



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 28 de febrero de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueban

MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO A LOS SERVICIOS DE VOZ Y DATOS QUE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. VIENE PRESTANDO AL 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 Technologies” de la Generalitat de Catalunya, para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada al Departamento de “Sanitat i Seguritat Social i Organismes 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 Technologies de la Información 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 Technologies 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 eliminatoria, 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 TESAÚ, 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:

| <u>Servicios</u> | <u>Telefónica</u> |
|------------------|-------------------|
| 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:

| <u>Servicios</u> | <u>Telefónica</u> |
|------------------|-------------------|
| 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 LJPAC, 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, LJPAC).



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 (...).
- (...) Que sobre la base de informaciones obtenidas, TELEFÓNICA tiene previsto prestar los servicios al CTTI contratando con TELEFÓNICA DATA ESPAÑA,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.- AUDIENCIA PREVIA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. El 14 de febrero de 2002, tras ser analizada la documentación aportada por TESAU, TDATA y RETEVISIÓN, los servicios de esta Comisión elaboraron un Informe proponiendo la adopción de medidas cautelares, siendo inmediatamente enviado a los interesados con el objeto de que pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

En dicho Informe se exponía principalmente que:

«El artículo 1 de la Ley 12/1997 de 24 de abril, de liberalización de las Telecomunicaciones dispone en su punto seis que la C.M.T., una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

(...) Existe una **apariencia de buen derecho** favorable a la adopción de las medidas cautelares cuya adopción se va a proponer al Consejo de esta Comisión basada además en la existencia de **elementos de juicio suficientes**, que se han recibido durante la tramitación del presente procedimiento.

En efecto, además de la Oferta presentada por TESAU en el concurso de referencia aportada por su día por la Generalitat de Catalunya, esta Comisión ha recibido información a través de la solicitud de intervención y los posteriores escritos de alegaciones y aportación de documentación de RETEVISIÓN y la contestación de TESAU y TDATA a los requerimientos de información formulados por esta Comisión. La información recibida es más que suficiente para poder fundamentar la apariencia de buen derecho en que estas medidas cautelares se basan, sin perjuicio de que no se decide definitivamente el fondo del asunto.

En la Oferta presentada por TESAU en el concurso convocado por el CTTI para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del Departamento de Sanidad y Seguridad Social y organismos dependientes (en adelante, la Oferta de referencia), puede distinguirse, a los efectos que aquí interesan, el servicio de telefonía fija disponible al público del servicio de transmisión de datos.

En el servicio de transmisión de datos puede, a su vez, distinguirse entre los circuitos prestados directamente por TESAU y el servicio de Frame-Relay que prestaría TDATA.

Con respecto a los servicios de voz y de circuitos es necesario analizar en qué medida se ha respetado la regulación sectorial vigente, principalmente en materia de precios. En su caso, además, podrían existir determinados comportamientos anticompetitivos de TESAU y/o TDATA, en la prestación de sus servicios de voz y circuitos la primera, y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Frame-Relay la segunda, que también será posible, en su caso, analizar durante la tramitación del procedimiento de referencia.

En este sentido, se analizan a continuación los elementos de juicio de que dispone esta Comisión con el objeto de determinar en qué medida existe una posible vulneración de la regulación de precios vigente para el servicio telefónico fijo disponible al público de TESAU y para el servicio de circuitos alquilados de TESAU incluido dentro del servicio de transmisión de datos. Así, puede adelantarse cómo los cálculos efectuados por esta Comisión ofrecen como resultado un incumplimiento de la regulación de precios tanto en la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público como en la del servicio de circuitos alquilados, sin perjuicio de que, al tratarse de una oferta única, bastaría un incumplimiento de la normativa vigente en materia de precios en la prestación de uno sólo de los servicios para que se produjera automáticamente la ilegalidad de la oferta como un todo.

(...)En cuanto a los servicios de voz y circuitos alquilados, puede señalarse de antemano cómo sería absolutamente inadmisibles con arreglo al marco de regulación de precios vigente para TESAU el que dicha entidad se comprometiera a prestar un servicio variable en cuanto a consumos en concepto de tráfico telefónico por una cantidad fija establecida de antemano

(...)Esa factura plana sin regularización constituiría un nuevo paquete de servicios que, conforme al citado Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 10 de mayo de 2001 (apartado 3 del Anexo), precisaría para su aplicación la aprobación de la propia Comisión Delegada del Gobierno, previo informe de esta Comisión. El "paquete de servicios", además, habría de ser ofrecido con carácter general a todos los usuarios.

En definitiva, la misma estructura de la oferta de servicios de voz y circuitos alquilados es contraria al régimen de regulación de precios por lo que, sin necesidad de un análisis adicional, se justificaría la apariencia de buen derecho de la medida cautelar cuya adopción se va a proponer al Consejo de esta Comisión.

(...)No obstante, y a mayor abundamiento, 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, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, si aun considerando que los consumos reales de tráfico telefónico fueran exactamente los previstos en el Pliego, sin variación alguna, habría respetado TESAU el régimen de precios aplicable o ni siquiera se respeta dicha regulación en la conformación de la oferta con arreglo a los consumos establecidos en el Pliego.

Debe hacerse constar de antemano que el precio así obtenido habría de ser el mismo que el ofertado por TESAU. Cualquier variación, al alza o a la baja, constituiría un flagrante incumplimiento de la regulación de precios aplicable a TESAU.

El resultado se presenta en la tabla remitida como Anexo 1, que por su contenido confidencial es remitida sólo a TESAU. Puede, eso sí, destacarse cómo el precio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ofertado por TESAU queda un 26,04% por debajo del precio que corresponde de acuerdo con la regulación vigente.

En este sentido, puede además señalarse cómo en caso de considerar el descuento del 15 % en llamadas provinciales e interprovinciales que alegaba TESAU (en vigor a partir de 1 de enero de 2002 y cuya aplicación fue declarada procedente por resolución de esta Comisión de 20 de diciembre de 2001) quedaría aun así la oferta un 22,92% por debajo del precio correspondiente de acuerdo con la regulación de precios. Considerando el Plan Universal, que no ha sido siquiera alegado por TESAU, aun se estaría un 20,79 % por debajo de los precios regulados. Sin embargo, de tomar en consideración ese descuento, habrían de tomarse también en consideración las modificaciones operadas en ciertos precios de Telefónica a partir de 1 de enero de 2002, cuya procedencia fue declarada por resolución de esta Comisión, también de 20 de diciembre de 2001 (especialmente, la subida de la cuota de abono por línea individual de 1.2 euros/mes).

Todo ello recordando que la regulación de precios vigente no contiene excepción alguna que permita a TESAU ofrecer un tratamiento y, en concreto, un precio, a las Administraciones Públicas distintos de los ofrecidos al resto de usuarios en la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público.

(...)

El resultado obtenido con respecto al servicio de circuitos alquilados se expone en la tabla presentada como Anexo 2, que por su carácter confidencial se remite tan sólo a TESAU. En este sentido, al precio ofertado con relación a la prestación del servicio de transmisión de datos se le ha restado la cuantía correspondiente al servicio Frame-Relay que TDATA prestará a TESAU. El resultado obtenido debería ser suficiente para cubrir el importe de los circuitos de acceso de acuerdo con los precios publicados en el Boletín Oficial del Estado (en lo sucesivo, precios BOE). Sin embargo, puede constatarse cómo dicha cuantía queda un 39,6% por debajo de los precios BOE. Pero es que, además, habría que tener en cuenta el coste del Back Up valorado a precio RDSI de catálogo de TESAU, con lo que la cuantía anteriormente obtenida queda un 41,73 % por debajo de la que corresponde. Finalmente, resulta necesario tener en cuenta también otros costes, como los relativos al personal comercial, comprometidos por TESAU en su oferta, y que esta Comisión ha estimado, resultando en consecuencia que la cuantía tantas veces señalada queda un 43,03 % por debajo de la que permitiría así cubrir los precios BOE de los circuitos de acceso, el coste del servicio de Back Up y el resto de costes mencionados.

(...) Finalmente, pueden hacerse algunas consideraciones con respecto al servicio Frame-Relay que TDATA prestaría a TESAU y que no está sujeto al régimen de regulación de precios.

En primer lugar, que el margen resultante tras cubrirse los precios del servicio de circuitos ha de ser, como mínimo, suficiente como para retribuir dicho servicio Frame-Relay.

En segundo lugar, que en la prestación de dicho servicio Frame-Relay han de respetarse los principios de no discriminación con respecto a otros clientes u



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores interesados en servicios similares que se habrían de recibir en condiciones igualmente similares, no incurriendo en prácticas anticompetitivas.

(...) La medida cautelar cuya adopción se va a proponer al Consejo de esta Comisión, fundada en la existencia de indicios más que relevantes de la infracción por TESAU del régimen de regulación de precios, se adoptaría por esta Comisión en el ejercicio de las competencias que le otorga el artículo 1.Dos. 2.h) de la Ley 12/1997, que le faculta para “vigilar la debida aplicación de estas tarifas por los operadores, **adoptando al efecto las resoluciones que procedan**”.

Como en otras resoluciones dictadas por esta Comisión en el ejercicio de esta competencia, la obligación que se impondría a TESAU **sería una obligación de resultado** (que preste sus servicios exclusivamente conforme al régimen de regulación de precios establecido) concediendo un plazo razonable para la adaptación a ese resultado de las relaciones contractuales que infrinjan el citado régimen, y ello con independencia de que la otra parte de esas relaciones contractuales sea o no una Administración Pública.

(...) Tal y como resulta del fundamento de derecho anterior, la oferta de TESAU en el concurso de referencia, al implicar un precio fijo por consumos variables (sin regularización posterior) vulnera la normativa de regulación de precios; a mayor abundamiento, los precios ofrecidos quedan muy por debajo de los precios que resultarían aplicables de acuerdo con el régimen tarifario vigente para TESAU, tanto en la prestación de los servicios de voz como en la de circuitos.

El incumplimiento del régimen vigente en materia de determinación de precios con respecto al servicio telefónico fijo disponible al público de TESAU y el de circuitos alquilados impone la **necesidad** de adoptar las presentes medidas cautelares, por la trascendencia que el respeto y cumplimiento de dicho régimen tiene sobre la competencia en el mercado y la obligación de velar por el interés general que con dicha normativa se persigue.

(...)

El interés público concurrente exige, además, que el restablecimiento de la legalidad se haga de la manera más urgente posible, con el fin no sólo de evitar la consolidación de la prestación de unos servicios a precios distintos de los regulados, sino también para tratar de restablecer, de manera inmediata, la situación de equilibrio entre los distintos agentes diseñada por el legislador para fomentar, en beneficio de los ciudadanos, una situación de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

Por otro lado, la adopción de las presentes medidas cautelares **no supone un perjuicio de difícil o imposible reparación** para TESAU. Si, a pesar de la constatación más que evidente de que su oferta, tanto en cuanto a su estructura como en cuanto al precio de los servicios ofrecidos, infringe el régimen de regulación de precios, la resolución definitiva de este expediente contuviera un pronunciamiento distinto, el eventual perjuicio que se causaría a TESAU no sería de imposible reparación, no sólo porque se habría causado en un reducido espacio de tiempo, sino porque nada impediría que el contrato suscrito recobrara la plenitud de sus efectos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ese eventual perjuicio, además, es de menor entidad que el perjuicio que se causa al interés público por el mantenimiento de la oferta en los términos en que la misma se está ya desarrollando.

Esta medida cautelar tampoco causa perjuicios irreparables a la otra parte en la relación contractual afectada por la misma (Departamento de Sanitat y Seguretat Social i Organismes que en dependen). Si bien la competencia de esta Comisión no puede extenderse más allá de imponer a TESAU una obligación de resultado (sin entrar a analizar las medidas que para la consecución de ese resultado puede adoptar la propia TESAU o el órgano de contratación), sí es posible afirmar que la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas pone a disposición del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Generalitat de Catalunya mecanismos más que suficientes como para garantizar la continuidad de la prestación de servicios de telecomunicaciones a los centros incluidos en la oferta de TESAU».

En consecuencia, el Informe de los servicios de esta Comisión proponía:

«Declarar cautelarmente que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha incumplido el régimen vigente de regulación de precios a que se halla sujeta la prestación de sus servicios en la oferta presentada ante 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 y, en consecuencia, **requerir** a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. para que, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución **adopte o, en su caso, inste la adopción** de las medidas precisas para evitar tal incumplimiento. Transcurrido dicho plazo, TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. no podrá prestar los servicios a que se refiere su oferta a precios distintos de los que resulten de la aplicación estricta del régimen de regulación de precios a que se encuentra sujeta».

Undécima.- CONTESTACIÓN DE RETEVISIÓN. El 20 de febrero de 2002 se recibió en esta Comisión el escrito de alegaciones de RETEVISIÓN señalando que:

- «En cuanto a los fundamentos o requisitos legales para la adopción de medidas cautelares, se constata que la legislación es clara sobre la facultad de la CMT para adoptar medidas cautelares en el presente caso.
- (...) Respecto de la necesidad y urgencia de la medida, RETEVISIÓN comparte plenamente los argumentos desarrollados por la CMT, al considerar que la no adopción de las medidas cautelares, ya solicitadas en el primer momento por mi representada, supondría de facto consolidar la posición adquirida por TESAU en un cliente y servicio de tanta relevancia como el objeto de este expediente, y todo ello en base a una oferta que, como los servicios de la CMT destacan y la propia RETEVISIÓN ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indicada, vulnera claramente tanto en estructura como en precios ofertados la normativa vigente en materia de regulación de precios.

- Por otro lado, la adopción de tales medidas cautelares no es sólo imprescindible para la necesaria defensa de la competencia y de legítimo interés de RETEVISIÓN, sino del propio interés público. Como la propia Generalitat en su momento destacó, en documento que obra en poder de esa CMT, los hechos denunciados por RETEVISIÓN deben ser juzgados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- (...) el mero paso del tiempo permitirá la creación de perjuicios adicionales, por la propia naturaleza del concurso (realización de inversiones, equipos, etc., de difícil retroceso), que sólo penalizarán o al órgano convocante o a mi representada, para quien resultará crecientemente difícil modificar la situación creada.
- (...) Las medidas cautelares no suponen un perjuicio de difícil o imposible reparación en el caso de que la resolución definitiva del expediente tuviera un pronunciamiento distinto, en la medida en que en ningún momento se ve afectado el funcionamiento de la Administración sanitaria, que cuenta con la dotación suficiente para el mismo, y que las consecuencias de tal medida se limitarían a un espacio de tiempo breve con respecto a la duración total del contrato.
- (...) TELEFÓNICA (...) trata de adelantar las rebajas en costes y los beneficios de la evolución tecnológica en la oferta presentada en el Concurso de la Generalitat. RETEVISIÓN, en línea con el posicionamiento de los servicios de esa Comisión, discrepa radicalmente de tal justificación, toda vez que el planteamiento de un Concurso a 6 años (prorrogable a 8) no excusa a TELEFÓNICA de la observancia y cumplimiento de las obligaciones que le impone la norma en el momento actual. Lo contrario significa además de tratamiento discriminatorio de las demandas de los usuarios, a los que no traslada, en su generalidad, las referidas condiciones y, por supuesto, demuestra la clara voluntad anticoncurrencial de TELEFÓNICA, en perjuicio de competidores e, in fine, del interés público que ve peligrar el desarrollo de la competencia en el medio y largo plazo por actuaciones de la denunciada.
- (...) Asimismo, esta parte, desea reseñar que si bien TELEFÓNICA justifica el adelanto de la evolución de precios y tecnologías que redundarían en una reducción de la factura de telecomunicaciones, no adelanta otros factores que tiene incidencia alcista, cuales son el tráfico, las capacidades demandadas o la cuota de abono, como se señala en el informe de los servicios de la CMT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (...) Sobre la base de que TELEFÓNICA no ha acreditado con datos históricos, los servicios de esa CMT rechazan la distribución de llamadas ON-NET y OFF-NET que aduce TELEFÓNICA para la aplicación de descuentos (...) como titular de una autorización general tipo A. Esta parte añadiría al argumento anterior que del pliego tampoco se deduce la voluntad de contratar servicios de voz distintos de los de telefonía disponible al público.
- (...) En lo que se refiere a la duración de las llamadas, la hipótesis de 3 minutos dista sustancialmente de los resultados de duración media de llamadas que para el año 1999 están reflejadas en el Informe Anual de la CMT. Según se deduce del cuadro 3 del Anexo I del Informe Anual 1999, la duración media de las llamadas en horarios comerciales serían inferiores a la hipótesis utilizada, con duraciones que no exceden de 2,5 minutos para llamadas metropolitanas de larga distancia y en el entorno de 1,5 minutos para llamadas de fijo a móvil.
- (...) TELEFÓNICA hace una previsión favorable de evolución de tráfico que, lo mismo que la previsión de reducción de precios, adelanta a la Generalitat mediante su oferta. Se trata de la disminución de tráfico metropolitano, aún cuando la experiencia avala que el tráfico metropolitano no sólo no desciende sino crece de manera importante.
- (...) Por último, no se considera en la valoración del precio final la necesidad de contratar servicios suplementarios telefónicos y que previsiblemente TELEFÓNICA presta en la actualidad como son los servicios de salto de línea, los servicios integrales de mantenimiento de líneas o centralitas»

Duodécima.- ALEGACIONES DEL CTTI. EL 22 de febrero de 2002, se recibieron en esta Comisión las alegaciones del CTTI, que reciben contestación y aclaración en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución.

Decimotercera.- CONTESTACIÓN DE TESAU. El 25 de febrero de 2002 se registró la entrada en esta Comisión de la contestación de TESAU. Sus alegaciones son analizadas en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución.

No se han recibido alegaciones de TDATA en contestación al Informe de los servicios de esta Comisión.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

II.1. HABILITACIÓN CON RESPECTO A LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE REFERENCIA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

En relación con la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la adopción de la presente medida cautelar, el CTTI y TESAÚ alegan que la medida cautelar supone la modificación de las condiciones del contrato adjudicado. Por cuanto 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 TESAÚ sostienen que la presente medida cautelar 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.

Al respecto ha de señalarse, en primer lugar, que esta Comisión resulta competente para la vigilancia de la debida aplicación de las tarifas de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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. En consecuencia, la Comisión del Mercado de 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.

A título de mero ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, se señala 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 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 cautelares que estime necesarias en el seno de dicho procedimiento, de forma motivada y cumpliendo con todos los requisitos legales de aplicación.

En segundo lugar, es preciso destacar que ni el objeto del procedimiento administrativo en el que se enmarca la presente medida cautelar, ni la medida cautelar en sí, desde luego, tienen por objeto ni implican necesariamente la modificación de las condiciones del contrato administrativo 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, establecidos indicios de la posible inaplicación por TESAU del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

régimen de tarifas aplicables, y con el fin de no frustrar la eficacia de la resolución definitiva que se adopte en su día, resulta necesario adoptar una medida cautelar 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. Por ello, en esta fase cautelar y por las razones que luego se dirán derivadas de los requisitos legalmente establecidos para la adopción de medidas cautelares, esta Comisión se limita a instar a TESAU para que adopte las medidas necesarias para el exacto cumplimiento del régimen de regulación de precios que afecta a la oferente, habida cuenta la relación jurídica especial existente entre ambos, sin arrogarse competencia administrativa alguna propia del órgano de contratación. Será el órgano de contratación el que, en esta fase cautelar, decida, con arreglo a los instrumentos de que está dotada por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, la incidencia de la medida cautelar en la indicada relación contractual.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 observadas por el resto de órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración”*.

Por todo ello, cabe concluir que la medida cautelar aprobada mediante 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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, competencia que ahora el CTTI, en su escrito de alegaciones, niega.

Finalmente, puede a este respecto traerse a colación la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 septiembre 1998. En esta resolución, el Tribunal analiza la posible concertación de varias empresas de las condiciones de participación en los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud para el suministro de ciertos productos. El expediente se inició en virtud de denuncia de la propia Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

A la largo de la tramitación de expediente, ni la propia Junta de Andalucía, que promovió su iniciación, ni el Tribunal de Defensa de la competencia, cuestionan la posibilidad de que este último y solo él (no el órgano de contratación), en el ejercicio de competencias propias y en aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia, dicte una resolución que afecte a la validez de las ofertas presentadas por los licitadores en un concurso convocado por una Administración Pública. Si bien es cierto que los contratos en los que el Tribunal detectó prácticas restrictivas de la competencia estaban ya completamente ejecutados en el momento de dictarse la resolución, afirma que *“desde el punto de vista del Derecho de la competencia resultan inadecuadas actuaciones tales como ... la actuación del SAS que ha presenciado impasible la aparente concertación de precios durante varios años y solamente en el año 1995, cuando la coincidencia de precios se produce por encima del precio máximo de licitación y el concurso queda desierto, denuncia los hechos ante el Servicio. Parece como si no le hubiera preocupado la colusión más que a partir del momento en que la concertación produjo el incremento de precios por encima de los precios de licitación. Si tal denuncia hubiera tenido lugar en la primera ocasión en la que se produjo la coincidencia de precios, la práctica hubiera sido corregida con anterioridad y posiblemente no se hubiera dado lugar a la anómala situación del concurso de 1995, con la necesidad de declararlo desierto y una segunda convocatoria por procedimiento negociado”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Tribunal resuelve, además de la imposición de una multa, *“intimar a los condenados a que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y a que se abstengan de realizarlas en lo sucesivo”*; es decir, en aplicación de su legislación específica, perfectamente compatible en su aplicación con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, limita la libertad de los sancionados para presentar ofertas en los concursos convocados por Administraciones Públicas y, en consecuencia, la libertad de esas Administraciones de seleccionarlos.

II.2. HABILITACIÓN LEGAL PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 1 de la Ley 12/1997 de 24 de abril, de liberalización de las Telecomunicaciones dispone en su punto seis que la C.M.T., una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión faculta a la C.M.T. para adoptar medidas cautelares, una vez incoado el procedimiento correspondiente de oficio o a instancia de parte, puediendo consistir las mismas en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar. Por último, el citado art.31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

La regulación expuesta sobre adopción de medidas cautelares se completa con lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de sus funciones públicas.

Señala TESAU, como primera de las alegaciones que efectúa en su escrito de 20 de febrero de 2002, que esta Comisión no tiene competencia para adoptar una medida cautelar en materia de tarifas. Fundamenta esta alegación, en primer término, en el hecho de que el artículo 25 de la LGTel (al que incorrectamente aludía el informe de los Servicios) no se corresponde, por razón de la materia, con el objeto del presente procedimiento. En segundo término, señala que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Reglamento de la CMT, esta Comisión no puede adoptar medidas cautelares



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en procedimientos cuyo objeto sea el control del cumplimiento de la regulación en materia de tarifas, puesto que –explica TESAU- *“la propuesta de resolución objeto de las presentes alegaciones no responde al ejercicio de ninguna de las funciones respecto a las cuales el artículo 31 del Reglamento de la CMT admite y prevé, con carácter exclusivo, la adopción de medidas cautelares por parte de la Comisión”*.

En la misma línea, en la segunda de las alegaciones efectuadas en su escrito de 21 de febrero de 2002, el CTTI de la Generalitat de Catalunya expone que la Comisión *“ha incoado el expediente de referencia al objeto de salvaguardar el régimen de regulación de precios”*, por lo que –concluye- *“la medida cautelar es arbitraria y nula de pleno derecho, puesto que no se corresponde con la tramitación de un expediente relativo a las materias contenidas en los artículos 6, 19, 22 y 23 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*.

Frente a estas alegaciones ha de señalarse que la actuación de la Comisión se apoya en la competencia que le confiere la letra h) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que le atribuye la función de *vigilar la debida aplicación de las tarifas correspondientes a los servicios de telecomunicación en aquellos casos en que exista una posición de dominio en el mercado, **adoptando al efecto las resoluciones que procedan***, a fin de *salvaguardar el principio de competencia efectiva entre los operadores*.

En cuanto a la habilitación para adoptar una medida cautelar en el marco de un expediente tramitado conforme a la competencia mencionada, se actúa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.seis de la Ley 12/1997, el cual señala que en el ejercicio de sus funciones, la CMT puede adoptar las medidas cautelares que estime oportunas:

“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.”

Del tenor de este precepto cabe extraer las siguientes conclusiones: 1ª) la CMT puede dictar medidas cautelares en los procedimientos que tramite para el ejercicio de sus funciones; 2ª) el Reglamento de la CMT determinará, para los casos mencionados en que la CMT ejercita sus funciones, los términos en los que esa potestad podrá ejercitarse. Por “términos” ha de entenderse forma o alcance, es decir, el tipo de medidas a adoptar (órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

causar las conductas a que se refiere el procedimiento o la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal).

En conclusión, este precepto atribuye a la CMT la facultad de dictar medidas cautelares en los procedimientos que tramite en el ejercicio de sus competencias. Esta potestad se le atribuye con carácter general, en relación a las distintas funciones que puede ejercer para cumplir con su 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, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.

Tales funciones a las que se alude especifican en el artículo 1.dos.2, letras “a” a “ñ”, pudiendo adoptarse medidas cautelares, lógicamente, sólo respecto a aquellas funciones que impliquen el ejercicio de una potestad ejecutiva.

Esta conclusión se corresponde con lo dispuesto en el artículo 72 de la LRJPAC, el cual atribuye al órgano competente para tramitar un procedimiento la facultad de adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existen elementos de juicio suficientes para ello.

Ahora bien, el Real Decreto 1994/1996, de 6 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la CMT, refiere la facultad de adoptar medidas cautelares a las competencias que se especifican en el artículo 6 (arbitraje de la CMT), 19 (garantía de la libre competencia), 22 (precios de interconexión) y 23 (interpretación de las cláusulas de los contratos concesionales). No figura la función de vigilar la aplicación de las tarifas. Ello no es debido sino a que el Real Decreto 1994/1996 desarrolla el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Este Real Decreto-Ley quedó derogado por la Ley 12/1997 (disposición derogatoria única), con lo que su Reglamento de desarrollo sólo será de aplicación en aquello que no se oponga a la Ley 12/1997.

El Reglamento de la CMT aprobado por el Real Decreto 1994/1996 atribuyó a esta Comisión la facultad de adoptar medidas cautelares en relación con las funciones de tipo ejecutivo que la misma iba a ostentar al amparo del Real Decreto-Ley 6/1996 y el propio Reglamento (aquellas funciones que no eran de emisión de informe o asesoramiento, sino que le permitían dictar resoluciones administrativas ejecutivas). Las competencias que el Real Decreto-Ley (artículo 1.dos.2b) y el Reglamento (artículo 21) atribuían a la CMT en materia de tarifas se referían meramente a la función de informar las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicación prestados en exclusiva o en los que existiera una posición de dominio en el mercado; lógicamente, en esta labor de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asesoramiento no cabe la adopción de medidas cautelares ni de ninguna otra con eficacia inmediata y directa sobre la esfera jurídica del operador afectado. Sin embargo, el Real Decreto-Ley no contemplaba la función de vigilancia y control de tarifas que la Ley 12/1997 le atribuye ex novo a la CMT, y que le permite adoptar “las resoluciones que procedan”, sin limitación alguna.

Por esta razón, el artículo 31 del Reglamento -que se refiere tanto a los casos como a los términos en que la CMT puede adoptar medidas cautelares- no podía hacer mención de esta competencia de la Comisión para vigilar la aplicación de las tarifas aprobadas pues en el momento de aprobarse, la Comisión no ostentaba la competencia que en esta resolución se ejercita.

Conforme a lo dicho, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, no serán de aplicación aquellas disposiciones del Reglamento que se opongan a lo establecido en la Ley 12/1997; en particular, no será de aplicación el artículo 31 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1994/1996, en la medida en que limite los casos en los que, conforme a la mencionada Ley, pueden adoptarse medidas cautelares.

En conclusión, se han de rechazar las alegaciones de Telefónica y de la CTTI, por cuanto –tal y como se ha explicitado- la Ley 12/1997 ampara la adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento tramitado para vigilar el cumplimiento de las tarifas aprobadas, con lo que no concurre una falta de habilitación a esta Comisión al respecto.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

El Tribunal Constitucional ha interpretado que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita la adopción de la medida, se adopten las medidas por resolución fundada en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (STC 108/1984, de 26 de noviembre y Auto del TC de 9 de diciembre de 1987)

III.1. EXISTENCIA DE UNA NORMA QUE PERMITE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.

Como se ha indicado anteriormente, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º seis de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones en relación con el artículo 1.º dos. 2.º h) del mismo texto legal y el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como la LJRPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III.2. RAZONABILIDAD Y APARIENCIA DE BUEN DERECHO.

Concurren en este procedimiento los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar: existencia de elementos de juicio suficientes; necesidad para asegurar la eficacia de la resolución futura o necesidad de evitar un daño que pudiera derivarse de las conductas a las que se refiere el procedimiento y la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o violación de derechos amparados por Leyes como consecuencia de la adopción de la medida, tal y como se analiza a continuación.

Existe una **apariencia de buen derecho** favorable a la adopción de las presentes medidas cautelares basada además en la existencia de **elementos de juicio suficientes**, que esta Comisión ha recibido durante la tramitación del presente procedimiento.

En efecto, además de la Oferta presentada por TESAU en el concurso de referencia aportada por su día por la Generalitat de Catalunya, esta Comisión ha recibido información a través de la solicitud de intervención y los posteriores escritos de alegaciones y aportación de documentación de RETEVISIÓN y la contestación de TESAU y TDATA a los requerimientos de información formulados por esta Comisión. Sin perjuicio de todo lo anterior, esta Comisión remitió a todos los interesados en el procedimiento un Informe de los servicios de la misma en el que se exponían los distintos cálculos que motivan la adopción de las presentes medidas cautelares, otorgando un plazo de 5 días para que pudieran formular las alegaciones y presentar los documentos que consideraran procedentes. En concreto, a TESAU se le remitió copia completa de los cálculos efectuados con la finalidad de que pudiera en su caso señalar posibles errores en los mismos. De esta manera, la información recibida es más que suficiente para poder fundamentar la apariencia de buen derecho en que estas medidas cautelares se basan, sin perjuicio de que no se decide definitivamente el fondo del asunto.

1. Normativa sobre regulación de precios.

En términos generales, el principio de intervención tarifaria de los servicios de telecomunicaciones encuentra su sede jurídica en la Disposición transitoria cuarta de la 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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).

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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. Asimismo, desde la perspectiva del beneficio del usuario, pretende asegurarse, en la medida de lo posible, la accesibilidad de los servicios y la asequibilidad de precios.

Este sistema de regulación de precios supone todavía un control de los mismos, pero no concepto a concepto, como en el pasado, sino para una serie de conjuntos o cestas de servicios muy representativos. La autoridad económica marca el porcentaje obligatorio de reducción anual del valor de cada cesta en términos reales y deja al operador libertad para mover sus precios de acuerdo con su política comercial, con tal de que cumpla los objetivos de reducción establecidos.

La CMT, como se ha indicado, vigila y comprueba que el operador ha cumplido lo impuesto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Desde otro punto de vista, el sistema clasifica en tres grupos los diferentes servicios que en el momento de aprobarse comercializaba Telefónica: servicios sometidos a precios autorizados, caso por caso; servicios sometidos al régimen de price-cap o IPC-X y servicios en régimen de precios máximos.

Dentro de los servicios sometidos al régimen de IPC-X están la mayoría de los que conceptualmente constituyen lo que se conoce como servicios telefónico fijo y arrendamiento de líneas nacionales e internacionales. Así, entre los primeros se pueden citar el alta de línea individual, las llamadas metropolitanas, las provinciales o las llamadas desde teléfonos públicos en la vía pública.

Esto es, si Telefónica desea comercializar un servicio de llamadas provinciales -a salvo de planes de descuento en los que se aplica normalmente el régimen de autorización caso por caso- no puede hacerlo a cualquier precio sino con sometimiento a este régimen de IPC-X.

Todo el sistema se asienta, por previsión expresa, en una serie de principios generales: transparencia, orientación a costes y no discriminación; estabilidad de los conceptos tarifarios; homogeneidad de la oferta en todo el territorio nacional; y se completa con previsiones como la de que si durante el periodo de regulación de precios Telefónica propusiera alguna modificación en la estructura de los servicios que afectara a los incluidos en el modelo de regulación de precios, la CDAE, previo informe de la CMT, modificará , en caso necesario , las variables del modelo de regulación.

Así se ha hecho para el caso de las llamadas fijo móvil, en que varía la estructura según la red móvil destino de la llamada.

Asimismo, no puede olvidarse que la operadora puede crear paquetes especiales de servicios y descuentos por categorías o grupos o de la forma que estime conveniente, obteniendo, en casos determinados, la pertinente autorización previa.

La primera alegación de TESAU con respecto a la aplicación del marco regulador de precios vigente en la prestación de sus servicios es la presentada en su escrito como «la inaplicabilidad del Price Cap al arrendamiento de la red de comunicaciones».

Así, TESAU expone que «las razones que llevan a la CMT a dictar la propuesta de medida cautelar carecen de sentido, toda vez que las mismas olvidan que el objeto del Concurso no es tanto la adjudicación de servicios de voz y datos como la del arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada a la conexión de edificios y dependencias del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña»; estima TESAU que «la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecuencia de ello es la inaplicabilidad del Price Cap o el régimen de precios que pretende aplicar CMT. En efecto, en ningún caso el Price Cap puede aplicarse a un arrendamiento de infraestructuras aunque como elemento accesorio del mismo se presten servicios de voz y datos».

TESAU Y EL CTTI alguna razón tienen cuando afirman que el objeto del concurso es el suministro mediante arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada a la conexión de edificios y dependencias del departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Catalunya y organismos que de ellos dependen y este servicio -si a esta categoría conceptual podemos reconducirlo- no es, dados los términos en que se ha diseñado el Pliego, coincidente con los servicios que figuran en el régimen de precios regulados.

Ahora bien, ello no significa que Telefónica, si presta servicios de los regulados en el régimen de Price-cap, estén o no comprendidos en la contratación administrativa realizada, deba dejar de aplicar ese especial régimen regulatorio de sus precios.

Se quiere decir con ello que si en el ejemplo antedicho Telefónica presta materialmente un servicio de llamadas provinciales a cualquiera de los centros o dependencias conectadas por la red especial deberá aplicar el régimen de price cap, sea en régimen estricto de IPC-X o mediante programas de descuentos o solicitando un cambio en la conformación o estructura de los precios.

Esta Comisión no va a entrar en esta medida cautelar en el análisis de si en el objeto del contrato adjudicado quedan comprendidos tales o cuales de los servicios regulados, visto que existe una discrepancia abierta en estos momentos sobre este extremo que se manifiesta en las propias alegaciones de los interesados que, de una parte estiman que dicho objeto está fuera del régimen de price-cap y, por otra, en la conformación de la oferta se ha tenido en cuenta los límites de precios que marca ese mismo régimen.

Ahora bien, hay indicios de que pudiera darse una situación de incumplimiento del régimen de precios regulados, con especial gravedad en el caso de los servicios que hoy integran el Grupo I del régimen de Price-cap (llamadas metropolitanas, nacionales, fijo-móvil....).

En el curso del expediente podrá aclararse si en el objeto del contrato se integra la prestación del servicio de este tipo de llamadas o bien se ha tenido en cuenta el tráfico hasta la fecha cursado por los diferentes servicios para determinar el precio de arrendamiento de la red en cuestión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El tratamiento en ambos casos de la obligación de Telefónica de aplicar el régimen de price-cap sería el mismo, si bien la incidencia en el contrato adjudicado, obviamente, variaría sustancialmente.

Por el momento, y en esta medida cautelar, de lo que se trata es de asegurar que Telefónica, en estos momentos, debe aplicar el régimen de regulación de precios actualmente vigente, tanto en lo que se refiere al servicio telefónico fijo como al servicio de líneas alquiladas.

Por ello, la primera de las decisiones que integran esta medida cautelar consistirá en que por Telefónica se identifique dentro del objeto de su oferta, todos y cada uno de los servicios que hoy están regulados. Así deberá indicar si va a prestar o no el servicio telefónico metropolitano; si va o no a prestar el servicio de información 1003; si va o no a prestar el servicio de líneas susceptibles de arrendamiento, y en caso afirmativo, cuales de los servicios que integran las cestas y subcestas de este concepto va a prestar. En definitiva, concretar que servicios de los que hoy están regulados van a ser prestados como consecuencia de la contratación con el CTTI.

Al tiempo, deberá indicar a esta Comisión que precios efectivos va a percibir por cada uno de los servicios regulados que va a prestar, permitiendo de esta manera la función de comprobación que a esta Comisión corresponde. A este objeto, necesariamente deberá proceder a desglosar el precio único que hoy percibe según el objeto del contrato al objeto de permitir acreditar que cumple con la regulación de límites de precios del price-cap.

Finalmente, deberá poner en relación estos servicios y precios con el resto de servicios respecto de los que afirma no estar sujeto a control tarifario, indicando asimismo el importe que habrá de percibir por su prestación.

Todo ello para asegurar el cumplimiento de la función que a esta Comisión corresponde, cual es velar por la debida aplicación de las tarifas, dictando al efecto las resoluciones que procedan. Obviamente para emitir y asegurar una resolución en el ejercicio de esta función se hace preciso garantizar mediante las medidas que se adoptan que dichas resolución va a poder ser dictada.

Por otro lado, TESAU expone que «por lo demás, entendemos que el propio régimen de contratación público excluye la aplicación del Price Cap, en la medida en que el interés público y los principios de igualdad y concurrencia que rigen la contratación administrativa excluyen cualquier limitación en las ofertas que se efectúen con tales administraciones. Téngase en cuenta que precisamente el principio de concurrencia consagrado expresamente por el artículo 11 de la Ley de Contratos con el Estado, viene impuesto por el interés público consistente en que las administraciones públicas tengan los mejores servicios al mejor precio (...). Por lo tanto, aplicar el Price Cap supondría una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abierta vulneración de la Ley de Contratos con el Estado en la medida en que discriminaría a mi mandante gravemente para la realización de ofertas y conllevaría por ello la nulidad de los correspondientes pliegos de contratación».

Similares alegaciones realiza el CCTI en su escrito cuando expone que en su opinión «aún admitiendo que la medida cautelar pudiese proteger un interés público difuso –el beneficio de los ciudadanos- basado en relaciones comerciales entre operadores de telecomunicaciones, la protección por parte de la Generalitat de Catalunya del interés público concreto –atención socio-sanitaria a los ciudadanos y modernización de las infraestructuras para ofrecer un servicio público eficaz- debe prevalecer sobre el interés público abstracto que dice defender esa Comisión al imponer una medida cautelar con el alcance y los efectos propuestos (...). Por lo tanto, la adopción de la medida cautelar se dicta en perjuicio del interés público concreto, circunstancia que exclusivamente puede apreciar la Generalitat de Catalunya, al elevar los costes de la prestación del servicio público sanitario, beneficiando exclusivamente al adjudicatario del contrato –operador dominante- que no deberá efectuar una contraprestación adicional».

En contestación a esa alegación, bastaría indicar que no existe ningún precepto, ni en la legislación sectorial de telecomunicaciones ni en la normativa sobre contratación administrativa, que excluya la aplicación del régimen de regulación de precios a los contratos administrativos, por lo que el mismo sería de aplicación en su integridad.

No obstante, y a mayor abundamiento, ha de señalarse que subyace en dichas alegaciones una interpretación de la finalidad de la normativa de regulación de precios que esta Comisión no puede, en modo alguno, compartir. En efecto, de alguna manera se pretende que con el objeto de que las Administraciones Públicas se beneficien de servicios más baratos –lo cual se considera, como valor absoluto y sin matización alguna, de interés público- habría no sólo de permitirse el incumplimiento del ordenamiento jurídico –así, del régimen de regulación de precios de TESA- sino que, además, se consideraría improcedente e ilegítima toda medida que velara por el cumplimiento de dicho ordenamiento jurídico, adoptada por el único órgano competente para ello (esta Comisión).

Con esta interpretación, se está desconociendo que existe un interés público concurrente en que se cumpla la normativa vigente, tanto por parte de los operadores concretamente perjudicados por la existencia de una oferta de TESA que vulnere la normativa vigente como de la ciudadanía en general.

En ningún caso el interés de un particular o una Administración Pública de obtener precios o condiciones más ventajosas puede permitir ignorar el cumplimiento de la normativa aplicable. Es más, sería propio de una visión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

simplista el considerar que el exceptuar a determinados colectivos, tales como las Administraciones Públicas o los grandes clientes, de la regulación de precios aplicable a TESAU sería en beneficio de la generalidad o el interés público. Lo que se produciría en caso de admitirse semejante pretensión es que los usuarios residenciales y las pequeñas y medianas empresas estarían financiando, pagando precios más elevados, las tarifas más reducidas que el operador dominante ofrecería a dichas Administraciones Públicas y grandes clientes con el objeto de retenerlos. Este tipo de consideraciones devendría en subvenciones cruzadas, en perjuicio de los sectores mayoritarios de la población y en perjuicio de la competitividad de la pequeña y mediana empresa española. Asimismo, haría más difícil el acceso de los nuevos operadores de telecomunicaciones, en el momento de apertura del mercado de las telecomunicaciones, a los mejores clientes.

No puede olvidarse, en este punto, el sentido y alcance del régimen de regulación de precios de TESAU. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio 1999, a propósito del establecimiento de la coexistencia del principio de libertad de precios de los operadores entrantes con un régimen especial de precios a TESAU, como operadora dominante, precisa que “ese régimen tarifario diferenciado que establecen los preceptos impugnados se introduce con toda congruencia, sin extravagancia alguna, en el estadio entonces existente del proceso de liberalización de los servicios de telecomunicaciones, impulsado desde las exigencias mismas del derecho comunitario derivado, y tendencialmente dirigido a la instauración de un mercado de tales servicios en régimen de libre competencia, en el que, consecuentemente, los precios queden regidos por las reglas propias del mercado, matizadas por la garantía de la necesaria asequibilidad a determinados servicios. Y es lo cierto, sobre todo, que su establecimiento contó con el amparo legal suficiente que le prestaban las previsiones de unas normas que, en palabras de algunos autores, constituyeron un hito fundamental en ese proceso liberalizador; cuales eran las contenidas en el Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y en la posterior Ley 12/1997, de 24 de abril, de la misma denominación, en la que el primero quedó reconvertido.

Pero si, en todo caso, el cumplimiento de la normativa es necesario con carácter general, resulta especialmente predicable de las Administraciones Públicas en particular. En efecto, el artículo 103 de la Constitución recoge que las «Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales» así como que «actúan (...) con sometimiento **pleno** a la Ley y al Derecho».

Así, el proceso liberalizador de las telecomunicaciones ha de venir también acompañado de una cierta apertura de la contratación pública de tales servicios, en la medida en que se caracteriza por el aumento de los tipos de servicios a prestar y de los operadores capacitados para ello.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es cierto que esta liberalización no ha tenido en el ámbito de la contratación pública el efecto deseado por los agentes del sector, pues una gran parte de estos contratos ha seguido siendo realizados por el operador dominante, bien por no haber sido convocados concursos tras la señalada liberalización, bien porque los concursos convocados adolecen en ocasiones de información suficiente o establecen requisitos que perjudican las posibilidades de los operadores entrantes de presentar ofertas competitivas.

De este modo, en el ámbito de la contratación pública se aprecian actuaciones como la adjudicación de los servicios de telecomunicaciones a la misma empresa que los venía realizando, en ocasiones incluso sin convocar los correspondientes concursos públicos, o situaciones de desequilibrio en los concursos convocados a favor del operador que venía prestando los servicios con anterioridad, por falta de suficiente claridad en los requisitos y condiciones del servicio a prestar.

En este sentido, se ha puesto de relieve por determinados licitadores la supuesta indefinición del objeto del contrato (como por ejemplo, se demanda todos los servicios de voz sin especificar las unidades medibles o si se interesa de una tarifa plana, en el pliego de bases del concurso, no se identifica el consumo pasado o estimado no se admite la suficiente flexibilidad a la oferta del operador dominante, a quien no está permitida esa oferta de tarifa plana), lo cual provoca en los operadores, además de una situación de cierta inseguridad jurídica, un evidente desequilibrio entre los licitadores pues los operadores entrantes carecen de la información precisa para formular una oferta en condiciones, información que resulta conocida de esta forma únicamente por el operador ya establecido con anterioridad a la liberalización.

De esta forma, los operadores entrantes tienen que realizar estimaciones sin contar con base alguna en los consumos reales, con lo que su oferta difícilmente podrá ajustarse a la realidad. En cambio, el operador ya establecido contaría con la ventaja de presentar una oferta ajustada a las necesidades reales del servicio que sólo dicho operador conoce.

Pero, es más, la propia Administración se ve perjudicada por la falta de información de que adolecen algunos concursos con respecto al servicio realmente solicitado, por una doble vía.

Por una parte, los operadores entrantes no pueden realizar, como se ha dicho, ofertas ajustadas a las necesidades concretas de la Administración convocante, que pierde así la oportunidad de obtener ofertas que acaso pudieran ser más ventajosas en precio y condiciones.

Por otra parte, en los casos de insuficiente definición de las características y requisitos de los servicios convocados, la Administración, al adjudicar el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concurso, se basa en unos precios ofertados que, en realidad, pueden ser dispares simplemente por basarse en estimaciones diferentes y no porque una oferta sea en realidad más ventajosa que otra. Así, por ejemplo, un operador podría ofrecer un precio para prestar servicios de voz a un precio menor que otro oferente simplemente porque aun con mayores tarifas ha considerado un patrón de tráfico distinto, pudiéndose dar el caso de que el patrón de tráfico no fuera tan favorable y la oferta aceptada deviniera finalmente en ser más cara que la rechazada.

En suma, parece necesario que las Administraciones aporten información detallada a los operadores en los concursos que convoquen, facilitando así a dichos operadores la presentación de ofertas ajustadas a la realidad de los servicios convocados y a la propia Administración la adjudicación a la oferta más ventajosa no en el aspecto formal o en abstracto sino para el servicio consumido. A este respecto, cabe recordar que, los contratos que se adjudiquen en el marco de las Administraciones Públicas deberán respetar los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones legalmente previstas, y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.

Por ello, en el marco de las convocatorias de los concursos para proveer servicios de telecomunicaciones y de los criterios de adjudicación, sería exigible una mayor precisión por parte de los órganos de contratación en esta materia, al objeto de asegurar en la medida de lo legalmente posible un mayor equilibrio de posiciones del operador dominante y el resto de operadores entrantes, que no signifique beneficiar exclusivamente a los otros operadores sino que se beneficiaría la propia Administración y los ciudadanos a los que se les facilita los servicios prestados al poder garantizarse con ello, entre otras cosas, una pluralidad de ofertas, además de que la contratación pública se adecuaría al proceso de liberalización y competencia establecido en nuestro ordenamiento jurídico para el sector de las telecomunicaciones.

En esta línea, se revela como especialmente importante que el diseño de los concursos se adecuen a un entorno que atienda a la transición de un mercado en monopolio a otro liberalizado, prestando especial atención a que esa transición aconseja, siempre que ello sea posible, la configuración de estos concursos atendiendo a la diferente situación de competencia en los diferentes mercados.

Buen ejemplo de esta inquietud es el reciente RD 561/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación.

Aplicable a la Administración del Estado, se menciona como ejemplo por cuanto constituye un intento loable de acomodar los intereses del órgano de contratación –en obtener precios cada vez más bajos y en mejores condiciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de calidad en la prestación de servicios -con un entorno de mercado liberalizado.

Así, se identifican mercados de servicios diferenciados –el de telefonía fija, el de datos, el de alquiler de circuitos- y se aclara respecto del objeto del contrato que éste “definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan”.

No es el mismo mercado ni en situación de competencia ni en tipos de servicios el de alquiler de circuitos o el que podríamos llamar de servicio telefónico fijo.

Tratar ambos tipos de servicios en un mismo lote, fijando un mismo precio que comprende ambos, no sólo puede llegar a suponer una vulneración en el caso del operador dominante del régimen de precios regulados sino que puede llegar a no propiciar el desarrollo de la competencia en el mercado, en estos momentos incipiente, desde luego, en lo que hace a la contratación de servicios de las Administraciones Públicas.

Esto no significa que no sea posible empaquetar servicios diferenciados y regulados en un mismo objeto de contrato y bajo un mismo precio. Ahora bien, este tipo de decisiones deben ser al tiempo compatibles con el respeto al régimen de control y regulación de precios, habilitando los sistemas necesarios para permitir comprobar que se cumple con ese régimen.

No se trata simplemente de una mera función de control. Al objeto de tomar decisiones por parte de la CDAE en relación a la fijación periódica de los límites de precios, debe existir un sistema establecido por parte del operador dominante que permita imputar todos sus servicios y precios a las diferentes cestas y subcestas diseñadas al efecto. De no ser así, se estaría falseando la esencia del sistema por cuanto determinados tráficos y precios (por referirnos a los que integran el servicio telefónico fijo) no estarían siendo computados al objeto de fijar las referencias de precios que debe seguir en cualquier caso Telefónica sean cuales sean las ofertas concretas y precios singulares que perciba.

En este sentido, si bien el CTTI ha realizado un apreciable esfuerzo en el diseño del concurso para el suministro de sus servicios de telecomunicaciones, no debería convertir el precio del contrato en valor absoluto, único y excluyente de otro tipo de consideraciones adicionales.

En efecto, en una visión a corto plazo podría parecer deseable la existencia de prácticas anticompetitivas por parte de un operador dominante, tales como la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

venta por debajo de coste o los descuentos fidelizadores. Sin embargo, el efecto de este tipo de prácticas es claramente perjudicial para la competencia, pudiendo llegar a eliminarla. Una vez eliminados los competidores, nada impediría a la empresa dominante en cuestión volver a establecer precios elevados y disfrutar de rentas monopolísticas a costa de todos los usuarios. Por ello, precisamente, el cumplimiento de la normativa que es obligada y necesaria en todo caso resulta especialmente oportuna en aquellos sectores en los que existe un operador dominante, con el objeto de impedirle “beneficiar” a sus clientes en el corto plazo mediante prácticas ilegales o anticompetitivas para posteriormente poder gravarles de nuevo con tarifas superiores a las correspondientes a un entorno de competencia efectiva.

Por tanto, no puede compartirse la idea de que existe un interés público, absoluto y excluyente de cualquier otro, en que a las Administraciones Públicas se les presten servicios baratos aun a costa de incumplirse la normativa sectorial de telecomunicaciones. Más aún, sería deseable que la contratación pública fuera acorde con las mejores prácticas posibles y un ejemplo de transparencia y concurrencia en el mercado, lo que exige el respeto al ordenamiento jurídico en su integridad, sin matices ni interpretaciones parciales del mismo.

En todo caso, TESAU entiende finalmente en su escrito que es necesario el respeto a la normativa vigente, en concreto en lo atinente a la regulación de precios aplicable en la prestación de los servicios de voz y datos en su caso, señalando que «esta parte tratará de demostrar que la legalidad de la Oferta de Telefónica de España abarca (...) también a los servicios de voz y datos».

De hecho, en un momento posterior de su escrito llega TESAU a señalar que «En definitiva, la citada Orden Ministerial, dónde se regula el Price Cap es una de las piezas fundamentales en la evolución de los precios de determinados servicios de telecomunicaciones prestados por Telefónica de España durante los años 2001, 2002, y 2003, **sin la cual no puede ser entendida la oferta presentada en el Concurso convocado por la Generalitat**».

Igualmente, reincide TESAU en esta línea señalando que «En cuanto a la estructura de precios, debe indicarse que Telefónica de España no está actuando en contra del marco regulatorio de precios, sino que está actuando ajustándose a una doble perspectiva:

- a) Las exigencias del Pliego.
- b) **Las exigencias del marco regulador de precios».**

2. Estructura de la oferta de servicios de voz y circuitos alquilados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, en el *Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas para la contratación de un concurso público de arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada al Departamento de Sanidad y Seguridad Social y Organismos dependientes, mediante procedimiento abierto* (en adelante, el Pliego) se establece la previsión de que “el precio fijado habrá de seguir una estructura de renta fija mensual (...) el precio fijo tendrá dos modalidades por cada una de las tipologías anteriores: Precio por centros que cursen tráfico de datos, precio por centros que cursen tráfico de voz y datos”.

Así, en el Pliego se establece que “la renta establecida para cada tipología será revisable anualmente en función de tres parámetros: a) el incremento de necesidad de la capacidad que se requiere para las comunicaciones de datos del centro; b) el crecimiento (medido por sistemas adecuados y convenientemente justificados) del volumen anual de minutos de las comunicaciones de voz del centro, ponderadas por la tipología de destino de las llamadas en cada caso; y c) la propia evolución de los precios de mercado”, así como que “el importe correspondiente a la renta de la red se revisará anualmente con efectos a 1 de enero de acuerdo con las variaciones del Índice de Precios al Consumo o índice de referencia que en un futuro lo sustituya”.

El Pliego y la oferta de TESAU se refieren a “revisión anual” y no a “regularización con respecto a los consumos realmente producidos”, con lo que no parece aceptarse esta última, en la medida en que el precio comprometido por el oferente es considerado en todo momento como un precio fijo.

No es momento de analizar si el régimen económico del contrato, definido en el Pliego en estos términos, supone o no una oferta de servicios regulados a un precio fijo determinado, cuestión que se analizará en su momento. No obstante, para el caso de que fuera así, se hace preciso formular algunas precisiones en relación a determinadas alegaciones formuladas por los interesados.

En opinión de esta Comisión, TESAU no podría presentar su oferta de servicios a un precio fijo en aquellos supuestos en los que no se prevea una regularización anual con respecto a los consumos reales. El marco regulatorio de TESAU impone a la misma unos precios determinados a los que, inexcusablemente, han de ser cobrados los servicios que presta a terceros incluidos en ese régimen.

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 a la total ya facturada periódicamente al cliente. De hecho, este servicio vienen prestándose por TESAU como servicio de *factura plana o concertada*.

La factura plana sin regularización constituiría un nuevo paquete de servicios que, conforme al citado Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 10 de mayo de 2001 (apartado 3 del Anexo), precisaría para su aplicación la aprobación de la propia Comisión Delegada del Gobierno, previo informe de esta Comisión. El "paquete de servicios", además, habría de ser ofrecido con carácter general a todos los usuarios en condiciones transparentes y no discriminatorias. De esta manera, esta Comisión no niega en modo alguno que TESAU compita en el mercado, pero sí el que para hacerlo pretenda eludir el marco de regulación de precios, que le ofrece los instrumentos suficientes como para poder adaptar su oferta con los trámites correspondientes y las prevenciones necesarias, a las necesidades de sus distintos clientes.

A este respecto, alega TESAU que la afirmación de que no es posible la regularización de los precios previstos en el Pliego “es una interpretación apriorística del Pliego... Habrá que esperar a la interpretación de las cláusulas del contrato administrativo que realice la Administración competente”. Si bien la interpretación del Pliego y de la oferta de TESAU, desde la perspectiva del contrato suscrito, es exclusiva del órgano de contratación, esta Comisión no tiene otro instrumento distinto que examinar el Pliego y la oferta, al modo de cuestión prejudicial y a los exclusivos efectos de este expediente, para el ejercicio de su competencia de vigilar la debida aplicación de los precios. En cualquier caso, si como dice TESAU, es posible interpretar el Pliego de tal forma que sea posible una regularización de los pagos correspondientes a consumos pasados, conforme al régimen de precios en cada momento vigente, un acuerdo en tal sentido del CTTI daría perfecto cumplimiento a la presente medida cautelar.

Por otra parte, TESAU realiza una serie de alegaciones con respecto a cómo debiera aplicarse el mencionado régimen de regulación de precios actualmente aplicable a TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, TESAU expone que «los servicios de la CMT han ignorado completamente la vigencia en el concurso, sin la que difícilmente podría entenderse la Oferta realizada por los partícipes en el mismo. Dicha vigencia ese de 6 años más dos años de posible prórroga». En concreto, TESAU alega que «la CMT ha realizado un análisis estático de la aplicación de precios por parte de Telefónica de España, realizando los cálculos en base a los precios de septiembre de 2001, momento en que se cifra la entrega de la oferta, y no en el inicio y cumplimiento del contrato, por lo que no ha tenido en cuenta el marco temporal que nos permite la OM de 10 de mayo, al tener regulados los precios para los servicios de voz hasta el 2002».

A este respecto, basta indicar que la aplicación del régimen de precios de TESAU no permite adelantar futuras rebajas de precios. Ese régimen implica que en cada factura, tenga la periodicidad que tenga, TESAU debe aplicar los precios y los planes de descuento aprobados. Las estimaciones realizadas en el informe de los Servicios y en esta resolución son a mayor abundamiento, con objeto de completar el análisis de la oferta de TESAU. La razón esencial de la adopción de la medida cautelar no es que las estimaciones realizadas arrojen unos precios inferiores a los regulados, sino que TESAU está cobrando un precio fijo por un consumo variable. Las estimaciones, hechas, se insiste, a mayor abundamiento, no pretender sino ilustrar las consecuencias que provoca esa tarifa plana no regularizable.

Por otra parte, para justificar la consideración anterior, TESAU cita la resolución por la que se aprueba el coste neto del servicio universal para el año 2000, de fecha 31 de enero de 2002, por la que se niega en su punto 8 el reconocimiento del coste neto incurrido en la prestación de los servicios de información y guías, al entender que en el marco de desarrollo del modelo de precios los costes se compensarán con la evolución futura del precio del servicio 1003 en el marco del Price Cap. Ahora bien, de la lectura de dicho punto 8 de la resolución, se desprende que el motivo de no reconocer el coste neto del servicio de información y guías es que no se aporta otro argumento que el del desequilibrio tarifario. Dado que la solución a este problema se prevé en el actual régimen de precios, la CMT opta por no tomar ninguna medida adicional, con lo que TESAU no interpreta adecuadamente el alcance y contenido de dicha Resolución.

Por otro lado, TESAU cita también la resolución sobre el control de precios aplicados por TESAU a Vic Telehome S.A., en cuyo Anexo se indica que TESAU debería haber modificado la componente de facturación dependiendo de la normativa aplicable.

Pero es éste un argumento contrario, precisamente, a las pretensiones de TESAU. En efecto, en la Resolución comentada en el asunto VIC, esta Comisión no hacía sino reconocer que los precios aplicados en cada momento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

han de ser los vigentes. Por ello, no puede aceptarse que se esté facturando a fecha de hoy adelantando las posibles rebajas del Price Cap en un futuro.

En este sentido, no es correcta la afirmación de TESAU de que puede adelantarse la aplicación de las subidas o bajadas previstas por la normativa del Price Cap. En efecto, la actual regulación de precios se basa en fijar las variaciones máximas de dos cestas de servicios de telecomunicaciones típicas. Para evaluar la evolución conjunta de dichos servicios se aplican los ponderadores¹ aprobados en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, en su reunión de 27 de julio de 2000. Por tanto, el sistema de “Price Cap” tiene dos componentes principales: los servicios definidos en cada una de las cestas que componen el sistema, que efectivamente corresponden con los servicios de la Oferta a la Generalitat, y los ponderadores para cada uno de los servicios. Es en este punto en el que se discrepa con TESAU. Sólo sería posible predecir cuánto va a reducirse el precio efectivamente pagado por un usuario si el peso relativo de cada uno de los servicios dentro de la factura global se correspondieran exactamente con los ponderadores del sistema, lo cual difícilmente puede presuponerse en la práctica, y menos *a priori*.

III.3. NECESIDAD Y URGENCIA DE LA MEDIDA.

Tal y como resulta del fundamento de derecho anterior, existen indicios más que suficientes de que TESAU, en la prestación de determinados servicios en relación a los edificios y dependencias a las que se refiere el objeto del contrato pudiera no estar cumpliendo el régimen vigente de regulación de precios al que está sometida.

En especial, el incumplimiento del régimen vigente en materia de determinación de precios con respecto al servicio telefónico fijo disponible al público de TESAU y el de circuitos alquilados impone la **necesidad** de adoptar las presentes medidas cautelares, por la trascendencia que el respeto y cumplimiento de dicho régimen tiene sobre la competencia en el mercado y la obligación de velar por el interés general que con dicha normativa se persigue.

No en vano, como ya se ha recordado reiteradamente en anteriores Resoluciones de esta Comisión –por todas, la reciente *Resolución relativa a las prácticas de TESAU en la comercialización de grupos cerrados de usuarios*, expediente MTZ 2001/4138–, en el actual entorno competitivo, **la prestación de servicios telefónicos fijos disponibles al público** presenta, a los efectos que aquí interesa, una significativa particularidad: **está sujeta a un concreto**

¹ Ponderadores aplicados tanto a los diferentes tipos de tráfico como a los horarios en que se cursa dicho tráfico.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

régimen de regulación de precios aplicable a los operadores que ostenten la condición de dominantes. Y ello con carácter coyuntural, transitorio y excepcional (véase al respecto la citada sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, adoptada con fecha 19 de julio de 1999, en relación al régimen tarifario aplicable a los servicios de telefonía básica prestada por operadores dominantes).

El interés público concurrente exige, además, que el restablecimiento de la legalidad se haga de la manera más urgente posible, con el fin no sólo de evitar la consolidación de la prestación de unos servicios a precios distintos de los regulados, sino también para tratar de restablecer, de manera inmediata, la situación de equilibrio entre los distintos agentes diseñada por el legislador para fomentar, en beneficio de los ciudadanos, una situación de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

Telefónica alega la falta del requisito que se establece para la adopción de medidas cautelares consistente en el aseguramiento de la eficacia de la resolución final que pudiera recaer en el presente procedimiento. A su juicio, no se da el mencionado requisito por cuanto que no adoptar la medida cautelar no conlleva la consolidación de ninguna situación de hecho o de derecho que determine la ineficacia de la resolución que en su día pueda recaer, así como que, dado los términos en los que está suscrito el contrato adjudicado, éste no tiene la virtualidad necesaria para desequilibrar la situación entre los agentes del mercado a la que se hace referencia la propuesta de resolución. De esta manera, no existe riesgo alguno de que la resolución final que en su momento se pueda dictar por esta Comisión devenga de imposible cumplimiento o ineficaz.

Tal y como se ha expuesto, se impone la necesidad de adoptar las medidas necesarias por la propia naturaleza de la materia objeto del procedimiento, esto es la intervención de la Comisión en cuanto al régimen vigente en materia de precios regulados se refiere, por la trascendencia que el respeto y cumplimiento de dicho régimen tiene sobre la competencia en el mercado y la obligación de velar por el interés general que con dicha normas se persigue.

Lo relevante es que la prestación de estos servicios se están haciendo al margen de las normas sobre precios regulados por parte del operador dominante, por lo que sin perjuicio de los términos concretos de la relación jurídica que da soporte a la ejecución de esos trabajos, se está produciendo un desequilibrio en el mercado en virtud del cual esta Comisión debe intervenir lo antes posible para el cumplimiento de las funciones que tiene legalmente atribuidas. Las perturbaciones que las actuaciones de TESAU pueden producir en el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones no suelen ser actuaciones globales, que redundan de manera inmediata en tal equilibrio, sino que suelen presentarse como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actuaciones puntuales, siendo la suma de todas ellas la que afecta de manera directa a la existencia de una competencia efectiva en el mercado. Por esta razón, detectada una conducta determinada, el restablecimiento inmediato de la legalidad se revela, a juicio de esta Comisión, como imprescindible.

Por otro lado, el artículo 72.3 de la LRJPAC señala que **“No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”**.

A este respecto, alega TESAU que la adopción de la medida cautelar propuesta en el informe de los Servicios de esta Comisión causaría perjuicios de la indicada naturaleza y violaría derechos tanto a la propia TESAU como al órgano de contratación.

A juicio de Telefónica, la medida cautelar conculca no sólo los derechos de esta entidad sino también los de la Administración contratante, pues dicha violación de derechos se concreta en la anulación y limitación de los efectos que debe desplegar las resoluciones de adjudicación del contrato y la que desestima el recurso de alzada presentado por el otro licitador contra la misma, en tanto que supone la modificación de los términos del contrato adjudicado y perfeccionado por dicha Administración e incluso el cese de la prestación de los servicios que son objeto del mismo.

Como ya se ha argumentado anteriormente, la medida cautelar se dicta en el marco de un expediente en el que esta Comisión interviene de acuerdo con las funciones que legalmente tiene atribuidas en materia de precios, y ello sin perjuicio de las posibles consecuencias que de su actuación se puedan derivar frente a terceros que tengan suscritos contratos en virtud de los cuales se presten servicios de telecomunicaciones al margen de la normativa sectorial, puesto que no existe previsión legal alguna que impida intervenir a la Comisión en el ejercicio de sus funciones respecto a relaciones jurídicas plenamente constituidas entre las partes.

Además, se vuelve a reiterar que, en el presente supuesto, la medida que se pretende dictar tan sólo supone la intervención de esta Comisión para vigilar la adecuada aplicación de los precios regulados por parte del operador sometido a ellos, quedando las circunstancias alegadas ahora por Telefónica al margen de la actuación de la Comisión y del ámbito regulatorio que les propio.

De otra parte, el objeto del contrato que consiste en el suministro en arrendamiento de una red de telecomunicaciones, a un precio cierto, permanece incólume, por cuanto esta medida se limita a que determinados servicios de telecomunicaciones, que según manifiestan los propios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interesados, no constituyen el objeto del contrato, se sometan en su precio al régimen regulatorio actualmente aplicable a TESAU.

Esto es, la obligación por el contrato de suministro de red permanece, así como el derecho de Telefónica a cobrar el precio acordado por dicho suministro. Otra cosa es que, al tiempo, esta Comisión pueda identificar y comprobar si se cumple o no el régimen de precios regulados.

Por todo ello, con la medida cautelar no se limita o anula los efectos de las resoluciones administrativas dictadas en el marco del contrato público de la Generalitat, por lo que tampoco se viola derecho alguno a los interesados, sino que se trata de intervenir en materia de precios regulados dejando a ella misma la solución de las posibles consecuencias que en sus relaciones jurídicas pudiera tener TESAU.

Esta medida cautelar tampoco causa perjuicios irreparables a la otra parte en la relación contractual afectada por la misma (Departamento de Sanitat y Seguretat Social i Organismes que en dependen), en la medida en que la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas pone a disposición del CTTI mecanismos más que suficientes como para garantizar la continuidad de la prestación de servicios de telecomunicaciones a los centros incluidos en la oferta de TESAU.

A este respecto, tanto el CTTI como TESAU afirman que los perjuicios que podrían causarse a la atención socio-sanitaria en Cataluña son superiores a los que se califican como intereses “difuso” o “abstracto” tutelados por esta Comisión. Añade el CTTI que la apreciación de esos intereses corresponde, en exclusiva, a la Generalitat.

Además de que, por las razones ya expuestas, el interés público tutelado por esta Comisión no se considera difuso o abstracto, sino concreto y tangible, esta Comisión tiene la obligación, al adoptar su resolución, de ponderar el efecto que la medida que decide tiene sobre los todos los intereses públicos concurrentes, le corresponda o no su tutela. En este sentido, el artículo 4.1.b) de la LRJPAC impone a las Administraciones Públicas la obligación de “ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones”.

En este sentido, esta Comisión entiende que la medida adoptada no repercute en la calidad de los servicios sanitarios prestados por la Generalitat. Les afectaría de manera indirecta si, en ejecución de la medida que se adopta, el órgano de contratación acordara modificar la calidad de las comunicaciones objeto del contrato. Sin embargo, la presente medida cautelar no afecta a la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

forma de prestación de los servicios objeto del contrato, sino exclusivamente a su precio.

Asimismo, señala TESAU que *“en tanto el objeto de la medida cautelar propuesta lo constituye el que Telefónica de España incumpla las condiciones de prestación del servicio... hasta llegar al punto del cese en la prestación del servicio contratado, resultarían, con carácter inmediato y directo”* una serie de perjuicios, que enumera, derivados de la posible resolución contractual, por incumplimiento imputable al contratista, que pudiera acordar el órgano de contratación.

Esta alegación de Telefónica, referida a la propuesta de medidas cautelares contenida en el Informe de los servicios de esta Comisión, deja de tener sentido a tenor de la medida que se adopta en la presente resolución.

Se quiere decir con ello que esta Comisión no emite pronunciamiento alguno, en este momento, en torno a si en el objeto del contrato quedan contemplados o no los servicios que son objeto de regulación, con lo que ese objeto, que no es otro según se afirma que el suministro de una red destinada a la conexión de edificios, permanece incólume.

III.4. OTRAS ALEGACIONES DE TESAU

1. En relación con las alegaciones relativas a la nulidad de la medida por falta de competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora y por falta absoluta del procedimiento establecido al efecto.

En los apartados segundo y tercero de su escrito de alegaciones de 20 de febrero, TESAU expone que la CMT está ejercitando la potestad sancionadora en el presente expediente, lo que conduce a la nulidad de la resolución que se adopte, por falta de competencia para el ejercicio de esta potestad (al no concurrir la infracción de resolución, instrucción o requerimiento efectuado por la CMT) y por prescindir absolutamente del procedimiento establecido (al declarar la existencia de un hecho ilícito, sancionando de plano).

Respecto a la alegación de TESAU, ha de reiterarse lo ya dicho sobre la función que esta Comisión ejercita con el presente procedimiento: la función de vigilar la debida aplicación de las tarifas correspondientes a los servicios de telecomunicación en aquellos casos en que exista una posición de dominio en el mercado.

Por tanto, el objeto del procedimiento en el cual se adopta la presente medida cautelar no implica el ejercicio de una potestad sancionadora. Se trata de una medida que tiene por objeto asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en un procedimiento tramitado al objeto de adoptar las medidas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesarias para asegurar la debida aplicación de las tarifas aprobadas para los servicios de telecomunicación en los casos en que existe una posición de dominio en el mercado, salvaguardando, con ello, las condiciones de competencia efectiva entre los operadores.

Ineludiblemente, la competencia para “vigilar la debida aplicación de las tarifas”, supone la realización de un cierto juicio de hecho sobre la adecuación de las tarifas aplicadas a las tarifas aprobadas. Con ello, no se está ejercitando la potestad sancionadora, ni se elimina de hecho fase alguna de un eventual procedimiento sancionador. En particular, no se está realizando una función de instrucción, fase que habría de desarrollarse en todo procedimiento sancionador.

El presente procedimiento no va a terminar con la imposición de una sanción a TESAU. Este procedimiento no tiene por objeto la imposición de una eventual sanción a TESAU sino, eventualmente, la adopción de las medidas correctoras que se estimen necesarias para asegurar la debida aplicación de las tarifas aprobadas (cuya eficacia se pretende asegurar con la presente medida cautelar).

De admitirse la validez del argumento utilizado por TESAU, esta Comisión no podría ejercitar la competencia que le atribuyen el artículo 1.dos.2 h) de la Ley 12/1997 (“vigilar la debida aplicación de las tarifas”), ni tampoco alguna otra, como la que le atribuye el artículo 1.dos.2 f) 2º de la misma Ley (“poner en conocimiento del servicio de defensa de la competencia actos, prácticas o conductas de las que pudiera tener noticia y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia”), o la que le atribuye el artículo 1.dos.2 m) de la mencionada Ley 12/1997 (denunciar ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología “las conductas contrarias a la legislación de ordenación de las telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora”). Para vigilar la debida aplicación de los precios es imprescindible valorar si los precios aprobados cumplen con la normativa que los rige; si se cumple, ninguna medida podrá adoptar la Comisión; si se incumplen, es precisa la previa constatación de ese incumplimiento para adoptar las necesarias medidas de corrección.

2. La medida cautelar objeto de la propuesta de resolución es nula de pleno derecho por resultar de imposible cumplimiento y no ser exigible a TELEFÓNICA DE ESPAÑA. TELEFÓNICA DE ESPAÑA no podrá en ningún caso dar cumplimiento a la medida cautelar propuesta.

En la presente alegación, TESAU viene a invocar la nulidad de pleno derecho de la medida cautelar por entender que la misma resulta de imposible cumplimiento (artículo 62.1c) de la Ley 30/1992) en tanto que exige a esta entidad la inobservancia o incumplimiento de resoluciones administrativas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plenamente válidas y eficaces dictadas por la Generalitat de Cataluña en el ámbito de sus competencias, lo que implica un comportamiento ilegal y, por lo tanto, de imposible cumplimiento.

Comienza argumentando que las resoluciones de esta Comisión no pueden afectar en modo alguno a la plena validez y eficacia de las resoluciones administrativas dictadas por otra Administración en el ámbito de sus competencias, ya que sólo podrán ser revisadas por el mismo órgano que las hubiera dictado o, en su caso, por los órganos jurisdiccionales competentes. En cuanto al presente caso, se alega que la Resolución del Consejo de Administración del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Generalitat de Cataluña, por la que se adjudica el contrato convocado a Telefónica, constituye un acto administrativo válido y eficaz desde la fecha en que se dictó.

Telefónica manifiesta en su escrito que la medida cautelar prevista tiene por contenido exigir a esta entidad que incumpla de plano los términos de la citada Resolución válida y eficaz, así como los términos del contrato objeto de tal de Resolución, ya sea mediante la aplicación de unas condiciones económicas distintas a las establecidas en la resolución administrativa, ya sea mediante el cese en la prestación de los servicios contratados.

Con carácter previo, cabe recordar de nuevo que, esta Comisión ostenta para el presente supuesto una habilitación competencial concreta establecida en el Ley 12/97, que le faculta legalmente para ejercer una serie de funciones en materia de precios regulados, y en este ámbito dictar las resoluciones que procedan.

En el ejercicio de sus funciones, esta Comisión dictará una resolución de obligado cumplimiento para el operador destinatario, sin que ello suponga modificar o revisar actos de otras Administraciones dictados en materia de contratación. La medida cautelar que se acuerda tiene como único destinatario TESAU, y ésta tendrá la obligación legal de cumplir con su resuelve, so pena de incurrir en una infracción administrativa sancionable de acuerdo con la Ley General de Telecomunicaciones, pues la medida en materia de precios regulados que se pretende imponer resulta posible su cumplimiento y no se le exige a TESAU el incumplimiento e inobservancia de las resoluciones válidas y eficaces dictadas por el órgano contratación.

Como se ha indicado, además, la presente medida cautelar no incide en el objeto del contrato por cuanto ni se paraliza la obligación de suministro de red ni se prohíbe a Telefónica la percepción del precio que tenga acordado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión ha de rechazar el argumento utilizado por TESAU de que esta medida cautelar resulta de imposible cumplimiento por el sólo hecho de que implica el incumplimiento de los compromisos por ella asumidos, y ajenos al ejercicio de la actividad de control regulatorio que tiene encomendada la Comisión en la normativa sectorial, pues es la propia operadora la que también deberá someterse a esa normativa de telecomunicaciones y la que tendrá que responder de sus actos frente a terceras persona implicadas en su actuación, sin que nada de ello pueda vincular o limitar la actividad regulatoria de esta Comisión.

Para concluir, cabe reiterar que esta Comisión tiene plena facultad para intervenir en el ejercicio de sus funciones legalmente establecidas sin por ello quedar limitado por otros actos administrativos dictados por otras Administración, que ajenas al ámbito regulatorio y competencial de la CMT, se vean de alguna manera afectados por el comportamiento contrario a la normativa sectorial de aplicación por TESAU.

En estos casos, es la propia TESAU la que tendrá que poner remedio, si se diera una situación de esa naturaleza, a su situación irregular para poder dar cumplimiento tanto a lo que se le exige como operador dominante de telecomunicaciones como a los compromisos por ella asumidos con terceras personas, y sin que esa carga pueda trasladarse válidamente a esta Comisión.

3.- En relación con la alegación sobre que la medida cautelar impuesta es nula de pleno derecho en la medida en que viene a declarar la nulidad de un acto administrativo, el de adjudicación del contrato, dictado por la Generalitat, prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido.

TESAU alega que esta Comisión está declarando la nulidad del acto de adjudicación del concurso por cuanto que al declarar que la oferta presentada incumple el régimen tarifario que le ha sido impuesto, esto es, que la oferta es ilícita, supondría que el consentimiento prestado por el órgano de contratación se habría hecho también de forma ilícita y, por lo tanto, sería nulo el acto de adjudicación.

Sin embargo, se vuelve a insistir que la intervención de esta Comisión se limita tan sólo a la vigilancia del régimen de precios regulados al que se somete TESAU, como operador dominante, en virtud de las normas de telecomunicaciones con arreglo a las cuales, en los que, en el ejercicio de sus funciones, puede pronunciarse por medio de la oportuna resolución que se dicte al efecto, sin que por ello tenga que declarar la nulidad de acto administrativo alguno, pues a será el propio órgano de contratación el único quién deberá tomar una decisión al respecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con ello, y sin entrar en mayor argumentación, se ha de rechazar de plano la presente alegación, por cuanto que con la medida cautelar no se pretende ni se ha pretendido declarar en ningún momento la nulidad de la resolución de adjudicación, sino establecer una medidas tendentes a asegurar la resolución final que en materia de precios regulados se dicte en el marco del presente expediente.

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

RESUELVE

ÚNICO. 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 mayor 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

José Giménez Cervantes

Don ANTONI ELIAS FUSTÉ, Don JOSÉ PASCUAL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ y Don REINALDO RODRÍGUEZ ILLERA, en su calidad de Consejeros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y en relación con el Acuerdo por el que se aprueban las MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO A LOS SERVICIOS DE VOZ Y DATOS QUE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. VIENE PRESTANDO AL DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA Y ORGANISMOS DEPENDIENTES

aprobado por Acuerdo del Consejo en la sesión 8/02 del día 28 de febrero de 2002, consideran necesario emitir el siguiente

EXPLICACIÓN DE VOTO

por el que explican su apoyo parcial a la resolución adoptada:

Exposición.

El problema de fondo que plantea el conflicto entre Retevisión y Telefónica se refiere a determinar si Telefónica ha abusado de su posición dominante en su oferta a la Generalidad y en caso positivo a adoptar las medidas necesarias para que no se repita dicho abuso en el mercados de los grandes clientes.

La resolución no profundiza en las condiciones particulares del mercado de suministro de servicios de telecomunicación **distintos a los regulados** a las grandes corporaciones y se acoge formalmente a la normativa del **Price Cap** aunque considere la posibilidad de ofrecer nuevos servicios no regulados.

Entendemos que:

El mercado de grandes corporaciones es un mercado distinto al residencial o de la PYME.

El mercado de suministro de servicios **no regulados** a las grandes corporaciones tienen una entidad propia y distinta del de gran público o PYME por las siguientes razones:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Es un mercado de demanda, es decir las características de los servicios no están predeterminados por las ofertas de las operadoras sino por las exigencias de los clientes.
- Es un mercado más contestable por los nuevos entrantes, ya que por su concreción a unas determinadas dependencias geográficas, a determinadas necesidades específicas y a servicios con mayor valor añadido, no se requiere ni contar con una base empresarial tan amplia como la del mercado del gran público ni un esfuerzo inversor tan grande.

- Es un mercado con una fuerte componente de innovación. Las grandes corporaciones siempre plantean demandas de nuevas aplicaciones tecnológicas que favorecen a los operadores innovadores y con una oferta de mayor calidad de servicio.

- Es un mercado de nuevos servicios en crecimiento, en el sentido que exige un esfuerzo de creación de mercado (típico de la introducción de nuevas tecnologías) e incluso de creación de nuevas infraestructuras.

En este mercado el recurso a las infraestructuras del operador dominante es menor tanto por la inadecuación de las ofertas genéricas mayoristas del operador dominante a las necesidades del proyecto, como por la necesidad de competir de forma diferenciada con respecto a los otros agentes del mercado

- Es un mercado de mayor riesgo y por lo tanto en el que la retribución del operador va a depender del riesgo asumido en sus ofertas y en las decisiones de inversión asociadas a las mismas. En ese sentido la formación de los precios esta ligada al resto de las condiciones concretas de la oferta, no siendo separables los primeros de las segundas.

En contraposición el mercado de gran público se caracteriza:

- Por tratarse de un mercado de oferta estandarizada, a la que el usuario se adhiere o no. De hecho la existencia de los "Contratos tipo" es una garantía reguladora estandarizada para la protección del usuario frente al operador en un proceso contractual de adhesión.

- Es un mercado menos contestable para los nuevos entrantes ya que implica un posicionamiento genérico en extensas zonas de territorio y con una amplia cobertura de servicios que requiere no sólo de cuantiosas inversiones sino de un alto nivel de establecimiento empresarial así como de un mayor período de tiempo para madurar una competencia viable y sostenible.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Es un mercado de servicios clásicos y en general estandarizados y maduros donde la innovación es de carácter más comercial que técnico y donde la facturación individual por cliente no permite una gran flexibilidad en las características técnicas de las ofertas.
- Es un mercado en el que el recurso a los servicios mayoristas del operador dominante (interconexión, capacidad portadora, acceso al bucle etc.) es imprescindible, al menos durante la fase de implantación de los operadores entrantes. De hecho para algunos de los servicios la única forma de mantener una oferta que emule la del operador dominante es el recurso permanente a dichos servicios mayoristas.
- Es un mercado de menor riesgo en el que la retribución del operador entrante viene condicionada por los niveles de precios del mercado minorista y la incidencia (muy importante) en sus costes de los precios del mercado mayorista (interconexión, capacidad portadora, acceso al bucle etc.) principalmente los del operador dominante.

Inadecuación del Price Cap para regular dicho mercado

En España, al igual que en la práctica totalidad de los Estados Miembros de la Unión Europea (así como en los de la OCDE), la apertura de los mercados de Telecomunicación a la competencia ha generado una regulación explícita de los precios al detalle de los operadores dominantes con una triple objetivo:

1. Evitar rentas de monopolio en segmentos de mercado con nivel bajo de competencia así como garantizar un nivel mínimo de cohesión territorial en las ofertas de servicio del operador dominante.
2. Evitar ofertas anticompetitivas del operador dominante que produzcan estrangulamientos de márgenes en los competidores o que se constituyan en barreras de entrada a la competencia.
3. Introducir suficiente flexibilidad para que el operador dominante pueda configurar sus ofertas de forma que se le incentive a mejorar su eficiencia sobre la base del establecimiento a priori de unos objetivos de reducción de los precios medios (eficiencia obligatoria que repercute sobre los usuarios), de forma que si su productividad supera las rebajas establecidas a priori, esa productividad excedentaria mejore su cuenta de resultados.

El sistema utilizado generalmente es el denominado "Price Cap" o cesta de precios máximos indexada al IPC, que con distintas variantes es común a todos los países de nuestro entorno.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la formulación del Price Cap español reflejado en la Orden de 31 de julio de 2000 que publica el correspondiente acuerdo de la CDGAE realizado en aplicación de la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 11/1998 de 24 de Abril, General de Telecomunicaciones, se han establecido simultáneamente las previsiones y el reparto competencial adecuado para garantizar los tres objetivos anteriores.

Así, el objetivo 1) viene implícito en la configuración del sistema, y complementariamente en la reserva que hace la CDGAE para aprobar ex ante determinadas ofertas de servicios de Telefónica. El objetivo 3) es una consecuencia de la elección de un sistema de Price Cap como medio de regulación de precios. Por último el objetivo 2) se preserva estableciendo la obligación a Telefónica de la comunicación previa de sus ofertas a la CMT y la posibilidad de que esta Institución decida oponerse a ellas si considera, bien que la oferta no cumple con el Price Cap establecido, bien que es anticompetitiva.

Sin embargo el Price Cap que es el instrumento idóneo para regular los precios en el mercado de gran consumo, no es ni puede ser nunca un instrumento válido para regular el mercado de servicios no regulados demandados por los grandes clientes, ya que mientras el primero es fácilmente medible mediante instrumentos estadísticos (y el Price Cap es básicamente un sistema que se apoya en parámetros estadísticos), el segundo se basa en ofertas especiales ante demandas especiales, lo que le hace incompatible con dicho sistema de regulación.

En consecuencia, **aún cuando en la cautelar aprobada se reconoce implícitamente que pueden existir nuevos servicios no regulados, no aborda la problemática descrita en la, a nuestro entender, excesivamente focalizada aplicación al régimen de Price Cap.** De hecho, basta analizar con perspectivas de mercado dichas consecuencias para llegar a suposiciones absurdas tales como:

- Que la intención del legislador sea la de impedir al operador dominante la participación en el mercado de **nuevos servicios** para las grandes corporaciones. Algo que no tiene precedentes en ningún país de nuestro entorno.
- O que la intención del legislador sea constreñir a las grandes corporaciones a adaptar sus demandas de servicios de telecomunicación a las ofertas desarrolladas para el mercado de gran público.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, si el legislador hubiera optado por alguna de las premisas anteriores, dada su importancia tanto cuantitativa como cualitativa, lo habría especificado directamente y habría previsto el correspondiente periodo transitorio para adecuar la situación real del mercado de grandes clientes a la comparativamente más estrecha regulación del Price Cap, algo que no hizo.

Caracterización de la demanda de servicios del Pliego del Concurso para el DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA Y ORGANISMOS DEPENDIENTES como mercado de Grandes Clientes.

Si analizamos el pliego de base del Concurso convocado por el Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y las correspondientes ofertas realizados en el marco de dicho procedimiento afin de determinar a qué tipo de mercado se corresponden observamos las siguientes características:

- ✓ El objeto del concurso es el suministro en alquiler de una red de telecomunicaciones con características determinadas:
 - Técnicas, tanto a nivel de equipamiento (estándares, interfaces, etc) como de infraestructura subyacente (exigencia de fibra óptica)
 - Topológicas, la oferta debe asumir la topología actual de la red existente y promover la migración a la topología definitiva
 - Funcionales, muy específicas tanto para las redes de datos como para las de voz.
 - De despliegue: Se deben adquirir y reutilizar las infraestructuras propiedad del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Generalidad.
 - Económicas: Se cobra por la disponibilidad, la explotación y el mantenimiento un tanto fijo asociado a una capacidad máxima determinada de tráfico con unos crecimientos previstos a futuro.
 - De calidad de servicio, muy exigentes en cuanto a disponibilidad y sujetas a penalizaciones.

Tanto la oferta de Telefónica como la de Retevisión, al estar sujetas a dicho pliego, han debido respetar dichas características que se pueden resumir en:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una oferta de externalización de una red privada de telecomunicaciones de características definidas tanto técnicas como de tráfico. No se ha demandado un servicio telefónico y un servicio de datos sino una red capaz de satisfacer unas necesidades específicas del Departamento de Sanidad. En un símil más comprensible la Generalidad no ha comprado tornillos, ha alquilado llave en mano una fábrica de tornillos.

- ✓ Ambas ofertas se han realizado sobre la red propia de cada uno de los operadores, es decir por parte de Retevisión no se ha recurrido a los servicios mayoristas de Telefónica.
- ✓ Ambas ofertas incluyen facilidades de supervisión del cliente de la gestión de la red.
- ✓ Ambas ofertas incluyen parámetros de disponibilidad global de la red y penalizaciones asociadas al incumplimiento de dicho parámetro.
- ✓ De acuerdo con las condiciones del concurso el contrato de alquiler de la red tiene una duración de 6 años prorrogables por otros dos, período que ha sido una variable importante para la fijación del precio de alquiler de ambas ofertas ya que es en este período en el que será preciso calcular la rentabilidad de las mismas.

Como colofón es obvio que las características de la prestación objeto del concurso coinciden con las de un mercado de grandes corporaciones como el descrito anteriormente. **Otra cosa distinta es lo que ha ofertado Telefónica y ha adjudicado la Generalidad cuya determinación será uno de los principales objetivos del expediente principal sobre el que versa la medida cautelar.**

Posibilidad de una interpretación jurídica distinta a la abordada por el Consejo de la CMT en su resolución.

En nuestra opinión el legislador no especificó dichas limitaciones sencillamente porque no sólo son absurdas y contrarias al espíritu de la liberalización realizada en la Unión Europea, sino porque existen vías establecidas en nuestra propia legislación para abordar el problema de la regulación de precios en el mercado de grandes clientes que permiten un tratamiento más racional y menos intrusivo que el realizado exclusivamente en base a la interpretación de la regulación del Price Cap..

La primera pista al respecto nos la da la redacción de la Disposición Transitoria cuarta de la LGTel., disposición en la que se apoya la capacidad de regulación de precios por la CDGAE y en cuyo primer párrafo especifica:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

...“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 aquellos de todos los ciudadanos a precios asequibles. A estos efectos, los operadores de redes o servicios estarán obligados a suministrar información pormenorizada sobre sus costes, atendiendo a los criterios y condiciones que se fijan reglamentariamente. En todo caso, dicha información deberá ser relevante a los fines de la regulación de los precios y, asimismo, deberá suministrarse acompañada de un informe de conformidad emitido por una empresa auditora independiente.”

Como se puede observar del texto resaltado (el resaltado es nuestro), todas las menciones a precios, servicios no tienen sentido si se refieren a las ofertas especiales propias de las grandes corporaciones y **distintas de los servicios regulados por el Price Cap**. Además el texto aclara directamente que la disposición se refiere al mercado de gran público cuando menciona directamente a los ciudadanos como destinatarios de los servicios y precios a los que hace referencia la disposición.

Si por otro lado buscamos en la normativa española de carácter sectorial, alguna base reguladora de las ofertas y precios realizadas en un mercado que no es el de gran público (y exceptuamos el tratamiento de los mercados mayoristas, que están ampliamente regulados en la propia LGTel. tanto en lo que se refiere a la interconexión como al acceso), encontraremos que el legislador ya había previsto dicha necesidad en la Ley 12/1997 de 24 de abril de liberalización de las telecomunicaciones, en cuyo artículo 1.Dos.2.f) se dispone que

“corresponde a la CMT “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”.

Es preciso hacer el inciso que al contrario del texto legal anterior, en este último la redacción es plenamente compatible tanto con el mercado de servicios especiales para grandes clientes como con el de gran consumo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, la CMT tiene base legal para tratar el problema de las posibles actividades anticompetitivas del operador dominante en el mercado de **las ofertas especiales** para grandes clientes sin necesidad de aplicar regulaciones ajenas a él **cuando estas no son aplicables**, simplemente la resolución **se focaliza excesivamente** en una base jurídica de intervención que no favorece **“la introducción de competencia en el ámbito de las telecomunicaciones y por consiguiente el mejor servicio para los usuarios, tanto residenciales como empresariales”** para parafrasear la exposición de motivos de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones por la que se crea y se establece el mandato básico de la CMT.

De hecho en la resolución propuesta se mencionan en el apartado II de HABILITACIÓN COMPETENCIAL, tanto las competencias atribuidas en el artículo 1.Dos.2.f. (Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios) como en el artículo 1.Dos.2.h. (Vigilancia de la correcta aplicación de las tarifas). Sin embargo, de la primera se olvida la resolución mientras que hace recaer toda la motivación sobre la segunda.

Si la CMT decidiera abordar el **expediente exclusivamente, como era inicialmente la propuesta de los Servicios**, sobre la base del incumplimiento de la regulación de precios, **se habría impedido y hecho inútil el abordar paralelamente** el conflicto planteado por Retevisión desde la óptica de la competencia y del abuso de posición dominante, enfoque **complementario** más proporcionado que sin establecer restricciones a priori, permite sentar las bases a futuro de los principios de comportamiento sobre los que debería actuar Telefónica en sus ofertas **especiales** a las grandes corporaciones en General y a las Administraciones Públicas en particular, así como establecer en su caso, los procedimientos transparentes y no discriminatorios que debieran seguir Telefónica **como dichas Administraciones** para garantizar la contestabilidad completa del mercado de grandes clientes.

De igual forma se podría hacer públicas aquellas condiciones de los pliegos emitidos por las Administraciones Públicas que desde el punto de vista de la CMT pudieran suponer una barrera de entrada a la mayoría de los operadores así como el fomento del recurso voluntario de dichas administraciones al informe previo no vinculante de la CMT sobre dichos pliegos.

En opinión de los que suscriben, un regulador debe contemplar su función como una ayuda al desarrollo del mercado y ello implica una visión amplia del mismo a la hora de interpretar el marco normativo. Desde ese punto de vista es errónea cualquier interpretación basada en que el mercado debe adaptarse a la regulación. De hecho lo correcto es lo contrario, ya que **es la regulación la que debe adaptarse al mercado.**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Otro objetivo que deben tener todos los actos regulatorios es el de su proporcionalidad. Lo que implica que las ventajas para el mercado deben ser mayores que los perjuicios considerando la evolución tanto a corto como a largo plazo del mismo.

Conclusión:

Los Consejeros manifiestan por todo lo anterior, su desacuerdo parcial con la Resolución adoptada antes referenciada y ruegan 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, 1 de marzo de 2002

Fdo.: Antoni Elías

José Pascual González

Reinaldo Rodríguez