterios de desglose de costes que utiliza TDE para establecer los precios de sus ofertas no contemplan los mismos conceptos de coste indicados en el requerimiento de información. Sin embargo, TDE considera que la información que se presenta cumple adecuadamente con el objetivo de esa CMT permitiendo conocer el sustento de la oferta económica presentada por TDE para el Concurso de referencia».

En su escrito, TDATA incluye diversas alegaciones a las que se hace, en su caso, referencia concreta en las consideraciones incluidas en este escrito con respecto a las cuestiones de fondo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Noveno.- RETEVISIÓN APORTA DETERMINADA DOCUMENTACIÓN. El 22 de enero de 2002, RETEVISIÓN presenta escrito en el Registro de esta Comisión aportando la desestimación del recurso de alzada interpuesto por la propia RETEVISIÓN contra el Acuerdo del Consejo de Administración del CTTI, de 21 de noviembre de 2001, adjudicando a TESAU el concurso de referencia.

Décimo.- MEDIDA CAUTELAR. El 28 de febrero de 2002, el Consejo de esta Comisión aprobó mediante Resolución medidas cautelares, **resolviendo que:**

«Telefónica de España SAU deberá en el plazo de diez días desde la presente resolución remitir a esta Comisión la debida identificación de todos y cada uno de los servicios hoy objeto de control de precios en la Orden de 10 de mayo de 2001 que van a ser prestados con ocasión de la contratación realizada con el CTTI. Al mismo tiempo, deberán identificar respecto de dichos servicios los precios que materialmente van a percibir del órgano u órganos a los que prestarán dichos servicios.

Telefónica deberá adoptar las medidas necesarias para respecto de dichos servicios ajustarse al régimen de precios que marca la meritada Orden de 10 de mayo de 2001. Finalmente, Telefónica deberá identificar en el objeto de contrato aquellos servicios que hoy no aparecen conformados en diferentes regímenes de control, en la Orden de 10 de mayo de 2001, señalando e identificando el precio que percibirá por ellos por diferencia en relación al resto de servicios respecto de los que está sometida al régimen de control, de manera que esta Comisión pueda comprobar que en el conjunto del precio total que percibe se acredita el cumplimiento de los límites de precios establecidos para cada uno de los servicios regulados en la Orden de 10 de mayo de 2001.

Con el fin de verificar el cumplimiento de la presente medida cautelar TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. habrá de comunicar a esta Comisión, en el caso de iniciar la prestación de los referidos servicios, el número de llamadas cursadas y de circuitos suministrados, en las diferentes modalidades objeto de regulación».

Undécimo.- CONTESTACIÓN DE TESAU A LA MEDIDA CAUTELAR. El 18 de marzo de 2002 se recibió en esta Comisión escrito de TESAU en contestación a la medida cautelar.

En su escrito, TESAU realiza las siguientes manifestaciones:

- «Primera.- En relación a la identificación de los Servicios objeto de control de precios en la Orden de 10 de Mayo de 2001 que van a ser prestados con ocasión de la contratación.

(...) Bajo el paraguas del arrendamiento de red, el cual no está sujeto al régimen de price cap, fijado por la Orden de 10 de Mayo de 2001, Telefónica de España va a prestar al CTTI los siguientes servicios:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) Servicios regulados sujetos al régimen de control de precios establecido en la Orden de 10 de mayo de 2001.

Dentro de esta categoría debemos recoger los siguientes servicios:

1.- Servicio telefónico fijo disponible al público.
Dentro del diseño de red privada virtual (en adelante RPC) ofrecido por Telefónica de España (...), tendrá la consideración de servicio telefónico fijo disponible al público, las llamadas realizadas desde cualquier entidad integrante de la RPV al exterior (tráfico off-net).

2.- Circuitos punto a punto de nx64 en acceso múltiple, cuyo régimen de precios es de tarifas máximas.

- b) Servicios no regulados incluidos en la Oferta.

Dentro de los servicios no regulados prestados por Telefónica de España, debemos citar el servicio de telefonía vocal en GCU. Dicho servicio sería el cursado entre las dependencias de la Generalitat (tráfico on-net)».

- «Segunda.- Sobre la revisión de los precios para adecuarlos a los consumos reales.

(...) La fórmula de revisión establecida por la cláusula denominada “Actualizacions” del Pliego de Cláusulas Administrativas da cabida a las revisiones y adaptaciones que, en su caso, resultaren procedentes, en la medida en que el mismo contempla, de manera expresa, la propia evolución de los precios del mercado».

Finaliza su escrito TESAU exponiendo que:

- «En conclusión, esta parte no puede concluir este escrito sin manifestar que, dentro del marco contractual citado, Telefónica de España dará cumplimiento al marco tarifario vigente».

Duodécimo.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TESAU. El 24 de abril se remitió el siguiente requerimiento de información a TESAU, con el objeto de disponer de datos suficientes para contrastar las previsiones de tráfico de TESAU:

1. Con respecto al servicio de arrendamiento de red, indique las características técnicas de este servicio y sus costes desglosados. Indique igualmente otros clientes a los que se venga prestando el mismo servicio, así como la tarifa cobrada a aquellos.
2. Indique, señalando su dirección postal completa, los Centros a los que presta servicios de voz y datos por una parte, y los Centros a los que presta sólo servicios de datos, por otra.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Con respecto a la prestación de servicios de voz por TESAU al Departamento de Sanidad y Seguridad Social, y organismos dependientes, de la Generalitat de Cataluña y, en concreto, tomando en cuenta el período comprendido desde el 1 de enero de 2002 al día 31 de marzo, ambos incluidos, indique, teniendo en cuenta el conjunto de los centros a los que se presta dicho servicio:
 - 3.1 Número de líneas en servicio, distinguiendo por tecnología (Red Telefónica Conmutada, Red Digital de Servicios Integrados...) e importe correspondiente a las cuotas mensuales de todas las líneas en el período indicado.
 - 3.2 Porcentaje de llamadas de *servicio telefónico disponible al público (off net)* y porcentaje de llamadas correspondientes al *servicio en grupo cerrado de usuarios (on net)* en el período indicado.
 - 3.3 Con referencia a las llamadas cursadas de *servicio en grupo cerrado de usuarios* indique el **número de minutos** cursados por tipo de llamada – metropolitana, provincial, interprovincial, internacional (especificando zona de destino), fijo-móvil -, así como el porcentaje por cada uno de los anteriores tipos de llamada cursados en horario normal y en horario reducido. Igualmente, indique el precio aplicado a cada uno de los mencionados tipos de llamada según el horario en que se realicen en caso de haberse fijado dichos precios tomando como referencia los del *servicio telefónico disponible al público*, indique el porcentaje de descuento exacto aplicado. Aporte la duración media de la llamada según tipo de llamada –metropolitana, provincial, interprovincial, internacional, fijo-móvil, acceso a Internet en su caso-.
 - 3.4 Con referencia a las llamadas cursadas de *servicio telefónico disponible al público* indique el número de minutos cursados por tipo de llamada – metropolitana, provincial, interprovincial, internacional (especificando zona de destino), fijo-móvil, acceso a Internet en su caso-, así como el porcentaje por cada uno de los anteriores tipos de llamada cursados en horario normal y en horario reducido. Igualmente, indique el precio aplicado a cada uno de los mencionados tipos de llamada según el horario en que se realicen con, en su caso, los planes descuentos y otras posibles modificaciones del precio de las mismas aplicados con respecto a las tarifas base. Aporte la duración media de la llamada según tipo de llamada –metropolitana, provincial, interprovincial, internacional, fijo-móvil, acceso a Internet en su caso-.
 - 3.5 Aporte relación detallada de los equipos que TESAU haya puesto a disposición del Departamento de Sanidad y Seguridad Social y organismos dependientes de la Generalitat de Cataluña, tales como centralitas, terminales, y cualesquiera otros referidos a la prestación de servicios de voz, indicando para cada uno su precio así como si el mismo es recurrente o no y, en caso de ser recurrente, cada cuánto tiempo.
- 4 Con respecto al servicio de transmisión de datos por TESAU al Departamento de Sanidad y Seguridad Social, y organismos dependientes, de la Generalitat de Cataluña y, en concreto, tomando en cuenta el período comprendido desde el 1 de enero de 2002 al día 31 de marzo, ambos incluidos, indique los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recursos de red tanto de **back-up** como los **activos** que se utilicen para prestar el servicio. En concreto, se deberá describir para cada Centro, indicando el coste correspondiente y si la titularidad corresponde a TESAU o a TELEFÓNICA DATA, S.A.U.

- **Circuitos de transmisión.** Con indicación del tipo de medio físico, tecnología de transmisión de datos empleada, su capacidad instalada en Mbps, su capacidad ofrecida en Mbps, distancia a cubrir en kilómetros (incluyendo hasta el segundo decimal), titularidad del circuito y ubicaciones que interconecta (esto es, qué Centro conecta con qué nodo o qué nodo conecta con qué nodo).
- **Nodos.** Con indicación de la dirección de dicho nodo (localidad, calle, número, piso en su caso, y código postal) y la titularidad del mismo.

5 Sin perjuicio de la información requerida en los apartados precedentes, aporte, de nuevo con respecto al período abarcado entre el día 1 de enero de 2002 y 31 de marzo de 2002, ambos inclusive copia completa de toda la documentación facilitada al Centre de Telecomunicacions y Technologies de la Informació (CTTI en adelante) de la Generalitat de Catalunya que tenga relación, cualquiera que ésta sea, con la prestación de los servicios adjudicados a TESAU en el marco del concurso de referencia, en el mismo soporte y formato en que se hayan facilitado al CTTI. En concreto, facilite copia, en el mismo soporte y formato, de los datos que TESAU remite al CTTI con el objeto de que por éste se realice la facturación de los servicios prestados por la primera al segundo.

Decimotercero.- CONTESTACIÓN DE TESAU AL REQUERIMIENTO.

Mediante escrito de 10 de mayo de 2002, TESAU procedió finalmente a responder al requerimiento de información anteriormente citado. En su contestación, TESAU se limita a señalar que:

- «En la actualidad, Telefónica de España no ha comenzado aun la prestación de los servicios al Departamento de Sanidad y Seguridad Social, y organismos dependientes de la Generalitat de Catalunya, razón por la que mi representada no puede aportar en el momento actual la información solicitada. En este sentido, tan pronto como se ultime la puesta en funcionamiento de dichos servicios, Telefónica de España enviará a esa CMT la información requerida».

Decimocuarto.- NUEVO REQUERIMIENTO A TESAU. Mediante escrito de 14 de mayo, esta Comisión requirió de nuevo a TESAU para que aportara:

- I. En relación a los servicios que desde el 1 de enero de 2001 a 31 de marzo de 2002 presta al Departamento de Sanidad y Seguridad Social, y organismos dependientes, de la Generalitat de Cataluña:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Descripción de los servicios que preste o haya prestado al Departamento de Sanidad y Seguridad Social y organismos dependientes, de la Generalitat de Cataluña, entre el 1 de enero y el 31 de marzo del año 2002.
2. Copia de todas y cada una de las facturas que haya remitido a la Generalitat por la prestación de servicios al Departamento de Sanidad y Seguridad Social y organismos dependientes durante 2002. Debe aportar junto a dichas facturas los detalles de consumo aun cuando los mismos no hubiesen sido suministrados a la Generalitat. En caso de haberse aportado a la Generalitat datos sobre consumo de cualesquiera de los servicios que TESAU le haya prestado durante 2002, adjunte además en su respuesta a este requerimiento la copia completa de los mismos, en el mismo soporte y formato.
3. Con respecto a la prestación de servicios de voz por TESAU al Departamento de Sanidad y Seguridad Social, y organismos dependientes, de la Generalitat de Cataluña y, en concreto, tomando en cuenta el período comprendido desde el 1 de enero de 2002 al día 31 de marzo de 2002, ambos incluidos, indique para cada uno de los meses naturales –enero, febrero y marzo-:
 - 3.1. Número de líneas en servicio e importe correspondiente a sus cuotas mensuales y, en su caso, de alta, distinguiendo por tecnología (Red Telefónica Conmutada, Red Digital de Servicios Integrados...).
 - 3.2. Porcentaje de llamadas de *servicio telefónico disponible al público (off net)* y porcentaje de llamadas correspondientes al *servicio en grupo cerrado de usuarios (on net)*.
 - 3.3. Con referencia a las llamadas cursadas de *servicio en grupo cerrado de usuarios* indique el **número de minutos** cursados por tipo de llamada – metropolitana, provincial, interprovincial, internacional (especificando zona de destino), fijo-móvil -, así como el porcentaje por cada uno de los anteriores tipos de llamada cursados en horario normal y en horario reducido. Igualmente, indique el precio aplicado a cada uno de los mencionados tipos de llamada según el horario en que se realicen –en caso de haberse fijado dichos precios tomando como referencia los del *servicio telefónico disponible al público*, indique el porcentaje de descuento exacto aplicado. Aporte la duración media de la llamada según tipo de llamada –metropolitana, provincial, interprovincial, internacional, fijo-móvil, acceso a Internet en su caso-.
 - 3.4. Con referencia a las llamadas cursadas de *servicio telefónico disponible al público* indique el número de minutos cursados por tipo de llamada – metropolitana, provincial, interprovincial, internacional (especificando zona de destino), fijo-móvil, acceso a Internet en su caso-, así como el porcentaje por cada uno de los anteriores tipos de llamada cursados en horario normal y en horario reducido. Igualmente, indique el precio aplicado a cada uno de los mencionados tipos de llamada según el horario en que se realicen con, en su caso, los planes descuentos y otras posibles modificaciones del precio de las mismas aplicados con respecto a las tarifas base. Aporte la duración media de la llamada según tipo de llamada –metropolitana, provincial, interprovincial, internacional, fijo-móvil, acceso a Internet en su caso-.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 3.5. Aporte relación detallada de los equipos que TESAU haya puesto a disposición del Departamento de Sanidad y Seguridad Social y organismos dependientes de la Generalitat de Cataluña, tales como centralitas, terminales, y cualesquiera otros referidos a la prestación de servicios de voz, indicando para cada uno su precio así como si el mismo es recurrente o no y, en caso de ser recurrente, cada cuánto tiempo.
- II. En relación a los servicios de los que ha resultado adjudicataria en el concurso convocado para la prestación de servicios al Departamento de Sanidad y Seguridad Social, y organismos dependientes, de la Generalitat de Cataluña:
1. Fecha en la que se prevé en inicio de la prestación de los servicios.
 2. Motivos por los que no se ha comenzado en la prestación de los servicios referidos.
 3. Con respecto al servicio de arrendamiento de red, indique las características técnicas de este servicio y sus costes desglosados. Indique igualmente otros clientes a los que se venga prestando el mismo servicio, así como la tarifa cobrada a aquellos, desglosando los conceptos que se tienen en cuenta a la hora de determinar la tarifa aplicada a cada cliente.

Decimoquinto.- SOLICITUD DE INFORMACIÓN AL CTTI. El 22 de mayo de 2002 se solicitó al CTTI de la Generalitat de Catalunya la siguiente información:

1. Fecha de inicio por parte de Telefónica de España, S.A.U. en la prestación de los servicios de los que resultó adjudicataria en virtud del concurso convocado para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones al Departamento de Sanidad y Seguridad Social y organismos dependientes de la Generalitat de Cataluña.
2. Copia de todas y cada una de las facturas recibidas de Telefónica de España, S.A.U. con motivo de la prestación de servicios al Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña desde el 1 de enero de 2001 al 31 de marzo de 2002. En caso de que durante el período de 1 de enero de 2001 al 31 de marzo de 2001 el Centre de Telecomunicacions y Tecnologies de la Informació haya realizado la facturación en todo o en parte, copia de los datos facilitados por Telefónica de España, S.A.U. al Centre sobre los que dicha facturación se ha producido.
3. Cualquier otra documentación remitida por Telefónica de España, S.A.U. a la Generalitat de Cataluña o cualquiera de sus organismos con relación a la prestación de servicios por Telefónica de España, S.A.U. al Departamento de Sanidad y Seguridad Social y organismos dependientes de la Generalitat de Cataluña.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Decimosexto.- CONTESTACIÓN DEL CTTI. El 18 de junio de 2002 se recibió la contestación del CTTI al requerimiento.

En cuanto a la fecha de inicio del servicio, contesta el CTTI que “hasta la fecha de hoy, este servicio no se ha puesto en marcha”. En lo atinente a las facturas solicitadas, señala el CTTI que TESAU no las envía desglosadas por departamentos. Finalmente, y en lo referido a la información facilitada por TESAU, el CTTI expone que al no haberse comenzado la ejecución del contrato, aún no ha recibido ninguna.

Decimoséptimo.- CONTESTACIÓN DE TESAU. El día 10 de junio se recibió la contestación de TESAU al último requerimiento de información que se le había remitido.

La respuesta de TESAU indica que:

Los servicios prestados al Departamento de Sanidad y Seguridad Social y Organismos dependientes de la Generalitat de Cataluña, e incluidos en la factura, son los siguientes:

- Servicios de telefonía básica (líneas individuales, líneas de enlace y tráfico)
- Accesos RDSI (accesos básicos, primarios y tráfico).

Por otra parte, TESAU aporta parte de la información requerida, si bien los datos se refieren a toda la Generalitat en su conjunto y no al Departamento de Sanidad y Seguridad Social de dicha Administración. El motivo lo justifica TESAU en que la facturación se realiza por C.I.F. y no por Departamento.

Decimooctavo.- Mediante escritos de 13 de junio de 2002 se comunicó a las partes el inicio del trámite de audiencia en el presente procedimiento. Junto a dicha comunicación se incluyó un Informe de los Servicios de esta Comisión con el objeto de facilitar a las partes la identificación de las principales cuestiones debatidas, así como de los hechos y fundamentos de derecho que, a la vista de lo instruido, se deducen del expediente.

Decimonoveno.- ALEGACIONES EN AUDIENCIA DE TDATA. El día 2 de julio de 2002 se registró la entrada en esta Comisión de las alegaciones de TDATA, que son contestadas en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

Vigésimo.- ALEGACIONES EN AUDIENCIA DE RETEVISIÓN. En sus alegaciones, RETEVISIÓN señala que:

- «Siendo manifiesto y estando motivado el incumplimiento por Telefónica de España, S.A.U., en adelante TESAU, en lo que se refiere tanto a las obligaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que emanan de la normativa sectorial como a las que derivan de la normativa de competencia, se adopten por esa Comisión las medidas necesarias para restablecer la competencia efectiva».

- «Esta parte no quiere dejar de destacar la relevancia de la resolución que se adopte por cuanto que ha de servir de referencia para el comportamiento que para concursos sucesivos ha de observar TESAU».
- «Esta parte considera fundamental que mediante la resolución definitiva del expediente esa Comisión, en el ámbito de sus competencias, obligue a TESAU a (...) en concreto:
 - 1) La obligación de que las ofertas presentadas por TESAU en concursos públicos desagreguen o detallen los precios de servicios objeto de control de precios de la Orden de 10 de mayo de 2001 y los precios de servicios no regulados bajo esta orden.
 - 2) La obligación de que para los referidos concursos TESAU detalle las hipótesis de uso de que depende la configuración de los precios finales aplicables, a saber, tráfico, distribuciones de tráfico, etc.
 - 3) La obligación de detallar los equipamientos o bienes de equipo utilizados y su puesta a disposición, en régimen de alquiler o en propiedad, su tarificación y las condiciones de mantenimiento.
 - 4) La obligación de identificar las sociedades con las que participa para la prestación conjunta de los servicios objeto de concurso, el desglose y detalle de los servicios contratados y los precios aplicados a los mismos.
 - 5) La obligación de suministrar a la CMT la información de que disponga acerca de los servicios prestados por TESAU a la Administración convocante del correspondiente concurso público a la fecha del concurso, identificando al menos los datos según los criterios dispuestos en los puntos 1 a 4 anteriores.
 - 6) La obligación de presentar toda esta información con antelación suficiente ante esa Comisión para permitir a esa Comisión su valoración e intervención, en su caso».
- «En segundo lugar, sorprende a esta parte el incumplimiento manifiesto de la medida cautelar adoptada por el Consejo de esa Comisión en la fecha de 28 de febrero de 2002 (...) agravado, si cabe, por el carácter reiterado del incumplimiento y que queda constancia en sus repuestas a requerimientos posteriores de fechas 24 de abril y 14 de mayo de 2002. Todo lo cual demuestra la intención claramente obstructora de TESAU y es reveladora de una conducta, cuando menos, no transparente».
- «En lo que se refiere a la adecuación de los precios de los servicios al régimen de precios regulados, esta parte desea reiterar los argumentos y alegaciones ya vertidas en el escrito de mi representada de fecha 20 de febrero de 2002.

Primero, mi representada ya se ha pronunciado en contra del adelanto de rebajas por reducciones en costes (...). Segundo, esta parte entiende necesario el cumplimiento estricto por los operadores dominantes de la normativa en materia de tarifas (...). Tercero, se destaca que el margen que calculan los servicios de esa Comisión de los precios regulados con respecto a los precios ofertados de voz se ha reducido sustancialmente desde la resolución por la que se adoptaron medidas cautelares y que RETEVISIÓN, consideró, en su momento, conservador. Esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parte insiste en lo conservador, y favorable así a los intereses de TESAU, de algunas de las hipótesis empleadas, como es el caso de la distribución de llamadas off-net y on-net, y sobre lo que TESAU no ha aportado información alguna que lo contraste, la aplicación de un descuento del 15 % sobre llamadas de larga distancia (...) o la aplicación de nuevos descuentos aprobados con posterioridad a la fecha de licitación. Por otra parte, mi representada cuestionó (...) las hipótesis de duración de llamadas y de distribución del tráfico en horario normal y horario reducido (...). De ahí que esta parte solicita que, en la resolución definitiva del expediente, se justifiquen todos y cada uno de los puntos señalados por mi representada. A este respecto, esta parte considera que, en un expediente de tanta relevancia a futuro como el presente, no debe aceptarse un análisis como el realizado por los servicios de esa Comisión, en la medida en que deliberadamente opta por elegir todos los supuestos más favorables a TESAU, y ninguno de los contrarios. Si bien este recurso puede ser válido a efectos dialécticos, ha de quedar muy claro en la Resolución final que el único análisis posible es el que se realice sobre los datos y precios vigentes en el momento de la oferta, únicos incuestionables y objetivables».

- «Esta parte entiende necesario que se considere en el análisis relativo a los servicios de voz los servicios adicionales (servicios integrales de mantenimiento de líneas, centralitas, etc.), que pueden representar un 15-20% del total presupuestado por TESAU para estos servicios».
- «En lo relativo a voz, esta parte quiere destacar el carácter conservador de los servicios de interconexión considerados para las diversas tipologías de tráfico (...) asimismo, en manera alguna parece adecuado que no se consideren otros costes adicionales a los de red, cuales son los de comercialización, facturación, etc, y que pueden suponer un sobre coste del 20 %».
- «Por otra parte, en lo relativo a datos, esta parte quiere destacar la aplicación por esa Comisión de los precios de interconexión de circuitos aprobados mediante resolución de 21 de febrero de 2002, esto es, con posterioridad a la fecha de presentación de ofertas al concurso».

Vigesimoprimer.- ALEGACIONES DEL CTTI EN AUDIENCIA. El día 5 de julio se recibieron las alegaciones del CTTI. En primer lugar, señala el CTTI que no considera acorde a la normativa vigente que esta Comisión proceda a «modificar directamente las condiciones del contrato administrativo adjudicado por la Generalitat con arreglo a la ley». En segundo lugar, señala el CTTI que se le generaría indefensión por no tener acceso a los cálculos efectuados por esta Comisión y que ofrecen como resultado que la oferta conjunta de servicios de voz y datos de TESAU dé un margen negativo del 12,74 %.

Vigesimosegundo.- ALEGACIONES DE TESAU. El 4 de julio se recibieron las alegaciones de TESAU, que son contestadas en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

De acuerdo con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones (Ley 12/1997, en adelante), *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos”*.

En este sentido, entre las funciones que la Ley 12/1997 otorga a esta Comisión está, en el artículo 1.Dos.2.c), la de *“velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas”*.

El artículo 1.Dos.2.f) de la mencionada Ley 12/1997 dispone que corresponde a esta Comisión *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”*.

Asimismo, el artículo 1.Dos.2.h) de la citada Ley 12/1997 atribuye a la CMT la función de vigilancia de la debida aplicación de estas tarifas por los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan.

La CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC. Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la mencionada Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y en el artículo 2 del citado Reglamento de la Comisión de las Telecomunicaciones, el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Previo.- EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS PROPIAS E INADMISIBILIDAD DE SU RENUNCIA DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 12 DE LA LRJPAC. El presente procedimiento se refiere a la oferta presentada por TESAU a la Generalitat en el marco del concurso convocado por el CTTI para *el arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada al Departamento de Sanidad y Seguridad Social y organismos dependientes*, y la prestación de servicios subsiguiente.

Con respecto al ámbito competencial que corresponde a esta Comisión y su ejercicio en el presente procedimiento, TESAU, TDATA y el CTTI reiteran algunas de las alegaciones en su momento efectuadas al Informe remitido a las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

partes por esta Comisión con anterioridad a la adopción de las medidas cautelares adoptadas mediante Resolución de 28 de febrero (accesible en www.cmt.es), y que ya fueron contestadas en su momento.

A este respecto, puede en todo caso resaltarse de nuevo cómo en ningún caso pretende esta Comisión ejercer en el presente procedimiento las competencias atribuidas a la Administración que convocó el concurso.

Así, no se está examinando en modo alguno la actuación de la Generalitat en la contratación administrativa efectuada, entendido que la misma procedió a adjudicar el concurso a aquella oferta que con arreglo a las bases del mismo estimó más favorable, ni tampoco se analiza si una oferta es mejor que otra, o si resulta temeraria con arreglo a la normativa sobre contratación administrativa, o si es la que habría debido o no resultar adjudicataria del concurso convocado, aspectos todos estos que esta Comisión entiende sujetos a la única valoración de la Administración convocante con el control posterior, en su caso, de los Tribunales.

De este modo, esta Comisión no incurre en intromisión alguna en competencias atribuidas por la normativa a otras Administraciones.

Ahora bien, no puede esta Comisión hacer dejación de las competencias que el ordenamiento jurídico vigente le reconoce por voluntad del legislador, tal y como establecen los artículos 12 y 89 de la LJPAC. En consecuencia, la mencionada oferta de TESAU se analiza por esta Comisión en ejercicio de las señaladas competencias que el ordenamiento jurídico le reconoce y de las cuales se destacan en el apartado II-Habilitación Competencial las principales con respecto al presente procedimiento.

Entre las alegaciones de TESAU destaca la de considerar que esta Comisión no sería competente “en materia de precios”, llegando incluso a señalar que esta alegación habría sido “expresamente reconocida por la CMT”. Pues bien, a este respecto ha de señalarse, en primer lugar, que esta Comisión no ha puede haber reconocido su falta de competencia en materia de precios pues ello habría resultado un desconocimiento inadmisibles de las competencias que le atribuye la normativa vigente y el mandato del legislador que resulta de las mismas. Es más, esta Comisión ha destacado en numerosas ocasiones cómo es competente para la vigilancia de la debida aplicación de las tarifas de los servicios de telecomunicación prestados en exclusiva y en aquellos casos en los que exista una posición de dominio en el mercado, a fin de salvaguardar el principio de competencia efectiva entre los operadores, tal y como dispone el artículo 1.dos.2 letra h) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, sin perjuicio de las actuaciones posibles en función de las competencias igualmente atribuidas a esta Comisión con arreglo a las letras c) y f) del mencionado precepto. En consecuencia, la Comisión del Mercado de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las Telecomunicaciones inició un procedimiento administrativo con el objeto de analizar si la oferta realizada por TESAU al CTTI, en el marco del contrato administrativo que trae causa, respetaba la debida aplicación del régimen de tarifas en vigor. En este sentido, es obvio que dicho procedimiento resulta perfectamente encuadrable en la competencia asignada a esta Comisión por el artículo invocado, y ello, con total independencia de las consecuencias derivadas sobre la relación jurídica existente entre el operador y su cliente circunstancial, en este caso el CTTI, por lo que esta Comisión debe proceder a la resolución definitiva del mencionado procedimiento con arreglo a lo establecido en el artículo 89 de la LJPAC.

A título de mero ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, se pueden señalar distintas actuaciones de esta Comisión en ejercicio de las mencionadas competencias. Así, **las más recientes**, la resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 24 de enero de 2002, sobre control de precios aplicados por TESAU a la operadora Vic Telehome, S.A., y la resolución del mismo órgano y fecha sobre la comercialización de grupos cerrados de usuarios de TESAU en el expediente MTZ 2001/4138. En ambos casos, esta Comisión dictó sendas resoluciones como consecuencia del ejercicio de su competencia de vigilancia de la debida aplicación de tarifas por parte de TESAU, con independencia de las consecuencias derivadas sobre las relaciones jurídicas preexistentes entre dicho operador y Vic Telehome, S.A. o los correspondientes grupos cerrados de usuarios a los que se venían ofertando determinados servicios. **En ejecución de estas resoluciones, TESAU está procediendo, unilateralmente y en ejecución de la resolución de esta Comisión, a modificar o extinguir los mencionados contratos.** Por todo ello, cabe concluir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es competente para incoar un procedimiento administrativo de vigilancia de la debida aplicación de tarifas por parte de TESAU, en su condición de operador dominante y, en consecuencia, resulta competente para adoptar las medidas que estime necesarias en el seno de dicho procedimiento, de forma motivada y cumpliendo con todos los requisitos legales de aplicación.

Por otra parte, y en tanto que la competencia administrativa para la modificación de las condiciones de los contratos adjudicados conforme a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es exclusiva del órgano de contratación y sólo la jurisdicción contencioso-administrativa puede fiscalizar su actuación, el CTTI y TESAU sostienen que la obligación de que TESAU **retirara** su oferta sería nula de pleno derecho, invocando para ello el artículo 101 del Real Decreto Legislativo 2/2000, artículos 1 y 25 de la Ley 29/1998 y artículo 62 de la LRJPAC.

Sin embargo, es preciso destacar que ni este procedimiento administrativo, ni la presente resolución, desde luego, tienen por objeto ni implican necesariamente la modificación de las condiciones del contrato administrativo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adjudicado con arreglo a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En efecto, como queda dicho, el único objeto del procedimiento incoado es establecer si con ocasión de la contratación de servicios por el CTTI, TESAU respeta la aplicación de las tarifas de los servicios de telecomunicación en vigor.

Cuestión distinta es si, establecida la vulneración por TESAU del régimen de tarifas aplicables, resulta necesario adoptar una resolución que se proyecta sobre la relación jurídica existente en este caso entre la operadora y el CTTI, en el marco del contrato administrativo suscrito entre ambas. La eventual incidencia de la presente resolución en el procedimiento de contratación incoado y resuelto por la GENERALITAT DE CATALUNYA no es sino un supuesto más de competencias concurrentes entre distintas Administraciones Públicas; es decir, que sobre un mismo hecho o una misma situación jurídica, se proyecta la actuación de diversos órganos administrativos con competencias propias, atribuidas por el ordenamiento jurídico a cada uno de ellos en garantía de los intereses públicos que cada uno está llamado a salvaguardar. El ordenamiento jurídico español está plagado de supuestos de competencias concurrentes entre órganos de la misma o de distintas Administraciones Públicas.

En este tipo de situaciones, no es exigible a una de las Administraciones Públicas, como pretenden tanto el CTTI como TESAU, que renuncie al ejercicio de las competencias que le son propias, pues tal actuación habría de considerarse contraria a Derecho (conforme al artículo 12.1 de la LRJPAC, “la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia”). **Lo que procede, en estos casos, es que cada Administración limite su actuación al ámbito específico de sus competencias.**

En este sentido, puesto que TESAU está sometida a un específico régimen de regulación de precios, que sólo a esta Comisión corresponde controlar, y puesto que no existe ninguna norma que excluya del mismo la contratación de servicios de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas, es obligación de esta Comisión intervenir para exigir el cumplimiento de la citada normativa.

El CTTI, en cuanto órgano de contratación, ostenta con carácter exclusivo las específicas competencias que la legislación de contratos le atribuye, y esta Comisión no pretende inmiscuirse en la forma en que ha de ejercitarlas. **Esta Comisión, por tanto, se ha de limitar a ejercer las competencias que tiene atribuidas como propias, imponiendo a los agentes que intervienen en el mercado de las telecomunicaciones las obligaciones que resulten necesarias para asegurar el respeto a aquellas normas cuya tutela le está encomendada.**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo que no puede compartir esta Comisión es la idea, reflejada en los escritos de alegaciones, de que la legislación de contratos es un compartimento estanco dentro del ordenamiento jurídico general, en el que sólo son de aplicación las normas y principios en ella establecidos y sólo ejerce competencias el órgano de contratación. La legislación de Contratos, como la legislación sectorial de telecomunicaciones o la de defensa de la competencia, se integran en el ordenamiento jurídico, considerado como un todo, que los ciudadanos y los poderes públicos tienen el deber de respetar en su integridad, conforme al artículo 9.1 de la Constitución Española. **No puede compartirse, en definitiva, la idea de que, puesto que la selección de la oferta de TESAU y la suscripción del contrato con esta operadora se ha ajustado a las normas establecidas en la legislación de contratos, aun cuando pueda infringir la legislación sectorial de telecomunicaciones, tal contrato ha de surtir efectos en su plenitud.**

Consciente de la existencia de competencias compartidas o concurrentes entre Administraciones Públicas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en lo sucesivo) ha establecido dos previsiones de directa aplicación al caso que nos ocupa. Según su artículo 4.1.a), *“Las Administraciones Públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán: respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias”*. De conformidad con el artículo 18: *“1. Los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias propias ajustarán su actividad en sus relaciones con otros órganos de la misma y de otras administraciones a los principios establecidos en el artículo 4.1 de la Ley, y la coordinarán con la que pudiera corresponder legítimamente a estos, pudiendo recabar para ello la información que precisen. 2. Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observados por el resto de órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración”*.

Por todo ello, cabe concluir que la presente resolución se dicta en el ejercicio de competencias administrativas atribuidas expresa y exclusivamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y eventualmente puede incidir en la relación contractual suscrita por el CTTI y TESAU en un aspecto particular (régimen de regulación de precios de TESAU) sobre el que aquella, como órgano de contratación, carece de competencia alguna.

Por lo demás, **sorprende esta alegación de incompetencia formulada por el CTTI pues, en la resolución del recurso de alzada interpuesto por Retevisión contra el acuerdo de adjudicación, de fecha 9 de enero de 2002, la Generalitat desestima las alegaciones de Retevisión sobre la**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ilegalidad de la oferta de TESAU, derivada de la aplicación de la legislación de Defensa de la competencia, con el argumento de que “el organismo competente para apreciar y valorar las alegaciones presentadas por Retevisión sobre esta materia es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y en su caso el Servicio de Defensa de la Competencia”. Es decir, en la resolución del recurso de alzada, la propia Generalitat ha reconocido su incompetencia para analizar esas alegaciones y la competencia de esta Comisión.

Por otra parte, se alega que la CMT no es competente para conocer presuntas prácticas de abuso de posición de dominio, particularmente, tras la publicación de la Ley 52/1999 de 28 de diciembre de reforma de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, que en su disposición Adicional Primera desapoderaría de las competencias que hasta entonces pudieran estar atribuidas a la CMT en relación con la aplicación de la normativa de competencia en el ámbito de las telecomunicaciones.

Frente a esta alegación hay que precisar que la Comisión no pretende instruir ni ha resolver un procedimiento de los que en la Ley de Defensa de la Competencia se regulan en materia de defensa de la competencia.

La Comisión no hace sino ejercer la competencia que por Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones le viene atribuida. Se trata pues de un supuesto de ejercicio legítimo de competencias hasta cierto punto concurrentes con las de otros órganos administrativos. Respecto de esta cuestión, la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección octava) en su sentencia de 13 de febrero de 2001 ha reconocido expresamente que la atribución a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de competencias concurrentes con los otros órganos de defensa de la competencia, no infringe ningún principio de legalidad ni de seguridad jurídica y está justificada tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que la Comisión ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones.¹

¹ En su Fundamento de Derecho Cuarto afirma que el hecho de que pudiera existir una doble barrera o control administrativo por parte de órganos con competencias concurrentes, aunque debidamente coordinados, sobre todo en el ámbito sancionador, como prevé el art. 28.1 del RD 1994/1996 de 6 de septiembre no perjudica ni el interés ni el gasto público (art.31.2 y 103.1 de la CE), ni justificaría el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por infringir el principio de seguridad jurídica. Este principio constitucional no queda vulnerado en la medida que los justiciables tienen perfecto conocimiento de la normativa que han de respetar, y que viene marcada tanto por la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones como por la normativa general de defensa de la competencia.

En este sentido, dice el Tribunal que un precepto que otorga una potestad administrativa a un órgano administrativo en el marco de una Ley, respetando en consecuencia el principio de legalidad de su actuación marcado por el art. 9.3 de la CE nunca puede afectar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Comisión actúa en uso de la habilitación competencial recogida en el artículo 1. Dos. 1 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, donde se crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el objeto de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

Para el cumplimiento de este objeto, de acuerdo con el artículo 1.Dos.2 de la misma Ley 12/1997, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

c) Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas.

f) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios:

A los efectos de este apartado f) la Comisión ejercerá las siguientes funciones (en la redacción dada por la Ley 52/1999) ²:

1.º Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el "Boletín Oficial del Estado".

el derecho de los usuarios y operadores del sector de ajustar sus comportamientos a la normativa de aplicación al caso, hallándose justificada su existencia tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones, y ello en la medida en que no existe dato en autos que permita deducir que por el hecho de existir dos órganos que desarrollan sus funciones de control de la libre competencia en la materia pueda existir una diferencia de trato o dar origen a situaciones jurídicas diferenciadas para los usuarios u operadores del sector cuando el propio Reglamento de la CMT trata de evitar en los preceptos indicados cualquier disfunción que pueda llegar a existir.

² La redacción anterior del apartado f) era la siguiente: *"Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado».*

Igualmente, la Comisión ejercerá las competencias de la Administración General del Estado para interpreta las cláusulas de los contratos concesionales que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.º Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.

3.º Ejercer la competencia de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo."

- i) Fijar los precios máximos de interconexión que deban regir en las relaciones comerciales entre los operadores.

En consecuencia la Ley 12/1997 dota de plenas competencias a la Comisión en materia de salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en los mercados analizados.

Por su parte, el Real Decreto 1.994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, determina el procedimiento que la CMT debe seguir en el ejercicio de las competencias a ella atribuidas por la Ley 12/1997 y por la Ley General de Telecomunicaciones, debiendo regirse en lo no regulado expresamente por la Ley 30/1992 de procedimiento administrativo. Estas funciones y procedimiento aplicable fueron confirmados por la entrada en vigor de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones que en su artículo 69 determina que las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirán por lo dispuesto en la Ley 12/1997, de 24 de abril.

Es decir, la competencia de la Comisión en salvaguarda de la libre competencia no se ciñe, como pretende TESAU, a informar al Servicio de Defensa de la Competencia para que instruya procedimiento conforme a la Ley 16/1989. Ni siquiera después de la modificación de la Ley 52/1999 esta interpretación sería correcta.

La Ley 52/1999 que modifica la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia no viene sino a recoger en este punto la disposición sobre coordinación de competencias entre ambas administraciones que contenía desde 1998 la Ley General de Telecomunicaciones en la Disposición adicional séptima bajo el título de "*Coordinación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el Tribunal del Defensa de la Competencia.*" En ella se establece que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"El ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio de defensa de la competencia atribuye a los órganos de defensa de la competencia.

Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen. Ello se entiende sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones."

Ya en este contexto regulatorio, la misma Audiencia Nacional mediante sentencia de 17 de octubre de 2000 tuvo la ocasión de pronunciarse ante idéntica alegación de TESAU de incompetencia de la Comisión en el caso *Cabitel* y lo hizo en los siguientes términos:

"Por su parte el artículo 69 de la Ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones determina que las funciones de la Comisión se regirán por lo dispuesto en la Ley 12/1997 de 24 de abril, antes transcrita en los aspectos ahora objeto de análisis, y que resulta obvio señalar se cohonestan con el objeto de la creación de la Comisión por el Real Decreto Ley 6/1996 de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones: la salvaguardia, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

En consecuencia, forzoso es deducir que la Comisión ha actuado en el ejercicio de las funciones que legalmente le son atribuidas, en concreto la adopción de una medida tendente a asegurar la competencia en el mercado, saliendo al paso de una práctica que pudiera integrar un obstáculo a la libre competencia, coherente con la normativa comunitaria tendente a velar por ella en los procesos de liberalización de las comunicaciones, en los que la existencia de operadores dominantes con vocación oligopólica respalda la existencia de organismos de control o vigilancia, y una política encaminada a la preservación del interés general ("ad exemplum, Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio y Comunicación de la Comisión Europea sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, 98, C 265/02, de 22 de agosto)"

Sobre esta cuestión, esto es la incompetencia de la Comisión para dictar resoluciones en materia de competencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid sección octava de la sala de lo contencioso administrativo ha resuelto en su sentencia de 6 de febrero de 2002.que a la CMT

"se le atribuyen competencias - dentro del sector de las telecomunicaciones- encaminadas a "salvaguardar la libre competencia en el mercado" del sector, particularmente la pluralidad de oferta de servicios, acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores e interconexión de las redes (art.19 Real



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Decreto 1994/96) competencias que han de coordinarse con las que la Ley de Defensa de a competencia atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia, como recuerda la adicional 7ª de la Ley 11/98 , de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que deja expresamente a salvo las específicas competencias que la CMT atribuye el transcrito art. 1.dos.2.f) de la Ley 12/97.

Y esas competencias se ejercen, en contra del criterio sostenido por la actora no solo a través de instrucciones, sino también mediante el ejercicio de la potestad resolutoria que expresamente la otorga el artículo 1.Dos.2 c) Ley 12/97), pudiendo adoptar las medidas necesaria para salvaguardar la libre competencia en el mercado (art.1.Dos.2,f) de la misma Ley). Consiguientemente, y en principio, la iniciación de un procedimiento encaminado a averiguar una posible conducta distorsionadora de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones por parte de una operadora entra dentro del ámbito competencial de la CMT sin perjuicio de la posibilidad de como dispone el actualmente vigente artículo 1.Dos.2.f) de poner "en conocimiento del servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1986, de 17 de julio de Defensa de la Competencia"."

Así las cosas, la modificación del artículo 1.Dos.2 f) de la Ley 12/1997, no viene sino a recoger expresamente en la Ley 12/1997 los mecanismos de coordinación entre la CMT y el TDC y SCD ya vigentes desde la aprobación en 1998 de la Ley General de Telecomunicaciones y, por otro lado, a acotar el ámbito en el cual la Comisión puede dictar circulares de general aplicación en el puesto que el apartado c) del mismo artículo 1.Dos.2 ya le otorga independientemente del f) la facultad de dictar resoluciones vinculantes para sus destinatarios velando por la libre competencia.

Abundando en la plena competencia para dictar resoluciones en salvaguarda de la libre competencia atribuida a la CMT en el apartado c) del artículo 1.Dos.2 (el cual no ha sido objeto de ninguna modificación legislativa), la sentencia de la sala contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de febrero de 2001 ha confirmado la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sus más amplios términos y así dice expresamente:

"Lo cierto, es que la literalidad del art. 1 del apartado Dos.2 c. no ofrece ninguna duda cuando contempla como función de la Comisión "Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas", y ello es consecuencia necesaria de los reflejado en la Exposición de motivos cuando afirma que la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, hace imprescindible la creación de una Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano independiente encargado de velar por la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación de tales principios y de arbitrar los conflictos entre los operadores del sector. En este sentido podemos afirmar la existencia de una voluntad clara y manifiesta del legislador de crear un órgano específico encargado de velar por el desarrollo de la libre competencia en un sector que se liberaliza."

Por su parte la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo de quince de octubre de 2001 mantiene al respecto que

"no puede ponerse en duda la competencia de la comisión del mercado de las Telecomunicaciones para dictar actos o resoluciones (...) relativas a las funciones que tiene expresamente atribuidas, entre las que se encuentra la salvaguardia de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones. No es de recibo la estricta interpretación que hace la actora sobre las formas en que pueden adoptarse las medidas oportunas, que no se limitan a instrucciones, sino a cualquier tipo de resolución sea cual sea la forma que se adopte."

En cuanto al sentido de la modificación del apartado f) del artículo 1.Dos.2, no se trata de un desapoderamiento como pretende Telefónica, sino una mera modificación formal del apartado f), manteniéndose plenamente por otra parte las competencias de la Comisión del artículo 1.Dos.1 y 1. Dos.2 c). Decimos que esta modificación, suprimiendo la mención expresa a la salvaguarda de la libre competencia en el apartado f) es meramente formal, puesto que en última instancia es en garantía de la libre competencia para beneficio de los consumidores que la Comisión actúa para salvaguardar la interconexión y acceso, la pluralidad de ofertas y la política de comercialización de servicios.

Es decir, la modificación por Ley 52/1999 por un lado incorpora expresamente en la Ley 12/1997 la previsión ya existente en la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 sobre coordinación de actuaciones con los órganos de defensa de la competencia, y por otro, limita el ámbito de actuación de la Comisión para dictar Circulares a determinadas materias (cuando antes sólo se enuncian a título de ejemplo), teniendo en cuenta, no obstante que la motivación última se mantiene por el objeto preciso de creación de la Comisión según se establece en el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997 antes citado.

De acuerdo con lo anterior, las modificaciones efectuadas por la Ley 52/1992 no han vaciado de competencia a la Comisión para dictar resoluciones de salvaguarda de la libre competencia, siendo plenamente vigente el razonamiento expuesto en las Sentencias citadas.

Como consecuencia de todo lo anterior es preciso rechazar la alegación ya que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es plenamente competente en virtud de las competencias a ella atribuidas por el artículo 1.Dos, apartados 1 y 2 , para adoptar cualesquiera medidas tendentes a asegurar la competencia en el mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero- LA OFERTA DE TESAU ANALIZADA. Para facilitar la comprensión de la presente Resolución resulta conveniente reproducir las características concretas de la oferta de TESAU analizada, que se basa, como no puede ser de otra manera, en el modelo de oferta económica establecido por la Generalitat en los pliegos de convocatoria del concurso:

El precio que ofertamos para el arrendamiento de la red de telecomunicaciones es la renta (*) que se indica a continuación:

Centros que cursen tráfico de datos: [Confidenciales las cantidades –columnas 3ª y 5ª -]

Centro de tipo	A/F-A/NF:		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	B/F-B/N/F:		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	C/NF:		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	D1/F - D1/NF		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	D2/F - D2/NF		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	D3/F - D3/NF		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	H1/F		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	H2/F		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	H3/F		pesetas		euros/mes

Centro de tipo	A/F-A/NF:		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	B/F-B/N/F:		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	C/NF:		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	D1/F - D1/NF		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	D2/F - D2/NF		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	D3/F - D3/NF		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	H1/F		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	H2/F		pesetas		euros/mes
Centro de tipo	H3/F		pesetas		euros/mes

En este sentido, como ha quedado dicho, esta Comisión debe en el presente procedimiento determinar si la oferta transcrita resulta ha respetado el régimen de regulación de precios vigente.

Por otro lado, y en la parte correspondiente a los servicios no sujetos a regulación específica, es igualmente necesario analizar, como operador dominante que es TESAU, si los precios ofertados respetan las exigencias de la salvaguarda de la competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- CON RESPECTO AL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE PRECIOS.

A) EL RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE PRECIOS.

El principio de intervención tarifaria de los servicios de telecomunicaciones encuentra su sede jurídica en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), conforme a la cual:

“La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá fijar, transitoriamente, precios fijos máximos y mínimos o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado. Para determinar el citado grado de concurrencia, se analizará la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles. (...)”.

El régimen de regulación de precios previsto por la LGT tiene sus antecedentes en determinadas piezas normativas anteriores a la promulgación de dicha Ley y ubicadas pues en un contexto de transición previo al de la plena apertura del mercado.

Entre dichas disposiciones pueden destacarse el Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones cuyo artículo 1.dos.2.b): señala como una de las funciones de la CMT la de:

“Informar las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicaciones prestados en exclusiva y en aquellos casos en los que exista una posición de dominio en el mercado, a fin de salvaguardar el principio de competencia efectiva entre los operadores”.

Los artículos 2.tres y 2.siete, del Real Decreto-Ley 6/1996, además, modificaron determinados preceptos de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones en el sentido que se señala seguidamente:

“Reglamentariamente (...), podrán establecerse condiciones distintas para los diferentes prestadores de servicios portadores en razón de la posición que cada uno de ellos ocupe en el mercado, así como para salvaguardar la seguridad en el funcionamiento de la red, mantener su integridad y posibilitar la interoperatividad de los servicios”. (Artículo 2.tres).

“El Gobierno, a propuesta del Ministro de Fomento, establecerá por Real Decreto los supuestos de aplicación de tarifas fijas, máximas y mínimas y los de simple regulación de precios, así como los criterios para la fijación de éstos, en función del grado de concurrencia en el mercado en los distintos servicios, de forma tal que se garantice la competencia, el control de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

situaciones de abuso de posición dominante y la accesibilidad a los servicios públicos de telecomunicación por los ciudadanos”. (Artículo 2.siete).

Puede también destacarse la Ley 12/1998, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que reitera en su artículo 1.dos.2 h) la previsión contenida en el artículo 1.dos.2 b), del Real Decreto Ley 6/1996.

Este régimen de regulación de precios está desarrollado en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 10 de mayo de 2001, por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000 por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal (BOE de 17 de mayo) –en adelante la Orden de 10 de mayo de 2001-.

El régimen de regulación de precios recogido en la LGTel constituye uno más de los mecanismos previstos por el legislador para equilibrar, en la medida de lo posible, la inevitable desigualdad de posiciones de los nuevos entrantes respecto de los operadores dominantes. Como resulta de la citada disposición transitoria cuarta, el principio de intervención tarifaria está vinculado no sólo a los costes reales de prestación del servicio, sino también al “grado de concurrencia de operadores en el mercado”, para cuya determinación se exige analizar *“la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles”*.

Este objetivo se subraya también en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 10 de mayo de 2001; en particular, cabe citar el apartado I.2 de su Anexo I, que prevé, para sucesivas aplicaciones del modelo, la exclusión o inclusión de ciertos servicios o facilidades del régimen de precios según los mismos *“hayan evolucionado hacia una situación de competencia efectiva en sus mercados de referencia”* o *“haya dejado de darse la situación de competencia efectiva en sus mercados de referencia”*, respectivamente.

Efectivamente, dado el precario nivel de competencia efectiva que caracteriza todo mercado recientemente liberalizado, la finalidad perseguida por la disposición transitoria cuarta de la LGT no es otra que la de prevenir eventuales comportamientos anticompetitivos por parte de quienes disfruten de una particular posición de fortaleza en el mercado, fomentando asimismo un deseable nivel de competencia efectiva en el sector nacional de telecomunicaciones.

La intervención *ex ante* del legislador trata de promover una eficiencia de actuaciones suficiente, y de evitar tanto la aparición de barreras que impidan o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dificulten seriamente la entrada de nuevos actores, como conductas que obliguen a los entrantes, una vez instalados en el mercado, a operar en condiciones de excesiva desventaja competitiva y, por tanto, de ineficiencia.

B) APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE PRECIOS EN LAS OFERTAS PRESENTADAS POR TESAU A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El régimen de regulación de precios resulta aplicable en la contratación administrativa, que no está excluido del mismo en modo alguno, tal y como se señaló por el Consejo de esta Comisión en la Resolución de medidas cautelares de 28 de febrero de 2002 adoptada en el presente expediente, y muy recientemente en la Resolución sobre *Consulta planteada por el Gobierno de Navarra sobre la adecuación de precios al régimen de regulación de precios vigente de determinadas ofertas de servicios de telecomunicaciones presentadas a concurso* (expediente OM 2002/7450):

En el contexto del análisis acerca del efecto que sobre las ofertas de servicios presentadas a las Administraciones Públicas en el marco de los respectivos concursos tiene el régimen de regulación de precios, es preciso señalar dos aspectos. Por un lado, a quién le es aplicable este régimen regulador de precios, y por otro, sobre qué servicios de telecomunicaciones incide.

b.1. Ámbito subjetivo.

En cuanto al ámbito subjetivo de la regulación de precios, debe recordarse que, tal y como se deriva de la literalidad y finalidad de las normas citadas, no se excluye del mismo en el ordenamiento jurídico vigente categoría alguna de clientes.

En efecto, la disposición transitoria cuarta no exceptúa sector alguno de clientes de la regulación de precios. En este sentido, establece la disposición transitoria cuarta que «se analizará la situación propia de cada uno de los distintos servicios», lo cual otorga al sistema la posibilidad de ir exceptuando servicios de la regulación de precios, pero dicha excepción de la regulación de precios habrá de realizarse de acuerdo con el procedimiento establecido que incluye la aprobación por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de esta Comisión.

De este modo, el régimen de regulación de precios impuesto al operador dominante ha de ser respetado con respecto a todos sus clientes, incluyendo entre ellos a las Administraciones Públicas, sin ningún tipo de excepción actualmente.

b.2. Ámbito objetivo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto al ámbito objetivo, el régimen de regulación de precios vigente se aplica tanto a los servicios que contempla la normativa vigente como aquellos nuevos servicios que pudieran establecerse.

Efectivamente, en cuanto a los **nuevos servicios** que pudiera requerir un cliente, en este caso una Administración Pública, o pudiera ofrecerle por iniciativa propia el operador dominante, por ejemplo como mejora, la normativa establece que “el régimen de precios para los nuevos servicios y facilidades cuya comercialización se inicie en el transcurso de un período de regulación de precios, se establecerá de acuerdo con la disposición transitoria cuarta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones”, tal y como dispone la Orden de 10 de mayo de 2001.

En todo caso, debe distinguirse entre la creación de un nuevo servicio, con características técnicas y funcionalidades propias que lo hacen conceptualizable de un modo individualizado frente al resto de servicios y facilidades existentes, y lo que sería la mera **agregación de servicios existentes** o empaquetamiento, si bien en este caso, de nuevo, habría de seguirse igualmente el procedimiento establecido en el apartado 3 de la Orden de 10 de mayo de 2001:

“Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal deberá presentar a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología sus propuestas para los precios de las llamadas de acceso a Internet, de los paquetes de servicios, de los bonos, de los planes, y los programas de descuentos, para su aprobación conforme al procedimiento establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Se entenderán aprobadas las propuestas de «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal», presentadas a partir de la entrada en vigor de este marco regulatorio de precios, relativas a todos los precios y descuentos señalados en el párrafo anterior, si en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud en el registro de la Secretaría de Estado de Economía, de la Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa no se hubiese notificado resolución expresa (...)”.

C) LOS SERVICIOS PRESTADOS EN LA OFERTA DE TESAU A LA GENERALITAT.

Tanto el CTTI como TESAU señalan que, en su opinión, no debería contemplarse la oferta desde la perspectiva de la regulación de precios pues el objeto del concurso sería el “arrendamiento de una red de telecomunicaciones”, que no estaría sujeto a dicho régimen.

A este respecto, por cierto, difieren TESAU y el CTTI en cuanto a la consideración que el mencionado servicio habría de tener. Para TESAU, se trataría de un servicio que «viene prestando desde hace mucho tiempo y que resulta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

heredero de la extinta categoría de “servicios portadores” que, con independencia de los servicios de valor añadido o finales que sobre ellos se soportaran, fueron instaurados por la hoy extinta Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, encontrándose actualmente incardinados en el Contrato Regulador de la Concesión para la prestación de Servicios Portadores y Finales entre la Administración del Estado y Telefónica de España, S.A. de 26 de diciembre de 1991». Sin embargo, el CTTI afirma que «comparte la tesis del informe de la CMT cuando afirma que ... “aun cuando se aceptara la existencia de un servicio de arrendamiento de una red de telecomunicaciones... lo cierto es que se trataría de un nuevo servicio”».

Sin embargo, ni el CTTI ni TESAU han explicado cuáles serían las características técnicas y comerciales del servicio “arrendamiento de una red de telecomunicaciones” como servicio diferenciado, por lo que no resulta posible delimitar si, efectivamente, podría subsumirse en alguno de los servicios que viene prestando TESAU o bien si se trataría de un nuevo servicio que habría de someter al procedimiento de aprobación previsto en la Orden de 10 de mayo de 2001 tal y como se ha expuesto en el apartado precedente.

En todo caso, por otra parte, semejante delimitación es totalmente innecesaria a los efectos debatidos en el presente procedimiento y excedería además el objeto del mismo.

Efectivamente, ya se señaló por esta Comisión en la citada Resolución de adopción de medidas cautelares de 28 de febrero de 2002 que una cuestión es la denominación que se otorgue en los pliegos a un servicio –por ejemplo, “servicios de voz”- y otra es la de los servicios que con arreglo a dichos pliegos van a prestarse y su correspondencia en términos de legislación sectorial –así, los “servicios de voz” a que se refieren los pliegos, dentro del “arrendamiento de una red de telecomunicaciones” se corresponden con el servicio telefónico fijo disponible al público y el servicio en grupo cerrado de usuarios-.

Por ello, y puesto que algunos de los servicios ofertados de acuerdo con el pliego corresponden en su calificación con arreglo a la normativa sectorial de telecomunicaciones a servicios sujetos a regulación de precios, resulta necesario analizar si en la fijación de sus respectivas tarifas se ha respetado dicho régimen.

Así lo reconoce la propia TESAU (Antecedente Decimoquinto):

- «Primera.- En relación a la identificación de los **Servicios objeto de control de precios en la Orden de 10 de Mayo de 2001 que van a ser prestados** con ocasión de la contratación.

(...) **Bajo el paraguas del arrendamiento de red**, el cual no está sujeto al régimen de price cap, fijado por la Orden de 10 de Mayo de 2001, **Telefónica de España va a prestar al CTTI los siguientes servicios:**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) **Servicios regulados sujetos al régimen de control de precios establecido en la Orden de 10 de mayo de 2001.**

Dentro de esta categoría debemos recoger los siguientes servicios:

1.- Servicio telefónico fijo disponible al público.

Dentro del diseño de red privada virtual (en adelante RPC) ofrecido por Telefónica de España (...), tendrá la consideración de servicio telefónico fijo disponible al público, las llamadas realizadas desde cualquier entidad integrante de la RPV al exterior (tráfico off-net).

2.- Circuitos punto a punto de nx64 en acceso múltiple, cuyo régimen de precios es de tarifas máximas».

Lo que aquí importa, por tanto, es que bajo el “arrendamiento de una red de telecomunicaciones”, se están prestando, como reconocen los propios interesados, servicios sujetos al régimen de regulación de precios, tales como el servicio telefónico fijo disponible al público.

Pues bien, los servicios sujetos a precios regulados incluidos en la oferta son, **tal y como señala TESAU:**

«1.- Servicio telefónico fijo disponible al público.

2.- Circuitos punto a punto de nx64 en acceso múltiple, cuyo régimen de precios es de tarifas máximas».

Por tanto, las tarifas ofrecidas en la prestación de dichos servicios han de ser las que correspondan de acuerdo con la regulación de precios vigente, tal y como se señaló en el apartado precedente. El análisis de si la oferta ha cumplido o no con la regulación de precios se analiza en el apartado siguiente.

D) CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE PRECIOS EN LA OFERTA DE TESAU ANALIZADA.

Ya se ha señalado que TESAU debe cumplir con la regulación de precios en los servicios que preste a las Administraciones Públicas.

A este respecto, esta Comisión ha realizado una serie de cálculos con el objeto de determinar el precio que debería haber ofrecido TESAU de acuerdo con los precios vigentes en el momento de realizarse la oferta de referencia. Se trata así de establecer, si considerando que los consumos reales de tráfico telefónico fueran exactamente los previstos en el Pliego, habría respetado TESAU el régimen de precios aplicable.

Los precios ofertados por TESAU son los incluidos en su Oferta presentada en el concurso de referencia (expuesta en el apartado Primero de estos Fundamentos de Derecho). Por tanto, esta Comisión ha de determinar los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precios que serían realmente correspondientes de acuerdo con el régimen tarifario actualmente vigente para TESAU.

En este sentido, existen 9 tipos de centros (A, B, C, D1, D2, D3, H1, H2, H3) con diferentes características. Por ejemplo, el centro tipo A tiene 3 líneas telefónicas y 3.000 minutos mensuales de tráfico previstos (2.500 en metropolitano, 200 en provincial, 80 en interprovincial, 0 en internacional, 200 en fijo móvil y 20 en otro-90X, 1003-), necesidades que difieren con respecto a las señaladas en el Pliego para el resto de centros.

Para que la exposición sea más clara, se realiza el análisis para un tipo de centro (en concreto, el centro tipo A), para un periodo mensual. Una vez obtenido el coste mensual de un centro del tipo A se halla el valor mensual de la oferta para el total de centros de tipo A (multiplicando el número de centros de tipo A por el coste mensual a precios regulados del centro tipo A). A partir de aquí, por agregación de centros siguiendo el mismo proceso, se obtiene el valor mensual total de los servicios ofertados a precios regulados.

Pues bien, con respecto a los servicios de voz se obtiene un resultado que no es acorde con los precios regulados, y ello aun aceptando las siguientes hipótesis de TESAU:

- Aplicación de un supuesto plan de descuento del 15%³ sobre las llamadas provinciales, interprovinciales e internacionales. **[en Navarra hemos aplicado el Plan Ahorro Múltiple y Bono Metropolitano Plus (15% mensual // 600 minutos 8,41 euro/mes/línea] y el Bono Emp 17.**
- Bonos Metropolitanos.
- Existencia de una Red Privada Virtual por la que se cursa el (confidencial) % del tráfico provincial e interprovincial y sobre el que se aplica un descuento del (confidencial) %.
- Aplicación adicional de las siguientes hipótesis: reducción del tráfico metropolitano de acceso a Internet en un (confidencial) % anual y aplicación del Plan Universal.

En este sentido, **la oferta de TESAU para servicios de voz resulta un 10,74% inferior a la correspondiente valorada a precios regulados.**

Con relación al servicio de circuitos alquilados, y de acuerdo con los datos aportados por la propia TESAU en su contestación al requerimiento de información de esta Comisión, los conceptos que se han valorado son los siguientes:

³ Este plan no había sido comunicado por TESAU en el momento de la presentación de la oferta ni ha mantenido constante su porcentaje a lo largo de las sucesivas bajadas de precios nominales de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Acceso de las sedes remotas (los diferentes centros de salud) a los Centros de Procesamiento de Datos (CPD).
- Conexión CPDs.
- Circuitos *back up* basados en RDSI.
- Otros costes incluidos en la oferta.

El cálculo de los circuitos de acceso se ha basado en los datos aportados por TESAU referentes a la distancia media entre los nodos de Telefónica Data y las sedes remotas. Dado que el precio de estos circuitos está regulado por la Orden de 10 de mayo de 2000, la fórmula aplicada para el cálculo ha sido la siguiente:

Precio mensual = (cuota de alta/ 72 meses) + Precio límite inferior + (distancia media nodo – distancia límite inferior) * Precio Km adicional

En cuanto a la determinación del precio a aplicar, se consideran las velocidades de acceso de 2 Mbps para los centros conectados mediante fibra óptica al ser éstas las instaladas por TESAU para la Generalitat y los precios que, en consecuencia, habría soportado cualquier operador alternativo.

Sobre este particular, TESAU alega que «a la pregunta relativa a si TELEFÓNICA DE ESPAÑA facturaría a un operador conforme a la capacidad potencial de un circuito alquilado o respecto de la capacidad prevista utilizar en el caso de que solicitara una capacidad manifestando que utilizaría otra, la respuesta no puede ser más que aquella que ya se ha dado con ocasión del concurso: si la petición puede ser analizada a la luz de su viabilidad económica, con tiempos de instalación realistas y garantizando un plazo suficientemente dilatado de años de provisión del servicio, la respuesta sería afirmativa. No debe olvidarse que éste ya no es un aspecto regulatorio (lo regulado son las capacidades, no los portadores empleados para darlas), sino de viabilidad de negocio. Es claro que si la petición del Concurso no hubiera observado unas condiciones de viabilidad económica no se hubiera ofrecido». En este sentido, procede señalar que hasta ahora no consta en modo alguno en la Oferta de TESAU a clientes finales u operadores opción alguna que permita a éstos solicitar circuitos de determinada capacidad para utilizar una menor que sería a la que TESAU se atendería a efectos de facturación, por lo que **en aras de los principios de transparencia, publicidad y no discriminación que rigen la actuación de TESAU en el mercado se deben considerar los precios que ha venido imponiendo hasta la fecha, sin perjuicio de que una modificación de sus correspondientes ofertas a usuarios finales y a operadores podrían permitir variar dicha conclusión en casos futuros.**

La conexión de los CPDs se ha calculado aplicando el precio regulado para circuitos alquilados nacionales, teniendo en cuenta la descripción que de este



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio se hace en el contrato con TDATA, es decir, que cada CPD cuenta con un doble circuito de 34 Mbps de capacidad.

Para el cálculo de los circuitos RDSI para el *back up*, se han tomado los precios de catálogo de TESAU para este servicio, amortizando las cuotas de alta en 72 meses. Las necesidades por centro se han tomado de la descripción en el contrato con TDATA. Finalmente también se ha tomado como dato la cifra de indisponibilidad media de la red: 99,8%, y se ha valorado dicho tráfico a tarifa metropolitana.

Además de los precios correspondientes a las infraestructuras propiamente dichas, deben incluirse dentro de los costes totales de TESAU para la prestación de este servicio, el precio de mercado de otros recursos comprometidos dentro de su oferta, como son:

- 1 director de proyecto y un equipo de trabajo (estimándose en tres personas) durante el primer año. Este coste se ha amortizado en 72 meses.
- Equipo comercial (estimándose en tres personas) y un responsable técnico durante la duración del contrato.

Pero es que, además, habría que tener en cuenta el coste del Back Up valorado a precio RDSI de catálogo de TESAU así como otros costes, como los relativos al personal comercial, comprometidos por TESAU en su oferta, y que esta Comisión ha estimado sin recibir alegación alguna de TESAU al respecto. En este sentido, **los servicios de circuitos incluidos en la oferta resultan un 39,57% por debajo de los precios BOE de los circuitos de acceso, el coste del servicio de Back Up y el resto de costes mencionados.**

Tal y como se ha señalado a este respecto, TESAU debe respetar el régimen de regulación de precios en sus ofertas, y ello es resulta del carácter que la oferta tiene en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no se configura como una mera invitación a negociar sino que constituye una declaración unilateral de voluntad que obligará al oferente a su cumplimiento, pues debe recordarse que la oferta requiere en nuestro sistema jurídico de la única aceptación del cliente para obligar al oferente a su cumplimiento, tal y como se deriva de los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio-.

Por ello, una vez TESAU ofrece unos precios a un cliente queda obligada a aplicarlos en caso de resultar aceptados por éste, siendo en consecuencia claramente inaceptable que TESAU ofrezca precios no acordes con la regulación de precios vigente pues, en caso de aceptarse los mismos por el cliente, quedará obligada a facturar con arreglo a los mismos.

La cuestión, sin embargo, es la de cómo se entiende que una oferta de TESAU respetaría el régimen de regulación de precios. A este respecto, RETEVISIÓN



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

considera que TESAU debería limitarse a exponer los precios vigentes en el momento en el que la realiza. TESAU, por su parte, pretende que se le otorgue una libertad total en la realización de estimaciones sobre los servicios a prestar y previsiones sobre la futura evolución de los servicios y los precios, que le permita ofrecer el precio que tenga por conveniente.

Ambas posturas son inadmisibles en sus términos. La de RETEVISIÓN por cuanto supondría tanto un límite exagerado a la actuación comercial de TESAU como, además, un incumplimiento del propio régimen. En efecto, si TESAU ofreciera las tarifas vigentes en el momento de presentación de su oferta no puede considerarse que estaría obligada a facturar dichos precios, sino que habrá de poder proceder a su revisión según vayan variando de acuerdo con la regulación. Claro que, del mismo modo, tampoco puede TESAU comprometerse, como pretende, a prestar el servicio a un precio determinado en base a previsiones y estimaciones cuya validez en el caso de las referidas a hechos presentes y cumplimiento en las relativas a hechos futuros está fuera del alcance de TESAU y que, por tanto, de no ser correctas, llevarían a un incumplimiento de la regulación de precios. Por ejemplo, TESAU consideraba como algo evidente el poder anticipar las rebajas previstas en el *price cap* cuando últimamente se tienen noticias de la modificación del mismo y la subsiguiente incorrección de lo previsto por TESAU.

Y es que la adecuación de las ofertas de TESAU al régimen de regulación de precios se produce, en realidad, a través del respeto al principio de transparencia. Así, en efecto, TESAU debe especificar claramente a los clientes que las tarifas que les presenta, sean las vigentes en el momento de su presentación, sean las que considera que resultarán aplicables, en base a determinadas estimaciones y previsiones, en el momento de prestación del servicio, serán en todo caso susceptibles de modificación de acuerdo con las modificaciones que sucesivamente se vayan realizando con arreglo al régimen de regulación de precios. El cliente, por el principio de transparencia, debe ser igualmente informado puntualmente de si las tarifas recogidas en la oferta son las vigentes en el momento de su presentación o bien obedecen a determinadas estimaciones y/o previsiones efectuados por TESAU, que en tal caso deberá, lógicamente, exponer de modo detallado y claro cuáles son las mencionadas estimaciones o previsiones, pues de otro modo el cliente no tendría manera de conocer exactamente qué servicio se le está en realidad ofreciendo. Y es que no es lo mismo una oferta a un precio X por llamadas a un destino Y cuando éstas se han considerado en un 100 % en horario normal que cuando se han considerado en un 100 % en horario reducido, por utilizar un ejemplo tomando en cuenta una sola variable y extremando las dos alternativas posibles.

Las anteriores consideraciones deben recordarse en el Resuelve de esta Resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89 de la LJPAC y con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

miras a asegurar el respeto a la regulación de precios y, en concreto, al principio de transparencia, en las ofertas de TESAU, que recoge actualmente la Orden de 10 de mayo de 2001 dispone como condiciones generales aplicables a los servicios sujetos al marco regulador de precios las siguientes obligaciones:

“ Condiciones generales aplicables a los precios de los servicios sujetos al marco regulatorio de precios.

1. *Los precios regulados de los servicios de telecomunicaciones se ajustarán a los principios básicos de **transparencia**, orientación a costes y no discriminación.*
2. *Los precios estarán **desglosados** para los distintos conceptos tarifarios de cada uno de los servicios.*
3. *«Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal» deberá **informar a sus abonados** de los precios de los distintos conceptos tarifarios de los servicios con antelación a su aplicación”.*

Tal y como se exponía el Consejo de esta Comisión en la *Resolución a la Consulta planteada por el Gobierno de Navarra...*, de 10 de octubre de 2002, esta transparencia en el momento de la oferta y durante la prestación de los servicios, en caso de ser adjudicataria, permitiría a la Administración información suficiente sobre los precios base que TESAU debe aplicarle en cada momento, sin perjuicio de la facultad de la Administración para presentar ante esta Comisión en cualquier momento la oportuna consulta, denuncia o solicitud de intervención en caso de dudas sobre la adecuación de la facturación de TESAU al marco tarifario vigente.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia aún si tenemos en cuenta que el marco tarifario aplicable en el momento en que TESAU presenta su oferta no siempre será el mismo que esté vigente en el momento de facturar los servicios, en caso de resultar TESAU adjudicataria, ya que puede sufrir modificaciones en el transcurso del tiempo (p.ej., planes o descuentos de nueva aprobación, modificaciones de la tarifa base por actualizaciones del sistema *price cap*, etc.). La exigencia de transparencia requeriría en este caso que TESAU informara de cualquier modificación al respecto a la Administración.

Por otra parte, como se mencionaba anteriormente, TESAU habrá de cumplir al facturar los servicios prestados con la regulación de precios establecida, aplicando las tarifas que correspondan a los servicios prestados de acuerdo con la regulación de precios vigente en cada caso.

A este respecto, la facturación que TESAU presentará al CTTI en la prestación de los servicios analizados objeto de regulación de precios presenta algunas dudas. En efecto, recuérdese que la oferta de TESAU se realiza exponiendo un precio fijo por tipo de centro para los servicios de voz y datos. En este sentido, nada impide a TESAU la presentación de ofertas de tarifa plana, si bien para ello habrá de sujetarse al procedimiento de aprobación establecido en la Orden de 10 de mayo de 2001. Entre tanto no sea aprobada dicha modalidad de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

facturación por el regulador, habrá de aplicar los precios correspondientes en función de los consumos reales, para lo cual es esencial la interpretación de la cláusula de actualización prevista en los pliegos y recogida por TESAU en su oferta:

La renta establecida por cada tipología será revisable anualmente en función de tres parámetros: a) El incremento de la necesidad de la capacidad que se requiera por las comunicaciones de datos del centro; b) el crecimiento (medido por sistemas añadidos y convenientemente justificados) del volumen anual de minutos de comunicaciones de voz del centro, ponderado por la tipología de destino de las llamadas en cada caso; y c) la propia evolución de los precios del mercado.

El importe correspondiente a la renta de la red se revisará anualmente con efectos de 1 de enero de acuerdo con las variaciones del Índice de Precios al Consumo o el Índice de referencia que en un futuro le sustituya.

En efecto, tal y como se señalaba en la Resolución de 28 de febrero de 2002 adoptada en el presente expediente, se reiteraba en el Informe de los Servicios remitido en el trámite de audiencia efectuado en el mismo y ha confirmado de nuevo el Consejo de esta Comisión en su Resolución sobre la *Consulta planteada por el Gobierno de Navarra sobre la adecuación al régimen de regulación de precios vigente de determinadas ofertas de servicios de telecomunicación presentadas a concurso*, de 10 de octubre de 2002:

El establecimiento de una tarifa plana en este contexto por TESAU en el sentido de establecer y fijar una renta o precio fijo mensual para los servicios regulados aquí tratados, sin posibilidad de que dicho precio pueda ser posteriormente regularizado conforme a los consumos realmente producido, implicaría un nuevo paquete de servicios que conforme a la Orden de 10 de mayo de 2001 precisaría para su aplicación la previa aprobación por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de esta Comisión, por las razones que se exponen a continuación.

Como se ha señalado, el marco regulatorio impone a Telefónica de España, S.A.U. unos precios determinados a los que, inexcusablemente, han de ser cobrados los servicios que presta a terceros incluidos en ese régimen, no pudiendo alterarlos ni por exceso ni por defecto salvo en las cantidades resultantes de la aplicación de los planes de descuento y otras ofertas de dicho operador debidamente aprobados conforme a los mecanismos establecidos en el actual régimen de regulación de precios.

En consecuencia, no resultaría admisible que TESAU se comprometiera al cobro de un precio fijo con respecto a un consumo telefónico variable pues, en caso de ser el consumo real superior al consumo estimado al fijar el precio se estaría cobrando de menos y en el supuesto contrario, esto es, de ser el consumo real inferior al estimado al fijar el precio, se estaría cobrando de más.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En ambos casos, en definitiva, TESAU estaría incumpliendo el régimen de precios vigente.

Por ello, es posible que TESAU preste un servicio que facture un precio fijo periódico (por ejemplo mensual) para un consumo variable pero ello siempre que se realice posteriormente una regularización en la que se determinen los consumos realmente producidos y se determine y exija la cuantía que debe facturarse o devolverse al cliente según la cuantía total devengada sea superior o inferior al total ya facturado periódicamente al cliente. De hecho, este servicio vienen prestándose por TESAU como servicio de *factura plana o concertada*.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no se impide a TESAU la prestación de un servicio de tarifa plana sin regularización a consumos reales, sino que se recuerda que para poder realizarse habría previamente de ser autorizada para ello de conformidad con el régimen de regulación de precios vigente, que dicha operadora no puede en modo alguno desconocer, por lo que, en todo caso, habrían de seguirse previamente los trámites establecidos en el apartado 3 de la Orden de 10 de mayo de 2001 y obtener, en caso de que así se considere por los poderes públicos actuantes, la mencionada autorización.

Por este motivo se hace necesario por tanto analizar la cláusula de Actualizaciones contenida en la oferta económica presentada por TESAU al concurso, a los efectos de valorar si dicha cláusula permite o no la **regularización a consumos reales**.

A este respecto, y en opinión de esta Comisión, la literalidad de la cláusula analizada plantea dudas en cuanto a si puede o no entenderse incluida en dicha cláusula una auténtica regularización a consumo real, ya que no queda claro si la revisión debe hacerse:

- de futuro, al comenzar el año que es objeto de actualización, en cuyo caso el “crecimiento del volumen anual de minutos” producido en el año anterior al año objeto de actualización, entendido como la diferencia producida en ese año anterior entre el volumen estimado en la tarifa plana aplicada y el volumen de tráfico realmente producido en dicho año, se tiene en cuenta para calcular y actualizar la tarifa plana del año objeto de actualización; o,
- retroactivamente, al finalizar el año objeto de revisión, en cuyo caso el “crecimiento del volumen anual de minutos” producido en ese año, entendido como la diferencia entre el volumen estimado y el volumen de tráfico realmente producido en dicho año, se tiene en cuenta para revisar, en el sentido de regularizar, la cuantía de la tarifa plana aplicada durante ese mismo año y ajustarla y adecuarla al consumo que efectivamente se haya producido a lo largo de dicho año.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En ambos casos, además, se observa que tampoco queda establecido con claridad si la diferencia entre consumo estimado y real que sirve de base a la revisión puede ser según el caso, de signo positivo o de signo negativo, ya que en sentido estricto el término “crecimiento” empleado se referiría solo a las diferencias de signo positivo y no a los decrecimientos del volumen de tráfico.

En el primero de los supuestos (revisión de futuro), no estaríamos propiamente ante una regularización a consumos reales en el sentido dado por la doctrina de esta Comisión, ya que en este caso no se daría lugar al final del año en cuestión a ninguna factura o, según hubiera sido el signo del crecimiento, devolución a la Administración. En dicho caso, lo que se estaría produciendo cada año sería una actualización del consumo estimado en la tarifa plana para ese año con base a los consumos reales del año anterior. En opinión de esta Comisión, dicha revisión no garantiza que se cumpla el régimen de precios vigente, pues al fin y al cabo, para cada año de prestación de servicio no se regulariza a consumos reales de dicho año, y en la práctica TESAU podría estar cobrando de más o de menos.

Para que la oferta de TESAU analizada pueda considerarse conforme al régimen vigente en materia de precios sin la necesidad por tanto de obtener de una autorización previa según los procedimientos de la Orden de 10 de mayo de 2002, la cláusula de Actualización que incluye debe ser interpretada en el sentido del segundo supuesto (retroactivamente), es decir, en el sentido de que la diferencia entre consumo estimado y real se calcule respecto del mismo año que es objeto de revisión de forma que se diera lugar al final del periodo de dicho año a una factura, si el consumo real fue superior al estimado, o una devolución, en el caso contrario, para la Administración, con lo que en última instancia se cobre aplicando las tarifas y/o descuentos realmente aprobados.

Esta interpretación de la cláusula de Actualización analizada resulta pues necesaria para salvar la adecuación al régimen de precios regulados de la facturación de TESAU sobre los servicios prestados con anterioridad a la mencionada actualización.

Finalmente, debe señalarse que la cláusula de Actualizaciones analizada recoge también como otro de los parámetros o criterios de revisión “la propia evolución de los precios de mercado”.

A este respecto, debe señalarse que la aplicación de este parámetro no podrá suponer que los precios regulados de TESAU deban actualizarse o revisarse a la luz de los precios que en el mercado otros operadores no sujetos a la regulación de precios apliquen para los mismos servicios. Y ello porque de ser así se estaría impidiendo el objetivo mismo de la regulación de precios que como ya se ha apuntado no es otro que tratar de promover una eficiencia de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actuaciones suficientes y evitar la aparición de barreras de entradas que impidan o dificulten seriamente la entrada de nuevos actores en el mercado.

Por tanto, el criterio de la evolución de los precios en el mercado como parámetro para actualizar anualmente las tarifas planas debe entenderse, en el caso de los servicios con precios regulados, restringido a la evolución que dichos precios tengan por las actualizaciones o, en su caso, modificaciones derivadas del propio régimen de regulación de precios (aprobación de nuevos planes de descuentos, modificaciones de la tarifa base por actualizaciones del sistema de límites máximos de precios anuales o *price cap*, exclusión o inclusión de ciertos servicios o facilidades en el régimen según la situación de competencia efectiva en sus mercados de referencia, etc.).

Tercero.- CON RESPECTO A LA EMULABILIDAD DE LA OFERTA DE TESAU POR LOS OPERADORES ALTERNATIVOS. En el panorama actual, dadas las características y estructura de los mercados de telecomunicaciones con anterioridad a la liberalización y lo reciente de esta última, resulta esencial asegurar que exista un margen suficiente y razonable entre los precios a los que TESAU pone en los mercados mayoristas determinadas facilidades a disposición de los operadores entrantes de acuerdo con la regulación vigente – así, por ejemplo, en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR en lo sucesivo), en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA en lo que sigue)- y las tarifas que la propia TESAU ofrece a sus clientes finales en los mercados minoristas. De otro modo, los operadores alternativos no podrían concurrir en la oferta de servicios a los usuarios finales y se verían expulsados del mercado llevando a la inexistencia de toda competencia.

Por ello, como se ha adelantado en el apartado anterior, debe analizarse si la oferta de TESAU a la Generalitat sería replicable por los operadores alternativos, pues en caso de que no lo fuera por la mencionada inexistencia de margen entre los precios mayoristas y los minoristas de TESAU, resultaría necesaria una actuación por esta Comisión al respecto, obligando a TESAU a retirar su oferta.

Para realizar el mencionado análisis, se describen en primer lugar los mercados mayoristas y los minoristas que deben ser tomados en consideración. Por supuesto, se examina la existencia o no de una posición de dominio de TESAU en los referidos mercados para, de darse la misma proceder al análisis de emulabilidad de sus ofertas comparando los precios vigentes de TESAU en los referidos mercados mayoristas, aplicados a los recursos que un operador entrante habría de contratar a TESAU para emular su oferta, con los ofertados a la Generalitat, de modo que pueda comprobarse si entre ambos se da un margen suficiente o, por el contrario, se produce un pinzamiento en los márgenes que eliminaría toda posibilidad de competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A) Delimitación de los mercados afectados y análisis de la situación de competencia.

Para determinar si TESAU ocupa una posición dominante y ha abusado en su caso de la misma a través de un estrechamiento en los márgenes entre sus precios mayoristas y los minoristas, es necesario definir primero el mercado afectado, esto es, el área y el sector de producción en que debe juzgarse el poder económico de la empresa involucrada en relación con sus competidores y clientes.

Siguiendo la práctica y doctrina de la Comisión europea y la jurisprudencia del TJCE, el mercado afectado se examinará desde la doble óptica del mercado relevante del producto y geográfico.

Por mercado de producto se entiende, en consecuencia, *"la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos"*.

El mercado geográfico comprende, por su parte, *"la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro y prestación de los servicios de referencia, en que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas."*⁴

De acuerdo con la oferta presentada, a partir del modelo fijado por la propia Generalitat en los pliegos del concurso, resulta la existencia de un servicio de voz y otro de datos, que obviamente nos sitúan en los mercados de telefonía fija y transmisión de datos.

Ahora bien, como se ha expuesto, el análisis de emulabilidad de la oferta de TESAU ha de partir de la comparación entre los precios mayoristas y los minoristas de este operador, por lo que deben identificarse, dentro de los dos mercados mencionados, los correspondientes en sentido ascendente –o mayorista- y descendente –o minorista-.

En este sentido y tal como se recoge en la Comunicación 98/C 265/02, sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, *"(...) existen dos tipos de mercados de referencia*

⁴ Definición extraída de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Asunto 27/76 United Brands Co & United Brands Continental BU c. Comisión* (1978) y luego recogida por la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03 DOCE C372 9.12.97)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dignos de tener en cuenta: el del servicio que se ha de prestar a los usuarios finales y el de acceso a las instalaciones que se necesitan para prestar el servicio (...)”.

Aplicando esta lógica, en primer lugar se han estudiado los mercados a nivel minorista, es decir, los mercados de prestación de servicios destinados a los consumidores finales. Tras ello, se exponen los mercados al nivel mayorista o ascendente respecto a los anteriormente mencionados, esto es, aquellos mercados dirigidos a los operadores.

Mientras en el mercado mayorista el operador demanda los inputs necesarios para la posterior prestación de los servicios de telecomunicaciones, el consumidor del mercado minorista lo que demanda son productos finales. El mercado mayorista constituye así un eslabón anterior en la cadena en la cadena de valor, de ahí su denominación de mercados ascendentes frente al minorista o descendente. Por todo ello, para poder evaluar si la oferta presentada por TESAU vulnera los principios del derecho de la competencia (en concreto, para determinar si ha existido compresión de precios), habrá de ponerse en relación estos mercados, dado que para que los operadores puedan prestar los servicios ofertados al consumidor final han de acudir necesariamente a los mercados ascendentes.

Con respecto a la definición de los distintos mercados ha de tenerse en cuenta que si bien la oferta se denomina, de acuerdo con los pliegos de la convocatoria efectuada por la Generalitat, *para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones*, la propia TESAU reconoce (Antecedente de Hecho Decimoquinto) que, en realidad, bajo dicho concepto se prestan los siguientes servicios: el servicio telefónico fijo disponible al público, el servicio de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios y el servicio de circuitos punto a punto de nx64 en acceso múltiple, a los cuales ha de añadirse, obviamente, el servicio de transmisión de datos que presta a través de TDATA⁵.

⁵ En concreto, TESAU señala que:

«(...) Bajo el paraguas del arrendamiento de red, el cual no está sujeto al régimen de price cap, fijado por la Orden de 10 de Mayo de 2001, **Telefónica de España va a prestar al CTTI los siguientes servicios:**

a) Servicios regulados sujetos al régimen de control de precios establecido en la Orden de 10 de mayo de 2001.

Dentro de esta categoría debemos recoger los siguientes servicios:

1.- Servicio telefónico fijo disponible al público.

Dentro del diseño de red privada virtual (en adelante RPC) ofrecido por Telefónica de España (...), tendrá la consideración de servicio telefónico fijo disponible al público, las llamadas realizadas desde cualquier entidad integrante de la RPV al exterior (tráfico off-net).

2.- Circuitos punto a punto de nx64 en acceso múltiple, cuyo régimen de precios es de tarifas máximas.

b) Servicios no regulados incluidos en la Oferta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, esta Comisión está de acuerdo con los servicios que TESAU expone, que concuerdan, efectivamente, con las características técnicas especificadas en los pliegos de convocatoria del concurso y la oferta técnica de TESAU.

Ahora bien, para definir los mercados de referencia habrá de tenerse en cuenta la posibilidad de que dos servicios resulten sustitutivos entre sí y, en consecuencia, deban ser incluidos en un mismo mercado. Así, por ejemplo, el servicio telefónico fijo disponible al público y el servicio de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios resultan sustitutivos y conforman, por tanto, un único mercado de telefonía fija, tal y como viene señalando esta Comisión en sus Informes anuales⁶.

B) Identificación de mercados a nivel minorista

Los mercados de servicios minoristas afectados por la oferta presentada por TESAU son el mercado de telefonía fija y de transmisión de datos, tal y como a continuación se definen:

B.1. Mercado de telefonía fija

▪ *Mercado de servicios*

Como ya ha indicado esta Comisión en su Informe Anual del año 2000, el servicio telefónico en general abarca todas las actividades destinadas a prestar servicios de comunicación de voz entre los usuarios de terminales telefónicos conectados a los PTRs de la red telefónica pública con unos estándares de calidad mínimos, incluyendo por tanto el servicio telefónico fijo disponible al público y el servicio de telefonía a través de grupos cerrados de usuarios, prestados ambos por TESAU en su oferta de *servicios de voz*.

▪ *Mercado geográfico*

El alcance de este mercado de servicios de comunicación de voz es nacional, puesto que es en este área en que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas, tanto desde el punto de vista regulatorio (ya que la normativa que se aplica es de ámbito nacional) como de competencia, (en

Dentro de los servicios no regulados prestados por Telefónica de España, debemos citar el servicio de telefonía vocal en GCU. Dicho servicio sería el cursado entre las dependencias de la Generalitat (tráfico on-net)».

⁶ Así, por ejemplo, en el Informe Anual para 1999 ya se indicaba que.

«El servicio telefónico GCU constituye un caso particular de los mencionados servicios de comunicaciones corporativas (...). En cuanto a su funcionalidad, no se diferencia del servicio telefónico fijo disponible al público, ya que son servicios plenamente sustitutivos».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuanto que, a excepción de los operadores de comunicaciones por cable, coinciden en lo fundamental los operadores presentes en las distintas áreas regionales y la situación de competencia en relación con el operador dominante). Por ello, no se detecta un ámbito inferior al nacional en que las condiciones de la competencia aplicables al servicio descrito sean distintas para todos los operadores presentes en el mercado nacional y delimiten un área inferior suficientemente homogénea.

▪ *Posición de TESAU*

Según datos aportados por los operadores para el Informe Anual 2001 de la CMT, en el mercado de telefonía fija TESAU alcanzó en el año 2001 una cuota de mercado de 87,53% (91,57% en el 2000) por ingresos totales, y del 84,23% (89,1 % en el año 2000) en función del tráfico total. Específicamente, en relación con los servicios corporativos, las comunicaciones en grupo cerrado de usuarios son prestados en un 96,13% (98% en el año 2000) por empresas del Grupo Telefónica.

En suma, en sentido estático, TESAU mantiene una cuota de mercado del 87,53% en ingresos y del 84,23% en ingresos por tráfico.

Es doctrina sostenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE [sentencias de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann – La Roche* (“*Vitaminas*”), Rec 461, y de 16 de diciembre de 1975, asuntos 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie e.a* (“*Azúcar*”), Rec. 1663] que cuando la cuota de mercado alcanza o supera el 80% revela *per se* la existencia de una posición de dominio

En cuanto a su posición de dominio en sentido dinámico, debe tenerse en cuenta cómo la cuota por facturación ha pasado de un 99,98 % en 1997 al 91,57% en 2000, mostrando una estabilidad considerable. Debe señalarse, además, que la disminución en la cuota de mercado por facturación ha decrecido en el período 1999-2000 –descenso de 2,77 puntos porcentuales- con respecto al período anterior 1998-1999 –en que la variación a la baja fue de un 3,46%-.

En la Resolución de la Comisión de 4 de octubre de 2001, por la que se declara a TESAU operador dominante en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, servicios de alquiler de circuitos y servicios de interconexión, se hace constar que en relación los servicios de telefonía fija, Telefónica de España S.A.U. mantiene una cuota superior al 90% de ingresos brutos globales.

Del análisis de la oferta comercial de los operadores de telefonía fija se puede concluir que el precio ofertado por TESAU en voz es de facto el precio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

referencia, venga este impuesto de *motu proprio* por TESAU o por la misma regulación que le es de aplicación. En principio, como se ha explicado en apartados precedentes, TESAU está sometida a una regulación de precios finales de los servicios telefónicos. Por una parte, la operadora está obligada a una serie de bajadas sucesivas en el tiempo de los precios finales para toda una serie de servicios, bajadas en el tiempo que imitan sus competidores. Por otra parte, TESAU está obligada a someter a aprobación los nuevos productos o planes de descuento que quiera comercializar.

Observando los movimientos tarifarios en el mercado, se comprueba que TESAU se comporta como un líder en el mismo, tanto por su cuota de mercado por clientes como por facturación y tráfico. En este sentido, los operadores fijos tienen una oferta comercial de servicios de voz basada en una estructura simétrica a la de TESAU, tanto en tramos horarios como en ámbitos geográficos de las llamadas. Los operadores entrantes suelen aplicar un descuento a los precios del operador dominante con el fin de captar cuota de mercado. Como ilustración de este hecho, se observa que la cuota de abono de los operadores alternativos a TESAU que ofrecen acceso directo, y en especial los de cable, han aumentado su cuota de abono a la vez que TESAU, aunque siempre manteniendo un descuento sobre la misma.

Además de la cuota de mercado, TESAU cuenta con ventajas competitivas adicionales derivadas de su propiedad de la red. Esto hace que no deba enfrentarse a los precios de interconexión de su propia red, lo que le permite diseñar productos comerciales con mayor libertad. En concreto, y tal como reconocía esta Comisión en el Informe Anual del año 2000, “(...) esto hace que la estructura tarifaria de los operadores alternativos esté condicionada por la estructura de los precios de interconexión del operador dominante. En la mayoría de los casos la estructura horaria y geográfica de los precios de los operadores alternativos reproduce la del operador dominante(...)”. Esta situación se hace especialmente relevante cuando analizamos la oferta comercial de los planes y bonos de descuento del operador dominante. TESAU dispone de la oferta más completa, en términos de horarios y ámbitos de llamada. Esto es sin duda por las ventajas competitivas que supone disponer de una estructura de costes totalmente diferenciada a la de sus competidores. En particular, los incentivos de TESAU están dirigidos a la maximización del tráfico cursado, que le permite reducir el coste medio total, reducción derivada de las economías a escala en que incurre.

En conclusión, TESAU, a pesar de la regulación de precios que pesa sobre ella, es la operadora dominante en el mercado de telefonía de voz, ya que los movimientos tarifarios regulatorios son imitados por los competidores e incluso alguno de los planes aprobados que comercializa en la actualidad no tienen réplica en el mercado, como el “Plan País 30” o el “Plan Europa 15”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pero, es más, como ya se señalaba en la Resolución de 8 de noviembre de 2000, que «TESAU es propietaria del 99 % de los accesos a las redes telefónicas (...). Ello le otorgaría una clarísima posición de dominio» que, además, refuerza indudablemente la posición de dominio que ostenta en el mercado descendente de telefonía fija aquí considerado.

Además, la posición de dominio de TESAU en el mercado de telefonía fija se potencia igualmente, y de modo destacado, por otros indicadores, tales como la mayor experiencia de TESAU con respecto a sus competidores, su extensa red comercial, su capacidad financiera o la reputación de su marca, entre otros. Con respecto a indicadores como los anteriores y su evaluación en el análisis referente a la determinación de la posición de dominio de una empresa en un mercado determinado, puede verse, entre otras, la *Resolución del TDC, de 30 de diciembre de 1991, en el expediente 295/91, en el asunto General Electric CGR España, S.A.*

B.2. Mercado de servicios de transmisión de datos

▪ *Mercado de servicios*

El mercado conformado por los servicios de transmisión de datos se define como el consistente en el transporte de información entre puntos distantes, información distinta de la de voz. Dada la creciente convergencia de redes debida a la digitalización, la diferencia entre los mencionados servicios se centra en la interpretación que los equipos terminales hagan de los datos recibidos y no de tanto de la red específica que los transporta. Sin embargo, para un tipo de soluciones personalizadas los operadores consiguen mayor eficiencia transportando los datos por redes específicas. En el caso que nos ocupa, Telefónica Data alquila a TESAU no sólo los equipos sino también su red IP.

▪ *Mercado geográfico*

Desde el punto de vista del mercado geográfico, se ha considerado que el ámbito del mercado definido para la transmisión de datos es nacional. La razón es que, al igual que en la voz, la regulación aplicable a estos servicios afecta a todo el territorio nacional por igual y a todos los operadores que intervienen en el mismo. Así, los operadores de que prestan estos servicios coinciden en el mercado nacional y sus redes están diseñadas al menos para ese ámbito. Se presentan, por tanto, condiciones de competencia suficientemente homogéneas para considerar únicamente un mercado nacional.

▪ *Posición de TESAU*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El mercado de transmisión de datos sigue estando liderado por Telefónica Data de España con un 75,53%. Se debe tener en cuenta que Telefónica Data de España es una filial al 100% de Telefónica DataCorp, a su vez filial al 100% de Telefónica, S.A.

Telefónica Data de España cuenta con ventajas competitivas que le permiten confeccionar una oferta avanzada e integrada que la diferencia del resto de competidores. En particular, cabe destacar que este operador dispone de una capilaridad de la red única en el mercado, lo que implica una menor distancia media de los nodos a los clientes finales que le permite aplicar precios inferiores a sus clientes. Además de este hecho, la relación económica con el Grupo Telefónica y en particular con TESAU hace que disponga de ventajas a la hora de empaquetar los servicios de transmisión de datos con los de acceso. Como se demostrará a continuación, empresas del Grupo Telefónica están presentes en el mercado minorista y mayorista. La comprobación de la dificultad que encuentran los competidores de este grupo empresarial es que, a pesar de que el mercado de servicios de transmisión de datos fue liberalizado en nuestro país en el año 1993, los operadores alternativos no han conseguido cuotas significativas de mercado.

La posición anteriormente descrita de las empresas del Grupo Telefónica en los mercados minoristas se ve reforzada por la presencia de empresas de la misma unidad económica en los mercados mayoristas. Como ya se ha descrito, en general los operadores presentes en los mercados de voz y transmisión de datos dependen, para la prestación de estos servicios finales, de los mercados ascendentes de servicios de interconexión y de alquiler de circuitos.

C) Servicios al nivel mayorista: mercados ascendentes

C.1. Servicios de interconexión a destinos fijos

- *Mercado de servicios*

Los servicios de interconexión consisten en la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes operadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores. Por tanto, la interconexión es de vital importancia en la prestación de los servicios finales de voz y en la formación de sus precios, dado que garantizan la interoperabilidad de las redes. En el caso de un mercado muy concentrado, como es el de telefonía fija, en el que un operador cuenta con la mayor parte de los accesos y de las infraestructuras, son esencial las condiciones en que este operador ofrezca estos servicios, ya que pueden representar una barrera a la entrada importante. Este es el motivo por el que, en el artículo 26 de la Ley 11/1998, de 24 de abril de, General de Telecomunicaciones, se establece que los operadores que tengan



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consideración de dominantes, deberán aplicar los principios de transparencia y orientación a costes en sus precios de interconexión.

Dentro del mercado de interconexión, los servicios básicos que integran este mercado, de acuerdo con lo establecido por esta Comisión en su Informe Anual de 2000, son los siguientes: de un lado, el servicio de interconexión de acceso, mediante el que se entrega al operador interconectado una llamada de un cliente conectado físicamente a su red que haya seleccionado a dicho operador para que el mismo trate la llamada. En segundo lugar, el servicio de interconexión de tránsito, servicio que se presta cuando un operador interconectado solicita que una llamada sea transportada a través de la red del operador que lo provee, para ser posteriormente entregada a un tercer operador. Finalmente, el servicio de interconexión de terminación, definido como aquel servicio por el cual el operador que lo provee finaliza en su propia red una llamada que le ha sido entregada previamente por el operador que se interconecta.

Dentro del mercado de interconexión, se debe diferenciar entre el mercado de terminación fija y móvil, dadas las diferentes características de los mismos. Esto es, en el mercado de interconexión fija se venden servicios de terminación en redes fijas desde cualquier otra red, fija o móvil. En cambio, los operadores móviles ofrecen servicios de terminación en redes móviles. Los operadores presentes en cada mercado son diferentes. Los oferentes en el mercado de interconexión fijo son operadores de redes fijas, mientras que en el de móvil son operadores de redes móviles, con requerimientos técnicos y jurídicos diferentes. Finalmente, los precios son también bastante divergentes entre los operadores fijos y móviles. Por tanto, los servicios son lo suficientemente heterogéneos, desde el punto de vista del producto, oferentes y precio, como para concluir que se trata de mercados diferentes a los efectos aquí señalados.

El mercado afectado por la oferta de TESAU es fundamentalmente el de servicios de interconexión en redes fijas. En primer lugar porque la totalidad de los accesos requeridos por la Generalitat en el concurso son fijos, siendo por tanto necesario disponer de las infraestructuras para conectar los diferentes centros de salud a la Red Conmutada Pública y poder, de ese modo, cursar sus llamadas. En segundo lugar, porque el 90,8% del tráfico se estima realizado a números de fijos mientras que el 10,2% se realizará a números móviles. Estos datos indican que la terminación fija, y no al mismo nivel la móvil, será diferencial en la prestación de los servicios requeridos por el Pliego.

De estas dos consideraciones se concluye que es la interconexión de acceso, tránsito y terminación fija la que ofrece ventajas competitivas al operador que opte por competir en la Oferta. Dicho de otra manera, el hecho de ser dominante en la terminación en redes móviles no aportaría un valor diferencial



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en la prestación de los servicios incluidos en el Pliego, mientras que sí lo es serlo en interconexión de redes fijas.

▪ *Mercado geográfico*

Desde el punto de vista geográfico se puede entender que el mercado es de ámbito nacional, puesto que es en el ámbito nacional en que la oferta de interconexión con el operador dominante despliega sus efectos así como las demás condiciones regulatorias que afectan al mercado respecto a las relaciones de interconexión entre operadores.

▪ *Posición de TESAU*

TESAU cuenta con una cuota de mercado en los servicios de interconexión de acceso igual al 99,75%, en función de la facturación. Este hecho es coherente con el dato de que este operador cuente con más del 95% de los accesos fijos.

En este sentido, se señalaba en la Resolución de 8 de noviembre de 2000, que «TESAU es propietaria del 99 % de los accesos a las redes telefónicas (...). **Ello le otorgaría una clarísima posición de dominio**». TESAU cuenta actualmente todavía con más del 95% de los accesos, luego para terminar la práctica totalidad de las llamadas en un terminal fijo es necesario utilizar la red de TESAU.

A este respecto, la Comisión Europea en su documento sobre “Determinación de los organismos con poder de significativo de mercado para la aplicación de las directivas ONP”, de 1 de marzo de 1999 propone como “*parámetro más adecuado*” para calcular las cuotas de mercado de los operadores, los ingresos de interconexión por terminación de llamadas, que incluye el propio tráfico interno y el tráfico recibido desde cualquier otra red. La aproximación para la valoración del tráfico interno de un operador fijo es el precio de interconexión de terminación local. **Adoptando este criterio, TESAU alcanza una cuota de mercado del 87,5% en el mercado de interconexión de redes fijas.**

C.2. Servicios de alquiler de circuitos

▪ *Mercado de servicio.*

El servicio de alquiler de circuitos consiste en el suministro de una determinada capacidad de voz y/o datos transparente entre dos puntos. El precio suele constar de una cuota de alta y una cuota fija periódica, dependiente de la longitud de la línea alquilada y de la capacidad contratada. Se podría afirmar que existen dos segmentos principales en el mercado de alquiler de circuitos: el corporativo, dirigido a alquilar circuitos a empresas y organizaciones de todo tipo, y el dirigido a los operadores de telecomunicaciones, los cuales, en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aquellas rutas en que carecen de red propia alquilan los circuitos que necesitan para poder prestar servicios a terceros y, en consecuencia, poder transportar la información de voz y datos a sus clientes -en el caso que nos ocupa, los operadores que prestan los servicios de transmisión de datos que carezcan de infraestructuras, deben hacer uso de estos servicios para conectar el cliente con los nodos de su red de datos-.

▪ *Mercado geográfico*

El mercado geográfico es de ámbito nacional, puesto que no se detecta un ámbito inferior al nacional en que las condiciones de la competencia aplicables a los servicios descritos sean distintas para todos los operadores presente en el mercado nacional y delimiten un área inferior suficientemente homogénea.⁷

Como se explica más adelante, la oferta del operador dominante para estos servicios está sometida a una regulación precios minoristas y mayoristas de ámbito nacional que determina las condiciones del mercado en este mismo ámbito geográfico.

Dadas estas condiciones regulatorias se concluye que el nivel de competencia es homogéneo en todo el territorio nacional, con lo que el mercado geográfico de referencia es el nacional.

▪ *Posición de TESAU*

Según consta en la Resolución de la de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 4 de octubre de 2001, Telefónica de España S.A.U. contaba con una cuota de mercado, calculada por ingresos brutos superior al 90%, en base a los datos correspondientes al año 2000.

A 31 de diciembre de 2001 TESAU contaba con el 83% de cuota de mercado. Siguiendo a TESAU se encuentra Retevisión con una cuota de mercado del 5,22% y Colt con un 2,44%. Si únicamente se analiza el segmento de circuitos alquilados dirigidos a operadores, la posición de dominio es incluso más importante, con una cuota de mercado del 89,5%.

La formación de los precios en este mercado se ve determinada por la oferta de TESAU.

En general, los precios minoristas de los circuitos alquilados dirigidos a los usuarios finales se encuentran recogidos en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (en adelante, CDGAE) de 10 de mayo de 2001, por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000 por

⁷ Asunto 27/76 United Brands Co.(1978)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por TESAU, tantas veces citada en este informe como Orden de 10 de mayo de 2001.

Por otra parte, el precio de los circuitos alquilados por los operadores de telecomunicaciones está recogido en la Oferta de Interconexión de Referencia, aprobada mediante Resolución de esta Comisión con fecha 21 de febrero de 2002 y los servicios de continuidad se enmarcan en la oferta de capacidad portadora de TESAU que actualmente no forman parte de la OIR.

D) POSICIÓN DE TESAU EN LOS MERCADOS RELEVANTES.

La posición de dominio se identifica, de acuerdo con la doctrina y práctica de la Comisión europea y la jurisprudencia del TJCE, como una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse, en una medida apreciable, independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores.⁸

Como se ha descrito, las empresas del Grupo Telefónica presentan cuotas de mercado en todos los casos superiores al 75% que se mantienen en el tiempo, lo cual ya es en sí mismo prueba de una posición de dominio⁹.

Esta conclusión se ve reforzada por el análisis de los mercados realizado en apartados precedentes donde se llega a la misma conclusión de su independencia de comportamiento y su capacidad de fijar precios.

Por todo ello, cabe concluir que el Grupo Telefónica, bien a través de TESAU (filial 100% de Telefónica S.A.) o de Telefónica Data de España (filial 100% de Telefónica DataCorp, a su vez filial 100% de Telefónica SA) tiene posición de dominio en todos los mercados analizados.

La integración vertical de las empresas del Grupo Telefónica tiende a reforzar su posición de liderazgo en cada mercado. Además, el nivel relativo de sus competidores más cercanos son elementos adicionales que apoyan esta constatación. Así, en el mercado de voz, según datos del Informe Anual 2001, Retevisión es el competidor de TESAU con mayor cuota, un 4,11% y Lince con un 2,12%. En el mercado de alquiler de circuitos, siguiendo a TESAU se encuentra Retevisión con una cuota de mercado del 5,22% y Colt con un 2,44%. Finalmente en el mercado de transmisión de datos, en segunda posición se encuentra BT con una cuota del 12,65% y Retevisión con un

⁸ Asunto 322/81, Michelin c. Comisión Europea (1983).

⁹ Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche c. Comisión (1979)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4,58%. Por tanto, el Grupo Telefónica ostenta una posición de clara ventaja con respecto a sus más directos competidores.

Es de destacar que a los efectos de aplicar las normas de derecho de la competencia, cuando un grupo de sociedades constituye una "unidad económica", en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto de la sociedad matriz, existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones del derecho de la competencia. Téngase en cuenta que cuando una filial lo es al 100% en relación a la matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica. (*Resolución de la CMT de 8 de noviembre de 2001, sobre Tarifa plana de Terra y Resolución de la CMT de 20 de mayo de 1999, interpretando la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria, Sentencia del TJCE de 6 de marzo de 1974, ICI y Commercial Solvents c. Comisión*).

El poder económico del Grupo Telefónica en la prestación de servicios de telecomunicaciones, sean estos mayoristas o minoristas, deriva de su posición tradicional de monopolio legal hasta fechas recientes en infraestructuras y servicios de voz, lo cual le coloca además en una situación privilegiada respecto de los servicios de transmisión de datos.

La posición de dominio en un determinado mercado no está en sí prohibida, pues lo que se persigue es la explotación abusiva de dicha posición de fuerza. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) mantiene que **declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el mercado**¹⁰.

E) SOBRE LAS ALEGACIONES DE TESAU SOBRE LOS MERCADOS RELEVANTES.

E.1. CON RESPECTO AL ÁMBITO GEOGRÁFICO DE LOS MERCADOS CONSIDERADOS.

Sostiene TESAU que el ámbito geográfico de los mercados afectados debería restringirse a la Comunidad Autónoma de Cataluña y ello porque es este el ámbito al que se restringe el concurso público y porque las condiciones de competencia en el ámbito geográfico de Cataluña (posición y oferta de los operadores de cable, etc) son homogéneas pero heterogéneas con respecto al mercado nacional.

¹⁰ Asunto 322/81, Michelin c. Comisión Europea (1983).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, en primer lugar es preciso indicar que si bien es cierto que la Generalitat se ve sujeta a las especificidades propias de la contratación administrativa, el hecho de que se contraten los servicios mediante un concurso y que el órgano de contratación tenga sus competencias delimitadas a un territorio no significa que nos encontremos ante un mercado necesariamente distinto, pues en caso contrario cada vez que un Ayuntamiento o cualquier otro tipo de Administración Pública territorial convocara una concurso estaríamos ante un mercado diferente. **Son las condiciones de competencia las que determinan, según sean homogéneas o no, el ámbito territorial de los mercados.**

Del mismo modo, la presencia en la comunidad catalana de operadores con Licencia B1 de alcance inferior al nacional como puedan ser los operadores de cable (los cuales, por otra parte, no han participado en el concurso, no modifica este análisis de por sí, pues habría de mostrarse que su presencia supone una alteración en las condiciones de competencia con respecto al resto del territorio nacional.

TESAU alega en diferentes ocasiones que esta Comisión no ha tenido en cuenta a los operadores de cable en el análisis del mercado realizado en el marco de este expediente. En concreto, TESAU alega que para el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Cataluña, los operadores de telecomunicaciones por cable *“(...) son la verdadera e importante alternativa a Telefónica de España (...)”*. Por otra parte, la operadora no aporta datos concretos que apoyen la anterior afirmación. Es más, llega TESAU a considerar que los operadores de comunicaciones por cable son en estas áreas geográficas la verdadera e importante alternativa a Telefónica de España y es dónde mediante acuerdos con Retevisión tienen una mayor cuota de mercado, (poniendo de manifiesto anuncios en prensa nacional donde se comenta la consolidación del nuevo enfoque estratégico del grupo Auna que bajo una línea de actividad de telecomunicaciones fijas englobaría tanto los negocios de Retevisión como los del cable).

En este sentido, la CMT no discute que haya de tomarse en cuenta la situación de los operadores de cable en el análisis de competencia, sino todo lo contrario, que su presencia en cada demarcación, junto con la de los principales operadores es una nota común al territorio nacional, si bien debe reconocerse que dentro de esta homogeneidad, en determinadas áreas geográficas pueden presentar un mayor grado de actividad. En el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, según estimaciones de la CMT la cuota de mercado de TESAU en telefonía fija ronda el 90%, quedando el resto para los demás operadores incluido entre ellos el operador de cable presente en Cataluña, con lo cual la situación de competencia es parecida a la de otras comunidades autónomas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con el fin de evaluar la importancia de la alternativa que constituyen los operadores de cable en relación con el operador tradicional, esta Comisión ha examinado los datos de que dispone. En particular, y según consta en el Informe Anual 2001, el conjunto de operadores de cable facturaron un total de 355 millones de euros (1,26% del total del sector de las telecomunicaciones). Si se consideran únicamente los mercados definidos en este expediente la importancia de los operadores de cable no es mayor: 146,8 millones de euros por servicios de telefonía fija (1,7% del total), 12,85 millones de euros por servicios de interconexión (0,28% del total), 11,21 millones de euros por servicios de alquiler de circuitos (1,09% del total) y 8,04 millones de euros por servicios de transmisión de datos (1,04% del total). Se comprueba que la supuesta alternativa alegada por TESAU de los operadores de cable dista mucho de ser tal, atendiendo a las cuotas de mercado de estos operadores al nivel nacional.

En la Comunidad Autónoma de Cataluña, la situación de los operadores de cable no es tan diferente a la del resto del territorio nacional, tal como pretende argumentar TESAU. Según estimaciones de esta Comisión, los hogares pasados en esta comunidad suponían menos del 13% del total. Este dato contrasta con la penetración de líneas de telefonía fija, 70%, en su mayoría propiedad de TESAU. Lo mismo sucede si se atiende a la cuota de mercado por número de clientes (la cuota de los operadores de cable es inferior al 2%) o ingresos (los operadores de cable cuentan con una cuota de mercado inferior al 1%). Como última puntualización cabe remarcar que los operadores de cable no tienen cuotas de mercado apreciables en los otros mercados de referencia.

En este sentido, además, y según las *Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*¹¹, “los límites del mercado pertinente pueden ampliarse para tomar en consideración los productos o las zonas geográficas que, aunque no sean directamente intercambiables, deben incluirse en la definición del mercado a causa de la denominada sustitución en cadena.”

Asimismo, según la Comunicación sobre la definición del mercado, puntos 57 y 58, se dice, por ejemplo, que puede darse el caso de sustitución en cadena cuando una empresa que presta servicios a nivel nacional presiona sobre los precios aplicados por las empresas que prestan servicios en mercados geográficos distintos. Tal puede ser el caso cuando los precios aplicados por las empresas que suministran redes de cable en determinadas zonas se ven influidos por una empresa dominante que **opera al nivel nacional**. Es evidente que esta definición aplica perfectamente al caso aquí tratado, ya que sin ningún tipo de dudas, **TESAU influye en los precios que los operadores de**

¹¹ 2002/C 165/03



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telecomunicaciones de ámbito regional pueden imponer a sus clientes. Por tanto, se da una sustitución en cadena entre los productos de estos operadores y los del operador dominante, cuyos precios se han formado de forma independiente a las condiciones particulares de región en cuestión.

Abundando, si cabe, puede destacarse cómo las *Directrices* describen, en su apartado 59 como, en el sector de las comunicaciones electrónicas, el ámbito geográfico se determina tradicionalmente en referencia a dos criterios principales: el área cubierta por las redes y la existencia de instrumentos legales o regulatorios. Es en función de los anteriores criterios sobre los que se deben definir si los mercados geográficos son: locales, regionales o nacionales.

En cuanto a la existencia de instrumentos legales o regulatorios homogéneos, cabe indicar, que para la transmisión de datos únicamente se precisa una licencia de tipo C, cuyas **condiciones de obtención y operación son idénticas en todo el ámbito nacional**. Para los servicios de telefonía fija las licencias se otorgan **también en las mismas condiciones en todo el ámbito nacional**, tanto aquellas que autorizan a prestar servicios en todo el territorio como las B1 de alcance inferior al nacional. Lo mismo cabe decir de la regulación de precios finales de servicios de telefonía fija y de líneas alquiladas, que **aplica por igual a todo el territorio nacional** (régimen de price cap). Por último, en cuanto a los servicios mayoristas, tanto la oferta OIR de circuitos, como las Ofertas de Interconexión por minuto y por capacidad **se aplican por igual a todo el territorio nacional**.

La cobertura de las redes de transmisión de voz y datos se refiere a los límites del área en que el operador está autorizado para operar¹² y, en este sentido, los operadores que se han presentado al concurso, TESAU y Retevisión disponen de **redes de voz y datos de alcance nacional** lo que es en sí mismo indicativo del mercado geográfico.

El mayor desarrollo de estas redes y otras alternativas no es predicable tanto con respecto a la Comunidad de Cataluña como con respecto a la desigualdad en cuanto al desarrollo de las redes de telecomunicaciones entre las zonas rurales y las urbanas, y, así, el desarrollo y capilaridad de las mismas es diferente también en las distintas zonas geográficas de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Lo mismo cabe predicar del mercado de transmisión de datos. Así por ejemplo, el hecho de que la competencia se haya centrado en puntos de mayor concentración de la demanda y que, como alega TDATA, los operadores como Colt Telecom tengan un despliegue de red selectivo en las zonas de negocio

¹² Así se especifica en las mismas *Directrices* donde se cita el caso *Nº Comp/M/1650-ACEA/Telefonica*).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de las principales ciudades no es un elemento suficiente para delimitar un mercado geográfico tan reducido.

Finalmente, además, recordar que los precios del operador dominante son **comunes a todo el territorio nacional**, de forma que las condiciones del mercado nacional repercuten en el nivel de precios de la Comunidad Autónoma de Cataluña, hecho este que refuerza la definición de mercado nacional.

De este modo, las condiciones de competencia son homogéneas, como ya se resaltó con respecto a cada uno de los distintos mercados analizados, en todo el territorio nacional.

E.2. CON RELACIÓN A LA DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS Y SU POSICIÓN EN LOS MISMOS.

En cuanto a la posición de dominio de TESAU en el mercado de telefonía fija, TESAU argumenta con respecto a uno de los elementos tenidos en cuenta por esta Comisión, el de su liderazgo en la fijación de tarifas. En este sentido, alega TESAU que los precios le vienen impuestos vía regulación y que no se comporta como líder sino como mero replicador de las bajadas de precios que le impondría dicha regulación.

A este respecto, puede destacarse cómo, por una parte, es que las bajadas de precios aplicadas por TESAU previa aprobación del Gobierno son seguidas, en la medida de sus posibilidades, por sus competidores.

Por otra parte, es TESAU quien viene solicitando la aprobación de numerosos planes de descuento, por iniciativa propia, por lo que responden los mismos a su estrategia comercial y no a imposición alguna del regulador. En este sentido, tal y como se ha señalado, dichos planes descuento vienen caracterizándose por su novedad, respondiendo los operadores entrantes a los mismos como seguidores de TESAU. De hecho, no siempre pueden los operadores alternativos seguir las mencionadas ofertas de TESAU. Sobre este particular alega TESAU que Jazztel ha replicado los bonos que esta Comisión ponía como ejemplos de la política comercial anteriormente descrita. Sin embargo, precisamente, debe destacarse sobre estos ejemplos concretos, Plan "País 30" o "Europa 15", cómo únicamente Jazztel los ha emulado, y ello sólo en fechas recientes mientras que, TESAU los viene comercializando desde finales del 99 (Europa 15) y principios del 2000 (País 30). Ambos hechos demuestran que estos productos no son fácilmente emulables por los competidores de TESAU y que, en todo caso, los operadores entrantes sólo los ofrecen con el objeto de seguir en la medida de lo posible al operador dominante en la realización de ofertas a los usuarios finales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Siguiendo con la política tarifaria a la que se refiere TESAU puede señalarse, a mayor abundamiento, que, tal como queda recogido en el Informe Anual 2001, TESAU ha contado con ventajas en precios especiales derivadas del proceso de reequilibrio tarifario que se está llevando a cabo en España. Así, se cita en la página 86 del mismo que: *“(...) los ingresos extraordinarios que ha tenido TESAU como consecuencia del incremento de la cuota mensual, obligan a TESAU a cumplir con el price cap a aplicar reducciones de tarifas en los mercados de larga distancia (...) muy por encima de lo que en un principio se había previsto cuando inicialmente se propuso el mencionado Price-Cap, obligando a los operadores, si quisieran emular a TESAU, a reducir sus tarifas pero sin la contrapartida de “unos mayores ingresos por el concepto de cuota mensual”.*”

Por otra parte, TESAU alega que la propiedad de la red no es una ventaja sino que *“supone la asunción de muchos costes que la convierten en una desventaja”*. Sobre este particular, cabe hacer la puntualización sobre cómo se calculan los precios de interconexión y porqué la propiedad de la red confiere a TESAU ventajas adicionales en su estrategia de precios. El cálculo del precio por minuto de los diferentes servicios de interconexión en el marco de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) se realiza mediante la suma de los costes que componen el servicio y dividiendo entre el número de minutos efectivamente cursados. Por tanto, una vez se fija esta cantidad, el operador propietario de la red obtendrá unos costes inferiores que sus competidores por los servicios de interconexión cuanto mayor sea el tráfico cursado. Este aspecto fue reconocido por esta Comisión en su resolución de 9 de agosto de 2001, por la que se aprobaba la modificación de la oferta de interconexión de referencia de Telefónica de España, S.A.U. Así, en la página 317 de la misma se reconocía que el operador dominante operaba bajo un esquema de interconexión por capacidad mientras que el resto de entrantes utilizaba la red bajo un modelo de interconexión por tiempo. *“Esta dualidad ha determinado que determinadas políticas de fomento del uso de la red por parte del operador dominante, a través de planes de descuento o tarifas planes para acceso a Internet sean difícilmente emulables por el resto de competidores (...)”*. No son por tanto admisibles las alegaciones de TESAU sobre las desventajas que comporta la asunción de los costes derivados de la propiedad de la red.

En definitiva, tanto por lo anterior como por lo señalado en los apartados precedentes con respecto a la posición de TESAU en los distintos mercados, es evidente por todos los, numerosos, motivos recogidos la posición de independencia de TESAU con respecto a los competidores derivada de las características propias de este operador.

En cuanto al mercado de transmisión de datos mantiene TESAU que una cuota del 72% no es indicativa necesariamente de la posición de dominio. Esta Comisión se muestra conforme con dicha alegación puesto que es verdad que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es preciso analizar la evolución de estas cuotas en el tiempo y la existencia de ventajas competitivas, como de hecho procede siempre esta Comisión.

Tal y como alega TESAU, el Tribunal de Defensa de la Competencia en la sentencia del caso *Bacardí*¹³ y el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) en la Sentencia *United Brands*¹⁴ hacen mención a que la cuota de mercado, aún siendo un indicador de la posición de dominio del operador, no puede ser el único parámetro a considerar.

Así, en la sentencia *United Brands* se citan algunos indicadores de carácter estructural y competencial, analizados a continuación los más relevantes en el contexto de una empresa de telecomunicaciones, sobre los cuales se muestra su aplicación concreta al asunto que nos ocupa, sin perjuicio de lo ya apuntado en los apartados correspondientes a la posición de TESAU en el mercado:

- Integración Vertical. El Grupo Telefónica, bien a través de su filial TESAU o TDATA, integra verticalmente todas las actividades necesarias para la provisión de los servicios de transmisión de datos.
 - Recursos de producción. La capilaridad de la red de datos de TDATA le confiere una gran ventaja competitiva con respecto a sus competidores en costes, como se ha argumentado con anterioridad.
 - Métodos de presentación. El hecho de que TDATA pertenezca a un grupo que integra gran cantidad de actividades de telecomunicaciones, ofrece indudablemente importantes ventajas a esta operadora a la hora de presentar soluciones integradas.

Por otra parte, desde el punto de vista de la competencia en el mercado, ya se analizaron en el Informe de los Servicios la fuerza y el número de los competidores de TDATA en el mercado, llegándose a la conclusión de que la diferencia entre este operador y BT (el segundo) es muy importante. La siguiente tabla muestra los datos de los operadores presentes en el mercado y su importancia en el mismo:

CUOTAS DE MERCADO POR INGRESOS POR SERVICIOS DE TRANSMISIÓN DE DATOS (TABLA)					
	Año 2000		Año 2001		% Variación
	Millones de euros	% Total	Millones de euros	% Total	
TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.	423,31	74,31%	600,54	75,53%	41,87%
BT IGNITE ESPAÑA, S.A.U.	76,14	13,37%	100,63	12,65%	32,15%
RETEVISIÓN I, S.A.U.	32,29	5,67%	36,38	4,58%	12,66%
LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.	20,91	3,67%	18,18	2,29%	-13,03%

¹³ Resolución de 30 de septiembre de 1999 (Expte. R 362/99).

¹⁴ Resolución de 14 de febrero de 1978.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUOTAS DE MERCADO POR INGRESOS POR SERVICIOS DE TRANSMISIÓN DE DATOS (TABLA)					
	Año 2000		Año 2001		% Variación
	Millones de euros	% Total	Millones de euros	% Total	
RESTO	17,02	2,99%	39,43	4,96%	131,65%
TOTAL	569,67	100,00%	795,16	100,00%	39,58%

Se observa que del año 2000 al 2001, TDATA ha incrementado su participación en el mercado, representado el segundo competidor un sexto del de TDATA.

Si, además, a la estructura fuertemente concentrada que muestra la tabla anterior se le agregan las barreras a la entrada, la conclusión no puede ser otra: TDATA es operador dominante en el mercado de transmisión de datos, no sólo por su cuota de mercado sino por las condiciones estructurales y de competencia del mismo.

TESAU alega que no disfruta de una independencia de comportamiento económico con entidad como para generar un supuesto price squeeze en los mercados a nivel minorista identificados, especialmente en el de transmisión de datos donde se limita a comercializar la solución que adquiere de TDATA.

Este argumento no tiene consistencia puesto que la posición de dominio de la unidad económica-grupo Telefónica ha sido claramente identificada en apartados precedentes, actuación como unidad económica que se ve además corroborada por la comercialización conjunta por TESAÚ de los servicios de TDATA.

En cualquier caso, a la oferta de TDATA habría que añadir, tal y como señala la propia TESAÚ en sus alegaciones, los circuitos de acceso, los circuitos de acceso a CPDs y el sistema back up que aporta la propia TESAÚ por lo que no es cierto que se limite a comercializar la solución de TDATA

Por otra parte, alega TDATA que su red es fruto de un elevado esfuerzo inversor. En este sentido, debe señalarse que la capilaridad de la red refuerza la posición de dominio objetivamente, al margen del siempre encomiable esfuerzo inversor del operador. Por otra parte, debe también tenerse en cuenta que el volumen de inversiones posible para TDATA con motivo de su pertenencia al grupo Telefónica sobrepasan con mucho las posibilidades de la generalidad de los operadores entrantes, singularmente en el entorno financiero actual.

En cualquier caso, TDATA en sus alegaciones no parece, por otra parte, discutir su posición de dominio en el mercado, así, cuando afirma que "es consciente de sus propias limitaciones a la hora de competir derivadas de su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posición en el mercado y su pertenencia al grupo Telefónica". (Alegación sexta).

E.3. CON RESPECTO A LA EXISTENCIA O NO DE UN ABUSO DE SU POSICIÓN DE DOMINIO.

Finalmente, TESAU alega que no ha existido una práctica que pueda considerarse como abusiva, pues carece de libertad empresarial a la hora de decidir su política de precios en los mercados ascendentes identificados ni en el mercado de la telefonía fija.

La anterior afirmación de TESAU es correcta en su fundamento último pero, como se verá, no se produce en el presente caso. Efectivamente, si TESAU se limitara a aplicar los precios regulados en los mercados mayoristas y minoristas no podría existir un pinzamiento en los márgenes pues, de existir y producirse por tanto la exclusión de la competencia por parte de los operadores alternativos, ello se debería a los precios fijados por el regulador y la falta de margen sería imputable a éste.

Sin embargo, lo cierto es que los precios en el mercado minorista de la transmisión de datos no están regulados, por lo que el grupo Telefónica ha fijado los precios que ha considerado libremente y, en consecuencia, la inexistencia de márgenes con motivo de la cuantía fijada por Telefónica habrá de imputarse a la misma. Y es que en el presente procedimiento se analiza la oferta conjunta de voz y datos de TESAU, y no únicamente un estrechamiento de márgenes en relación con los servicios de voz que son –en la parte correspondiente al servicio telefónico fijo disponible al público, aunque no en la de telefonía en grupo cerrados de usuarios- en los que existe regulación de precios.

Por otra parte, si TESAU hubiera aplicado, en efecto, los precios regulados en los mercados analizados no habría existido pinzamiento alguno de márgenes, lo que muestra que el regulador ha fijado los precios asegurando la posibilidad de competencia por los operadores entrantes y que, de darse el pinzamiento, se debe en todo caso a que TESAU no se habría sujetado a los precios regulados en los mercados minoristas.

Que tenga o no TESAU que sujetarse a dichos precios regulados en los mercados minoristas, y que lo haya hecho o no en su caso, son cuestiones que se han analizado en el apartado anterior, pero lo que sí hay que destacar aquí es que **TESAU ha fijado sus tarifas a su voluntad y, por tanto, la existencia de un pinzamiento en los márgenes y la falta de emulabilidad de su oferta se debería, única y exclusivamente, a su actuación.** Por ello, de haberse efectivamente producido el señalado estrechamiento de márgenes –se analiza seguidamente- tendrá carácter abusivo al deberse a la voluntad de TESAU y no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a imposición alguna del regulador y deberán adoptarse por esta Comisión las medidas oportunas para restablecer la posibilidad misma de competencia por parte de los operadores entrantes.

F) EL PINZAMIENTO DE MÁRGENES COMO CONDUCTA ABUSIVA DE UNA EMPRESA EN POSICIÓN DE DOMINIO.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha definido el abuso como *"un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar en la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que recurriendo a métodos distintos de los que configura la competencia normal en transacciones comerciales de bienes y servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de tal competencia"*.¹⁵

En principio la competencia en precios es un método de competencia normal en las transacciones comerciales. Sin embargo, no se considera legítima toda competencia basada en precios y así, son inadmisibles, por parte de una empresa en posición de dominio las acciones comerciales que aplican precios predatorios (por debajo de los costes) ni determinados tipos de descuentos.

En este contexto, debe entenderse también el tipo de abuso constitutivo de una reducción de precios que trae por consecuencia el estrangulamiento de márgenes o "price squeeze". Esta práctica consiste en que **una compañía dominante en el mercado ascendente, mantiene un margen entre el precio que cobra por los servicios del mercado ascendente a las compañías que compiten con ella en la prestación de servicios en el mercado descendente y el precio que cobra por el servicio en el mercado descendente, insuficiente para poder reflejar los propios costes en el mercado descendente**. El resultado es que se restringe la competencia en relación con los servicios en el mercado descendente puesto que si se mantiene este margen durante mucho tiempo, cualquier otra compañía tan eficiente en el mercado descendente pero sin una fuente de abastecimiento propia en el mercado ascendente, se vería obligada a abandonar el mercado.

Esta caracterización de abuso, mantenida por la Comisión europea en su Decisión 88/518/CEE de 18 de julio de 1988 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 TCEE (asunto IV/30.178 Napier Brown-British sugar) ha sido reformulada por la *Comisión Europea en su Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones* (98/ C 265 /02) distinguiendo dos tipologías:

¹⁵ Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche c. Comisión (1979)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La primera analiza el supuesto en que las operaciones descendentes de la propia empresa no son rentables:

"(117) Cuando un operador goce de una posición dominante en el mercado de productos o de servicios, la reducción de los precios podrá constituir una práctica abusiva. Se puede demostrar que ha tenido lugar una reducción de precios cuando las operaciones descendentes de la propia empresa dominante no son rentables si se aplica el precio que la rama de la empresa dominante dedicada a las actividades ascendentes impone a los competidores. Las pérdidas registradas en la rama de actividades descendentes pueden quedar ocultas si el operador dominante ha atribuido a sus actividades de acceso costes que debería haber asignado propiamente a las operaciones descendentes, o ha determinado de forma inadecuada los precios de transferencia dentro de la organización (...)"

Y la segunda, analiza el margen para competir que se deja a terceros, con los precios aplicados.

"(118) En circunstancias adecuadas, puede demostrarse que se ha producido una reducción en los precios mostrando que el margen entre la tarifa de acceso aplicada a los competidores en el mercado descendente, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, en caso de que existan, y el precio que el operador de la red aplica en el mercado descendente no basta para que un prestador de servicios con un grado de eficiencia suficiente en el mercado descendente obtenga un beneficio normal (a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones es excepcionalmente eficiente)".

Una y otra modalidad son anticompetitivas pues como se señala en la propia comunicación de acceso *"(119) Si se produjera alguno de estos supuestos los competidores en el mercado descendente habrían de hacer frente a una reducción de precios que podría expulsarlos del mercado"*.

G) EMULABILIDAD DE LA OFERTA DE TESAU ANALIZADA Y NECESIDAD EN SU CASO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS AL RESPECTO.

Como se ha mostrado, la posición de dominio de TESAU en los mercados descendentes como ascendentes imponen que entre sus precios en el mercado descendente y los que aplica en los ascendentes exista un margen suficiente pues, de otro modo, incurriría TESAU en una práctica de *price squeeze*.

G.1. EMULABILIDAD DE LA OFERTA EN EL MOMENTO DE SU PRESENTACIÓN.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Obviamente, la oferta de TESAU había de resultar emulable en el momento de su presentación, pues es cuando el resto de operadores habrían de haber estado en condiciones para poder concurrir frente a TESAU sin que se les impidiera hacerlo a través de un estrechamiento en los márgenes.

Para determinar si la oferta de TESAU respetaba el margen necesario, esto es, si resultaba replicable por parte de los operadores entrantes, han de compararse los precios mayoristas y minoristas aplicados por TESAU en los mercados señalados.

Para realizar el cálculo de emulabilidad de la oferta de datos de TESAU al Departament de Sanitat que se presenta en el Anexo I (Confidencial salvo para TESAU y TDATA por cuanto incluye información de dichos operadores que tiene tal carácter –así, la distancia de los Centros en los que se prestará el servicio a los nodos de TDATA-) se ha procedido, en primer lugar, a estimar el importe total de la misma. Para ello se ha multiplicado la oferta económica desagregada por el número de centros de cada tipo. De esta forma se obtienen los ingresos totales que TESAU recibirá por la prestación del servicio de datos.

Para realizar el análisis de estrechamiento de márgenes a la cantidad anterior **se le han sustraído los diferentes costes que conlleva la prestación del servicio, dadas las especificaciones de la oferta técnica de TESAU, mostrándose el margen que va resultando**, a partir del importe del contrato con TDATA para la prestación de Frame Relay que se sustrae de modo que a la cuantía resultante es a la que habrá que restarle los costes correspondientes a la prestación del servicio en que incurre TESAU o, más concretamente, un operador alternativo que quisiera emular la oferta de TESAU contratando sus servicios mayoristas:

- Importe de los circuitos de acceso a los centros y los CPDs. Dado que se está realizando un análisis de emulabilidad, los circuitos de acceso se han valorado al precio mayorista de TESAU vigente en el momento de presentación de la oferta. El margen resultante después de contemplar este coste asciende a **32,06% negativo**.
- Importe de los circuitos de *back up*. El margen asciende a **34,75% negativo**.
- Importe de otros costes que TESAU oferta en exclusiva a la Generalitat y que por tanto, deben ser considerados para que otros operadores pudieran emularla. Así, existen ciertos recursos de atención al cliente **dedicados** exclusivamente al servicio analizado que habrían de ser incluidos también



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por los operadores alternativos para emular la oferta de TESAU. Este coste supone que el margen descienda a un **36,36% negativo**.

Resulta sumamente ilustrativo el que tan sólo con el coste de los circuitos de acceso, sin añadir el resto de partidas necesarias para realizar la oferta, ya no sólo no hay margen suficiente, sino que éste se convierte en negativo en nada menos que un 32,06 %.

En este sentido, es necesario destacar que la oferta debía ser **objetivamente** emulable, esto es, un operador alternativo que contratara los servicios mayoristas de TESAU de acuerdo con la información ofrecida en el pliego –y no con las estimaciones internas que en su caso realizara TESAU- habría de poder presentar una oferta capaz de concurrir con la de TESAU sin suponerle pérdidas. Por ello, para determinar la emulabilidad de la oferta de TESAU debemos aplicar los precios mayoristas vigentes en el momento en que se presentó y aplicarlos a los servicios que, de acuerdo con los pliegos, demandaba la Generalitat.

Así, en primer lugar, se ha tenido en cuenta que el Pliego de la Generalitat se estructuraba definiendo dos tipos de oferta:

- Datos.
- Voz y Datos

Por ello, **el operador que fuera a prestar dicho servicio no conocía, a priori, en qué centros adscritos al Departament de Sanitat prestaría únicamente datos y en cuáles voz y datos**. En consecuencia, resultaba posible que únicamente se prestara servicio de datos, que es el que en todo caso se prestaría a todos los centros, con lo que debería existir un margen positivo suficiente siempre entre los precios mayoristas de circuitos alquilados y la oferta minorista correspondiente a transmisión de datos, descontado el precio abonado a Telefónica Data por los servicios Frame Relay, pues de ser negativo el margen en transmisión de datos y no prestarse el servicio de voz o no prestarse dicho servicio de voz en el suficiente número de centros, no podría este compensarse, con lo que se produciría la compresión de precios con márgenes negativos, impidiendo a sus competidores emular dicha oferta. Diferente es el caso de los servicios de voz, que en el caso de tener un margen negativo, y supuesto que sus precios no estuvieran regulados y dado que se prestarán siempre junto a los de datos, dicho margen negativo podría ser compensado por el excedente de los datos. Obviamente, en todo caso, la suma de ambos servicios también debe dejar un margen suficiente, tal y como se ha establecido antes, para que un operador igual de eficiente que TESAU pueda prestar los servicios minoristas de forma rentable. Por ello es por lo que se han realizado los cálculos considerando la prestación de datos en todos los centros y la posibilidad de que no se prestaran los de voz.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, se presentan a continuación también el porcentaje resultante de considerar que el servicio de voz se prestara en todos los centros, el escenario más favorable para TESAU (y que, recuérdese, no es objetivamente considerable como el más posible por lo que, en realidad, la emulabilidad debería haberse dado con respecto a la hipótesis más conservadora, también posible y que es la que cualquier operador entrante habría de tener en cuenta a la hora de preparar y cuantificar una oferta sostenible en el peor de los casos): **-25,29 % negativo** (tabla 6 anexo I.B.).

Para determinar el margen del servicio de voz se sigue el criterio utilizado por esta Comisión en el análisis de los planes de descuento propuestos por TESAU, que consiste en comparar los precios finales ofrecidos por la operadora, en este caso, los correspondientes a la oferta realizada en el concurso, con los precios de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) de los servicios afectados.

Dado que el patrón de tráfico incluye gran cantidad de ámbitos, ha sido necesario hacer determinados supuestos sobre el uso que un operador alternativo haría de la red de TESAU para proveer los servicios incluidos en el Pliego. Por otra parte, y dado que los precios en la OIR se diferencian por franja horaria, los precios se han ponderado por el perfil de tráfico especificado por TESAU.

Para analizar los precios referentes al servicio telefónico metropolitano, se ha considerado el supuesto en el que un operador alternativo contratase con TESAU acceso y terminación local. A su vez, respecto al tráfico provincial se ha considerado el supuesto en el que un operador alternativo contratase el servicio de acceso local y de terminación de tránsito simple (o viceversa)¹⁶. Finalmente, para analizar el tráfico telefónico interprovincial se ha considerado igualmente un operador alternativo que contrata un servicio de acceso y de terminación de tránsito simple¹⁷.

En el caso de llamadas de ámbito internacional, se han considerado dos accesos de tránsito simple con el fin de aproximar el coste de terminación internacional, del que no se tienen datos en la actualidad. Para el tráfico con destino a redes móviles ha considerado que el operador contrata el servicio de tránsito simple y la terminación con un operador móvil, en este caso Telefónica

¹⁶ En general, en algunos distritos provinciales este tipo de llamadas se resuelven a nivel local mientras que en otros se resuelven a nivel de central de tránsito. Se considera el caso intermedio, es decir, acceso local y terminación de tránsito simple (o viceversa).

¹⁷ Aquellos operadores con mayor despliegue de red contratarán servicios de interconexión local mientras que aquellos con un despliegue menor podrán llegar a contratar servicios de acceso o terminación de tránsito doble. Se considera el caso intermedio, es decir, acceso y terminación de tránsito simple.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Móviles de España. Finalmente, para las llamadas a otros números, números 90x, 1003, etc. se ha considerado un tránsito simple.

Los márgenes resultantes son negativos y no permiten la emulabilidad de la oferta de TESAU, por lo que es claro el abuso producido.

G.2. EMULABILIDAD ACTUAL DE LA OFERTA.

Ahora bien, resultando el pinzamiento de márgenes en el momento en que se presentó la oferta, es necesario determinar qué medidas deben en su caso adoptarse al respecto. En este sentido, resulta necesario analizar si actualmente se mantiene el mencionado estrechamiento de márgenes.

Para determinar el margen que existiría actualmente en la prestación de los servicios de datos en la oferta de la Generalitat, se han valorado los circuitos de acceso a su precio mayorista fijado en la Resolución de esta Comisión con fecha 21 de febrero de 2002, en la que se aprobaba la "Modificación de la oferta de interconexión de referencia de Telefónica para establecer los precios de los servicios de interconexión de circuitos". Pese a no estar aún aprobadas, se ha avanzado en el cálculo realizado la reducción de precios prevista en el *price cap* para la totalidad del año 2002, siendo éste, de nuevo, el escenario más favorable para TESAU.

Los márgenes resultantes serían de un **14,98 % negativo** considerando la únicamente la prestación de datos (tabla 5 del Anexo I.C) y de un **8,24 % negativo** en caso de que finalmente se prestaran servicios de voz a todos los centros (anexo I.D).

Puede, de esta manera, comprobarse cómo se continúa manifestando un estrechamiento en los márgenes que imposibilita toda concurrencia. Con la aplicación de estos precios minoristas, los competidores en los mercados descendentes de servicios de telefonía fija y de transmisión de datos deben hacer frente a una reducción de precios que les genera pérdidas. En concreto, este mismo resultado de exclusión de los competidores se alcanzaría por aplicación de este tipo de oferta, pues, como ha ocurrido en el presente caso, TESAU resultaría adjudicataria por la imposibilidad de sus competidores de presentar ofertas más atractivas –salvo que fuera a costa de aumentar sus pérdidas–.

G.3. NECESIDAD DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS.

Con respecto a los márgenes expuestos y el estrechamiento de márgenes resultante, sostiene Telefónica que incluso el hecho de que se hubiesen verificado márgenes operativos negativos durante un ámbito temporal reducido



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

durante los inicios del desarrollo contractual de los servicios ofrecidos a la Generalitat no significaría incurrir en supuesto anticompetitivo alguno.

Frente a esta alegación cabe objetar, en primer lugar, que no se trata de introducir en el mercado un servicio novedoso que pudiese justificar la existencia de márgenes negativos iniciales que le permitan obtener beneficios a medio plazo, y que en el concurso en cuestión estos márgenes negativos deben mantenerse durante un periodo de 6 años prorrogable a 8 que es el periodo de duración del contrato adjudicado mediante concurso, lo cual no puede considerarse corto plazo, ni aun medio plazo, en un mercado tan dinámicos como es el de las telecomunicaciones.

Por otra parte, mantiene Telefónica que no se ha acreditado la existencia de subvenciones cruzadas que pudieran soportar una estrategia de price squeeze, puesto que ha asignado correctamente los costes y los precios son perfectamente replicables por sus competidores. Sin embargo, la práctica de reducción de márgenes anticompetitiva no exige para su prueba que se acredite la existencia de subvenciones cruzadas. TESAU, en su calidad de operador dominante, dispone de los recursos suficientes como para no necesitar la recepción de subvenciones cruzadas procedentes de otras empresas del grupo.

Igualmente, alega TESAU que el planteamiento de negocio puede ser replicado por sus competidores, los cuales incluso pueden obtener un margen razonable si además hubieran utilizado el mecanismo de interconexión por capacidad aprobado por la CMT desde el 9 Agosto de 2001.

Frente a esta alegación hay que precisar que pese a su aprobación, Telefónica no concluido acuerdos de interconexión por capacidad más que con un operador, normalmente por la oposición de la propia Telefónica. Esta oposición de TESAU a ofrecer la interconexión por capacidad excepto para los servicios de voz, ha dado lugar a numerosos conflictos de interconexión, a la adopción de medidas cautelares por parte de esta Comisión y hasta a la incoación de un procedimiento sancionador, por lo que malamente puede alegar TESAU su disponibilidad en este caso. (Concretamente, en el expediente DT 2002/6868 se plantea por Retevisión conflicto ante la CMT por la negativa de TESAU a atender su petición de fecha 19 de octubre de 2001, y se adoptan medidas cautelares con fecha 20 de junio de 2002)

Además la disponibilidad de la OIR por capacidad afectaría en este caso únicamente a los costes de los servicios de voz puesto que los operadores entrantes no podrían utilizar la oferta de interconexión por capacidad para los servicios de datos dado que la solución requerida por la Generalitat en el Pliego es personalizada y requiere de circuitos dedicados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Igualmente alega TESAU que no se ha acreditado la intención de TESAU de eliminación de competidores, ni que sea una consecuencia natural previsible de sus actuaciones en el largo plazo. En relación con esta alegación cabe argumentar que no es necesaria más prueba de la intención de eliminación de los competidores que la mera constatación de que en el caso de mantener TESAU estos márgenes en el tiempo, cualquier empresa tan eficiente como TESAU en los mercados minoristas pero dependiente de la propia TESAU en los mayoristas (es decir sin fuente propia de abastecimiento), se habría visto obligada a abandonar el mercado en el largo plazo.

En este sentido, si bien es cierto que la pérdida de un concurso concreto no tiene por sí misma suficiente entidad para expulsar a los competidores en los mercados minoristas de voz y datos, no lo es menos que una política de estrechamiento de márgenes seguida por TESAU para captar a los grandes clientes y las administraciones públicas con contratos que garantizan que Telefónica actuará como proveedor exclusivo de sus necesidades de comunicación a medio plazo tiene por consecuencia directa la eliminación de los competidores de aquellos segmentos del mercado donde hay más posibilidad de competencia, es decir TESAU está aplicando una política de estrechamiento de márgenes que es además discriminatoria con objeto de impedir que sus competidores entren a prestar esos servicios.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Primero.- TESAU deberá regularizar, en los términos recogidos en la presente Resolución, la facturación ya realizada de los servicios que preste en el marco del concurso del que ha resultado adjudicataria y que constituye el objeto de la presente Resolución, comunicando a esta Comisión los datos de acuerdo con el Anexo II.

Segundo.- TESAU deberá ajustar la facturación de los servicios que presta en el futuro a las cuantías determinadas en su catálogo, de acuerdo con el régimen de regulación de precios vigente en cada momento.

Tercero.- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LAS OFERTAS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Telefónica de España SAU debe respetar en sus ofertas con el principio de transparencia establecido en el régimen de regulación de precios vigente. En concreto, cuando la oferta no se limite a reproducir las tarifas vigentes en el catálogo de precios regulados del momento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en que se presentan y relación de los planes descuento que resulten de aplicación, Telefónica de España, S.A.U. incluirá en las ofertas las previsiones y estimaciones tenidas en cuenta para su realización. En todo caso, Telefónica de España, S.A.U. recordará en sus ofertas a los clientes que los precios ofertados están sujetos a las variaciones que correspondan en el futuro de acuerdo con la regulación de precios vigente.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

José Giménez Cervantes



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. Reinaldo Rodríguez Illera, D. José Pascual González Rodríguez y D. Antonio Elías Fuste, en su calidad de Consejeros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y en relación con

La **Resolución** del Consejo

CON RESPECTO A LA OFERTA DE SERVICIOS DE VOZ Y DATOS QUE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. PRESENTÓ EN CONCURSO CONVOCADO POR LA GENERALITAT DE CATALUÑA PARA EL ARRENDAMIENTO DE UNA RED DE TELECOMUNICACIONES DEL DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA Y ORGANISMOS DEPENDIENTES

aprobado en la sesión **36-02** del día **17 de octubre de 2002**, con referencia EXP: MTZ 2001/5774 considera necesario emitir el siguiente

VOTO PARTICULAR

Exposición.

Los abajo firmantes se reafirman en lo expuesto en su voto particular anterior emitido con motivo de la toma de medidas cautelares en relación con este mismo expediente.

La presente resolución ha venido a confirmar, en contra de la opinión de los que suscriben, el principio de la validez de la regulación del Price Cap como instrumento regulador de los precios del mercado de las grandes corporaciones. La Resolución en la práctica desvirtúa la propia razón de ser de los concursos de las Administraciones o de cualquier organismo público, o más bien de la capacidad de Telefónica de presentarse a dicho concurso. ¿Qué sentido tiene celebrar un concurso si las condiciones del mismo van a ser las regulaciones de precios aprobadas por la CDGAE a las que tiene derecho cualquier usuario?. Ésta es la razón conceptual de nuestro desacuerdo con la resolución objeto de este voto particular, nosotros pensamos que en los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concursos públicos la oferta del operador dominante debe analizarse bajo la óptica de la emulabilidad por los otros operadores (defensa de la competencia), admitiendo y estudiando las variables estratégicas de proyección de los precios sobre el período de tiempo para el que se realiza el concurso, no considerando simplemente el ajuste a los precios regulados en el momento de realización del concurso, al fin y al cabo, la regulación de precios sólo es una herramienta más para provocar y defender la competencia pero no la única.

Por otra parte, los abajo firmantes quieren expresar también su desacuerdo respecto a la Resolución aprobada, por considerar que tanto los análisis de emulabilidad de la oferta de Telefónica como el de cumplimiento con la regulación de precios, adolecen de importantes deficiencias que los invalidan para los fines demostrativos.

La razón que nos lleva a no considerar válidos dichos análisis son dos:

1. El primero, su carácter estático, cuando se están utilizando para valorar una oferta cuya validez se extiende a seis años prorrogables por otros dos. Si se tienen en cuenta los ratios de reducción de los precios tanto en el mercado, como en los instrumentos de regulación de los precios, el congelar el análisis como hace la Resolución en el límite de actual del Price Cap (año 2003), no deja de ser un error.

De hecho los propios "resolves" de la Resolución son más flexibles que el análisis de precios realizados ya que le permiten a Telefónica en un futuro recoger las reducciones de precios regulados que se vayan aprobando.

2. El análisis de emulabilidad ha descartado como referencia los precios de la OIR por capacidad, argumentando que dicha OIR no se había materializado en los correspondientes Acuerdos Generales de Interconexión y que por lo tanto no era efectiva. Nada más lejos de la realidad ya que la propia CMT ha tomado medidas cautelares en varios casos para hacer efectiva dicha oferta. Es más, en un entorno de análisis de una oferta plurianual (6 + 2 años) la falta de consideración del modelo de interconexión más novedoso resulta cuando menos un error que desacredita el estudio realizado. Obvio es decir que un análisis de emulabilidad realizado sobre la base de la interconexión por capacidad, habría dado como resultado que la oferta de Telefónica no sólo era emulable por cualquier operador alternativo sino que deja suficientes márgenes operativos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión:

Los Consejeros firmantes manifiestan por todo lo anterior, su desacuerdo con la Resolución adoptada antes referenciada y ruega que así conste a efectos de lo establecido en el art. 22 de la ORDEN de 9 de abril 1997 del Ministro de Fomento por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Madrid, 18 de octubre de 2002


Fdo.: Reinaldo Rodríguez


Antoni Elías


José Pascual González