



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 14/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 11 de abril de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U. (AJ 2011/2739).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011 recaída en el expediente DT 2011/738.

En el ejercicio de su función de definición y análisis de los mercados, con fecha 22 de enero de 2009 esta Comisión adoptó la Resolución de análisis de los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso de banda ancha al por mayor)¹.

Dicha Resolución determinó que Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) tenía individualmente poder significativo en el mercado 5 (mercado de acceso de banda ancha al por mayor). En consecuencia, esta Comisión impuso a Telefónica obligaciones de dar acceso, de aplicar unos precios orientados a costes, de ser transparente y no discriminar y de llevar cuentas separadas. En particular, se impuso a Telefónica el deber de ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha.

En atención a lo anterior, con fecha 11 de noviembre de 2010 esta Comisión aprobó la Resolución en la que se especificaron las características del nuevo servicio de acceso indirecto de banda ancha (NEBA) (DT 2009/497).

¹ MTZ 2008/626.



En la citada Resolución, que no es objeto de impugnación en el presente recurso, se indica que este nuevo servicio NEBA debía estar disponible el día 1 de enero de 2012, y se impone asimismo a Telefónica la obligación de remitir la propuesta de oferta de referencia basada en la especificación del servicio aprobada en la Resolución citada.

Tras remitir Telefónica su propuesta de oferta de referencia, con fecha 23 de marzo de 2011 esta Comisión inició un procedimiento administrativo de revisión de la misma (DT 2011/738), con el objeto de examinar su contenido global, salvo los aspectos de precios, que se abordarán en un expediente separado.

El citado procedimiento DT 2011/738, finalizó con la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011 ahora impugnada, en la que esta Comisión resolvió aprobar la oferta de referencia contenida en el anexo a la Resolución, indicando además, entre otros, que debía implementar la misma conforme al calendario previamente fijado en la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010, como fecha límite para que el servicio esté disponible.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución DT 2011/738 y solicitud de suspensión.

Con fecha 12 de diciembre de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica por el que interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de referencia. En su escrito, la entidad recurrente solicita la revisión de algunas de las obligaciones impuestas en la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011. Adicionalmente pedía la suspensión de la ejecutividad de la Resolución.

El recurso de Telefónica contiene las las siguientes alegaciones:

- a) Sobre la revisión de la fecha de disponibilidad del servicio NEBA a 1 de enero de 2012.

Telefónica solicita un aplazamiento de la fecha de disponibilidad del servicio NEBA y propone que se retrase hasta el 1 de julio de 2012 con la consiguiente modificación del resto de fechas necesarias para el correcto funcionamiento del servicio. De lo contrario, señala, se estará incurriendo en una causa de anulabilidad prevista en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), al infringir el principio de objetividad previsto en el artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

- b) Sobre la obligación de información de cobertura de los edificios pasados por FTTH.

Según Telefónica, la obligación prevista en la Resolución recurrida sobre la relación actualizada de edificios pasados por FTTH, vulnera los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación previstos en el artículo 11.5 de la LGTel.

Para la entidad recurrente, informar sobre los despliegues de servicios con velocidades nominales superiores a 30 Mbit/s *“va más allá de las obligaciones que mi representada tiene impuestas regulatoriamente, repercutiendo dicha medida en los servicios no regulados superiores a 30 Mbit/s”*.

Por otro lado, según Telefónica existe un importante riesgo de que el uso que se haga de esta información sobre las unidades inmobiliarias pasadas por fibra no sea el adecuado, *“pues con estos datos los operadores podrían acceder a una información valiosa y destinarla para fines*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

distintos a los del servicio objeto de la obligación, como son planificar contra-despliegues y realizar acciones comerciales agresivas a los potenciales clientes de los nuevos servicios no regulados de Telefónica”.

La solución que ofrece la recurrente es dar información al operador interesado, únicamente de la zona donde este operador quiera invertir, ya que si Telefónica presenta *“su huella para que el operador se anticipe pone en riesgo la rentabilidad de la inversión de mi representada”.*

c) Sobre la imposición de obligaciones contrarias al objetivo de inversión eficiente.

Telefónica considera que las siguientes obligaciones son contrarias al artículo 3 de la LGTel.

- Desarrollo de una herramienta de telediagnóstico: según la entidad supone un gasto que difícilmente puede ser justificado desde el punto de vista del posible uso que le den los operadores.
- Implantación del sistema de sondas: la obligación de implantar el sistema de sondas a fecha 1 de octubre de 2012, debe aplazarse hasta que la demanda del NEBA justifique la medida.
- Implementación de LAG² de más de 4 puertos en monochasis: la obligación de implementar LAG de hasta 10 puertos según Telefónica es desproporcionada *“debido al alto coste que la realización de este desarrollo supone”.*
- Instalación del splitter VDSL2 por parte de los Operadores: solicita que la instalación del splitter VDSL2 en el domicilio del cliente continúe siendo realizada únicamente por Telefónica *“pues esta es la única forma de garantizar el correcto funcionamiento del servicio Neba con tecnología VDSL2”.*

d) Sobre la obligación de cumplir con los SLAs³ en pares no validados.

Según Telefónica, la medida es desproporcionada y de imposible cumplimiento, por lo que resulta nula de pleno derecho de conformidad con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC.

Telefónica señala que es técnicamente imposible implantar la medida sin incurrir en importantes perjuicios, y añade que *“carece de sentido obligar a Telefónica a mantener las QoS en condiciones que son de imposible cumplimiento”.*

e) Sobre la imposición de obligaciones no previstas en el informe de audiencia.

Según Telefónica, varias obligaciones han sido impuestas sin haber estado previstas previamente en el informe de audiencia, por lo que incurre en causa de nulidad de pleno derecho, por haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En concreto se refiere a las siguientes obligaciones:

- Obligación de cumplir con los SLAs en pares no validados.
- Información de saturación por cuestiones técnicas en el fichero de centrales y nodos.
- Los indicadores establecidos.
- La supervisión por parte de la Comisión mediante web services de los módulos de información, averías y solicitudes en la plataforma NEON.

En lo que se refiere al acceso de la Comisión a los módulos de información, en la medida que supone una obligación que afecta al resto de servicios mayoristas, señala que es una causa de

² Link Aggregation Group, de acuerdo a la norma IEEE 802.3ad.

³ Acuerdos de nivel de servicio.



nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, al haberse impuesto prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

- f) Sobre la imposibilidad de proporcionar la provisión de falta de FTTH en un plazo de 10 días.

Esta obligación, según la entidad recurrente, “*resulta en términos generales*” de imposible cumplimiento, concurriendo, por tanto, una causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.c) de la LRJPAC. Telefónica indica que “*si bien el valor medio del tiempo de provisión sobre FTTH alcanzado podría llegar a ser de 10 días, ello no significa que pueda situarse en esta cifra el umbral de penalizaciones*”.

TERCERO.- Inicio del procedimiento y alegaciones de los interesados.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión se acordó el inicio del procedimiento, tramitado con número de expediente AJ 2011/2739, y se les notificó a los interesados dándoles un plazo de 10 días para que pudieran presentar las alegaciones o documentos que estimaran convenientes.

Han presentado alegaciones las entidades Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel), Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) y France Telecom España, S.A.U. (en adelante, Orange).

Vodafone, en su escrito de Alegaciones, solicita la rectificación de un error material advertido en el punto 8.4 del contrato-tipo contenido en la oferta de referencia del servicio NEBA, relativo a las condiciones económicas, de facturación y pago. Cabe señalar que ningún operador ha presentado oposición a tal petición.

CUARTO.- Resolución sobre la solicitud de suspensión de la resolución recurrida.

Telefónica en su escrito de recurso solicitaba la suspensión de las siguientes obligaciones impuestas en la Resolución recurrida.

- Fecha de disponibilidad del servicio NEBA a 1 de enero de 2012.
- Obligación de cumplir con los SLAs (acuerdos de nivel de servicio) en pares no validados.
- Información de saturación por cuestiones técnicas en el fichero de centrales y nodos.
- Los indicadores establecidos en el Anexo II de la Resolución.
- La supervisión por parte de la Comisión mediante web services de los módulos de información, averías y solicitudes de NEON.
- La obligación de proporcionar la provisión de FTTH en un plazo de 10 días.

Con fecha 12 de enero de 2012, esta Comisión acordó desestimar la petición de suspensión de la resolución de 10 de noviembre de 2011, ante la inexistencia de una causa manifiesta de nulidad de pleno derecho en la resolución, y la ausencia de acreditación de los perjuicios de difícil o imposible reparación que la ejecución de la resolución le produce a Telefónica.

No obstante, en el caso de la fecha de disponibilidad del servicio NEBA, se decidió inadmitir tal petición, por no ser objeto de la Resolución recurrida.

QUINTO.- Inicio del procedimiento de revisión del calendario NEBA y medida cautelar de suspensión de implantación del servicio.

A la vista de la petición de Telefónica de aplazamiento del plazo para la disponibilidad del servicio NEBA contenida en el escrito de recurso, y dado que la Resolución del presente recurso no puede ser el cauce procedimental para resolver sobre la misma, esta Comisión decidió iniciar el



procedimiento DT 2011/2744, cuyo objeto es analizar y resolver sobre la conveniencia de aplazar el calendario de disponibilidad del servicio.

Iniciado el citado procedimiento, y en virtud del artículo 48.7 de la LGTel, esta Comisión mediante Resolución de fecha 12 de enero de 2012 decidió cautelarmente suspender la obligación de Telefónica de poner en marcha el piloto precomercial de la Fase 1 de NEBA el día 1 de enero de 2012, así como su disponibilidad comercial, prevista inicialmente para el 1 de abril del mismo año.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

De acuerdo a lo señalado, la entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto las medidas que establece la Resolución impugnada trascienden al interés público y tienen incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición fue interpuesto el día 12 de diciembre de 2011, es decir, dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y además, cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.



CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición objeto de la presente resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Asimismo, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Sin embargo, tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

En cuanto a la solicitud de rectificación de errores materiales a petición de Vodafone, es competente para su resolución el Secretario de esta Comisión, en virtud de lo dispuesto en la Resolución de 15 de septiembre de 2011 de delegación de competencias en el seno de esta Comisión (publicación en el B.O.E. nº 238 de 03.10.11). Sin embargo, dado el carácter eminentemente técnico de la cuestión tratada, y al igual que se ha efectuado en otros casos similares como en la anterior Resolución de 23 de junio de 2011 (AJ 2010/2378), el Consejo avoca para sí el conocimiento y resolución de la misma, tal y como prevé el artículo 14 LRJPAC.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la fecha de disponibilidad del servicio NEBA.

Telefónica solicita un aplazamiento de las fechas previstas para la implantación del servicio NEBA y propone que la disponibilidad del mismo sea retrasada hasta el día 1 de julio de 2012 (estaba prevista para el día 1 de enero de 2012), con la consiguiente modificación del resto de fechas que dependen del mismo. De lo contrario, señala, se estará incurriendo en una causa de anulabilidad prevista en el artículo 63 de la LRJPAC, al infringir el principio de objetividad previsto en el artículo 11.5 de la LGTel.

Esta Comisión debe inadmitir esta petición por cuanto que Telefónica viene a solicitar la anulación de una obligación que no fue objeto de la Resolución recurrida.

La Resolución de fecha 10 de noviembre 2011 tiene por objeto, según señala la misma, aprobar la oferta de referencia del nuevo servicio mayorista de banda ancha denominado NEBA. En este tipo de procedimientos esta Comisión analiza la implementación por parte de Telefónica en el documento contractual denominado "oferta de referencia", de una serie de obligaciones impuestas previamente a la entidad en virtud de las resoluciones de análisis de mercado y, en su caso, las posteriores resoluciones que desarrollan esas obligaciones.

En el caso concreto, con fecha 22 de enero de 2009 esta Comisión adoptó la Resolución de análisis de los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso de banda ancha al por mayor).

Dicha Resolución determinó que Telefónica tiene individualmente poder significativo en el mercado 5. En consecuencia, se impusieron a Telefónica obligaciones de dar acceso, de aplicar unos precios orientados a costes, de ser transparente y no discriminar y de tener cuentas separadas.

En particular, se dispuso que Telefónica debe ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha que cumpla los siguientes requisitos:



- Opciones suficientes, tanto en términos de parámetros de calidad como de estructura de precios que permitan la configuración flexible de productos minoristas así como su independencia de las ofertas minoristas de Telefónica.
- Oferta de conexiones sin vinculación al servicio telefónico de Telefónica.
- Interfaces de conexión que incluyan el tráfico de la red de agregación Ethernet.
- Número de puntos de entrega sensiblemente inferior a los actuales del servicio GigADSL. La estructura de las demarcaciones se hará considerando el total del territorio y la población nacional.
- Puntos de entrega coincidentes con puntos del actual servicio GigADSL.

En aplicación de lo anterior, con fecha 11 de noviembre de 2010 esta Comisión aprobó la resolución que puso fin al procedimiento DT 2009/497, cuyo objeto era *“el análisis de adecuación a los requisitos regulatorios, en particular, a las obligaciones impuestas por la Resolución por la que se analizan los denominados mercados 4 y 5, y se imponen a Telefónica una serie de obligaciones, así como a la obligación derivada del denominado mercado 2 de dar acceso con determinadas garantías para la provisión de telefonía IP”*.

En el Resuelve de la citada Resolución se impuso a Telefónica la obligación de ofrecer con fecha 1 de enero de 2012 el servicio NEBA en modo disponibilidad precomercial, debiendo garantizar Telefónica una cobertura mínima del servicio NEBA en accesos de cobre del 97% de los pares en zona OBA (centrales con pares prolongados) y del 50% en zona no-OBA (centrales sin pares prolongados).

Asimismo, en el Resuelve Cuarto se señaló que Telefónica debía remitir a esta Comisión antes del 1 de marzo de 2011 la propuesta de oferta de referencia basada en la especificación del servicio, sin que se especificara dentro de la información que debía contener la misma, la fecha de disponibilidad del servicio.

No ha sido, por tanto, objeto de la Resolución que ahora recurre Telefónica fijar el plazo de disponibilidad del servicio NEBA, ni siquiera implementarlo en la oferta de referencia, ya que éste vino establecido, y resulta de obligado cumplimiento, en virtud de la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010.

Advertimos, no obstante, que tal como hemos señalado en los antecedentes de la presente Resolución, actualmente esta Comisión está tramitando un procedimiento de revisión del calendario de implantación del servicio NEBA, cuyo número de referencia es el DT 2011/2744 (el citado procedimiento se encuentra en fase de audiencia). Deberá ser en este procedimiento, donde Telefónica pueda presentar su propuesta de modificación de los plazos inicialmente previstos para la disponibilidad del servicio NEBA y, en su caso, solicitar la suspensión de la ejecutividad del plazo del inicio del servicio NEBA fijado en la Resolución de 11 de noviembre de 2010.

Se inadmite, por tanto, la petición de Telefónica de anulación del plazo de disponibilidad del servicio NEBA.

SEGUNDO.- Sobre la obligación de información de cobertura de los edificios pasados por FTTH.

La Resolución de 10 de noviembre de 2011 señala que el servicio NEBA debe incluir el suministro de una relación de los edificios en cobertura para los servicios de fibra (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca), y dicha relación de edificios debe estar disponible al menos desde el día 1 de enero de 2012, fecha



de disponibilidad precomercial del servicio, y ser actualizada periódicamente de forma que los operadores puedan dirigir sus ofertas al mercado de forma no discriminatoria.

Telefónica señala que la obligación de información de cobertura FTTH no es objetiva, es desproporcionada y discriminatoria, por lo que infringe el artículo 11.5 de la LGTel y 9.3 de la CE, incurriendo en causa de anulabilidad prevista en el artículo 63 de la LRJPAC.

Para la entidad recurrente, informar sobre los despliegues de servicios con velocidades nominales superiores a 30 Mbit/s *“va más allá de las obligaciones que mi representada tiene impuestas regulatoriamente, repercutiendo dicha medida en los servicios no regulados superiores a 30 Mbit/s”*.

Por otro lado, según Telefónica existe un importante riesgo de que el uso que se haga de esta información sobre las unidades inmobiliarias pasadas por fibra no sea el adecuado, *“pues con estos datos los operadores podrían acceder a una información valiosa y destinarla para fines distintos a los del servicio objeto de la obligación, como son planificar contra-despliegues y realizar acciones comerciales agresivas a los potenciales clientes de los nuevos servicios no regulados de Telefónica”*.

La solución alternativa que ofrece la entidad recurrente es dar información al operador interesado únicamente de la zona donde este operador quiera invertir, ya que si Telefónica presenta *“su huella para que el operador se anticipe pone en riesgo la rentabilidad de la inversión de mi representada”*.

Por otro lado, añade que los operadores podrían hacer campañas nacionales de su propio servicio de fibra, dejando en manos de sus clientes la posibilidad de consultar su propia cobertura de fibra, tal y como pueden hacer los clientes de Telefónica.

Señalado lo anterior, la respuesta a las alegaciones presentadas por Telefónica en el presente recurso, pasa por analizar si la obligación de informar sobre los edificios pasados por FTTH se ajusta al principio de proporcionalidad. Este principio emerge ocasionalmente en diversos sectores de nuestro derecho positivo, aunque, en cuanto principio general del derecho, es de exigible aplicación para el ejercicio de las funciones públicas, aunque no se declare expresamente.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de enero de 2002 (RJ 2002/609), establece los requisitos necesarios para que se considere cumplido el principio de proporcionalidad:

“En el Derecho Administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de la libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas”.

En resumen, la medida será proporcionada si cuenta con cobertura legal, si es necesaria para conseguir los fines perseguidos con su imposición, si satisface un interés público y si no cabe una medida alternativa menos gravosa que pueda, igualmente, satisfacer el cumplimiento de la obligación.



a) Sobre la legalidad de la medida y el interés público protegido con la imposición de la misma.

En relación con el primero de los requisitos que deben concurrir para considerar la medida proporcionada, no cabe duda, a juicio de esta Comisión, que la obligación de Telefónica de información de edificios pasados con FTTH ha sido impuesta observando y dando cumplimiento a la legalidad vigente.

Así, tras el análisis de un mercado de referencia, si una Autoridad Nacional de Reglamentación determina que el mercado no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva e identifica la existencia de operadores con poder significativo en dicho mercado, puede imponerles una serie de obligaciones para remediar posibles fallos en el mismo.

Tanto la Directiva de Acceso⁴ (capítulo III), como la LGTel (artículo 13) y el Reglamento de Mercados⁵ (Capítulo III), prevén una lista de obligaciones a imponer, en función de la naturaleza del problema identificado, que puede ser ampliada con otras obligaciones distintas por motivos excepcionales y de manera justificada. Una de las obligaciones no excepcionales que pueden ser impuestas es la de no discriminación.

La obligación de no discriminación se define en el artículo 10 de la Directiva de Acceso, en los siguientes términos:

“Las obligaciones de no discriminación garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”.

En el ejercicio de su función de definición y análisis de los mercados, con fecha 22 de enero de 2009 esta Comisión adoptó la Resolución de análisis de los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso de banda ancha al por mayor).

Dicha Resolución determinó que el mercado 5 no era un mercado competitivo y que Telefónica tenía individualmente poder significativo en el mismo. En consecuencia, esta Comisión impuso a Telefónica, entre otras, las obligaciones de no discriminación y de transparencia, por lo que se le obliga a publicar una oferta de referencia de acceso indirecto.

Esta información de cobertura prevista en la oferta de referencia, es consecuencia, por tanto, de la obligación de no discriminación prevista en la Resolución de definición de mercados⁶.

Por ello se consideró necesario que Telefónica proporcione al resto de operadores la misma información que la que dispone para sí misma, siendo ésta la que permitirá saber con exactitud dónde un operador puede ofrecer el servicio NEBA (edificios pasados).

Por otro lado, la medida va dirigida a preservar la competencia en el mercado de banda ancha, lo que supone un interés de mayor protección que el particular del operador incumbente. En este

⁴ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.

⁵ Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

⁶ Páginas 8 y 9 de la Resolución de fecha 6 de octubre de 2011.



sentido, cabe destacar que la actuación tendente a salvaguardar la competencia en el mercado, nacida de un Organismo regulador como es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, persigue, ante todo, la preservación del interés general⁷.

Asimismo, existe en este caso un interés público especial en la aprobación de la Oferta de Referencia para el Nuevo servicio mayorista Ethernet de Banda Ancha NEBA. Y ello porque, como se recuerda en el Fundamento Cuarto (página 7) de la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005⁸ hay una relación directa entre la prestación efectiva de los servicios de una oferta de referencia por el operador dominante y el fomento de la competencia en el sector. Basta con recordar, que la Oferta de Referencia del servicio NEBA es consecuencia de la obligación impuesta a Telefónica como operador con poder significativo en el mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado (en adelante, PSM) y la imposición de obligaciones específicas.

Y como ha reiterado esta Comisión en repetidas ocasiones, no basta con la publicación de la oferta de referencia para que se entienda cumplida las obligaciones de transparencia y no discriminación por el operador dominante, sino que es necesario tener en funcionamiento las herramientas precisas para poder poner en práctica el contenido de dicha oferta de referencia.

b) Sobre la necesidad de imponer a Telefónica una obligación de no discriminación para el correcto funcionamiento del mercado de banda ancha.

En líneas generales, y de conformidad con la definición contenida en los artículos citados anteriormente, el principio de no discriminación tiene por objeto garantizar que los operadores con poder significativo de mercado, en particular los que están verticalmente integrados, no discriminen a los competidores en favor de sus negocios, previniendo, restringiendo o distorsionando la competencia. Esto significa que el operador sujeto a la obligación de no discriminación debe proporcionar información a los operadores en las mismas condiciones y con la misma calidad que se proporciona para sí mismo (para sus ramas minoristas).

Como resultado final, la obligación de no discriminación requiere que los solicitantes de acceso sean tratados de forma no menos favorable que las divisiones internas del operador de acceso dominante, es decir con la misma información disponible a nivel mayorista y con habilitación de procedimientos equivalentes para su obtención.

Como hemos señalado anteriormente, la obligación de informar sobre la instalación de FTTH impuesta a Telefónica tiene como objetivo que no haya discriminación hacia los operadores alternativos. En este sentido, la Resolución recurrida señala que *“para la planificación de las actuaciones comerciales de los operadores, se hace necesario que disponga también de una visión global del despliegue y de la potencialidad del mercado alcanzable con NEBA-fibra, de modo análogo a la que Telefónica ofrece internamente a sus divisiones comerciales”*.

Telefónica, en su escrito de recurso señala que la medida es desproporcionada, pero no justifica esa desproporción ni el perjuicio que la medida le ocasiona. Por el contrario, esta Comisión sí ha justificado que la medida es apropiada para solventar el problema identificado, que no es otro que evitar el perjuicio que se ocasionaría a los operadores alternativos, en el caso de que Telefónica no proporcionara un listado de los edificios pasados con FTTH en los términos previstos en la resolución recurrida. El objetivo de la medida es el fomento de la competencia en el mercado.

⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2007 (JUR 2007/236907).

⁸ DT 2005/346.



La entidad recurrente propone como medida alternativa la información de cobertura a través de un *web service*. De esta forma, señala la entidad, introduciendo el código GESCAL 24 (portal), la herramienta indicará si un portal tiene o no cobertura de fibra. Además, Telefónica puntualiza que cualquier operador con interés en utilizar el servicio podrá realizar un pequeño desarrollo para, a partir del *web service* de Telefónica, llevar a cabo “*barridos*” de portales y conocer la cobertura de FTTH en los núcleos donde que tenga interés.

No obstante, debemos señalar que el proceso de identificación de cobertura mediante la consulta domicilio a domicilio, tal como propone Telefónica, impediría a los operadores ofrecer un servicio alternativo FTTH en igualdad de condiciones. La propuesta de Telefónica implica la necesidad de realizar repetidas consultas de domicilios concretos o, en caso contrario, tomar una actitud poco proactiva como consecuencia del desconocimiento preciso del lugar donde habría disponibilidad de fibra. Mientras tanto Telefónica podría realizar campañas mucho más activas de captación de usuarios, por cuanto se focalizaría en las áreas inicialmente cubiertas.

Asimismo cabe señalar, que este modo de consulta no deja de ser un sistema de “prueba y error” que ofrece además un número limitado de consultas por operador derivado de las limitaciones físicas de los servidores y de los procesos de comunicación.

En cualquier caso, es impensable que un operador pueda lanzar una campaña activa sin tener un preciso conocimiento zonal en el cual focalizar sus esfuerzos, por la propia naturaleza del servicio mayorista. La propia Telefónica reconoce que es necesario el conocimiento de las zonas en las que hay disponibilidad de fibra, puesto que ya avanza que el operador con interés deberá “barrer” las diferentes zonas y así conocer previamente la cobertura.

Resulta, por tanto, una medida que no ofrece una alternativa real, eficaz y eficiente a la prevista en la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011.

Tampoco resulta una solución alternativa a la información de cobertura prevista para NEBA acudir a la oferta MARCo⁹, tal como apunta Telefónica. En este sentido, la entidad recurrente señala que la *“solución para el fomento de la competencia no pasa tanto porque ella informe con detalle de la huella de cobertura del despliegue de fibra y su evolución, sino que debe orientarse a posibilitar que los operadores puedan llevar a cabo sus propios despliegues, por ejemplo mediante la oferta MARCo”*.

Es preciso señalar que cada mercado tiene su propia regulación, y que exista un mercado regulado de acceso a las infraestructuras físicas (mercado 4) no exime a Telefónica de cumplir sus obligaciones en el mercado mayorista de acceso a la banda ancha (mercado 5). Si bien ciertos operadores pueden decidir desplegar fibra mediante la oferta de conductos, Telefónica debe dar cumplimiento a las obligaciones específicas del mercado 5 y no ampararse en la existencia de remedios propios de otros mercados, ya que ambos mercados son complementarios en gran medida.

En lo que respecta a la alegación de Telefónica en la que señala que informar sobre despliegues de servicios con velocidades nominales superiores a 30 Mbits/s va más allá de las obligaciones que tiene impuestas regulatoriamente, la misma debe ser desestimada por esta Comisión.

En primer lugar, resulta oportuno señalar que la limitación de la regulación de los servicios mayoristas de banda ancha a velocidades nominales de hasta 30 Mbit/s prevista en la definición del mercado 5, se debió por un lado, a que en ese momento la oferta de servicios mayoristas de

⁹ Oferta de referencia de acceso a los registros y conductos de Telefónica.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceso indirecto al bucle resultaba suficiente para asegurar la replicabilidad de las velocidades de referencia en el mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha, y además existían dudas sobre la aceptación tanto de estas ofertas como de aquéllas de mayores velocidades tanto por parte de los usuarios finales como por los operadores mayoristas, y por otro lado, resultaba necesario, según señalaba la propia Resolución, para promover un inversión eficiente en infraestructura tanto por parte de Telefónica como por parte del resto de operadores alternativos.

En consecuencia, no está de acuerdo esta Comisión con la idea de que con las obligaciones que se derivan del análisis del mercado 5, se ponga en riesgo la inversión eficiente y el desarrollo de las redes de nueva generación, más bien supone, a nuestro juicio, un incentivo eficiente para ello.

Puntualizado lo anterior, y en respuesta a la alegación de Telefónica, cabe señalar que es función de esta Comisión garantizar que las obligaciones impuestas a los operadores con poder significativo de mercado en los mercados no competitivos se cumplan. Es cierto que bajo un mismo acceso físico (fibra) se ha definido un umbral de 30 Mbit/s que diferencia las ofertas reguladas de las no reguladas. Sin embargo, por existir un acceso común, Telefónica no puede pretender que esta Comisión suprima las obligaciones impuestas a Telefónica en el acceso mayorista de banda ancha regulado, por existir ofertas no reguladas que utilizan la misma infraestructura.

Si bien es cierto que sobre velocidades superiores a ese umbral de 30Mbits/s Telefónica no tendría la obligación de ofrecer un servicio mayorista equivalente, ello no es óbice para que deba dar información sobre la red de fibra tendida ya que la infraestructura no discrimina en función de la velocidad, y los operadores alternativos sobre esa misma red pueden prestar ofertas inferiores a 30 Mbit/s.

Por último cabe señalar, que la información que Telefónica considera desproporcionada, es la misma que ofrece en el caso de compartición de verticales. En efecto, Telefónica debe ofrecer dicha información a aquellos operadores que firmen un acuerdo de coinversión en el tramo de acceso al edificio/vivienda.

La obligación de transparencia sobre las condiciones de acceso a los edificios especificada mediante la resolución de 12 de febrero de 2009¹⁰, establece que los primeros operadores que tomen la iniciativa en el proceso de cableado óptico en los edificios deben poner a disposición de terceros la información necesaria para que éstos puedan planificar sus solicitudes de acceso basándose en decisiones técnicas y comerciales eficientes.

A tal fin, se estimó necesario establecer la obligación de facilitar a operadores terceros con los que hayan suscrito un acuerdo recíproco de acceso, información debidamente actualizada en la que se especifiquen los edificios donde se haya llevado a cabo el cableado óptico. Por consiguiente, los operadores que hubieran firmado el acuerdo recíproco de acceso dispondrían de la dirección postal de los edificios cableados y las ubicaciones de las cajas terminales, entre otros aspectos.

Así, un operador cualquiera que firmara el acuerdo con Telefónica y optara por desplegar fibra óptica independientemente de si este despliegue se complementa con la opción de acceso indirecto, dispondría ya de una clara ventaja competitiva con respecto a operadores que optaran por ofrecer el servicio FTTH exclusivamente a través de la oferta regulada de acceso indirecto, provocando una seria discriminación entre operadores.

¹⁰ Resolución, de 12 de febrero de 2009, por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2008-965).



En este punto cobra especial relevancia el apartado 18 de la Recomendación de la Comisión 2010/572/UE, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA), donde en relación con el acceso a los “segmentos terminales en el caso de FTTH” recomienda que “... las ANRs deberían obligar al operador con PSM a proporcionar información detallada sobre la arquitectura de la red de acceso ...”¹¹.

Por otra parte, el apartado 19 de la misma Recomendación sobre NGA explicita que “El operador con PSM debería estar obligado a proveer acceso a los puntos de distribución de acuerdo con el principio de equivalencia tal como se establece en el Anexo II. ...” En este Anexo II sobre el principio de equivalencia para el acceso a las infraestructuras del operador con PSM para el despliegue de redes NGA se dice en su punto 2, relativo a la información sobre la infraestructura de obra civil y los puntos de distribución, que “... La localización geográfica de los puntos de distribución y una lista de los edificios conectados debería también ser provista.”

Aunque los aspectos reflejados de los apartados 18, 19 y del Anexo II de la Recomendación sobre NGA se enmarcan en el mercado 4, la aplicación del principio de equivalencia es igualmente válida para el mercado 5 al objeto de garantizar la no discriminación.

Es interesante traer a colación, siquiera a modo de ejemplo, que en Francia la información de huella de cobertura FTTH se pone ya a disposición de terceros operadores en el contexto de compartición de verticales tal y como recoge la legislación actual CPCE (*Code des Postes et Communications Électroniques*) y las decisiones de Consejo de la Competencia y ARCEP. Con respecto a la información relativa a los accesos de fibra y los puntos de concentración mediante la decisión nº 2009-1106¹² de ARCEP se apunta que,

“con el fin de tomar las decisiones apropiadas en materia de despliegue y de oferta comercial, los operadores que se acojan a la oferta mayorista deben tener por anticipado acceso a la información de estas ofertas y todo ello en un plazo razonable. En cuanto a la instalación de la fibra en los edificios, el riesgo sería que el operador del edificio dispusiera de una ventaja competitiva derivada de mantener para él la información.”

Como tal debe tenerse en cuenta que el Consejo de la Competencia, en su decisión N^o 08-A-06 de 6 de mayo de 2008 sobre el proyecto de ley para modernizar la economía, señaló que “la información respectiva de los operadores es un baluarte importante contra el riesgo de captura del cliente final por el operador que haya desplegado el segmento terminal. Sin una información rápida, el operador que haya desplegado será durante un tiempo el primer y único operador que podrá ofrecer servicios de muy alta velocidad, con el riesgo de capturar la base esencial de clientes potenciales con compromisos de tiempo considerables que reducirán fuertemente la competencia durante los siguientes meses o años”.

Por ello en su decisión nº 09-A-47 de 22 de septiembre de 2009, la Autoridad de la Competencia instó a ARCEP a crear las condiciones para evitar que “los intercambios de información no favorezcan las prácticas colusorias entre los jugadores actuales del mercado”.

Con respecto a los plazos requeridos, una vez obtenida la autorización para dotar el inmueble con fibra óptica, el operador del inmueble deberá informar al resto de operadores en el plazo máximo de un mes, desde la firma del acuerdo.

¹¹ La traducción es nuestra.

¹² Décision n° 2009-1106 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 22 décembre 2009 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques, les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée.



Por otro lado, y con respecto al punto de concentración, el operador deberá respetar un plazo de preaviso no discriminatorio antes de la puesta comercial del servicio del punto de concentración (es decir, la fecha a partir de la cual la conexión efectiva de un usuario final a este punto de concentración sea posible), de manera que se permita a otros operadores acceder para conectarse. Con respecto al tiempo necesario se consideró razonable un plazo de preaviso de tres meses, a la vista de las prácticas actuales en las ofertas mayoristas de banda ancha.

Si bien en Francia se diferencian entornos de baja densidad de los de alta densidad, en ambos escenarios el operador que despliega debe proporcionar la información relativa a la dirección del edificio, número de locales y viviendas que se sirven, situación y dirección del punto de concentración, tanto en la propiedad privada (entornos densos) como fuera de ella (entornos de baja densidad). Además para las zonas poco densas el operador deberá informar de las viviendas cubiertas desde el punto de concentración, posibles mallas que se creen, como los aspectos técnicos relevantes.

Por consiguiente, las ofertas actuales de los operadores en Francia, pondrían ya a disposición de terceros toda la información de los edificios en los que es posible acceder con FTTH y que Telefónica se resiste a proporcionar. Si bien es cierto que el contexto de verticales difiere del acceso indirecto, es conveniente recalcar que en Francia no existe una modalidad *bitstream* de fibra, por lo que las medidas afectarán exclusivamente al acceso a las infraestructuras.

En consonancia con lo anterior, France Telecom ha publicado sus ofertas de acceso a los segmentos terminales de su red de fibra, y dichas ofertas incluyen la información de los edificios en cobertura. Así pues, France Telecom pone a disposición de sus competidores información equivalente a la cuestionada por Telefónica en el recurso.

De conformidad con lo señalado, esta Comisión considera que la medida es necesaria para preservar la competencia en el mercado de banda ancha.

TERCERO.- Sobre la imposición de obligaciones contrarias al objetivo de inversión eficiente.

Telefónica considera que varias obligaciones impuestas en la Resolución recurrida son contrarias al objetivo de promoción de la inversión eficiente previsto en el artículo 3 apartado a) de la LGTel.

a) Desarrollo de una herramienta de telediagnos.

Según alega Telefónica en su escrito de recurso, el desarrollo de una herramienta de telediagnos supone un gasto que *“difícilmente puede ser justificado desde el punto de vista del posible uso que le den los operadores”*. Telefónica utiliza como ejemplo el servicio vigiADSL al señalar que este servicio se implantó en el año 2000 y que no fue utilizado por los operadores, suponiendo, según señala *“un importante esfuerzo inversor”* para ella. En atención a lo anterior, solicita se elimine tal obligación al no ser proporcional el coste de la herramienta con el beneficio obtenido por el operador.

Vodafone señala que el servicio NEBA, dada su vocación de futuro, debe nacer previniendo y solucionando preventivamente los problemas que ya son posibles detectar y determinar, y en este sentido, la herramienta de telediagnos es de enorme utilidad para estos fines, *“pues permitiría a los operadores y a TESAU partir de unos mismos datos en la resolución de las averías, eludiendo interminables discusiones sobre los diagnósticos de las averías y su imputabilidad, acelerando el procedimiento de gestión de las mismas, y reduciendo significativamente las disputas entre los operadores”*.



Por su parte, Orange indica que debe tenerse en cuenta que los operadores alternativos van a utilizar el servicio NEBA como portador para prestar a sus clientes servicios finales que podrán empaquetar telefonía, acceso a internet, conexiones de datos e incluso determinadas capacidades audiovisuales, por lo que *“necesitarán contar con las mínimas herramientas de diagnóstico que les permitan garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de calidad de servicio con máxima diligencia y con independencia del prestar del servicio mayorista”*.

En contestación a las alegaciones de Telefónica, hay que señalar que no parece razonable considerar la medida desproporcionada ni injustificada por cuanto esta herramienta es utilizada tanto por Telefónica como por los operadores alternativos cuando hacen uso de la desagregación del bucle para la operación de su red y de sus clientes con el fin de diagnosticar remotamente el estado de los pares. Este uso de la herramienta en los servicios de bucle desagregado aconseja considerarla como eficiente y necesaria también en el acceso indirecto.

Atendiendo, por tanto, a que la propia Telefónica se presta dicha funcionalidad y que para los operadores es también útil como lo demuestra el hecho de que la hayan implementado en sus redes, es necesario definir y acordar las finalidades de dicha herramienta para que sea realmente útil de la misma manera que cuando se la autoprestan los operadores. Debe señalarse además, que inicialmente el objetivo no es desarrollar una herramienta de telediagnóstico totalmente nueva, sino desarrollar las medidas y sistemas de seguridad, acceso y disponibilidad necesarias para poner a disposición de los operadores las herramientas de prueba que Telefónica ya dispone para determinar a priori y remotamente el estado de un bucle.

En lo que se refiere al coste económico que, según Telefónica, supone el desarrollo de la herramienta, hay que señalar que, tanto el coste de esta herramienta de telediagnóstico como la del servicio vigíADSL al que alude como ejemplo para justificar el mismo, supone un porcentaje muy bajo de la inversión que debe movilizar para poner en marcha el servicio NEBA, por lo que no puede ser justificación alguna para no desarrollar la herramienta, que por otro lado, como hemos señalado es necesaria y eficiente para el acceso indirecto.

Por último, la entidad recurrente afirma que la obligación de informar de las medidas obtenidas en fase de provisión de servicios para que los operadores puedan conocer el estado inicial de sus conexiones supone *“una obligación redundante”*. Esta redundancia radica, según Telefónica, en la obligación de facilitar herramientas para hacer a los operadores autónomos a la hora de conocer y diagnosticar el par, y que a su vez, se le exija proporcionar una información en la provisión que, según ella, fácilmente puede ser obtenida por los operadores mediante sus propios medios accediendo a los datos del router que ellos gestionan.

Además Telefónica señala que respecto de esta obligación de informar de las medidas obtenidas en fase de provisión, si un bucle “es forzado” con una modalidad no admitida por el perfil de validación, dicha media no es fiable puesto que el bucle analizado sufrirá variaciones importantes de calidad.

En contra de la opinión de Telefónica, esta Comisión considera que inicialmente ambas obligaciones no son redundantes sino complementarias puesto que hacen referencia a distintos instantes del ciclo de vida de un servicio de acceso indirecto.

El suministro de los datos hace referencia a un caso muy concreto que se produce cuando la provisión requiere del desplazamiento de operarios de Telefónica para proceder a la instalación de accesos de cobre en el domicilio del usuario. En este caso, se obliga a Telefónica a que los resultados de las medidas realizadas por los operarios relacionadas con la validación de la instalación sean puestas a disposición de los operadores solicitantes.



El suministro de los resultados de las medidas, con las condiciones de contorno que se hayan establecido para su realización (SNR¹³, profundidad interleaving, etc.), en el caso concreto de que se precise instalación de acceso de cobre en el domicilio del cliente es independiente y no guarda relación directa con que un operador quiera a posteriori utilizar un perfil de velocidad en el bucle no admitido por el perfil de validación de Telefónica (lo cual en modo alguno supone forzar un bucle).

La obligación de suministro a los operadores solicitantes de dichas medidas, destinadas a verificar y validar el trabajo realizado por los operarios en el caso concreto de necesitar instalación de acceso de cobre en el domicilio del usuario, serían independientes de que los operadores dispongan de una herramienta para comprobar, una vez el servicio está activado, los parámetros y funcionamiento del bucle.

No obstante, y simplemente a modo de ejemplo, dependiendo de la metodología y herramientas utilizadas por los operarios desplazados para realizar las medidas, precisamente la herramienta de telediagnóstico que debe definirse podría ser un medio para dar acceso a dichos resultados a los operadores y cumplir así con la obligación.

b) Implantación del sistema de sondas.

La entidad recurrente se muestra en desacuerdo con el calendario de implantación del sistema de sondas. Para Telefónica *“la implantación del sistema debería realizarse de forma gradual conforme vaya aumentando la demanda del servicio Neba así como la localización geográfica de los clientes”*. Por ello solicita que se posponga la fecha inicialmente prevista (1 de octubre de 2012) hasta que la demanda del NEBA justifique la medida.

Sobre este aspecto y ante idénticas alegaciones ya se pronunció esta Comisión en la Resolución recurrida. Nos remitimos por tanto a la misma¹⁴, por cuanto en las alegaciones presentadas por Telefónica en el recurso de reposición no se aportan nuevos datos, ni nuevos argumentos que pudiera requerir una respuesta distinta a la contenida en la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011.

En este sentido, la Resolución recurrida es clara al señalar que *“la propuesta de Telefónica de que el número de sondas dependerá de la demanda del servicio y que ésta actualmente no se conoce, es inaceptable porque lleva a la inexistencia de un plan inicial con un determinado número de las sondas, y a que su puesta en marcha se realice únicamente cuando el número de servicios NEBA en la zona supere un determinado umbral”*.

Por ello Telefónica debe proponer un plan completo y detallado del despliegue para la monitorización del servicio. Ahora bien, en la fase de implantación del sistema y partiendo de unos objetivos iniciales declarados de número de sondas y su ubicación, es aceptable que dichos objetivos puedan adaptarse y modificarse en función de la distribución de la demanda.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión quiere poner de manifiesto que, teniendo en cuenta que la implantación de la Fase I del servicio NEBA ha sido suspendida y que existe un procedimiento¹⁵ de modificación de los plazos previsto inicialmente, no se puede descartar la posibilidad de una revisión del calendario de implantación del sistema de monitorización, por lo que habrá que estar a lo que disponga la Resolución del citado procedimiento.

¹³ Relación señal-ruido.

¹⁴ Apartado 9.3, páginas 31 y 32 de la Resolución de 10 de noviembre de 2011.

¹⁵ DT 2011/2744.



c) Implementación de LAG de más de 4 puertos en monochasis.

El apartado 2.3.2 de la Resolución recurrida, establece que Telefónica deberá atender toda solicitud de LAG de varios puertos salvo limitación técnica justificada. Por ello, *“se debe añadir al documento de procedimientos la opción de disponer de más puertos en el LAG, hasta el máximo de diez en el caso de puertos GbE, si bien no es necesario que dicha posibilidad esté disponible en la fecha de lanzamiento del servicio”*.

Según Telefónica, la obligación de implementar LAG de hasta 10 puertos es una medida *“completamente desproporcionada debido al alto coste que la realización de este desarrollo supone”*.

Asimismo señala que ningún operador utiliza más de 3 puertos GbE en una misma región por lo que *“se puede presumir que en Neba ningún operador haga uso de la posibilidad de contratar LAG de más de 4 puertos”*.

Añade, como nuevo dato, que actualmente tiene equipos en planta que soportan LAG con un máximo de 8 puertos de 1GbE, *“mientras que existen otros equipos en las que no están probadas dichas capacidades, que si permitirían LAG con 10 puertos”*. Indica que ello provocaría que fuese necesario llevar a cabo un desarrollo extra para disponer de una cobertura diferenciada en función de los equipos asociados al nodo donde se entrega el servicio LAG. Finalmente, considera que si se retrasa NEBA, esta funcionalidad estará próxima al LAG multichasis, por lo que esta funcionalidad en monochasis se convierte en meramente transitoria.

Tal como se señala en la Resolución recurrida, deben ser los operadores alternativos quienes, en función de sus necesidades, sus previsiones y los precios de los servicios, decidan por el uso de una u otra alternativa, sin que corresponda a Telefónica hacer limitaciones a priori en función de sus propios criterios, que no tienen por qué coincidir con los de los demás operadores.

Como se indica en la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, las limitaciones serían aceptables solo sobre la base de criterios objetivos, como la viabilidad técnica o la integridad de la red. Ello, en cumplimiento de la Directiva de Acceso, que en su Considerando 19 señala que *“Cuando se imponga a los operadores obligaciones que les exijan acceder a las solicitudes razonables de acceso y uso de elementos de redes y recursos asociados, dichas solicitudes sólo deben poder denegarse sobre la base de criterios objetivos como la viabilidad técnica o la necesidad de preservar la integridad de la red”*.

Los argumentos de Telefónica utilizados en su recurso responden a expectativas y preferencias propias, por lo que no cabe aceptar una limitación de las funcionalidades basadas en ello. Los supuestos problemas técnicos alegados tienen carácter impreciso, de modo que no se puede evaluar la proporcionalidad de limitar de manera general la funcionalidad de los LAG tomando como base afirmaciones genéricas sobre ciertos equipos en determinadas situaciones que no se concretan ni cuantifican.

El mencionado coste del desarrollo de esta funcionalidad fue expuesto y documentado por Telefónica en sus alegaciones presentadas a la largo del procedimiento DT 2011/738. No se consideran costes desproporcionados, por cuanto afectan a una mera ampliación de una funcionalidad ya existente, siendo el impacto económico, en opinión de esta Comisión, limitado.

El argumento de Telefónica respecto a las capacidades en uso actualmente no puede ser aceptado, pues con NEBA se abre un nuevo servicio que permitirá a los operadores alternativos una competencia efectiva también en el mercado de FTTH, por lo que las previsiones de crecimiento del servicio y en general del tráfico en las redes hacen que las necesidades actuales



de capacidad en el PAI¹⁶ no sean comparables. Cabe añadir, además, que actualmente los operadores ya están próximos al límite, ya que, tal como señala Telefónica, se llega a 3 puertos GbE.

Por último, en lo que se refiere al carácter transitorio que puede tener el LAG monochasis ante un posible retraso del NEBA, cabe señalar que Telefónica no ofrece fechas concretas para la implementación de LAG multichasis y esta indeterminación hace inviable plantearse ahora la revisión de la medida. Además, cabe señalar que el coste de la implementación de la medida impuesta no parece depender de la elección de la opción multichasis o monochasis, ya que se trata, de acuerdo con la información aportada por Telefónica, de una ampliación de los sistemas para extender el límite más allá de cuatro puertos, lo que no tiene una dependencia obvia con el carácter multichasis o monochasis de la implementación en los equipos.

Por todo ello, se considera proporcionada la obligación de ampliar el límite de 4 puertos GbE en un LAG, máxime teniendo en cuenta que se ha aplazado su disponibilidad con respecto a la fecha inicialmente prevista a lo largo del procedimiento cuya resolución se recurre, y de que se trata de una mera extensión de una funcionalidad ya existente.

En cuanto a la nueva información proporcionada por Telefónica sobre el número máximo de puertos soportados por los equipos, si bien Telefónica no especifica cuántos equipos tienen la limitación indicada a 8 puertos, esta Comisión considera que la logística necesaria para diferenciar en qué puntos de acceso está disponible cada equipo no es proporcionada habida cuenta de que un límite general de 8 puertos se considera suficiente para que los operadores puedan decidir libremente en qué momento pasar a capacidades de entrega superiores (10 GbE).

En este sentido, la entidad Orange en su escrito de alegaciones confirma que *“podría no tener sentido crecer hasta configuraciones LAG de 10 puertos GbE”*, si bien también señala que carece de todo sentido que los operadores se vean bloqueados a crecer a partir del cuarto puerto.

En atención a lo anterior, procede estimar en parte la alegación de Telefónica, en el sentido de modificar el límite de puertos GbE en un LAG, que pasará a ser de 8 en lugar de los 10 previstos en la Resolución de 10 de noviembre de 2011.

d) Instalación del splitter VDSL2 por parte de los Operadores.

Telefónica señala que la imposición de la instalación de splitters VDSL por parte del operador no resuelve el objetivo de evitar una doble visita a casa del cliente. La entidad indica que para cualquier alta sobre vacante de VDSL2 tendrá que desplazarse un instalador de Telefónica, instale o no el splitter VDSL2, ya que deberá instalar el PTR¹⁷, punto donde Telefónica entregaría el servicio.

Telefónica solicita que la instalación del splitter VDSL2 en el domicilio del cliente continúe siendo realizada únicamente por Telefónica, ya que es la única forma de garantizar el correcto funcionamiento del servicio NEBA con tecnología VDSL2.

Orange, por su parte, señala que Telefónica utiliza como ejemplo el caso de instalación de un par vacante para justificar que no tiene sentido la doble visita. No obstante, señala la entidad que el supuesto que contempla la Resolución de 10 de noviembre de 2011 se refiere a pares ocupados.

¹⁶ Punto de acceso indirecto.

¹⁷ Punto de terminación de red.



En efecto, las alegaciones de Telefónica deben ser desestimadas, por cuanto, tal como señala Orange, el supuesto previsto en la Resolución recurrida se refiere a pares ocupados.

En el apartado 3.8.1 de la Resolución recurrida se indica la necesidad de que el splitter sea instalado por Telefónica en el caso de instalación de par vacante para VDSL2, al tiempo que se contempla dicha instalación como opción en el caso de VDSL2 sobre bucle ocupado. Al contrario de lo sugerido por Telefónica, la instalación del splitter por el operador alternativo puede eliminar una visita al cliente del instalador de Telefónica, con la consiguiente mejora de eficiencia y simplificación del proceso.

CUARTO.- Sobre la obligación de cumplir con los SLAs en pares no validados.

Según Telefónica, la medida es desproporcionada y de imposible cumplimiento, por lo que resulta nula de pleno derecho de conformidad con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC. Telefónica señala que es técnicamente imposible implantar la medida sin incurrir en importantes perjuicios, y añade que *“carece de sentido obligar a Telefónica a mantener las QoS en condiciones que son de imposible cumplimiento”*.

Alega que los SLA deben ser cumplidos extremo a extremo y dependen de la red de acceso, adjuntando como prueba un estudio propio que *“refleja que cuando la velocidad de sincronización entre DSLAM y router es inferior a la velocidad de los datos entre pPAI y DSLAM se deteriora la calidad del servicio” (aumentando la pérdida de paquetes y el retardo)*.

Por su parte, Vodafone y Orange coinciden al señalar que lo importante es que los SLAs que se tienen que cumplir no son dependientes de modo variable de la red de acceso, *“sino que solo son dependientes de modo determinista”*.

En contestación a la alegaciones de Telefónica, cabe señalar que el estudio presentado en el anexo citado no se ocupa de la cuestión objeto de la resolución (relación de los umbrales de validación con los garantías de calidad en la conectividad o SLAs) sino que simplemente analiza un supuesto en el que se envía tráfico en sentido descendente de manera sostenida a una velocidad superior a la de sincronización entre DSLAM y CPE¹⁸. Esta situación, si bien es posible, no es la que se produce en situaciones habituales de navegación o descarga de datos pues, como Telefónica indica, su estudio reproduce solo situaciones en las que no hay control de flujo, a diferencia de las conexiones mediante protocolo de transporte TCP¹⁹ u otros protocolos usados en *streaming* de video.

Por otro lado, la misma situación se produciría en un par validado con los criterios de Telefónica en que por alguna razón se viera mermada su calidad (aumento de señales xDSL en otros pares vecinos, problemas de índole física en el par, etc.); en esta situación, también podría potencialmente ocurrir la situación indicada por Telefónica en su estudio, y sin embargo según la postura defendida por el operador aquí sí habría garantía de SLA. La propia Telefónica considera posible esta situación cuando indica en la Resolución recurrida respecto a la velocidad mínima de sincronismo que *“Se establecerá una velocidad mínima para asegurar la sincronización. En el caso de perfiles con RT, la velocidad mínima será siempre superior a la velocidad RT contratada para garantizar que un cliente no queda incomunicado”*, de modo que la velocidad de sincronización puede estar muy por debajo de la de validación.

Por tanto, no parece coherente que la misma situación (velocidad de sincronismo por debajo de la de validación) en algunos casos permita el cumplimiento de los SLA y en otros no. Pudiera ocurrir

¹⁸ Customer Premises Equipment.

¹⁹ Transport control protocol.



que en algunas situaciones extremas, que constituyen la excepción, hubiera dificultades con los parámetros de los SLA; en particular si se contrataran modalidades de alta velocidad en pares de alta atenuación. Sin embargo, como se indica en la Resolución recurrida, Telefónica debe estar en condiciones de tomar las medidas técnicas que considere pertinentes para asegurar los SLA, y éstas pueden ser por ejemplo una velocidad mínima de sincronismo adecuada, que evite las potenciales situaciones extremas descritas. Asimismo, debe también considerarse la posible existencia de modalidades con un rango de sincronización amplio (por ejemplo para ofertas de hasta 15 ó 20 Mb/s) que deben contar también con SLA.

En cualquier caso, será la experiencia la que permita con el tiempo mejorar el enfoque de los SLA, y como se dijo en la Resolución recurrida *“a la luz de la experiencia podrá matizarse en lo necesario el criterio señalado, sobre la base de datos objetivos como los que se deriven de las herramientas de monitorización”*. Sin embargo, el punto de partida debe ser garantista con los operadores y no imponer restricciones que no estén plenamente justificadas, teniendo en cuenta además que uno de los objetivos de NEBA es maximizar la independencia de los operadores respecto a Telefónica, lo que aquí se traduce en activar modalidades libremente para formar ofertas minoristas diferenciadas.

Así pues, el estudio de Telefónica no ha rebatido lo indicado en la resolución recurrida. En cambio, dicho documento sí ilustra la importancia de que los operadores conozcan la velocidad de sincronización real de sus clientes, para que puedan así tomar medidas para ajustar el tráfico. Por ello, cobra mayor importancia la necesidad de que Telefónica informe de las medidas obtenidas en fase de provisión para que los operadores puedan conocer el estado inicial de sus conexiones, que es precisamente uno de los puntos de su recurso.

Así lo señala también Orange, al indicar que *“en la medida que los operadores alternativos cuenten con la herramienta de telediagnóstico [...], éstos podrán detectar de manera eficiente los eventuales problemas derivados de la contratación de modalidades que no hayan sido validadas por Telefónica (problemas de sincronismo del acceso, básicamente) y actuar en consecuencia para solucionar por sí mismos la incidencia garantizando que el tramo de acceso presenta un comportamiento estable.”*

Por último, en relación con la presente obligación, Telefónica señala que ha sido impuesta sin estar previamente prevista en el trámite de audiencia, lo que supone, según señala, que sea nula de pleno derecho.

Nos remitimos al fundamento siguiente para dar respuesta a este motivo de nulidad alegado por Telefónica, por ser un motivo que afecta a otras obligaciones que se analizan a continuación.

QUINTO.- Sobre la imposición de obligaciones no previstas en el informe de audiencia.

Otras obligaciones recurridas por Telefónica son las siguientes:

- Información de saturación por cuestiones técnicas en el fichero de centrales y nodos.
- Los indicadores establecidos.
- La supervisión por parte de la Comisión mediante web services de los módulos de información, averías y solicitudes de NEON.

La entidad recurrente se muestra disconforme con cada una de las citadas obligaciones, bajo dos argumentos impugnatorios. Uno de ellos resulta común a todas ellas, ya que Telefónica solicita la nulidad de pleno derecho de cada una de ellas, incluida la obligación de cumplir con los SLAs en pares no validados, al haberse impuesto las citadas obligaciones en la Resolución definitiva del procedimiento en un sentido distinto al previsto en el informe de audiencia, sin que haya podido



presentar alegaciones a las mismas. Asimismo, señala que el cambio de criterio debió ser motivado, por lo que se infringe el artículo 54 de la LGTel.

Por otro lado, expresa su disconformidad con cada una de ellas por motivos que analizaremos de manera individualizada, a excepción de la obligación de cumplir con SLAs en pares no validados que ya ha sido analizada en el fundamento anterior.

En lo que se refiere al motivo de nulidad por la imposición de nuevas obligaciones en la Resolución definitiva del procedimiento, cabe señalar que el informe de audiencia constituye un trámite de puesta en conocimiento de los interesados de lo actuado en el procedimiento y del criterio provisional de los Servicios sobre el resultado de la tramitación del expediente, que ni tiene porqué ser el criterio definitivo de los Servicios, pues las alegaciones a dicho trámite pueden cambiar el criterio comunicado ni, en última instancia, tienen que constituir el criterio final de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que se expresa en decisión del Consejo, y mediante la correspondiente resolución.

Tampoco resulta necesaria la motivación del cambio de criterio respecto del expresado en el informe de los servicios (que no es ni puede ser una propuesta de resolución), puesto que conviene recordar que no es este ninguno de los supuestos previstos en el artículo 54 de la LRJPAC en los que se exija necesariamente la motivación del acto. Concretamente, y considerando especialmente el apartado d) del artículo 54, que requiere la motivación del acto cuando se aparte del dictamen de órganos consultivos, cabe decir que ni los servicios son un órgano consultivo en el sentido del citado artículo, ni el informe es un dictamen, puesto que el dictamen es un acto de instrucción emitido por un tercero distinto al instructor para contribuir a definir la propuesta que se vaya a elevar, mientras que el informe de los servicios constituye, como se ha dicho, un avance del criterio inicial del instructor, y que no vincula al Consejo.

En este sentido, puede resultar clarificadora la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26), que en relación con la discrepancia existente entre el informe de los servicios de esta Comisión en el trámite de audiencia y la resolución definitiva adoptada por el Consejo, manifiesta lo siguiente:

“que la CMT se apartara del criterio del informe no vinculante, no supone una indefensión de carácter material, una vez constatado el cumplimiento del antedicho trámite en el que la actora pudo argumentar no sólo sobre el contenido del informe, respecto del cual debía conocer su naturaleza no vinculante, sino también sobre cualquier aspecto relacionado con el tema objeto del conflicto.

...la naturaleza no vinculante de este informe implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia de la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente la válida motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada”.

En cualquier caso, Telefónica ha tenido ocasión de manifestar cuanto ha estimado conveniente en defensa de su derecho mediante la interposición del presente recurso de reposición, lo que supone la inexistencia de indefensión alguna, toda vez que a través de los recursos administrativos los interesados tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición²⁰.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1987.



a) Alegaciones relativas a los indicadores de calidad.

Por lo que se refiere a la publicación periódica de indicadores de calidad, Telefónica considera que existe una incongruencia en la afirmación realizada sobre las paradas de reloj, y alega que si el cómputo de plazos de los diversos indicadores no tiene en cuenta las paradas de reloj que se produzcan, se perderá por completo el rigor de la visión que puedan dar los citados indicadores.

Telefónica argumenta que los pronunciamientos mencionados por la Comisión afectan solamente a ciertos indicadores definidos con posterioridad, y que en la resolución que definió los indicadores de la OBA se indicaba que los retrasos no imputables no computan en el cálculo del tiempo de entrega del servicio.

Es por ello que solicita que *“los indicadores sean calculados con paradas de reloj, al igual que se hace con los indicadores de la OBA, por coherencia y como se viene realizando hasta la fecha sin problema alguno”*.

Orange, por su parte, señala que puesto que el propósito de los indicadores de calidad es comparar los tiempos medios globales de provisión de los servicios mayoristas de Telefónica tanto en autoprestación como para terceros, carecería de sentido excluir del cómputo, para el caso de la prestación a terceros, los tiempos debidos a las posibles eventualidades, ya que la comparativa resultaría errónea e inefectiva.

Vodafone también se muestra contraria a los argumentos de Telefónica, por los siguientes motivos:

“

- *La única forma de poder realizar un ejercicio de comparación válido a efectos de determinar un posible incumplimiento continuado del principio de no discriminación respecto a los plazos de provisión, en no excluir las paradas de reloj.*
- *Esta inclusión de las paradas de reloj no debería tener impacto negativo para TESAU dado que i) se trata de la obtención de tiempos medios y percentiles y ii) el criterio aplica tanto a la actividad mayorista como a la de autoprestación minorista, y iii) siendo válido a efectos comparativos, es el dato que mejor refleja la experiencia del cliente.*
- *Este criterio es aplicado por la CMT a los mecanismos para determinar discriminación en plazos. Tanto los indicadores de calidad como el SICOBA son mecanismos aprobados con este fin y, en consecuencia, deben regirse por principios comunes”*.

A lo anterior cabe responder que la doctrina de esta Comisión al respecto ha quedado claramente establecida en resoluciones anteriores que se ocupan de los indicadores de calidad de la OBA. Si bien es cierto que los indicadores de calidad de la OBA se definieron en una resolución anterior²¹, su relación detallada con los procesos de provisión de Telefónica fue estudiada posteriormente en la resolución que analizó en profundidad la autoprestación de servicios OBA en Telefónica²². Allí se precisó, en relación con las paradas de reloj, que *“resulta prioritario evitar que dichas paradas falseen los datos,”* y que *“el cómputo realista de los plazos de provisión no debe contemplar la concurrencia de dichas paradas de reloj,”* concluyendo que *“al objeto de garantizar unas condiciones de neutralidad y objetividad dirigidas a dotar de la máxima fiabilidad posible a las comparativas de plazos, no se descontarán del citado cómputo incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza.”*

²¹ Resolución, de 14 de septiembre de 2006, sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica, S.A.U. (MTZ 2005/1054).

²² Resolución, de 22 de octubre de 2008, sobre los análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación de Telefónica y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento definido en la oferta de acceso al bucle de abonado (DT 2006-1586).



Posteriormente, en una resolución de modificación de la OBA²³ se examinó específicamente la problemática derivada de la aplicación no siempre justificada de las denominadas paradas de reloj. Se reiteró que *“los tiempos medios de provisión publicados por Telefónica en sus indicadores de calidad no están afectados por paradas de reloj, sean éstas procedentes o no, permitiendo ello a los operadores contrastar de forma fiable los plazos medios de los servicios mayoristas y minoristas de Telefónica.”* Telefónica ya era plenamente consciente de dicha previsión al menos en lo que se refiere a plazos medios, y de hecho formuló en el expediente alegaciones en contra de este criterio.

La argumentación de Telefónica en su recurso es meramente formalista, distinguiendo aparentemente ciertos indicadores de otros en los que viene aplicando criterios divergentes, pero no se ocupa del fondo de la cuestión ni de la finalidad de los indicadores de calidad. Lo esencial es que se ha impuesto a Telefónica la obligación de publicación periódica de unos indicadores de calidad a efectos de controlar el cumplimiento de la obligación de no discriminación. Dichos indicadores de calidad se refieren a servicios mayoristas y minoristas estrechamente relacionados, en los que es muy pertinente una comparación directa de los diversos plazos como primera aproximación al control de la no discriminación.

En dicho contexto, el concepto de parada de reloj viene a introducir modificaciones valorativas en unas medidas que se presumen basadas exclusivamente en datos objetivos, distorsionando su valor comparativo que se deriva de esa relación directa entre unos servicios minoristas y los mayoristas relacionados.

Por consiguiente, debe prevalecer el fin perseguido de contrastar de forma fiable los plazos de los servicios minoristas y mayoristas para facilitar la supervisión de la no discriminación, lo que implica que los plazos medidos no deben ser alterados a posteriori en función de las denominadas paradas de reloj determinadas por Telefónica.

Ello no impide que las paradas de reloj sí deban tenerse en cuenta para reflejar las responsabilidades de eventuales retrasos, a efectos de cálculo de penalizaciones o de determinar si se ha incurrido en alguna responsabilidad por incumplimiento de los plazos estipulados en la oferta de referencia. Pero no deberían alterar el resultado de los indicadores de calidad que ofrecen visión directa de los plazos completos que requiere la entrega de un servicio o la resolución de una incidencia.

En atención a lo anterior, se mantiene el criterio de no descontar del cómputo de plazos, incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza.

- b) Sobre la supervisión de esta Comisión mediante web servicios de los módulos de información, averías y solicitudes de NEON.

El Resuelve noveno de la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, establece lo siguiente:

“Telefónica deberá disponer los mecanismos oportunos para facilitar el acceso de esta Comisión, en modo consulta y mediante técnicas análogas a las empleadas por los operadores (Web Services), a los módulos de la plataforma NEON responsables de la gestión de información, averías e incidencias de provisión del conjunto de servicios mayoristas ofrecidos al amparo de ofertas reguladas, antes del 1 de julio de 2012”.

²³ Resolución, de 2 de abril de 2009, sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en aspectos relacionados con el nivel de calidad del servicio de prolongación del par (DT 2008/196).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para Telefónica, esta obligación supone una infracción amplia del ordenamiento jurídico, dado que, según señala y de forma resumida:

- Se extralimita en las facultades de supervisión establecidas por el artículo 48.3 de la LGTel.
- Se ha dictado sin respetar el principio de intervención mínima fijado en la exposición de motivos de la LGTel.
- Tanto la intervención de la Comisión, como la imposición de la obligación, se han efectuado sin causa justificada, incumpliendo el artículo 11.4 de la LGTel y el artículo 4.2 del Reglamento de Mercados, respectivamente.
- Dicha obligación es desproporcionada, por lo que se conculca el artículo 11.5 de la LGTel.
- La propia obligación no es encuadrable en ninguno de los tipos de obligaciones mayoristas establecidos en los artículos 7 a 12 del Reglamento de Mercados.
- Si esta intervención es considerada como inspección de la CMT a Telefónica, la misma no respetaría los principios de la actividad inspectora y se debería llevar a cabo por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y no por la CMT, en cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 50 de la LGTel.

En primer lugar, debemos señalar que nos encontramos ante la revisión de la propuesta de la oferta de referencia que Telefónica viene obligada a presentar, como consecuencia de las obligaciones de transparencia y no discriminación impuestas al operador como consecuencia del análisis del mercado 5, y la declaración de su condición de operador con poder significativo en el mismo.

En este sentido, el artículo 9 de la Directiva de acceso, que regula la obligación de transparencia, establece que cuando se impongan a un operador obligaciones de no discriminación, las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a dicho operador que publique un oferta de referencia. Asimismo, señala en su apartado segundo, que las autoridades nacionales de reglamentación *“podrán determinar la información concreta que deberá ponerse a disposición, el nivel de detalle exigido y la modalidad de publicación”*.

En los mismos términos se expresa el Reglamento de Mercados, en su artículo 7.

La obligación de facilitar el acceso a esta Comisión a los módulos de la plataforma NEON encuentra cobertura legal en las normas citadas y en la definición del mercado 5, cuya resolución que ahora se recurre supone una más del desarrollo de las decisiones contenidas en la citada Resolución.

Adicionalmente, cabe señalar que conforme al artículo 48.3 de la LGTel, esta Comisión tiene por objeto la supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, y en virtud del artículo 46.1 letra d) tiene atribuida la facultad de requerir en el ámbito de su actuación la información necesaria para el cumplimiento de sus fines.

En contestación a los argumentos de Telefónica, cabe señalar en primer lugar, que el mero acceso en modo consulta a una plataforma informática no puede calificarse en modo alguno de “intervención”, ya que no pretende modificar los datos contenidos en la misma ni orientar en modo alguno la actividad de sus usuarios, es decir, influir en los procesos comerciales entre operadores y Telefónica. Asimismo, no se puede calificar la medida como de “inspección continua”, ya que no persigue objetivos particulares, ni está limitada en el tiempo, ni tiene la consideración formal de actuación previa a la incoación de un expediente.

Por idéntico motivo, tampoco cabe calificar este acceso como una medida “desproporcionada”, ya que guarda relación directa con el objetivo que se persigue, que es precisamente la supervisión de



las obligaciones específicas que Telefónica tiene en relación con sus servicios mayoristas. Para que esta supervisión sea efectiva es necesario disponer de información de primera mano.

Esta información que, como se deduce de la propia Resolución recurrida, procederá de todos los aspectos de los servicios mayoristas a supervisar (gestión de las solicitudes de provisión y su progresión por los sistemas, ciclo de vida de las incidencias asociadas a estos procesos de provisión, gestión de las averías asociadas al servicio, y servicios de información asociados a las infraestructuras de soporte y planta, tales como las bases de datos de las redes de cobre y fibra), es información gestionada por la plataforma NEON. Además, dicha supervisión se verificaría mediante el acceso a la información por los medios ya dispuestos por Telefónica para el resto de usuarios (servicios web), con lo que el impacto de la medida debería ser lógicamente reducido.

De hecho, se trata de una medida de gran eficiencia desde el punto de vista operativo, puesto que se facilitará así a la Comisión la información que necesita de manera rápida, eficaz, barata y ágil para Telefónica, evitando lo que de otro modo serían voluminosas peticiones de información que resultarían engorrosas a la hora de ser atendidas mediante procedimientos manuales.

Respecto de la causa inmediata que justifica la medida, es notoria para esta Comisión, y a ello se ha referido en varias de sus resoluciones²⁴: la existencia de una cierta conflictividad en las relaciones entre Telefónica y los operadores que hacen uso de sus servicios mayoristas regulados. A fin de resolver posibles situaciones contradictorias, donde las versiones de las partes pueden ser profundamente dispares, es preciso disponer de información fiable e independiente, y así pueden considerarse, hasta cierto punto, los datos obtenidos en bruto directamente de la plataforma NEON.

En cuanto a la posible extralimitación del ámbito de aplicación del expediente, que según Telefónica se produciría al extenderse la obligación no sólo a NEBA, sino a todos servicios soportados por NEON, hay que destacar que, en primer lugar, la Resolución recurrida no sólo aborda aspectos de la oferta NEBA, sino que igualmente trata de otros servicios como el indirecto ADSL-IP, fuertemente relacionados con el propio NEBA.

Por otro lado, la plataforma NEON es la que soportará el conjunto de servicios mayoristas regulados, incluyendo, junto a NEBA y ADSL-IP, el acceso al bucle desagregado (OBA), o el servicio AMLT. Se trata de servicios soportados en una misma plataforma y mediante idénticas tecnologías, por lo que facilitar el acceso de esta Comisión a otros servicios adicionales a NEBA debería suponer un esfuerzo marginal.

c) Información de saturación por cuestiones técnicas en el fichero de centrales y nodos.

Telefónica expone que procederá a actualizar el fichero de centrales y nodos con la información de saturación por diferentes cuestiones técnicas, pero que se trata de una obligación que no estaba reflejada en el informe de audiencia y, por lo tanto, no ha sido tenida en cuenta en los desarrollos planificados hasta la fecha, por lo que todavía está ultimando la especificación de los cambios a realizar para poder evaluar su impacto y plazo de disponibilidad.

A ello cabe responder que Telefónica debe implantar la funcionalidad según se indica en la resolución, que es plenamente ejecutiva, ya que de otro modo se suministra una información incompleta que complica a los operadores la provisión de servicios.

²⁴ Resolución sobre traspasos de operadores OBA (DT 2010/1756) y de Revisión de la Oferta AMLT (DT 2011/1216), entre las más recientes.



SEXTO.- Sobre la imposibilidad de proporcionar la provisión de alta de FTTH en un plazo de 10 días.

Esta obligación, según la entidad recurrente, “*resulta en términos generales*” de imposible cumplimiento, concurriendo, por tanto, una causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.c) de la LRJPAC. Telefónica indica que “*si bien el valor medio del tiempo de provisión sobre FTTH alcanzado podría llegar a ser de 10 días, ello no significa que pueda situarse en esta cifra el umbral de penalizaciones*”.

Para Telefónica, el plazo de 10 días establecido en la Resolución recurrida sería aceptable como plazo medio de provisión, pero no como límite máximo aplicable a todas las provisiones. Señala la entidad recurrente, que las paradas de reloj no cubren todas las posibles incidencias que pueden producirse durante los trabajos de instalación de fibra, como serían la existencia de canalizaciones obstruidas o la presencia de problemas técnicos de diversa índole. Es por ello, que la entidad recurrente solicita que se amplíe a 25 días el plazo correspondiente al SLA de provisión de alta sobre FTTH, cifra que, según Telefónica, “*garantizaría al menos que el 95% de las provisiones quedasen excluidas de penalización*”.

Cabe señalar que no se está cuestionando que puedan surgir dificultades como las señaladas por Telefónica en determinadas provisiones de alta, pero no puede considerarse una solución adecuada la extensión del plazo máximo aplicable a todas las solicitudes, ya que para adaptarse a una minoría de situaciones se estaría empeorando las condiciones de prestación de la mayoría. Es por ello que se considera adecuado el enfoque habitualmente contemplado en las ofertas de referencia, por el que se establece que la presencia en determinadas solicitudes de problemas originados por causas ajenas a Telefónica justifica la aplicación de paradas de reloj, de forma que los retrasos que concurren en dichas provisiones de alta pueden verse compensados sin necesidad de recurrir con carácter general a SLA excesivamente relajados.

En relación con el plazo de 10 días establecido por esta Comisión para las solicitudes de alta que se cursen con normalidad, debe tenerse en cuenta que de los datos que presenta Telefónica acerca del servicio minorista FTTH se desprende una reducción de los plazos históricos de provisión superior al 50% en un único semestre- el primero de 2011- hasta situarse el plazo medio de provisión en 6 días. Dicho parámetro evidencia una fuerte tendencia a la baja hacia valores muy inferiores al recogido en la Resolución recurrida, lo que justifica el plazo fijado.

SÉPTIMO.- Rectificación de un error material contenido en la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011.

En el punto 10 del Anexo I de la Resolución de fecha 10 de noviembre, en el que se da contestación a las alegaciones con respecto al contenido del contrato-tipo, se contesta a la alegación de Vodafone en la que solicita que se incluya en el contrato la posibilidad de pagar a Telefónica mediante transferencia bancaria, puesto que la obligación de pago mediante domiciliación implicaría la imposibilidad de validar los cargos previamente a su cobro.

En respuesta a la citada alegación, esta Comisión señala lo siguiente:

“como apunta Vodafone no debería imponerse el pago por domiciliación en las relaciones entre operadores, por lo que el contrato-tipo debe recoger la posibilidad de pago mediante transferencia bancaria”.

No obstante, tal como señala Vodafone, ello no ha sido plasmado en el contrato-tipo de la oferta de referencia, lo que supone la existencia de un error material en dicho texto.



El artículo 105.2 de la LRJPAC establece que las Administraciones Públicas podrán “*rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos*”.

Mediante doctrina jurisprudencial²⁵ se han establecido los requisitos que deben concurrir para la aplicación del mecanismo de la rectificación de errores contemplado en dicho precepto, resultando ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2006 (RJ 2006/1754), en la que se afirma lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Sala como expone el motivo viene realizando una interpretación del error material que puede resumirse o compendiarse del siguiente modo: el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose «prima facie» por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias: Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas, o transcripciones de documentos, que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierta, que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables, que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos, que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica), que no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, y que se aplique con profundo criterio restrictivo” [El subrayado es nuestro].

En este caso, no cabe duda de que se trata de un error manifiesto, que no supone una alteración del contenido material de la resolución de fecha 10 de noviembre de 2011.

En atención a ello, el primer párrafo de la cláusula 8.4 del contrato-tipo contenido en la oferta de referencia, deberá ser rectificado en los siguientes términos:

Dónde dice:

“La puesta al cobro de dicha factura se realizará mediante domiciliación bancaria, en la cuenta de OPERADOR AUTORIZADO que figura en los sistemas de facturación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA o, en su defecto, en las entidades bancarias y cajas de ahorro habilitadas por TELEFONICA DE ESPAÑA, a su presentación al cobro, que constara expresamente en el aviso de pago enviado a OPERADOR AUTORIZADO. En la factura se identificará el periodo en que se podrá realizar el pago”.

Deberá decir:

²⁵ Véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005/2241), 18 de junio de 2001 (RJ 2001/9512), 25 de mayo de 1999 (RJ 1999/5075), 16 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8127), 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), 11 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10065) y 28 de septiembre de 1992 (RJ 1992/8022).



“La puesta al cobro de dicha factura se realizará, a elección del OPERADOR AUTORIZADO, mediante transferencia o mediante domiciliación bancaria, en la cuenta de OPERADOR AUTORIZADO que figura en los sistemas de facturación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA o, en su defecto, en las entidades bancarias y cajas de ahorro habilitadas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, a su presentación al cobro, que constara expresamente en el aviso de pago enviado a OPERADOR AUTORIZADO. En la factura se identificará el periodo en que se podrá realizar el pago”.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U..

En atención a lo anterior, y de conformidad con el Fundamento de derecho Tercero, apartado c) de la presente Resolución, se modifica el último párrafo del apartado 2.3.2 de la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, que queda redactado de la siguiente manera:

“Por lo tanto, Telefónica deberá atender toda solicitud de LAG de varios puertos salvo limitación técnica justificada. Por ello, se debe añadir al documento de procedimientos la opción de disponer de más puertos en el LAG, hasta el máximo de ocho en el caso de puertos GbE, si bien no es necesario que dicha posibilidad esté disponible en la fecha de lanzamiento del servicio”.

SEGUNDO.- Desestimar el resto de las alegaciones presentadas por Telefónica de España S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U.

TERCERO.- Rectificar el error material apreciado en el apartado 8.4 del contrato-tipo contenido en el texto de la oferta de referencia del servicio NEBA, en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Séptimo de la presente Resolución.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, 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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros