



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ 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 23 de noviembre de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL CONTRA EL ACUERDO DE 27 DE JULIO DE 2000 POR EL QUE SE APRUEBA LA RELACIÓN DE LOS OPERADORES QUE TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE DOMINANTES EN DETERMINADOS MERCADOS NACIONALES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal (en adelante, Telefónica) contra el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de julio de 2000 por el que se aprueba la relación de los operadores que tienen la consideración de dominantes en determinados mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones (Expte. ME 2000/2700), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 42/00 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 23 de noviembre de 2000, recaída en el expediente AJ 2000/3180

HECHOS

PRIMERO.- Mediante escritos de fecha 2 de junio de 2000 del Secretario de esta Comisión, dirigidos a los representantes legales de Telefónica de España, S.A.U., Airtel Móvil, S.A. y Telefónica Móviles España, S.A.U., se comunicó a los interesados la iniciación de oficio del procedimiento dirigido a la aprobación de la relación anual de los operadores que tienen la consideración de dominantes en determinados mercados nacionales de telecomunicaciones, de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y en sus normas de desarrollo. Con fecha de 29 de junio de 2000 se reconoce a Retevisión Móvil, S.A. la condición de interesado en dicho procedimiento.

SEGUNDO.- Concluida la tramitación del expediente ME 2000/2700, el Consejo de la Comisión aprobó la resolución de 27 de julio de 2000 por la que se aprueba la relación de los operadores que, a los efectos de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, servicios de alquiler de circuitos, servicios de telefonía móvil y servicios de interconexión.

TERCERO.- Con fecha 1 de septiembre de 2000 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito del representante legal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, TELEFÓNICA o "la recurrente") por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la resolución de la CMT de 27 de julio de 2000 (ME 2000/2700), a fin de obtener su revocación, así como solicita

"inicie un procedimiento en el que se analice en detalle cualquier mercado en ámbito geográfico inferior al nacional, así como estudie la conveniencia de desglosar los diferentes mercados señalados en nuevos mercados de ámbito más restringido que cumpla con unas condiciones de competencia homogéneas".

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, dado que el acuerdo recurrido fue notificado a la recurrente el 1 de agosto de 2000. Teniendo en cuenta lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. Este recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- En relación con los criterios aplicados en la declaración de la condición de dominantes de los operadores de telecomunicaciones en la resolución recurrida.

El primer motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto (apartados primero y segundo del escrito de recurso) se refiere a que –según el recurrente- *“la CMT se limita a descartar los criterios que están en auge en el entorno europeo con el mero pretexto de que son normas en vigor, cuando la determinación que la Ley General prevé es precisamente flexible, dejando la posibilidad de que se motiven adecuadamente criterios justificados y sin que la regla del 25 por ciento de cuota de mercado sea el único criterio, ni que sea irrefutable. Si la Ley lo hubiera querido así, lo hubiera establecido como norma imperativa e irrefutable, pero lo que el legislador pretendía era evitar un automatismo en la aplicación de las reglas”,* entendiendo que *“el análisis es insuficiente y no refleja correctamente la actual realidad de los mercados”*.

En este sentido, la recurrente defiende que *“será la posibilidad de ejercer una fuerza dominante en el mercado el criterio que revele la necesidad de controlar la actividad de un agente. Por otra parte, dicha posición de dominio, no viene identificada únicamente por la cuota de mercado concentrada en un agente, sino también por otros factores estructurales y coyunturales del mercado”*. A su entender, *“se debería evolucionar hacia unos criterios que definan de forma más adecuada la situación de un mercado ya progresivamente abierto a la competencia, y que no debe ser diseñado con criterios ex ante que no reflejan adecuadamente la evolución en competencia del mercado”*.

Por los anteriores motivos, la recurrente, en sus propias palabras *“propuso que las citadas normas de Defensa de la Competencia se utilicen en combinación con la regulación sectorial, para definir en qué mercado esta última puede ser sustituida por la primera, de manera que se establezcan las condiciones más favorables que aseguren el desarrollo competitivo de los agentes”*. A su entender, *“todo ello fue rechazado sin motivar, y en lo que entendemos una vulneración del artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que exige*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la motivación de los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales".

En relación con este motivo de impugnación que alega el recurrente, debe afirmarse que en el mismo se confunde lo que podría ser un debate teórico, de "lege ferenda", sobre los criterios para que la declaración de la llamada "condición de operador dominante" a la que se refiere el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones se ajustara a la realidad de las circunstancias del mercado, con la discusión del ajuste a Derecho de la Resolución impugnada de 27 de julio de 2000, única materia que es objeto de este Recurso de Reposición.

Si bien el debate sobre los criterios que en un futuro pudiera establecer nuestra legislación para la declaración de "dominancia" puede tener un gran interés, y así lo ha manifestado esta Comisión al pronunciarse sobre la futura evolución de la normativa sectorial, en el marco de la llamada Revisión 1999, se trata de una materia que no puede ser objeto de esta Resolución, limitada a tratar de la legalidad de la Resolución impugnada.

En cuanto al citado debate del ajuste a derecho de la resolución impugnada ha de precisarse que los criterios a que ha de ajustarse esta Comisión son, exclusivamente, los establecidos en el artículo 23 de la Ley General y en su normativa de desarrollo, sin perjuicio del valor interpretativo que pudieran tener las Directivas que fueron incorporadas a nuestro ordenamiento mediante la Ley citada. No cabe invocar documentos de la Comisión o de sus Direcciones Generales, que, sin perjuicio de su interés, no son aplicables como normas jurídicas a la actividad de esta Comisión.

En este punto ha de recordarse el tenor literal del artículo 23.1 de la LGTel:

1. *"A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de operador dominante, en el ámbito municipal, autonómico, estatal o en otro ámbito territorial determinado, el operador u operadores de redes o servicios que hayan obtenido en dicho ámbito y en el año inmediatamente anterior, una cuota de mercado superior al veinticinco por ciento de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios.*

No obstante lo anterior y en atención a la capacidad de las redes de un mismo titular, o a la del servicio que éste preste, para influir en las condiciones del mercado, su volumen de negocios, su control sobre los medios de acceso a los usuarios finales, su acceso a los recursos financieros, su experiencia en suministrar productos y servicios o cualquier otra circunstancia que pueda afectar a las condiciones de la competencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter individualizado y mediante resolución motivada, podrá establecer que no tiene posición dominante en el mercado aunque participe en él en una cuota superior al veinticinco por ciento en el ámbito territorial de referencia. Del mismo modo y con arreglo a las mismas condiciones, podrá establecer que sí tiene esa posición dominante el prestador



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los servicios o el titular de red con una cuota de mercado inferior al veinticinco por ciento, en el ámbito territorial de referencia.

Entre los criterios recogidos en la normativa que hemos señalado como aplicable (el artículo 23 de la Ley y sus disposiciones de desarrollo), el único que la normativa establece como de obligatoria consideración por esta Comisión es el de la cuota de participación en el mercado en el ámbito territorial de referencia, cuantificada en relación con los ingresos brutos globales.

Los demás criterios que, en lista abierta y de modo indicativo, recoge el apartado segundo del citado artículo 23.1 son criterios que la Comisión, únicamente en el caso de que lo motivase debidamente, podría utilizar para establecer que tiene posición dominante aquel operador que no alcanza un veinticinco por ciento de cuota, o viceversa, establecer que no tiene posición dominante quien sí tiene dicha cuota.

No tiene sentido, conforme a la lógica, la petición de que haya que motivarse la negativa a utilizar una vía excepcional y de razonamiento abierto cual es la del artículo 23.1 segundo apartado. Los motivos que esta Comisión podría invocar, como hemos señalado, no están limitados legalmente, siendo meramente ejemplificativa la relación que se incluye en la norma citada. Constituiría una auténtica "probatio diabolica" la demostración de un hecho negativo, esto es, la inexistencia de un motivo de cualquier clase que pueda alterar la estimación de la posición dominante basada en la cuota de mercado.

Esta Comisión, en su Resolución citada, ha entendido que existe una correspondencia entre la cuota de participación y la cualidad de dominante, sin apreciar que haya ninguna otra circunstancia relevante que altere la aplicación del criterio que expone el apartado primero del artículo 23.1.

El recurrente tampoco ha señalado, de modo individualizado y razonado, cual de las declaraciones como operador dominante habría de alterarse respecto a lo establecido en la Resolución impugnada, basada en sus cuotas de participación en el mercado. No ha señalado ningún caso, ni los motivos que habría, en que debiera no considerarse dominante a alguno de los operadores que ha declarado esta Comisión, o viceversa, si algún otro ha de incluirse en esa relación por motivos distintos a su cuota de mercado. Al no efectuarse ningún razonamiento positivo sobre el que pueda debatirse debidamente, no puede invocarse una generalidad de criterios que no han sido analizados, por cuanto no se señala de qué modo su utilización contradice la apreciación realizada por esta Comisión en el ejercicio de sus competencias.

Por todo ello, ha de considerarse motivada adecuadamente la Resolución de esta Comisión, por cuanto ha utilizado el único criterio que ha de apreciarse



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligatoriamente conforme al artículo 23.1, el de la cuota de mercado, habiéndose cumplido lo previsto en el citado artículo 54 de la Ley 30/1992, de modo que se posibilita el debate sobre la razonabilidad de la decisión de esta Comisión, en debido cumplimiento de la normativa sobre la actuación de las Administraciones Públicas que deriva de lo previsto en los artículos 9, 103 y 105 de la norma constitucional.

Así pues, respecto de esta pretensión de la recurrente de considerar inmotivada la aplicación exclusiva del criterio de la cuota de participación en el mercado como fundamento de la declaración como operador con la consideración de dominante, esta Comisión ha de reiterar que ha de rechazarse dicha pretensión, estando la Resolución recurrida correctamente motivada y ajustada a Derecho.

Segundo.- En relación con el ámbito territorial de referencia considerado en la declaración de la condición de dominantes de los operadores de telecomunicaciones realizada en la resolución recurrida.

El segundo motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto (apartado tercero del escrito de la recurrente) se refiere a que *"la Resolución establece que el ámbito geográfico a efectos de la declaración de dominancia, es el nacional"*, con lo que Telefónica manifiesta su desacuerdo, pues *"no encuentra justificación, de porqué este expediente contempla solamente los operadores dominantes en el ámbito estatal, ya que la determinación de dominancia ha de hacerse en todos aquellos ámbitos susceptibles de encontrar operadores dominantes para evitar distorsiones a la competencia"*. A juicio de la recurrente *"la argumentación ha sido rechazada sin motivar, y en lo que entendemos una vulneración del artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que exige la motivación de los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales"*.

En esta alegación la recurrente confunde el hecho de la atribución legal de la competencia con una supuesta obligación, inexistente en nuestro ordenamiento, de ejercitarla en todos sus aspectos en un acto administrativo derivado de un único expediente.

En particular, en el caso objeto de este Recurso, carece de sentido entender que la Ley obliga a esta Comisión a razonar anualmente la posible existencia de operadores dominantes en todos y cada uno de los ámbitos territoriales que prevé la propia ley (cada uno de los más de ocho mil municipios españoles, y cada una de las diecisiete comunidades autónomas y dos ciudades autónomas) o que puedan determinarse conforme a la normativa vigente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Conforme a una interpretación lógica del artículo 23, habrá de examinarse tal cuestión necesariamente con carácter anual en el ámbito nacional. En cuanto a un posible examen de la existencia de operadores con la consideración de dominantes en otros ámbitos territoriales concretos (autonómicos, municipales, o aquellos que se fijen conforme a la normativa vigente), sólo habrá de realizarse cuando se aprecie la existencia de indicios racionales y objetivos de la existencia de operadores dominantes distintos a los ya declarados en el ámbito nacional.

De este modo, la Comisión ejercerá su competencia en aquellos casos en que exista causa para la iniciación de un procedimiento administrativo concreto, bien a instancia de parte, bien de oficio. La recurrente estaría en su derecho de solicitar dicha iniciación en un ámbito territorial concreto, señalando cuáles son los indicios que, a su juicio, motivan la necesidad de examinar la existencia de operadores dominantes específicos de ese territorio. No lo ha hecho así, y tampoco esta Comisión lo ha estimado necesario, conforme a los datos de que se dispone.

Ésta fue la motivación del único expediente, que hasta la fecha, ha tenido por objeto el examen de esta cuestión en un ámbito distinto al nacional, caso que menciona la propia recurrente, esto es, el expediente ME 1999-1421, relativo al ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y que dio lugar a la Resolución de 21 de diciembre de 1999, por la cual se declaró que no procedía declarar a Euskaltel. S.A. como operador con la consideración de dominante en los mercados de servicios de telefonía fija y de servicios de alquiler de circuitos en el referido ámbito territorial.

Como se indicó al inicio de este razonamiento, no existe obligación legal para esta Comisión de agotar el ejercicio de su competencia en un único acto anual, y menos aún puede entenderse que esta Comisión, por el mero hecho de haber analizado la cuestión exclusivamente en el ámbito nacional en el expediente que dio lugar a la Resolución recurrida, ha renunciado en modo alguno al ejercicio de su competencia para analizar la cuestión en otros ámbitos, renuncia que no puede hacerse conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Siempre está abierta, pues, la posibilidad de que, a instancia de parte o de oficio, pueda realizarse tal análisis en un ámbito determinado si, como hemos dicho, existen indicios que motivan la necesidad de tal estudio. No es admisible, por el contrario, y por las razones expuestas, una petición sin tal motivación concreta como la que realiza la recurrente al requerir a esta Comisión, en la solicitud de su recurso, para que *"inicie un procedimiento en el que se analice en detalle cualquier mercado en ámbito geográfico inferior al nacional"*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, ha de considerarse motivada adecuadamente la Resolución de esta Comisión, por cuanto que no era precisa la argumentación que reclama la recurrente en cuanto a los ámbitos distintos al nacional, dado que por su parte no se han invocado argumentos que hayan que debatirse, y por el contrario, se ha invocado debidamente por esta Comisión el artículo 23 de la Ley General como fundamento de la decisión de analizar la condición de dominante en el ámbito nacional, único en el cual es exigible directamente dicho análisis. De este modo, se da cumplimiento a lo previsto en el citado artículo 54 de la Ley 30/1992, de modo que se posibilita el debate sobre la razonabilidad de la decisión de esta Comisión, en debido cumplimiento de la normativa sobre la actuación de las Administraciones Públicas que deriva de lo previsto en los artículos 9, 103 y 105 de la norma constitucional.

Así pues, respecto de esta pretensión de la recurrente de considerar inmotivada el análisis exclusivo en el ámbito nacional de la declaración como operador con la consideración de dominante, esta Comisión ha de reiterar que ha de rechazarse dicha pretensión, estando la Resolución recurrida correctamente motivada y ajustada a Derecho.

Tercero.- En relación con la segmentación de mercados considerada en la declaración de la condición de dominantes de los operadores de telecomunicaciones realizada en la resolución recurrida.

El tercer motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto (apartado cuarto del escrito de la recurrente) se refiere a que la recurrente *"considera necesaria una segmentación de los mercados analizados en otros mercados más homogéneos"*.

Tras reconocer expresamente que *"la legislación española fundamentada en la regulación sectorial de las telecomunicaciones, considera únicamente la existencia de cuatro mercados de referencia diferenciados: el mercado de servicios de telefonía fija, móvil, de líneas susceptibles de arrendamiento y el servicio de interconexión"*, la recurrente entiende que debió atenderse su solicitud de que *"además de los cuatro mercados sobre los que se aplica la regulación sectorial en la actualidad, se definan otros mercados de ámbito y extensión menores, pero que realmente respondan a unas condiciones de competencia homogéneas"*, y que *"al tratarse de supuestos donde existe una discrecionalidad administrativa, deben motivarse las decisiones, máxime cuando se han rechazado argumentaciones razonadas y razonables de los interesados"*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta argumentación ya fue aportada por la recurrente en el procedimiento que dio lugar a la resolución ahora recurrida, donde se expresó con claridad cual es la motivación de esta Comisión para analizar únicamente los cuatro mercados citados, y que aquí reiteramos, y que se basa en la aplicación directa de lo que establece el artículo 3.2 del Reglamento de Interconexión, Acceso y Numeración aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, que, en desarrollo del artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que:

"La determinación del carácter dominante de los operadores se establecerá para los mercados de referencia de los siguientes servicios:

- a) Redes públicas telefónicas fijas y servicios telefónicos fijos disponibles al público.*
- b) Líneas susceptibles de arrendamiento.*
- c) Redes públicas telefónicas móviles y servicios de telefonía móvil automática y de comunicaciones móviles personales disponibles al público."*

Junto con ellos, especifica en el último párrafo del mismo artículo que

"para la aplicación de lo previsto en el artículo 10 de este Reglamento, se considera un único mercado de referencia nacional para el servicio de interconexión"

De nuevo ha de señalarse que confunde la recurrente lo que sería un debate teórico, de "lege ferenda", sobre la posibilidad de una segmentación de mercados distinta a la establecida en los artículos 23 de la Ley y 3.2 del Reglamento de Interconexión, con lo que es el ámbito propio de un recurso de reposición, esto es, el análisis del ajuste de la Resolución recurrida a lo dispuesto en el ordenamiento vigente.

La Resolución recurrida no contraviene en modo alguno la normativa aplicable en cuanto a los mercados de referencia de servicios que toma en consideración, invocando debidamente la normativa vigente como fundamento de su decisión. De este modo, se da cumplimiento a lo previsto en el citado artículo 54 de la Ley 30/1992, de modo que se posibilita el debate sobre la razonabilidad de la decisión de esta Comisión, en debido cumplimiento de la normativa sobre la actuación de las Administraciones Públicas que deriva de lo previsto en los artículos 9, 103 y 105 de la norma constitucional.

No se invoca por la recurrente norma alguna por la cual esta Comisión deba proceder a realizar una segmentación distinta a la prevista, ni se deduce en modo alguno de la normativa citada que regula esta cuestión, por lo cual, si la recurrente entiende que ha de efectuarse una reforma reglamentaria, tiene abierta la vía procedimental correspondiente, que no es la del presente recurso de reposición.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así pues, respecto de esta pretensión de la recurrente de considerar inmotivada la segmentación de mercados de servicios utilizada por esta Comisión con relación a la declaración como operador con la consideración de dominante, esta Comisión ha de reiterar que ha de rechazarse dicha pretensión, estando la Resolución recurrida correctamente motivada y ajustada a Derecho.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de 27 de julio de 2000 por la que se aprueba la relación de los operadores que, a los efectos de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, servicios de alquiler de circuitos, servicios de telefonía móvil y servicios de interconexión, por ser ajustado a Derecho el acto recurrido, el cual se confirma en sus propios términos.

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 resuelve recursos potestativos de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes