



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. 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 nº 04/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de enero de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

CONTESTACION A LA CONSULTA PLANTEADA POR TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE LA INTERPRETACION DE LA RESOLUCION DEL CONSEJO DE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 10 DE OCTUBRE DE 2002 EN EL EXPEDIENTE OM 2002/7450 REFERENTE A LA CONSULTA DEL GOBIERNO DE NAVARRA SOBRE LA ADECUACIÓN AL REGIMEN DE REGULACION DE PRECIOS VIGENTE DE DETERMINADAS OFERTAS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES PRESENTADAS A CONCURSO.

(Expediente OM 2002/7968)

I. OBJETO Y ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

A. Objeto de la consulta

El presente expediente tiene por objeto contestar a la consulta planteada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) con fecha 29 de noviembre de 2002, en relación con la interpretación de la Resolución adoptada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de octubre de 2002 en el Expediente OM 2002/7450 referente a la consulta del Gobierno de Navarra sobre la adecuación al régimen de regulación de precios vigente de determinadas ofertas de servicios de telecomunicaciones presentadas a los concursos para la contratación de servicios de telecomunicaciones de voz (excluida telefonía móvil) y datos para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y servicios de telefonía móvil para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, Resolución de 10 de octubre de 2002).

En concreto, TESAU solicita a esta Comisión en su escrito que *“aclare la resolución referida e indique si la oferta de Telefónica de España inexcusablemente tiene que estar precedida de la previa y preceptiva autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”*.

Como contexto en el que se produce la consulta, TESAU hace referencia en su escrito al requerimiento practicado a dicha entidad, con fecha 7 de noviembre de 2002, por parte del Presidente de la Mesa de Contratación designada para los concursos de referencia, por el cual se requería a TESAU para que obtuviera la correspondiente autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de conformidad con el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 10 de mayo de 2001, por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000 por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal (BOE de 17 de mayo) (en adelante, la Orden de 10 de mayo de 2001) por considerarlo un *“requisito necesario para poder aceptar su proposición económica con el carácter de tarifa plana sin regularización a consumos reales”*.

TESAU afirma que dicho requerimiento tiene su origen en la interpretación realizada por la Mesa de Contratación de la citada Resolución de 10 de octubre de 2002, y en el hecho de que dicha Mesa considera que la oferta económica presentada por TESAU incluye una tarifa plana sin regularización y no, como estima TESAU, una tarifa plana con regularización.

En apoyo de su tesis, TESAU transcribe en su escrito de consulta la siguiente Cautela incluida, según sus alegaciones, en la oferta presentada al concurso convocado por el Gobierno de Navarra:

“La presente Oferta se ha realizado de conformidad con el marco regulatorio aplicable a Telefónica sobre los consumos de tráfico reflejados en el Pliego. De acuerdo con lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y con el fin de incluir modificaciones de consumo, de servicios contratados, etc. Y por las posibles bajadas de precios debidos al sistema de tarificación aplicable a Telefónica o “Price cap” se procederá, a la finalización del Contrato o, en su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

caso, con la periodicidad que la Comisión de Seguimiento constituida por las partes determine, a regularizar el precio obtenido por los mismos de acuerdo con los consumos reales y tarifas oficiales vigentes en cada momento. Dicha regularización se realizará en caso de exceso, de acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas, base 10 apartado e) y en caso de defecto, Telefónica realizará el abono correspondiente”.

A la vista de esta Cautela y del Informe de esta Comisión contenido en la Resolución de 10 de octubre de 2002, TESAU entiende que no es necesario obtener la previa y preceptiva autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

B. Antecedentes de la consulta de TESAU. La Resolución de 10 de octubre de 2002

Con fecha 16 de agosto de 2002, el Gobierno de Navarra formuló una consulta ante esta Comisión en el marco de dos licitaciones convocadas por la empresa pública OPNATEL mediante concurso para la contratación de servicios de telecomunicaciones de voz (excluida la telefonía móvil) y datos para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra servicios de telefonía móvil para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. En particular, el Gobierno de Navarra formulaba la siguiente pregunta

“las ofertas económicas presentadas en la licitación de los concursos de los contratos de “Servicios de telecomunicaciones de voz (excluida telefonía móvil) y datos para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra” y “Servicios de telefonía móvil para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra”, convocados por la empresa pública OPNATEL, ¿se adecuan al régimen de regulación de precios de servicios de telecomunicaciones actualmente en vigor?”.

En respuesta a la pregunta arriba reproducida, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó la citada Resolución de 10 de octubre de 2002.

Sin perjuicio de las consideraciones incluidas en dicha Resolución en relación con el régimen de regulación de precios vigente y la valoración de las ofertas económicas presentadas por los distintos licitadores, es preciso destacar, a los efectos del presente expediente, los siguientes aspectos contenidos en la citada Resolución:

- Con respecto al establecimiento de tarifas planas por parte de TESAU para servicios sometidos al régimen de regulación de precios como el de telefonía fija, es preciso distinguir dos supuestos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El establecimiento de tarifas planas sin regularización a consumos reales. Este supuesto se refiere a la aplicación de tarifas planas sin posibilidad de que la renta fija periódica abonada por consumo variable sea regularizada conforme a los consumos realmente producidos (tarifa plana sin regularización). La adopción de este sistema implicaría la existencia de un nuevo paquete de servicios cuya aplicación precisaría la previa aprobación por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de conformidad con la Orden de 10 de mayo de 2001.
- El establecimiento de dichas tarifas planas concertadas o con regularización a consumos reales. Este supuesto se refiere a la aplicación de tarifas planas con posibilidad de que la renta fija periódica abonada por consumo variable sea regularizada conforme a los consumos realmente producidos, procediéndose así a la compensación de las cantidades efectivamente abonadas.
- Una vez sentado lo anterior, la cuestión a dirimir fue si la cláusula de actualización de la tarifa plana incluida por TESAU incluida en la oferta económica presentada a concurso para los servicios de telecomunicaciones de voz, permitía o no llevar a cabo una auténtica regularización a consumos reales. En concreto, la mencionada cláusula de actualización establece:

“La tarifa plana establecida por cada tipología será revisable anualmente en función de los siguientes parámetros: el crecimiento (medido por sistemas adecuados y convenientemente justificado) del volumen anual de minutos de las comunicaciones de voz del centro, ponderado por la tipología de destino de las llamadas en cada caso; la propia evolución de los precios de mercado y cada 1 de enero, de acuerdo con las variaciones del índice de precios al consumo o índice de referencia que en un futuro lo sustituya.”

De la literalidad de esta cláusula, caben dos posibles interpretaciones en relación con la forma de actualización:

- Actualización de futuro, al comenzar el año o periodo temporal correspondiente que es objeto de actualización, en cuyo caso el crecimiento del volumen anual de minutos producido en el año anterior al año objeto de actualización, entendido como la diferencia producida en ese año anterior entre el volumen estimado en la tarifa plana aplicada y el volumen de tráfico realmente producido en dicho año, se tiene en cuenta para calcular y actualizar la tarifa plana del año objeto de actualización; o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Actualización retroactiva, al finalizar el año o periodo temporal respectivo objeto de revisión, en cuyo caso el crecimiento del volumen anual de minutos producido en ese año, entendido como la diferencia entre el volumen estimado y el volumen de tráfico realmente producido en dicho año, se tiene en cuenta para revisar, en el sentido de regularizar, la cuantía de la tarifa plana aplicada durante ese mismo año y ajustarla y adecuarla al consumo que efectivamente se haya producido a lo largo de dicho año en función de la tarifa vigente en el momento en que esos consumos se generaron.
- Las conclusiones de la Resolución de 10 de octubre de 2002 respecto de la cláusula de actualización arriba reproducida fueron las siguientes:
 - a) Para que la cláusula de actualización y, por ello, la oferta económica en forma de tarifa plana de TESAU pueda considerarse conforme al régimen vigente en materia de precios sin la necesidad, por tanto, de obtener una autorización previa según los procedimientos de la Orden de 10 de mayo de 2001, dicha cláusula debe ser interpretada en el sentido de efectuar la regularización de forma retroactiva en el sentido expuesto y, en consecuencia, en el sentido de que la diferencia entre consumo estimado y real se calcule respecto del mismo año que es objeto de revisión de forma que, al final de dicho año, se diera lugar a una factura, si el consumo real fue superior al estimado o, en el caso contrario, a una devolución a favor del Gobierno de Navarra, con lo que en última instancia se cobre aplicando las tarifas y/o descuentos realmente aprobados y vigentes en el momento en que los consumos fueron generados.
 - b) Si TESAU optara por una actualización de futuro, no estaríamos propiamente ante una regularización a consumos reales sino ante una actualización del consumo estimado en la tarifa plana para ese año sobre la base de los consumos reales del año anterior. En consecuencia, dicha actualización no garantiza que se cumpla el régimen de precios vigente lo que implica que para que TESAU pueda aplicar una tarifa plana sin regularización a consumos reales habría de ser autorizada previamente para ello de conformidad con el mencionado régimen de regulación de precios vigente.

Las conclusiones de la Resolución de 10 de octubre de 2002 respecto de la cláusula de actualización contenida en la propuesta económica en forma de tarifa plana presentada por TESAU al concurso de servicios de telecomunicaciones de voz convocado por el Gobierno de Navarra fueron que, para que pudiera entenderse conforme al marco regulatorio vigente, dicha cláusula deberá en cualquier caso ajustarse al mecanismo de regularización a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consumos reales, en el sentido ya expuesto, a fin de conseguir que las tarifas base de los servicios regulados de TESAU y/o los descuentos sobre las mismas se apliquen correctamente en función del consumo efectivamente producido en el periodo de facturación de que se trate.

II. HABILITACION COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 29.2. del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, esta Comisión, para el cumplimiento de su objeto, ejercerá entre otras la siguiente función:

“a) Resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios”.

Con carácter general, ha de entenderse que las consultas que regula el artículo transcrito pueden versar, principalmente, sobre los siguientes ámbitos:

- Los actos y disposiciones dictadas por esta Comisión.
- Las normas que han de ser aplicadas por esta Comisión.
- Las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

Dicha función se extiende, en el marco del precepto mencionado, a todo lo concerniente a los servicios de telecomunicaciones, audiovisuales, telemáticos e interactivos, de forma que el asesoramiento se podrá efectuar sobre todos aquellos asuntos que conciernan al mercado y a la regulación de las telecomunicaciones y de los servicios telemáticos e interactivos, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo de dichos mercados

Por tanto, puede entenderse que la consulta planteada se encuentra en el ámbito previsto en el citado artículo 29.2.a), por referirse a una norma cuya aplicación corresponde a esta Comisión, conforme a las competencias que le son atribuidas por las leyes. Puede concluirse, por tanto, la habilitación legal de esta Comisión para resolver la consulta que es objeto del presente informe.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Junto con estas competencias en materia consultiva, debe señalarse asimismo que esta Comisión resulta competente en materia de vigilancia del cumplimiento del régimen de regulación de precios de acuerdo con los términos de la Ley 12/1997 de 24 de abril, y del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

En concreto, y en virtud del artículo 1.Dos.2,h) de la Ley 12/1997, esta Comisión tiene como función informar preceptivamente las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicación, así como vigilar la debida aplicación de estas tarifas por los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que Telefónica contesta en el apartado tercero de su escrito de consulta la competencia de esta Comisión para resolver las consultas que se le formulaban, es conveniente recordar a la operadora que tal competencia viene recogida, además de en el apartado citado anteriormente, en el art. 1.Dos.2,j, de la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones y en el art. 25.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1994/1996.

III. RESPUESTA A LA CONSULTA PLANTEADA

El objeto de la Consulta formulada por Telefónica implica el análisis de dos cuestiones de diferente naturaleza: por una parte, el régimen de aprobación de precios y la competencia de la CDGAE y por otro, su aplicación al caso concreto de la cláusula propuesta (tomada ya en los términos que TESAU aclara en el apartado Cuarto de su escrito de consulta).

Respecto de la primera de las cuestiones es preciso recordar ahora lo que ya se señalaba en la respuesta al Gobierno de Navarra, Resolución de 10 de octubre de 2002, expediente OM2002/7450:

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles (...)”.

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

Esta Orden, por tanto, concreta y desarrolla las disposiciones legales indicadas anteriormente, y establece en el momento actual cuál es el operador de telecomunicaciones cuyos precios deben ser objeto de regulación (Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, TESAU en adelante) y cuáles de sus servicios han de tener precios regulados y bajo qué régimen.

El régimen de regulación de precios recogido en la LGT y en la citada Orden constituye uno más de los mecanismos previstos por el legislador para equilibrar, en la medida de lo posible, la inevitable desigualdad de posiciones de los nuevos entrantes respecto de los operadores dominantes.

Como resulta de la citada disposición transitoria cuarta, el principio de intervención tarifaria está vinculado no sólo a los costes reales de prestación del servicio, sino también al “grado de concurrencia de operadores en el mercado”, para cuya determinación se exige analizar “la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles”.

Este objetivo también se subraya en el apartado I.2 del Anexo I en la Orden de 10 de mayo de 2001, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones de excesiva desventaja competitiva y, por tanto, de ineficiencia. Esta idea es de notable importancia en los concursos públicos por cuanto en muchos casos el servicio ya viene siendo prestado por el operador incumbente, y por tanto podría ser más difícil que un nuevo entrante se hiciera con el servicio.

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

a) Ámbito subjetivo.

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

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

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

b) Ámbito objetivo.

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

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

En todo caso, debe distinguirse entre la creación de un nuevo servicio, con características técnicas y funcionalidades propias que lo hacen conceptualizable de un modo individualizado frente al resto de servicios y facilidades existentes, y lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que sería la mera agregación de servicios existentes o empaquetamiento, si bien en este caso, de nuevo, habría de seguirse igualmente el procedimiento establecido en el apartado 3 de la Orden de 10 de mayo de 2001:

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

Igualmente es preciso recordar aquí lo señalado en la Resolución de 17 de octubre de 2002, expediente MTZ 2001/5774, (Generalitat de Cataluña)

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

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

En la Resolución cautelar previa a la anterior, se citaba igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1999 indicando que

“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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Por tanto, la aplicación de una tarifa plana sin regularización en los términos que se indicaban en la respuesta al Gobierno de Navarra, resultaría un empaquetamiento de servicios (voz en todas sus modalidades) sometido a autorización previa por la CDGAE.

A sensu contrario, evidentemente, y como ya se indicaba también en las Resoluciones anteriormente citadas, la presentación del precio en forma de tarifa plana pero con regularización retroactiva en función de los precios vigentes, en los términos descritos detalladamente en la Resolución origen de la presente consulta, supone, como señala la propia Telefónica, el respeto del régimen que le es exigible y por tanto no requiere de una autorización ad hoc, en el bien entendido de que la cautela que TESAU reproduce en su apartado Cuarto debe ser interpretada en los términos descritos por esta Comisión para ser considerada acorde con el régimen de price-cap. A este respecto, conviene señalar

En primer lugar, de la expresión “*posibles bajadas de precios debido al sistema de tarificación aplicable a Telefónica o Price cap*” se deduciría un carácter restrictivo de la regularización de constante referencia, si se entendiera que procedería únicamente en caso de que bajaran los precios pero no ante posibles subidas de los mismos, de esta forma, la fórmula propuesta por TESAU no sería propiamente una tarifa plana con regularización en los términos indicados por esta CMT.

Lo mencionado anteriormente se entiende sin perjuicio de que al final del párrafo se haga referencia a que, en caso de exceso, la regularización se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llevará a cabo de acuerdo con la Base 10, apartado e) del Pliego¹, ya que la remisión a dicha Base deja abierta la cuestión de si la revisión debe considerarse a futuro o retroactiva en el sentido expuesto anteriormente.

Por otro lado, la Cautela I no establece la periodicidad con la que deberá llevarse a cabo la actualización y opta por una redacción ambigua al mencionar que procederá dicha actualización “a la finalización del Contrato” que, según establece la Base 1 del Pliego, es de CUATRO (4) AÑOS con posibilidad de prorrogarse hasta un máximo de SEIS (6) AÑOS, o, en su caso, “con la periodicidad que la Comisión de Seguimiento constituida por las partes determine”.

En relación con la alternativa anterior, la falta de fijación de la periodicidad con la que se realizará la regularización constituye una indeterminación contraria a la propia naturaleza de la tarifa plana con regularización, la cual necesariamente conlleva la determinación inicial de los plazos en los que deberá llevarse a cabo la actualización, puesto que al dejarse ésta al arbitrio de las partes contratantes puede suceder que, por decisión de éstas o por la falta de fijación de dichos plazos, la tarifa plana concebida inicialmente como tarifa plana con regularización se transformara en una tarifa plana sin regularización, en cuyo caso TESAU incumpliría el régimen de regulación de precios.

En segundo lugar, la expresión “regularizar el precio obtenido por los mismos de acuerdo con los consumos reales y tarifas oficiales vigentes en cada momento”, si bien se refiere a la regularización realizada en función de los consumos reales, es ambigua en lo referente a las tarifas que se aplicarán para realizar dicha regularización. Efectivamente, no se especifica si las mencionadas tarifas que se tomarán como base para llevar a cabo la regularización, serán las vigentes en el momento de generarse los consumos o las vigentes en el momento de realizarse dicha regularización.

Esta indeterminación podría dar lugar a la falta de transparencia en la aplicación por TESAU de las tarifas correspondientes a los diferentes servicios y a la falta de información con respecto a la Administración beneficiaria del concurso, de las tarifas que se le están aplicando.

En definitiva, en opinión de esta Comisión, la Cautela I antes reproducida no refleja en su totalidad cuál es la naturaleza de la tarifa plana ofertada por

¹ El apartado e) de la Base 10 de dicho Pliego se establece: “la tarifa 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 justificado) del volumen anual de minutos de las comunicaciones de cada centro o tipología de centro; c) la propia evolución de los precios de mercado (...). El importe correspondiente a la tarifa plana se revisará anualmente con efectos a 1 de enero renta de la red ... con efectos a 1 de enero de acuerdo con las variaciones de la Tasa de Variación Anual del Grupo de Comunicaciones del Índice de Precios de Consumo o índice de referencia que en un futuro lo sustituya”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU y ello debido a su falta de transparencia y de claridad y a la indeterminación de su forma de aplicación.

En este sentido y sin perjuicio de la modalidad de tarifa plana exigida en el Pliego por la Administración convocante, es preciso recordar que para que la oferta de TESAU pueda considerarse conforme al régimen vigente en materia de precios, la mencionada cláusula de actualización y la Cautela I debe ser interpretada en el sentido de efectuar la actualización de forma retroactiva y, por tanto, en el sentido de que la diferencia entre consumo estimado y real se calcule respecto del mismo año o periodo temporal correspondiente que es objeto de revisión, de forma que, al final de dicho año o periodo temporal correspondiente, se diera lugar a una factura, si el consumo real fue superior al estimado, o en el caso contrario, a una devolución a favor del Gobierno de Navarra, con lo que en última instancia se cobre aplicando las tarifas y/o descuentos realmente aprobados.

IV. CONCLUSIONES

En razón de todo lo expuesto, las posibles interpretaciones de la cláusula de actualización y la Cautela I mencionadas serían dos:

- 1) Que las citadas cláusula y cautela incluyen una regularización retroactiva, al finalizar el año –o periodo temporal escogido- objeto de revisión, en cuyo caso los elementos esenciales de la regularización deberán ser los siguientes:
 - Regularización a consumo reales: el “crecimiento del volumen de minutos” producido en ese año –o periodo respectivo-, entendido como la diferencia entre el volumen estimado y el volumen de tráfico realmente producido en dicho año –o periodo respectivo -, es el que se tiene en cuenta para revisar la cuantía de la tarifa plana aplicada durante ese mismo año –o periodo respectivo- y ajustarla y adecuarla al consumo que efectivamente se haya producido a lo largo de dicho año –o periodo respectivo -;
 - La revisión de la tarifa plana en los términos anteriores se hará conforme a las tarifas vigentes en el momento de consumirse los servicios en cuestión; y
 - La regularización deberá dar lugar a una factura de regularización en los casos en que el consumo real fue superior al estimado, o una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

devolución, en el caso contrario, a favor del Gobierno de Navarra, de forma que en última instancia se cobre aplicando las tarifas y/o descuentos realmente aprobados por la regulación vigente.

En el caso de que TESAU considere que este es el sentido que ella otorga a la cláusula de actualización y Cautela recogida en la oferta presentada al Gobierno de Navarra, **deberá, en aras del principio de transparencia del régimen de regulación de precios ya indicado, hacerlo constar expresamente de manera clara e indudable**, de forma que no haya lugar a confusión acerca de la regularización que propone recoge los términos esenciales anteriormente señalados. En esos términos, la tarifa plana se consideraría conformen a la regulación de precios vigente, y no requeriría ser objeto de una autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de acuerdo con lo establecido en la Orden de 10 de mayo de 2001.

- 2) Que las citadas cláusula y cautela incluyen una regularización de futuro, al comenzar el año –o periodo temporal- que es objeto de actualización, en cuyo caso el “crecimiento del volumen de minutos” producido en el año anterior al año – o periodo temporal- objeto de actualización, entendido como la diferencia producida en ese año –o periodo temporal- anterior entre el volumen estimado en la tarifa plana aplicada y el volumen de tráfico realmente producido en dicho año –o periodo temporal-, se tiene en cuenta para calcular y actualizar la tarifa plana del año –o periodo temporal objeto de actualización.

En este supuesto, no estaríamos propiamente ante una regularización a consumos reales, en el sentido dado por la doctrina de esta Comisión, ya que, en este caso, lo que se estaría produciendo cada año –o periodo temporal considerado- sería una actualización del consumo estimado en la tarifa plana para ese año –o periodo temporal considerado- con base a los consumos reales del año anterior o periodo temporal considerado.

En opinión de esta Comisión, dicha revisión no garantiza que se cumpla el régimen de precios vigente, pues al fin y al cabo no se regulariza a consumos reales, y en la práctica TESAU podría estar cobrando de más o de menos.

Dicha forma de regularizar una tarifa plana implicaría un nuevo paquete de servicios que, conforme a la Orden de 10 de mayo de 2001, **precisaría para su aplicación la previa obtención por parte de TESAU de la autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.**



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.

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

José Giménez Cervantes.

Carlos Bustelo García del Real