



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), y por tanto, en uso de las competencias que le otorga el artículo 25 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 6.1 del citado Reglamento de Régimen Interior,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 32/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 12 de septiembre de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al procedimiento sancionador incoado a Telefónica de España, S.A., por el presunto incumplimiento de la Oferta NEBA (RO 2012/2607).

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra Telefónica de España, S.A. por acuerdo del Consejo de esta Comisión de 29 de noviembre de 2012 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm. 32/13 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denuncia de BT

Con fecha 31 de agosto de 2012, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, BT), solicitando de esta Comisión el



establecimiento de las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento por parte de Telefónica de España, S.A. (en lo sucesivo, Telefónica) de la obligación de puesta a disposición de los operadores de la información de cobertura de fibra en NEBA (documento número 1.1 del expediente administrativo).

En concreto se pone de manifiesto que Telefónica habría denegado dicha información a los operadores que se la habían solicitado, incluso después de la nueva fecha prevista de inicio del servicio NEBA, el 1 de julio de 2012.

SEGUNDO.- Inicio del período de información previa

Con fecha 3 de octubre de 2012 se procedió a abrir un periodo de información previa (con número de expediente DT 2012/2064) con el fin de determinar, con mayor detalle, las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente expediente sancionador. A tal efecto, se requirió a Telefónica para que, en el plazo de diez días, y conforme a lo previsto en el artículo 76.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), remitiera a esta Comisión la siguiente información (documento núm. 1.2):

- *“Detalle de las acciones puestas en marcha para cumplir desde el 1 de julio de 2012 con la obligación de información de cobertura en centrales, edificios y conexiones con fibra NEBA, y estado de implementación de las mismas.*
- *Detalle de los distintos procedimientos mediante los que la información es requerida y obtenida por los operadores.”*

TERCERO.- Alegaciones de Telefónica y contestación al requerimiento de información

Mediante escrito de fecha 17 de octubre de 2012 Telefónica da respuesta a las cuestiones planteadas por esta Comisión (documento núm. 1.3). A tal efecto se detallan las acciones puestas en marcha por esa entidad con el objeto de cumplir, desde el 1 de julio de 2012, con la obligación de información de cobertura en centrales, edificios y conexiones con fibra NEBA, y el estado de implementación de las mismas.

Telefónica describe, en este sentido, los procedimientos mediante los que la información es requerida y obtenida por los operadores. En concreto Telefónica señala que *“ha puesto a disposición de los operadores la relación actualizada de fincas pasadas por FTTH en aquellas provincias donde están en disposición de ofrecer el servicio NEBA FTTH”*.

Asimismo Telefónica comunica que *“ha redactado un acuerdo de confidencialidad que debe firmarse entre Telefónica de España y aquellos operadores que estén en disposición de proporcionar el servicio NEBA.”*

El procedimiento seguido para proporcionar la información de fincas pasadas a los operadores es, de conformidad con el escrito de Telefónica, el siguiente:



1. *“El operador solicita la prestación del servicio NEBA en un sector determinado (mediante la solicitud de alta de un pPAI-E).*
2. *Telefónica de España y el operador firman el acuerdo de confidencialidad (...) con el objeto de proteger la información puesta a disposición de los operadores.*
3. *Una vez el operador esté en disposición de ofrecer el servicio NEBA (el pPAI-E está operativo, pudiéndose ya realizar solicitudes de conexiones de cliente final), se le hará entrega de la información de las fincas pasadas que necesita.”*

Finalmente se indica que, a fecha del escrito (17 de octubre de 2012), únicamente BT habría completado el proceso, habiéndosele remitido un archivo con información de fincas pasadas en las zonas geográficas de interés para esa operadora.

CUARTO.- Incoación del procedimiento sancionador

Considerando esta Comisión que existían indicios de una posible infracción administrativa, con fecha 29 de noviembre de 2012 el Consejo aprobó la Resolución por la que se acuerda la apertura del presente procedimiento sancionador contra Telefónica, como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el apartado r) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel), y consistente en el incumplimiento de la Oferta de Referencia para el Nuevo servicio mayorista Ethernet de Banda Ancha NEBA¹, y de las obligaciones de transparencia y no discriminación establecidas en la Resolución MTZ 2008/626 de fecha 22 de enero de 2009² (en adelante, Resolución de los Mercados 4 y 5) (doc. 2.1 del expediente).

El acuerdo de inicio fue notificado a Telefónica el día 3 de diciembre de 2012, según consta debidamente acreditado en el expediente (doc. 2.2). Asimismo el citado acuerdo de apertura fue comunicado a la instructora en fecha 20 de diciembre (doc. 2.3).

QUINTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

Con fecha 21 de enero de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica (documento núm. 4).

En síntesis las alegaciones contenidas en el escrito se refieren a las siguientes cuestiones:

¹ Aprobada por la Resolución DT 2011/738, de 10 de noviembre de 2011.

² Por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a una 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 y la imposición de obligaciones específicas.



- a) Falta de firmeza de la Resolución de 10 de noviembre de 2011, sobre la propuesta de Oferta de Referencia del servicio NEBA (en lo sucesivo, Resolución por la que se aprueba la Oferta NEBA) y de la Resolución de 11 de abril de 2012, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la misma. Se indica por la operadora que ambas resoluciones se encuentran recurridas ante la Audiencia Nacional, por lo que se considera que las mismas no son firmes, al poder ser declaradas nulas en vía jurisdiccional.
- b) Vulneración del secreto comercial y empresarial de Telefónica. Se señala que la imposición de la obligación, en los términos expuestos, conlleva la vulneración del secreto comercial y empresarial de Telefónica.
- c) Telefónica ha cumplido la obligación impuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Alega Telefónica que la obligación impuesta de proporcionar las fincas pasadas por fibra es una obligación de carácter finalista, de resultado, y en este sentido, la información que viene proporcionando esa entidad cumple con el objetivo perseguido en la obligación impuesta. Se afirma, a tal efecto, que desde la entrada en vigor de la Resolución por la que se aprueba la Oferta NEBA, Telefónica ha puesto a disposición de los operadores interesados los medios necesarios para que éstos puedan acceder a la información de edificios pasados con fibra NEBA a nivel nacional. En este sentido se indica que, todos los operadores, interesados o no en contratar el servicio NEBA, tienen acceso a la información a través de dos ficheros puestos a su disposición: el Fichero de relación de centrales colectoras fibra/centrales cobre y el Fichero de previsión de cobertura de fibra (Ficheros 0 y 1 de cobertura FTTH, respectivamente), además del Web Service de información de cobertura. De esta manera, se afirma, los operadores han podido y pueden realizar las consultas de los ficheros de cobertura FTTH que han considerado necesarias a través de la solución puesta a disposición por Telefónica.
- d) Concepto de operador interesado

Telefónica alega que operador interesado no es cualquier operador ni tampoco aquel que pide información pero que no tiene interés real en prestar el servicio. Operador interesado, a su entender, es aquél que demuestra un objetivo legítimo, que realmente tiene intención de prestar el servicio y que, con sus actos, evidencia un comportamiento leal. Así por operador interesado ha de entenderse, en su opinión, aquél que tiene un punto de presencia en una determinada zona/provincia.

- e) Inexistencia de daño a los operadores, tanto a los interesados como a los no interesados

Insiste el escrito de alegaciones en que la información existente permite a los operadores utilizar NEBA FTTH, desplegar fibra, ser competitivo y establecer un plan de negocio, luego el objeto de la resolución se cumple. Se señala, además, que el interés real de los operadores en la utilización del servicio NEBA FTTH ha sido mínimo, no existiendo, por tanto, perjuicio alguno en este sentido.



- f) No se dan en la conducta de Telefónica los elementos esenciales para que exista una infracción administrativa.

Considera Telefónica que la Resolución por la que se inicia el presente procedimiento sancionador resulta arbitraria, desproporcionada y contraria a Derecho por ausencia de los elementos esenciales para que exista infracción administrativa, señalándose, a tal efecto, los siguientes:

- Falta del requisito de la antijuricidad. A tal efecto, considera que no sólo ha creado un procedimiento para poner a disposición de los operadores interesados la información de fincas pasadas, sino que además existen, y están a disposición de los mismos, ficheros o web services que les permiten ver la información en la que estén interesados.
- Falta del requisito de tipicidad. Telefónica afirma desconocer cuál es el hecho infractor que se le imputa, ya que considera que ha cumplido con la obligación impuesta de poner a disposición de los operadores interesados la información sobre las fincas pasadas con FTTH a pesar de entender y defender que ésta era una obligación contraria a Derecho, lo que ha efectuado, en su opinión, con total transparencia y sin discriminación alguna.
- Falta del requisito de culpabilidad. En este sentido se afirma que no ha existido en la conducta de Telefónica ni dolo ni tampoco imprudencia alguna. Considera, por tanto, que ha actuado en todo momento de buena fe y en la plena creencia de estar actuando dentro de la más estricta legalidad, habiendo previsto incluso un procedimiento *ad hoc* para cumplir esa concreta obligación.

Como consecuencia de todo lo expuesto, Telefónica solicita que, por parte de esta Comisión, se declare la inexistencia de infracción alguna y se proceda al archivo del expediente.

SEXO.- Declaración de confidencialidad

De conformidad con lo solicitado por Telefónica, con fecha 14 de marzo de 2013 se procedieron a declarar confidenciales los datos calificados como tales en el escrito de alegaciones presentado por Telefónica (documento núm. 5).

SÉPTIMO.- Requerimientos de información

Por resultar necesario para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas del asunto de referencia, con fecha 22 de marzo de 2013 se formuló requerimiento de información a aquellos operadores que están utilizando el servicio NEBA FTTH³ (en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concreto, BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U.; Idecnet, S.A.; R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A.; Sarenet, S.A.; Euskaltel, S.A. y Grupalia Internet, S.A.) (documentos 6 a 11), con el fin de que informasen a esta Comisión sobre los siguientes extremos:

a. Si para la prestación de servicios NEBA FTTH había hecho uso del fichero de áreas de cobertura de fibra óptica en edificios en los términos previstos en el apartado 3.3.2 de la Oferta NEBA de Telefónica, en el que se establece lo siguiente:

“Los operadores dispondrán de un Web Service que ofrecerá la URL⁴ a través de la cual el operador podrá descargar un fichero con un listado de los edificios (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca) en los que pueden suministrarse conexiones de fibra”.

b. Si, en su caso, habían obtenido la anterior información completa a nivel nacional o exclusivamente la referida a aquellas provincias/zonas en las que disponían de un pPAI⁵ para la prestación de servicios NEBA. Se solicitaba que indicasen, asimismo, si habían obtenido la información antes o después de disponer de pPAI operativos.

c. Si la anterior información la habían obtenido mediante la descarga de los datos a través del URL suministrado por un Web Service, o bien por otro medio distinto.

d. En el supuesto de no haber accedido a la información completa del fichero mencionado en el apartado a), se requería que indicasen las razones por las cuales no había tenido lugar dicho acceso.

e. Finalmente se solicitó información sobre las consecuencias concretas que, en su caso, hubiera supuesto para esa entidad el hecho de no haber accedido a la información contenida en el fichero mencionado en el apartado a) en los términos allí previstos.

OCTAVO.- Respuestas a los requerimientos de información.

³ Fibre to the Home.

⁴ *Uniform Resource Locator*, localizador de recursos uniforme. Es la cadena de caracteres con la cual se asigna una dirección única a cada uno de los recursos de información disponibles en Internet, como por ejemplo <https://sede.cmt.gob.es/> para la plataforma para realizar trámites *on line* con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

⁵ Puerto del Punto de Acceso Indirecto, en el cual el operador concentrará las conexiones procedentes de varios usuarios de origen pertenecientes al mismo operador, y hará entrega del servicio.



Durante el mes de marzo de 2013 se fueron recibiendo las respuestas a los requerimientos de información formulados en el anterior antecedente de hecho (documentos 12 a 16 y 20 del expediente administrativo).

NOVENO.- Remisión a Telefónica de las respuestas a los requerimientos de información.

Con fechas 10 y 17 de mayo se remitió a Telefónica copia de los requerimientos de información efectuados así como de las respuestas recibidas al respecto (documentos 19 y 21).

DÉCIMO.- Ampliación de alegaciones de Telefónica.

Mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2013 la entidad Telefónica presenta un nuevo escrito de alegaciones (documento 22), en el que básicamente se señala lo siguiente:

- Que ha proporcionado a los operadores la información que han demandado en función de sus necesidades y requerimientos.
- Que el despliegue de NEBA FTTH está siendo moderado, puesto que, en el momento actual sólo dispone de 37 altas de fibra en planta desde que el 1 de julio de 2012 se declarase disponible el servicio en su fase precomercial.
- Que es cierto que en un principio la postura de Telefónica fue la de proporcionar la información de fincas pasadas tras la firma de un acuerdo de confidencialidad y sólo en aquellas provincias en que el operador estuviese en condiciones de dar de alta líneas NEBA, pero que, a medida que los operadores han mostrado interés real en la contratación y desarrollo del servicio NEBA, Telefónica ha ido flexibilizando su posición, proporcionando información de fincas pasadas aun sin tener pPAIs operativos. Se adjunta, a tal efecto, copia de las respuestas remitidas a los distintos operadores sobre esta cuestión.

UNDÉCIMO.- Propuesta de resolución de la instructora.

Con fecha 26 de junio de 2013 la instructora del expediente emitió la correspondiente propuesta de resolución (documento 23.2) en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar el hecho considerado probado y analizar los fundamentos de Derecho aplicables al caso, propuso resolver lo siguiente:

PRIMERO.- Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta de Referencia para el Nuevo servicio mayorista Ethernet de Banda Ancha NEBA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. una sanción por importe de un millón trescientos mil euros (1.300.000 de euros) por la anterior conducta.

Dicha propuesta de resolución fue notificada a Telefónica el 27 de junio de 2013 (documento 23.3).

DUODÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Telefónica.

Durante el trámite de audiencia y mediante escrito de fecha 26 de julio de 2013, Telefónica formuló las alegaciones que estimó pertinentes sobre la propuesta de resolución formulada por la instructora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador) (documento 24).

Las alegaciones de Telefónica son analizadas en detalle a lo largo de la presente Resolución.

En el referido escrito solicita, asimismo, la apertura de un período probatorio, así como la declaración de confidencialidad de determinados datos reseñados como tales en el mismo.

DECIMOTERCERO.- Denegación de apertura de prueba

Mediante escrito de la instructora, de fecha 30 de julio de 2013, se acuerda denegar la apertura del período de prueba y de la práctica de la prueba en los términos solicitados por Telefónica, al no considerarse la misma necesaria para poder valorar nuevos hechos que repercutan a favor de la entidad (documento 25).

DECIMOCUARTO.- Declaración de confidencialidad

De conformidad con lo solicitado por Telefónica, con fecha 26 de agosto de 2013 se procedieron a declarar confidenciales los datos calificados como tales en el escrito de alegaciones presentado por Telefónica (documento núm. 26).

II

CONTEXTO EN EL QUE SE SITÚA EL PROCEDIMIENTO

En el ejercicio de las funciones que corresponden a esta Comisión para definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, con fecha 22 de enero de 2009 se adoptó una resolución mediante la que se aprueba la



definición y el análisis del 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 y la imposición de obligaciones específicas (MTZ 2088/626).

Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea se definieron los siguientes mercados (mercados 4 y 5):

1. Acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija.
2. Acceso de banda ancha al por mayor. Este mercado comprende el acceso no físico o virtual a la red, incluido el acceso indirecto, en una ubicación fija.

Dicha resolución determinó que Telefónica tenía individualmente poder significativo en los referidos mercados de referencia. En consecuencia, en la misma se imponen a Telefónica obligaciones de dar acceso, de aplicar unos precios orientados a costes, de transparencia, de no discriminación y de separación contable.

En particular, en el marco del análisis del mercado 5 se impuso a Telefónica el deber de ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha, que permitiese sustituir a los servicios mayoristas de acceso indirecto conocidos como GigADSL y ADSL-IP, con el fin de que los operadores alternativos pudieran ofrecer a sus clientes finales servicios independientes de las ofertas minoristas de Telefónica.

Esta oferta mayorista, denominada Nuevo Servicio Ethernet de Banda Ancha (NEBA) nace también con el objetivo de permitir el acceso a terceros a la nueva red de fibra de Telefónica, facilitando la migración de las conexiones mayoristas basadas en la red actual de pares de cobre.

El nuevo servicio NEBA de Telefónica fue aprobado por esta Comisión mediante la Resolución de 11 de noviembre de 2010 (expediente DT 2009/497), que viene a regular las especificaciones técnicas del servicio y el calendario para su implantación y disponibilidad por etapas.

Tras remitir Telefónica su propuesta de Oferta de Referencia, esta Comisión inició un procedimiento administrativo de revisión de la misma (DT 2011/738), el cual finalizó con la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta de Referencia del nuevo servicio mayorista de banda ancha NEBA, y en el que se incluye, entre otras cuestiones, la obligación de Telefónica de poner a disposición de los operadores la información de cobertura de fibra óptica en edificios, a fin de permitirles una adecuada planificación comercial, estableciéndose, como fecha límite para su disponibilidad, el 1 de enero de 2012.

Contra la anterior Resolución se interpuso por Telefónica recurso de reposición, el cual fue resuelto en fecha 11 de abril de 2012 (AJ 2011/2739) mediante resolución en la que se



vinieron a ratificar las condiciones de cumplimiento de la obligación de dar información de cobertura de fibra en NEBA en los términos previstos en la Oferta de Referencia aprobada por esta Comisión.

Debe tenerse en cuenta, finalmente, que el 26 de abril de 2012 se aprobó la revisión del calendario de implantación del servicio NEBA, modificándose la fecha de inicio de la disponibilidad de la información de cobertura FTTH, que pasó a ser el 1 de julio de 2012.

III

HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente y de los actos de instrucción practicados ha quedado probado, a los efectos del procedimiento de referencia, el siguiente **HECHO**:

ÚNICO.- Telefónica no ha puesto a disposición de terceros operadores la información sobre cobertura de fibra requerida por la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta NEBA.

Tal hecho probado resulta del análisis de las actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado.

En efecto, la referida entidad no ha cumplido con su obligación de poner a disposición de los operadores, mediante un archivo descargable, la información de cobertura de fibra óptica en edificios a nivel nacional, establecida en el apartado 3.3.2 de la Oferta de Referencia NEBA, aprobada por esta Comisión⁶, en la que expresamente se señala lo siguiente:

“Los operadores dispondrán de un Web Service que ofrecerá la URL a través de la cual el operador podrá descargar un fichero con un listado de los edificios (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca) en los que pueden suministrarse conexiones de fibra.

El Web Service indicado forma parte del conjunto de servicios de información OBA.

El operador obtendrá mediante este listado una visión global de la cobertura de fibra, que podrá completar con el detalle de la consulta de cobertura de conexiones.”

En el propio escrito de alegaciones presentado por Telefónica el 21 de enero de 2013 la operadora indica que únicamente ha establecido un procedimiento para dar cumplimiento a esta obligación “en aquellas provincias donde los operadores están en disposición de

⁶ Mediante Resolución de 10 de noviembre de 2011, sobre la Oferta de Referencia del servicio NEBA (DT 2011/738), y Resolución de 11 de abril de 2012, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la misma (AJ 2011/2739).



ofrecer el servicio NEBA FTTH”, señalándose, asimismo, que el procedimiento para proporcionar dicha información es el siguiente:

4. *“El operador solicita la prestación del servicio NEBA en un sector determinado (mediante la solicitud de alta de un pPAI-E).*
5. *Telefónica de España y el operador firman el acuerdo de confidencialidad (...) con el objeto de proteger la información puesta a disposición de los operadores.*
6. *Una vez el operador esté en disposición de ofrecer el servicio NEBA (el pPAI-E está operativo, pudiéndose ya realizar solicitudes de conexiones de cliente final), se le hará entrega de la información de las fincas pasadas que necesita.”*

De hecho, en el segundo escrito de alegaciones aportado por Telefónica, de fecha 29 de mayo de 2013, este operador reconoce que en un principio su postura fue la de proporcionar la información de fincas pasadas sólo en aquellas provincias en las que el operador estuviese en condiciones de dar de alta líneas NEBA, y que actualmente está flexibilizando su posición proporcionando esta información aun sin tener pPAIs operativos.

No obstante de las respuestas a los requerimientos de información formulados a los operadores y de las propias alegaciones efectuadas por Telefónica se desprende que la información continúa limitándose geográficamente a los operadores que han solicitado el servicio NEBA.

Tampoco se está entregando la información de conformidad con el procedimiento establecido en la Oferta NEBA (a través de un Web Service en el que se ofrezca la URL desde donde se pueda descargar el listado a nivel nacional), sino que se está aportando esta información mediante listados parciales remitidos por mail, y que se actualizan, en principio, mensualmente.

En el mismo sentido se han manifestado la mayoría de los operadores que están utilizando el servicio NEBA FTTH en las respuestas a los requerimientos de información formulados por esta Comisión, escritos en los que se afirma que el fichero de áreas de cobertura de fibra óptica en edificios no se encuentra disponible en los web service de Telefónica, y que, en su lugar, lo que se viene ofreciendo, es información sobre las fincas pasadas por FTTH en aquellas provincias en las que los operadores tienen pPAIs operativos (y excepcionalmente solicitados), información que, por otro lado, se sujeta a la firma de un acuerdo de confidencialidad.

La propia Telefónica, en el escrito de alegaciones presentado en relación con la propuesta de resolución de la instructora, de fecha 26 de julio de 2013, señala que ha puesto a disposición de los operadores la información sobre el despliegue de fibra mediante otro mecanismo alternativo, consistente en un sistema de consulta individualizado, sistema que considera más eficiente que el establecido en la oferta NEBA, y en el que la responsabilidad de la búsqueda corresponde a los operadores interesados en lugar de a Telefónica.



Se ha constatado, asimismo, que el servicio de consulta Web Service, establecido por Telefónica para obtener las direcciones (URL) de descarga de ficheros, suministra las direcciones correspondientes al resto de ficheros previstos en la OBA y en la oferta NEBA, pero no suministra dirección alguna para el fichero de cobertura FTTH.

Así pues, la conclusión es clara respecto a la cuestión esencial del procedimiento: Telefónica no ha establecido el *“Web Service que ofrecerá la URL a través de la cual el operador podrá descargar un fichero con un listado de los edificios (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca) en los que pueden suministrarse conexiones de fibra.”*

Telefónica ha venido imponiendo, en efecto, una restricción de índole temporal en el suministro de la información, puesto que ha estado reteniendo la información postergando su entrega hasta la constitución de un pPAI.

Ha aplicado también una restricción en cuanto al contenido de la información, puesto que ha facilitado la misma de manera incompleta, limitándola a las provincias en las que el operador dispone de pPAI.

Ha modificado, asimismo, el procedimiento establecido para la entrega de la información, que debería ser a través de un Web Service en el que se ofrezca la URL desde donde se pueda descargar el listado a nivel nacional, y no mediante el envío de listados parciales a través de correo electrónico, ni mediante la ejecución automatizada de consultas edificio por edificio.

Dichas restricciones de alcance han sido aplicadas por Telefónica unilateralmente al margen de lo establecido en la oferta NEBA, oferta en la que no se admite ningún tipo de limitación geográfica ni condición adicional alguna.

En efecto, esta Comisión ha especificado sin ambigüedad alguna el tipo de información que Telefónica debía suministrar, el modo de facilitarla y la fecha para su plena efectividad (el 1 de julio de 2012), a pesar de lo cual Telefónica no ha puesto, a día de hoy, dicha información a disposición de los operadores en los términos establecidos.

Como consecuencia de lo expuesto cabría afirmar lo siguiente:

- Telefónica no ha facilitado desde el 1 de julio de 2012 a los operadores que se lo han solicitado *“un fichero con listado de los edificios (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca) en los que pueden suministrarse conexiones de fibra”* a nivel nacional, ni ha establecido una dirección (URL) en la que pueda descargarse dicho fichero, ni implantado un Web Service que ofrezca la URL a través de la cual el operador pueda descargarse dicho fichero.



En conclusión, Telefónica no ha llevado a cabo las acciones indicadas por la resolución cuyo incumplimiento se examina en el presente procedimiento.

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

IV

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador.

Entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.4 e), la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios [...]”*.

Por su parte, el artículo 48.4 g) de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la función de *“definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley”*.

Por último, según dispone el artículo 48.4 j) de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley”*.

En ejecución de sus competencias, esta Comisión dictó, en fecha 22 de enero de 2009, la Resolución de los mercados 4 y 5. Asimismo, por Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, se aprobó la Oferta de Referencia del servicio NEBA (DT 2011/738), la cual constituye una medida de implementación de las obligaciones ya contenidas en la Resolución de los Mercados 4 y 5.

En aplicación de los preceptos citados, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para conocer sobre las conductas mencionadas en los antecedentes de hecho y resolver sobre el incumplimiento de las Resoluciones mencionadas, de conformidad con el artículo 53 r) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, el Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver este procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58 a) 1º de la LGTel.

SEGUNDO.- Tipificación del hecho probado.



El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

En particular, tal y como consta en el Resuelve Primero del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Telefónica por existir indicios de *“incumplimiento de la Oferta de Referencia para el Nuevo servicio mayorista Ethernet de Banda Ancha NEBA, aprobada por la Resolución DT 2011/738, de 10 de noviembre de 2011, y de las obligaciones de transparencia y no discriminación establecidas en la Resolución MTZ 2008/626 de fecha 22 de enero de 2009 por la que se aprobó la definición y el análisis del 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 y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea⁷.”*

Del análisis llevado a cabo en la instrucción del presente expediente, así como de las consideraciones que se han vertido en el Hecho Probado Único, se concluye que Telefónica no ha puesto a disposición de los operadores, desde el 1 de julio de 2012, fecha en la que debía estar completamente implementada la obligación establecida, la información sobre cobertura FTTH en edificios, en los términos establecidos en el apartado 3.3.2 de la Oferta NEBA.

Se procede a analizar, a continuación, las cuestiones principales planteadas por Telefónica en sus escritos de alegaciones (en particular, en sus escritos de alegaciones al inicio del procedimiento y a la propuesta de resolución formulada por la instructora):

- Tipicidad de la conducta.
- Ejecutividad de las resoluciones administrativas.
- Obligaciones establecidas en la Oferta NEBA. Naturaleza jurídica de la obligación de información a los operadores
- Obligaciones de transparencia y no discriminación
- Secreto comercial y empresarial de Telefónica.

⁷ No obstante, tal y como se detallará más adelante, la resolución del presente procedimiento se centra exclusivamente en la existencia de una infracción derivada del incumplimiento de Resolución de 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta NEBA,



- Concepto de operador interesado.

Apartado 1. Tipicidad de la conducta.

Según Telefónica, el Acuerdo de incoación vulnera el principio de tipicidad que debe regir todo procedimiento sancionador. Se señala, a tal efecto, que Telefónica ha sido totalmente transparente en sus actuaciones y no ha discriminado a los operadores interesados en forma alguna, puesto que desde la entrada en vigor de la obligación establecida por esta Comisión, ha venido realizando distintas actuaciones y trabajos, tales como la preparación de ficheros o la elaboración de un acuerdo de confidencialidad, derivando todo ello en el establecimiento de un procedimiento para la puesta a disposición de los operadores de la relación actualizada de fincas pasadas por FTTH en aquellas provincias donde están en disposición de ofrecer el servicio NEBA FTTH.

La operadora menciona lo dispuesto en el artículo 129 LRJPAC, en donde se recoge el principio de tipicidad que requiere la precisa definición de la conducta que la Ley considere constitutiva de infracción e igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse. De esta forma, se alega, queda garantizado otro principio constitucional como es el de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la Constitución y se hace patente, junto a la existencia de una *“lex praevia”* que impone el principio de legalidad, el requisito de una *“lex certa”*. Por tanto, para que exista una conducta típica debe apreciarse una identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en abstracto por la norma jurídica, es decir, homogeneidad del hecho real con los elementos normativos que fundamenta el contenido material de injusto (como conducta prohibida) de las situaciones que dan lugar a la actuación sancionadora de la Administración, circunstancia que, en su opinión, no se da en el presente expediente.

Telefónica afirma, en este sentido, que desconoce el tipo infringido que se le imputa, ya que considera que ha cumplido con la obligación impuesta, a pesar de entender y defender que es una obligación contraria a Derecho, con total transparencia y sin discriminación alguna.

Procede rechazar esta alegación, puesto que el artículo 53 r) de la LGTel define claramente la infracción imputada como *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, (...)”*, tipo de infracción que ha de integrarse, efectivamente, con la resolución determinada cuya infracción se postule que, en el presente procedimiento, está constituida por la citada Resolución de 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta NEBA.

En efecto, y en contra de lo que señala Telefónica, en el presente caso no hay vulneración del principio de tipicidad. La tipicidad, manifestación del principio de legalidad, consagrado en el artículo 129 de la LRJPAC, exige que la infracción esté prevista por una norma con rango de ley (garantía formal) y que la norma punitiva predetermine tanto la conducta ilícita como la sanción, permitiendo predecir anticipadamente y con suficiente grado de certeza las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conductas que constituyen infracción (garantía material). Por todas, baste ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/2002, de 9 de mayo.

En relación con esta cuestión, la sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de junio de 2005, referente a una sanción impuesta por esta Comisión por la comisión de un tipo infractor similar al del presente expediente (artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, equivalente al actual artículo 53 r), señala expresamente lo siguiente:

“El segundo motivo de impugnación formulado por la entidad actora se refiere a la vulneración del principio de tipicidad toda vez que se le imputa y sanciona por el incumplimiento de la resolución de 28 de febrero de 2002 que le impone la realización de los «mejores esfuerzos» y, sin embargo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le sanciona por no haber hecho efectiva la implantación de enlaces de interconexión, no deduciéndose del expediente sancionador la interpretación que la Administración daba al mandato por cuyo incumplimiento se le sanciona.

A la Administración, que tiene atribuida la potestad sancionadora, incumbe subsumir los ilícitos administrativos en el tipo infractor adecuado. El tipo definido en el artículo 79.15 de la LGT pretende evitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la obstrucción del ejercicio de sus competencias y así el bien jurídico protegido no se deduce de la actividad realizada en la prestación de los servicios sino en el incumplimiento de la resoluciones dictadas por la misma en el ejercicio sus funciones. Con ello se deja a salvo la autoridad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la defensa de los intereses públicos esenciales en el mercado de las telecomunicaciones que impone la ejecutividad de la resoluciones dictadas en el ejercicio de sus competencias y su cumplimiento por los operadores regulados.”

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2008 (RJ 2008\2987) que viene a resolver el recurso de casación interpuesto contra la anterior sentencia, señala expresamente lo siguiente:

“Cabe, asimismo, descartar que el tipo infractor definido en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, pueda calificarse de «norma penal en blanco», contrario a los principios de tipicidad y de legalidad, como sostiene la entidad recurrente en la fundamentación del tercer motivo de casación, en cuanto debe integrarse con el contenido de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que permite determinar con precisión y certeza el contenido de la obligación cuyo incumplimiento se reprocha al presunto infractor.

(...) no cabe tachar de imprecisas las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...) ya que establecen las obligaciones que competen a Telefónica de España, S.A.U. en su calidad de operador dominante, vinculado a la



obligatoriedad de la Oferta de Interconexión de Referencia 2001, de realizar las adaptaciones del modelo de interconexión por capacidad en un período máximo de 60 días naturales desde su entrada en vigor.”

En el mismo sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006 (RJ 2006\4481) y del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2005 (RTC 2005\242).

Por tanto, cabe afirmar expresamente que el incumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está perfectamente tipificado, siendo además la resolución incumplida clara en cuanto a su contenido. Es preciso destacar aquí cómo la puesta a disposición de los operadores de la información sobre cobertura FTTH en edificios en los términos establecidos en el apartado 3.3.2 de la Oferta NEBA constituye un mandato específico a Telefónica.

Debe tenerse en cuenta que las resoluciones de la Comisión no constituyen meras declaraciones sin fuerza vinculante, sino verdaderas obligaciones individuales o mandatos. El mandato, esencialmente, constituye un deber positivo de hacer o una prohibición concreta y, en virtud del principio de ejecutividad de los actos administrativos, en caso de incumplimiento, la Administración puede proceder a la ejecución forzosa, conforme a las normas generales del procedimiento administrativo (artículos 93 a 100 LRJPAC). Pues bien, en el caso que nos ocupa existe una obligación específica establecida para Telefónica (tipificación). El incumplimiento de este deber, tal y como ha quedado acreditado en el Hecho Probado, conlleva la comisión de la correspondiente infracción administrativa.

En efecto, el apartado 3.3.2 de la Oferta NEBA contiene un mandato específico y concreto para Telefónica, el cual agota su alcance en una situación concreta. No se define una situación general y unos deberes generales, sino que se establece una obligación específica para Telefónica en su condición de operador con poder significativo de mercado en el Mercado de Banda Ancha (Mercado 5). El incumplimiento de este mandato es el que comporta, pues, la posibilidad de incluir la conducta en el tipo específico por el cual se ha iniciado el presente procedimiento sancionador.

La tipificación de la infracción resulta, por tanto, ajustada a Derecho.

Apartado 2. Ejecutividad de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Telefónica, en su escrito de alegaciones, plantea la falta de firmeza de la Resolución de 10 de noviembre de 2011, sobre la propuesta de oferta de referencia del servicio NEBA y de la Resolución de 11 de abril de 2012, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la misma. Se indica, en este sentido, que las precitadas resoluciones están recurridas ante la Audiencia Nacional, por lo que considera que no son firmes al poder ser declaradas nulas en vía jurisdiccional.



En relación con este aspecto, Telefónica es plenamente conocedora de que, de conformidad con el artículo 57 de la LRJPAC, *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*. Esta ejecutividad supone que el acto administrativo produzca sus efectos propios desde el momento en que es adoptado.

Como ha venido declarando el Tribunal Supremo, en torno a los principios de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución) y presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la LRJPAC), la doctrina general sobre la ejecutividad inmediata de los actos administrativos es reiterada y pacífica.

Así, por ejemplo, en su sentencia de 13 de enero de 1995⁸, el Tribunal Supremo señala que *“la prerrogativa que supone el principio de ejecutividad de los actos administrativos tiene como justificación la protección de la realización de los fines encomendados a la Administración, que no pueden ser obstaculizados por la mera interposición de recursos contra ellos por los particulares [...]”*

En su sentencia de 21 de marzo de 2001⁹, el mismo Tribunal indica que *“una doctrina reiterada de este Tribunal Supremo tiene declarado que el artículo 103.1 de la Constitución sanciona el principio general de eficacia de la actuación administrativa como lógica derivación de la presunción de legalidad y validez de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 de la [LRJPAC], dando lugar a la regla general de la ejecutividad, que se mantiene aunque se interponga recurso jurisdiccional [...]”*.

La sentencia de 25 de septiembre de 2002¹⁰, expresamente recoge que *“los actos administrativos son ejecutivos [...] y la interposición de recursos administrativos o contencioso-administrativos no impiden su ejecución [...], salvo que se decrete la suspensión”*.

En los mismos términos, la sentencia de 20 de junio de 2011¹¹ indica que *“ante la ejecutividad de los actos administrativos, la efectividad de la tutela judicial se satisface facilitando que esa ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal, que, con la información y la contradicción que resulten menester, resuelva sobre su suspensión. Solamente serían contrarios al mencionado derecho fundamental los obstáculos insalvables a esa fiscalización.”*

⁸ RJ\1995\84.

⁹ RJ\2001\5914.

¹⁰ RJ\2003\159.

¹¹ (RJ 2011\5464)



Finalmente cabría destacar lo dispuesto en la sentencia de 23 de junio de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha¹² en donde se señala que, *“en el sector de las telecomunicaciones, en el que cabe ubicar la presente controversia, en defecto de previsión legal ad hoc, resultan de aplicación las reglas generales sobre la ejecutividad de los actos administrativos, a tenor de las cuales lo normal es que la Administración pueda ejecutar sus propios actos [...]”*. Concluye señalando el Tribunal que, en relación con la interposición de una solicitud de suspensión en vía jurisdiccional, *“la aceptación incondicionada y sin matiz alguno de la tesis de que la solicitud de suspensión en vía jurisdiccional conlleva, automáticamente, el desapoderamiento absoluto de la Administración para ejecutar sus propios actos, comportaría, con toda probabilidad, la quiebra del principio constitucional de eficacia, [...] con grave perjuicio para el interés general, cuya satisfacción exige no sólo que se respeten los derechos fundamentales de las personas, y más concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), sino también que se concilie en la medida de lo posible la protección de esos derechos con la celeridad de la actuación administrativa de ejecución de sus propios actos o resoluciones mientras éstos gocen de la presunción legal de validez [...] y conserven su ejecutividad con arreglo a las prescripciones legales”*.

Por último, y de manera inequívoca, en la sentencia de 20 de diciembre de 2006¹³ el Tribunal Supremo señala que *“desde el punto de vista de la resolución sancionadora de la que deriva el presente recurso no puede sostenerse que la hipotética suspensión de la primera de ambas resoluciones y, menos aún, su mera solicitud, originara automáticamente la inviabilidad de incoar un procedimiento sancionador por su incumplimiento o de finalizarlo con la correspondiente sanción. Es claro que tanto si se suspendía la citada resolución como si no, el procedimiento sancionador estaba en todo caso condicionado por el resultado del recurso contra la misma, de tal manera que si éste triunfaba el procedimiento sancionador quedaba invalidado. Pero una cosa es esa dependencia y otra que no pudiese incoarse y finalizarse el procedimiento sancionador, tanto más necesario cuanto que estaba en juego el interés público en el cumplimiento de resoluciones cuya eficacia depende de su puntual acatamiento, tanto temporal como en cuanto a su contenido, como lo son las de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que se producen en un ámbito de rápida evolución”*.

En definitiva, la mera interposición de un recurso en vía jurisdiccional, no puede poner en cuestión la presunción de eficacia de los actos administrativos tal como prevé nuestro Ordenamiento Jurídico y de conformidad con los dictados jurisprudenciales en la materia. Aceptar que la interposición de un recurso exige el cese de toda actuación administrativa resultaría contrario a la presunción de legalidad y validez de los actos administrativos, de la cual el principio constitucional de eficacia supone el lógico corolario.

Apartado 3. Obligaciones establecidas en la Oferta NEBA

¹² RJCA\2006\776.

¹³ RJ\2007\166.



Tal y como ya se ha señalado, en la Resolución de 10 de noviembre de 2011 esta Comisión revisó y aprobó la Oferta de Referencia del nuevo servicio mayorista de banda ancha NEBA verificando su adecuación a los requisitos regulatorios. En la Oferta se recoge la obligación de poner a disposición de los operadores la información de cobertura NEBA a nivel de centrales, edificios y conexiones por medio de plataformas de Web Services, obligación que, tal y como ya se ha señalado, fue plenamente confirmada en la Resolución de esta Comisión, de fecha 11 de abril de 2012, mediante la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la misma (AJ 2011/2739).

Con respecto a la información de cobertura relativa a los edificios sobre los que pueden establecer conexiones de fibra, en la Oferta quedó establecido en su apartado 3.3.2 *“Fichero de áreas de cobertura de fibra”* que:

“Los operadores dispondrán de un Web Service que ofrecerá la URL a través de la cual el operador podrá descargar un fichero con un listado de los edificios (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca) en los que pueden suministrarse conexiones de fibra.

El Web Service indicado forma parte del conjunto de servicios de información OBA.

El operador obtendrá mediante este listado una visión global de la cobertura de fibra, que podrá completar con el detalle de la consulta de cobertura de conexiones”.

Pues bien, tal y como ha quedado constatado en el Hecho Probado Único, Telefónica no ha puesto a disposición de los operadores, desde el 1 de julio de 2012, la información sobre cobertura FTTH en edificios estipulada en la Resolución de 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta NEBA, habiendo condicionado la misma al establecimiento previo de un pPAI y limitando la información entregada al sector/provincia correspondiente. Tampoco ha facilitado la información de conformidad con el procedimiento aprobado por esta Comisión, habiéndose establecido un sistema de información que difiere sustancialmente del exigido en la Oferta NEBA.

Tampoco se ajusta a las previsiones establecidas en la Oferta NEBA el sistema de información implementado por Telefónica a través de los web services y ficheros 0 y 1, tal y como se analizará a continuación, y conforme al cual según este operador afirma que estaría dando cumplimiento a las obligaciones establecidas por la CMT.

Por otro lado, la operadora plantea en su escrito de alegaciones que la obligación impuesta en la Oferta NEBA no se ajusta a Derecho, cuestión ésta que, procede recordar, no constituye el objeto del presente procedimiento, y que se dilucidará en vía jurisdiccional. En efecto, el fin del presente expediente es determinar si Telefónica ha cumplido con la obligación establecida por esta Comisión en la forma en que ha sido impuesta.

No obstante lo anterior, se procede a continuación a analizar la pertinencia y suficiencia de los procedimientos alternativos implantados por la operadora, y que según Telefónica asegurarían el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Oferta NEBA.



3.1 Análisis de la pertinencia y suficiencia del procedimiento implantado por Telefónica (accesibilidad de los ficheros 0 y 1 junto con el Web Service de cobertura) para dar cumplimiento a su obligación.

Telefónica alega en su escrito que la obligación impuesta por esta Comisión de proporcionar las fincas pasadas por fibra es una obligación de carácter finalista, de resultado, y que, a tal efecto, la información que proporciona a los operadores cumple sobradamente con el objetivo perseguido por la referida obligación.

Aduce Telefónica, a tal fin, que la información requerida ya se ofrece a través de un web service de cobertura, herramienta que permite, mediante la introducción del código GESCAL 24, saber si un portal concreto tiene o no cobertura de fibra.

Señala, asimismo, que ha puesto también a disposición de los operadores interesados dos ficheros: el de relación de centrales colectoras o cabeceras de fibra (fichero 0); y el de previsión de cobertura de fibra (fichero 1) en el que se indica las centrales de fibra que están abiertas a servicio así como las que está previsto abrir en los próximos seis meses. Estos ficheros, junto con el web service de cobertura, serían herramientas que, según reitera Telefónica en sus alegaciones a la propuesta de Resolución, permitirían a los operadores conocer dónde hay cobertura de fibra y las fincas pasadas con FTTH, y mediante las cuales se daría cumplimiento a la obligación establecida por esta Comisión.

A este respecto procede señalar, en primer lugar, que la utilidad de los anteriores ficheros es del todo conocida por esta Comisión, y de hecho se ha exigido su existencia desde el año 2008 a través de la pertinente regulación¹⁴, al considerarlos de suma importancia para el sector. Esta información resulta, no obstante, complementaria con la exigida en el apartado 3.3.2 de la Oferta NEBA, cuyo contenido ha especificado esta Comisión sin ningún tipo de ambigüedad, información que sin embargo no ha sido puesta a disposición de los operadores por parte de Telefónica desde la fecha de entrada en vigor de esta obligación (el 1 de julio de 2012), con lo que la cuestión esencial a dilucidar en el procedimiento está meridianamente clara: Telefónica no ha cumplido con la obligación de suministrar la información que se especificó en el apartado 3.3.2 de la Oferta NEBA.

Sin perjuicio de lo anterior, procede exponer el por qué las informaciones aludidas por Telefónica no son comparables a las requeridas por la oferta NEBA ni permiten cumplir el fin perseguido. Para ello basta describir brevemente las diferencias entre unas y otras informaciones y recopilar los razonamientos ya dados por esta Comisión en las Resoluciones del servicio de reventa¹⁵ y de la oferta NEBA¹⁶.

¹⁴ Mediante la Resolución de de 8 de mayo de 2008 relativa a la adopción de medidas cautelares en relación con la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y la revisión del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (expediente MTZ 2008/626).

¹⁵ Resolución de 6 de octubre de 2011, sobre la denuncia de France Telecom España, S.A. contra Telefónica de



El servicio NEBA FTTH está basado en el uso de la red de Telefónica, por lo que su cobertura potencial es la de la red de Telefónica. Mientras que la red de cobre tiene una cobertura muy generalizada, la red de fibra tiene, por el momento, una cobertura mucho más restringida, la cual irá aumentando paulatinamente en el tiempo a medida que se vaya procediendo al despliegue de la misma.

En este contexto, la obligación recogida en la oferta NEBA es la de identificar los edificios a los que se extiende la cobertura de la red de fibra, por medio de un *“listado de los edificios (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca).”* Es decir, el objetivo perseguido es que el operador pueda planificar su actividad comercial de forma precisa conociendo con todo detalle la cobertura de la red de fibra sobre la que se basa el servicio NEBA, incluyendo la localización de las áreas atendidas, todo ello con el fin de preservar la competencia en el mercado de banda ancha.

Telefónica, sin embargo, no proporciona la información establecida por esta Comisión, al considerar que el objetivo anterior se consigue mediante la puesta a disposición de los operadores de unos ficheros con información supuestamente suficiente: la relación de centrales colectoras y las fechas de apertura prevista. A ello se añade un servicio de consulta individualizado mediante Web Service que permite conocer si se encuentra en cobertura un domicilio concreto.

En el primer fichero mencionado por Telefónica (Fichero 0) se especifican las centrales colectoras o cabeceras de fibra y las localizaciones de la red actual de cobre de las que dependen las áreas que va a atender la central cabecera en la red de fibra. En el segundo fichero (Fichero 1) se informa únicamente de la fecha prevista para la apertura de cada central colectora o cabecera de fibra¹⁷.

España S.A.U. en relación con la oferta de comercialización por terceros de servicios FTTH (DT 2011/657), y la Resolución de 30 de marzo de 2012, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de 6 de octubre de 2011, sobre la denuncia de France Telecom España, S.A. en relación la oferta mayorista de comercialización de servicios FTTH (AJ 2011/2462).

¹⁶ Resolución de 10 de noviembre de 2011, sobre la Oferta de Referencia del servicio NEBA (DT 2011/738) y Resolución de 11 de abril de 2012, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la misma (AJ 2011/2739).

¹⁷ Por ejemplo, en el primer fichero se informa de que para la población de Ciudad Real la central colectora o cabecera de fibra es la central denominada Ciudad Real-Calatrava y que va a atender áreas que dependen de las siguientes localizaciones:

- Ciudad Real –CALATRAVA
- Ciudad Real MUXFIN-3, LAS CASAS
- Ciudad Real MUXFIN-4, CON.SANCHO REY
- MIGUELTURRA
- CAÑADA DE CALATRAVA MUXFIN-1
- CORRAL DE CALATRAVA
- POBLETE
- LOS POZUELOS DE CALATRAVA



Así pues, a través del uso de la información facilitada por los anteriores ficheros los operadores estarían en condiciones de conocer únicamente las poblaciones en las que puede haber un mayor o menor despliegue de fibra, informándoseles también de una fecha prevista para la apertura de cada central. Sin embargo no tendrían información alguna del despliegue real en cada una de esas poblaciones, con una incertidumbre total sobre si el despliegue es muy puntual o alcanza la totalidad de las fincas de la población.

Es decir, con dichos ficheros 0 y 1 implementados por Telefónica no es posible determinar el alcance concreto del despliegue de fibra ni el conjunto del área atendida por la central cabecera. No permiten, además, situar las zonas específicas en las que se ha desplegado la red de fibra.

De este modo, dicha información tan limitada, obliga a los operadores a realizar una actividad comercial sin conocer de forma adecuada cuál es la cobertura real del servicio, lo que les supondría tener que ofrecer el mismo a potenciales clientes sin poder verificar, más que a posteriori (mediante el servicio de consulta de cobertura de un domicilio concreto) si realmente dichos clientes se encuentran en el área de despliegue y pueden acogerse al servicio. Ello llevaría a ejecutar acciones comerciales que se manifestarían inútiles al comprobarse, con posterioridad, que el domicilio del potencial cliente no está atendido por la red de fibra.

Por otro lado, la información de cobertura a través del Web Service, domicilio a domicilio, impide a los operadores, tal y como ya se puso en conocimiento de Telefónica en la Resolución del recurso de reposición interpuesto contra la Oferta NEBA, ofrecer un servicio alternativo FTTH en igualdad de condiciones. El uso de esta herramienta implicaría, en efecto, 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 con cobertura real.

Se trata, por otro lado, de razonamientos ya expuestos por esta Comisión en diferentes Resoluciones. Así por ejemplo en la adoptada por el Consejo el 6 de octubre de 2011¹⁸, se señala expresamente que:

“La indisponibilidad de la información de dónde se puede ofrecer el servicio (...) impediría a los operadores alternativos a competir en condiciones equivalentes a las

-
- POZUELO DE CALATRAVA
 - CARRIÓN DE CALATRAVA

En el segundo fichero se informa únicamente de que la fecha prevista para la apertura de dicha central colectora Ciudad Real-Calatrava es el mes de octubre de 2012.

¹⁸ Resolución sobre la denuncia de France Telecom España S.A. contra Telefónica de España S.A.U. en relación con la oferta mayorista de comercialización por terceros de servicios FTTH (DT 2011/657).



de Telefónica. El esfuerzo necesario tanto en tiempo como en recursos humanos y económicos, para determinar a los clientes potenciales con cobertura, no justificaría prácticamente en ningún caso el lanzamiento de un servicio alternativo de fibra. Los operadores alternativos se verán abocados a realizar millones de consultas en la web de Telefónica o, en caso contrario, deberán tomar una actitud poco proactiva como consecuencia del desconocimiento de dónde puede estar el servicio disponible. Mientras tanto Telefónica podría realizar campañas mucho más activas de captación de usuarios, ya que se focalizaría en las áreas ya cubiertas y donde la disponibilidad de fibra estaría asegurada.”

En el mismo sentido, y en relación con la alternativa apuntada ya por Telefónica en el recurso de reposición interpuesto contra la anterior Resolución, consistente en facilitar información a terceros operadores a través del Web Service, introduciendo el código GESCAL 24 (finca), esta Comisión indica en su Resolución de 30 de marzo de 2012¹⁹ que *“el proceso de identificación de cobertura mediante la consulta caso por caso a través de su web minorista impediría a los operadores ofrecer un servicio alternativo FTTH en igualdad de condiciones. Si bien Telefónica podría fácilmente centrar sus esfuerzos para captar usuarios FTTH en las zonas de despliegue, los operadores habrían de proceder con el método de “prueba y error” en un escenario de limitado despliegue de FTTH.”*

En la propia Resolución de 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta de Referencia del servicio NEBA, se resalta la necesidad de ofrecer la información en los términos establecidos en la Oferta NEBA. Expresamente se indica que *“La consulta de cobertura de un domicilio concreto, que puede ser primordial y jugar un papel muy válido en la operativa comercial, no puede ser el único elemento de información de la cobertura. Para la planificación de las actuaciones comerciales de los operadores, se hace necesario que dispongan 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. Resulta claro que no planea Telefónica su actividad comercial basándose en información puntual de domicilios concretos, sino que emplea una información global del despliegue, por ejemplo para utilizar soportes publicitarios localizados.”*

Finalmente cabría resaltar que en la Resolución de 11 de abril de 2012, mediante la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la aprobación de la Oferta de Referencia del servicio NEBA, esta Comisión ya señaló que el proceso de identificación de cobertura mediante la consulta domicilio a domicilio propuesto por Telefónica *“(…) impediría a los operadores ofrecer un servicio alternativo FTTH en igualdad de condiciones.”*

En efecto, el sistema implementado por Telefónica resulta claramente insuficiente en relación con el fin perseguido por la obligación establecida por esta Comisión, y que consiste

¹⁹ Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de 6 de octubre de 2011, sobre la denuncia de France Telecom España, S.A. en relación con la oferta mayorista de comercialización de servicios FTTH (AJ 2011/2462).



en que los operadores puedan organizar su actividad comercial de modo equivalente al que puede llevar a cabo la propia Telefónica.

De hecho, en sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica viene a reconocer la necesidad que tienen los operadores de poseer una visión global del despliegue, planteando sin embargo que corresponde a los operadores alternativos – y no a Telefónica – la responsabilidad de instrumentalizar los medios que permitan el acceso efectivo a la información de despliegue a base, por ejemplo, de la automatización del elevado número de consultas necesarias que se dirigirían al servicio de consulta individual establecido por Telefónica a través de la combinación de los ficheros 0 y 1 y el web service de cobertura de domicilios.

En contestación a esta alegación, debe tenerse en cuenta que el número de consultas necesarias para conseguir una información similar a la requerida por esta Comisión sería extremadamente significativo. Es decir, en lugar de facilitar un fichero descargable, Telefónica pretende que los operadores sean los que programen sus servidores para ejecutar una por una las consultas que estimen necesarias.

Con el sistema propuesto por Telefónica, la recopilación de la información se llevaría a cabo de forma muy laboriosa, lenta y propensa a incidencias, viéndose además el procedimiento entorpecido por los límites máximos diarios de número de consultas por operador que ofrece Telefónica. El proceso no sería en consecuencia en modo alguno ágil y estaría sujeto a la disponibilidad del servicio de información de Telefónica, cuyos sistemas se verían por otra parte sujetos a una fuerte carga si varios operadores procedieran a realizar sus consultas, lo que podría afectar a la disponibilidad del propio servicio.

En el fondo, Telefónica propone alterar la sistemática configurada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la obtención de la información de cobertura, obligando a los operadores alternativos a ejecutar numerosísimas consultas para elaborar un listado de edificios en cobertura que ya obra en poder de Telefónica. Este sistema no es por tanto, equivalente ni en la forma ni en el resultado al suministro del listado completo actualizado que se exige en la Oferta NEBA.

En todo caso, esta Comisión ya ha especificado sin ambigüedad alguna el tipo de información que Telefónica debía suministrar, el responsable de su entrega, el procedimiento para ello y la fecha concreta de implementación de la obligación, a pesar de lo cual Telefónica no ha llevado a cabo ninguna de estas acciones, con lo que Telefónica ha incumplido la obligación establecida por esta Comisión.

3.2 Imposición de condiciones adicionales a los operadores para el acceso a la información.

En otra línea de argumentación, Telefónica se refiere también, en sus escritos de alegaciones, a que ha facilitado a algunos operadores información sobre determinadas provincias, cuestión que se abordará más extensamente más adelante²⁰, pero que resulta necesario mencionar, siquiera someramente, en este apartado.



Expone la referida entidad, en este sentido, que tras la firma de un acuerdo de confidencialidad y después de la puesta en servicio en una determinada provincia del puerto de entrega pPAI-E, ha facilitado la información de fincas pasadas en esa provincia.

Telefónica ha venido así facilitando en algunos casos parte de la información requerida en la oferta NEBA, pero lo ha hecho de forma retardada, incompleta y previo el cumplimiento de una serie de restricciones que ha establecido unilateralmente al margen de lo previsto en la oferta NEBA.

Telefónica ha impuesto, en estos casos, una restricción de índole temporal en el suministro de la información, puesto que ha retenido la misma postergando su entrega hasta la constitución de un pPAI. Ha aplicado también una restricción en cuanto al contenido de la información, puesto que la ha facilitado de manera incompleta, limitándola a las provincias en las que el operador dispone de pPAI. Finalmente, ha facilitado esta información parcial mediante la entrega por correo electrónico de determinados listados, y no de conformidad con el procedimiento establecido en la Oferta NEBA.

Los operadores, sin embargo, necesitan la información de cobertura FTTH en edificios completa, actualizada y en la fecha establecida por esta Comisión, dado que esta información es del todo necesaria para llevar a cabo su planificación comercial y decidir, precisamente, a qué pPAIs de NEBA (provincias o sectores) les interesa acceder.

Por lo tanto, dichas restricciones de alcance han sido aplicadas por Telefónica unilateralmente al margen de lo establecido en la oferta NEBA, oferta en la que no se admite ningún tipo de limitación geográfica ni condición adicional alguna.

No pudiendo, por tanto, Telefónica alterar la sistemática desarrollada por esta Comisión en su Resolución para la entrega de la información, ni imponer a los operadores interesados en el servicio NEBA condición alguna que diverja de la aprobada en la Oferta NEBA, su actuación ha supuesto un incumplimiento del procedimiento y plazos establecidos en la misma.

En efecto, la Resolución que aprueba la Oferta NEBA supone un mandato específico y concreto para Telefónica, el cual agota su alcance en una situación concreta. No se define una situación general y unos deberes generales, sino uno específico que se concreta en la obligación de poner a disposición de los operadores la información de cobertura de fibra en NEBA en los términos establecidos en el apartado 3.3.2 de la Oferta.

3.3 Conclusión

De conformidad con lo anterior, cabe concluir que Telefónica de España, S.A. ha incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave, tipificada en el apartado r) del artículo 53 de la LGTel, consistente en el incumplimiento de la Oferta de Referencia para el

²⁰ Ver apartado 6, concepto de operador interesado.



Nuevo Servicio mayorista Ethernet de Banda Ancha, NEBA, aprobada mediante Resolución de 10 de noviembre de 2011.

En este sentido, Telefónica no ha establecido, desde el 1 de julio de 2012, un “*Web Service que ofrecerá la URL a través de la cual el operador podrá descargar un fichero con un listado de los edificios (identificados por la población, tipo de vía, nombre de la vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca) en los que pueden suministrarse conexiones de fibra*”. Es decir, no ha llevado a cabo las acciones indicadas por la Resolución de 10 de noviembre de 2011 cuyo incumplimiento se examina en el presente procedimiento, por lo que debe concluirse que ha incumplido la obligación de suministrar la información de los domicilios en cobertura de la red de fibra.

Sin perjuicio de lo anterior, y tal y como se ha puesto de manifiesto, el sistema implementado por Telefónica para proceder a la consulta de los edificios en los que se pueden suministrar conexiones de fibra no permite cumplir con el fin previsto por la obligación establecida por esta Comisión. La información contenida en los ficheros 0 y 1, así como en los web services, y que Telefónica invoca reiteradamente para defender el supuesto cumplimiento de la oferta NEBA, deben considerarse herramientas complementarias (y así han sido consideradas por esta Comisión), pero que en ningún caso pueden sustituir el contenido de la información que Telefónica tiene la obligación de poner a disposición de terceros, de conformidad con lo dispuesto en la Oferta de Referencia del servicio NEBA. La obligación establecida en la oferta NEBA, por otro lado, tampoco permite el establecimiento de condiciones adicionales para poder tener acceso a la información.

Por lo tanto, Telefónica no ha cumplido con la obligación establecida por esta Comisión en la forma en que ha sido impuesta.

Apartado 4. Obligaciones de transparencia y no discriminación (Resolución de los Mercados 4 y 5).

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 de mercado en el mismo, imponiéndosele, entre otras, las obligaciones de transparencia y no discriminación.

En relación con la obligación de transparencia la misma implica el deber de hacer pública determinada información, siendo esta Comisión la encargada de determinar el contenido de la misma, así como su nivel de detalle.

En concreto, y por lo que respecta al servicio mayorista de banda ancha, la obligación de transparencia conlleva no sólo la publicación por Telefónica de una Oferta de Referencia, en



la que se establezca un sistema de información de la misma calidad que la utilizada por los propios servicios de la operadora incumbente y en las mismas condiciones, sino también resulta necesario tener en funcionamiento las herramientas precisas para poner en práctica el contenido de dicha oferta de referencia.

En este sentido, la Resolución de la Comisión de 16 de noviembre de 2006 (expediente RO 2004/1811) dispone lo siguiente:

“(...) Como tal oferta, la mera publicación no puede entenderse por sí sola como cumplimiento de la obligación de disponer de ella en las condiciones establecidas por esta Comisión, sino que dicha publicación ha de ir acompañada de la implementación efectiva de los medios necesarios para atender la demanda de servicios que se pudiera producir por parte de los operadores autorizados.”

Por lo que respecta a la obligación de no discriminación, la misma se encuentra establecida en el Anexo 3 de la Resolución de los Mercados 4 y 5 respecto a las condiciones de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha.

En líneas generales, 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).

En este sentido, las obligaciones en materia de no discriminación se configuran como medidas necesarias para el adecuado desarrollo de los mercados, siendo medidas concretas y perfectamente definidas cuyo incumplimiento genera una distorsión del mercado susceptible de ser sancionada.

En el caso concreto que nos ocupa, la obligación de no discriminación requiere que los operadores que soliciten información de conformidad con el artículo 3.3.2 de la Oferta NEBA sean tratados de forma no menos favorable que las divisiones internas del operador dominante.

Debe tenerse en cuenta que la obligación de informar sobre la cobertura de fibra impuesta a Telefónica tiene como objetivo que no haya discriminación hacia los operadores alternativos, ya que para la planificación de las actuaciones comerciales de los operadores, se hace necesario que dispongan 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.

Esta medida ha sido considerada como absolutamente necesaria por esta Comisión al objeto de solventar el problema identificado, que no es otro que evitar el perjuicio que



ocasionaría a los operadores alternativos el hecho de que Telefónica no proporcionara información sobre cobertura de fibra en los términos previstos en la Oferta NEBA. La finalidad de esta medida es, en último término, el fomento de la competencia en el mercado de banda ancha, lo que supone un interés de mayor protección que el particular del operador incumbente.

En la instrucción el procedimiento, tal y como se ha señalado en el Hecho Probado Único, ha quedado acreditado que Telefónica no ha establecido un web service en el que se ofrezca la URL a través de la cual el operador se descargaría un fichero con un listado de los edificios en los que pueden suministrarse conexiones de fibra, tal y como se establece en el apartado 3.3.2 de la Oferta NEBA.

Dicha conducta podría implicar una vulneración de las obligaciones de transparencia y de no discriminación impuestas en la Resolución de los Mercados 4 y 5, en la medida en que Telefónica no ha suministrado la información requerida en los términos establecidos. La infracción de la Resolución deriva en la comisión de una infracción tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel.

No obstante, y en aplicación del principio *non bis in idem*, esta segunda infracción estaría solapada con la primera (incumplimiento de la Resolución mediante la que se aprueba la Oferta NEBA), pues el Hecho Probado Único no supone una situación pluriofensiva, sino una sola ofensa que transcurre temporalmente y se desarrolla en dos vertientes.

En este sentido se ha manifestado la Audiencia Nacional en su sentencia de 28 de febrero de 2011 (JUR 2011\87424), relativa a un procedimiento sancionador similar al analizado en la presente instrucción (pues se dilucidaba el posible incumplimiento de la OBA y del principio de no discriminación tal como venía configurado en la regulación del mercado de banda ancha). En dicha sentencia, expresamente se señala lo siguiente:

“(...) aplicando por similitud los criterios fijados en el Código Penal (artículo 77.1) a las infracciones administrativas en materia sancionadora, tal como admite la sentencia de nuestro Tribunal Supremo (Sala 3ª), de fecha 9 de junio de 1999 : “en ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo en la materia o de común administrativo, es adecuado a derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado los principios del derecho penal dada la semejanza de materia regulada en él y en el Administrativo sancionador”.

Se advierte que los hechos relacionados en los fundamentos precedentes no suponen una situación pluriofensiva puesto que la segunda infracción se solapa con la primera; no hay dualidad de ofensas, sino una sola ofensa que transcurre temporalmente y se desarrolla en dos vertientes.

Existe concurso ideal cuando un solo hecho genera dos infracciones y ésta no es la situación examinada en esta litis.”



En consecuencia, se propone sancionar en el presente caso, únicamente por el presunto incumplimiento de la Resolución de 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta NEBA.

Apartado 5. Secreto comercial y empresarial de Telefónica

En sus alegaciones al inicio del presente procedimiento sancionador, Telefónica se refiere a la supuesta vulneración del secreto comercial y empresarial de este operador. Según Telefónica, la obligación impuesta en la Oferta NEBA permite que cualquier operador pueda disponer de su base de datos de fincas pasadas con fibra óptica, lo que convierte dicha información en prácticamente pública pese a su carácter indudablemente estratégico.

Telefónica aduce asimismo que la puesta a disposición, tal como establece la Oferta NEBA, de la información de cobertura de fibra supondría una amenaza para los operadores que están invirtiendo en fibra en España. Se afirma, en este sentido, que dadas las obligaciones contenidas en la Resolución NEBA, aquellos agentes que no estén llevando a cabo ningún tipo de inversión en redes de fibra podrían acceder a la misma información de cobertura que la especificada en la Resolución de 12 de febrero de 2009²¹ (en lo sucesivo, Resolución de verticales) para operadores inversores, pero a un coste sustancialmente menor.

Telefónica se refiere, por otra parte, a las diferencias en las condiciones establecidas en la Oferta NEBA y en la Resolución de verticales (donde los intercambios de información entre operadores tienen carácter recíproco y la información de cobertura sólo puede ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada), lo que demostraría, a su entender, el carácter desproporcionado de las previsiones contenidas en la Oferta NEBA.

Este tipo de alegaciones de Telefónica ya han sido objeto de consideración en varias Resoluciones de la Comisión. Así, en la Resolución de 7 de septiembre de 2010 relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 14 de abril de 2010 por la que se declaraba la no confidencialidad de determinados datos y documentos²², se señalaba que

“(…) en general los datos de número de fincas y número de unidades inmobiliarias pasadas, e incluso los datos concretos de identificación de cada finca, forman parte de la base de datos necesaria para la solicitud de servicios de acceso indirecto sobre la red FTTH de TESAU, y por lo tanto tienen que ser necesariamente accesibles para los operadores”.

²¹ Resolución 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 despliegan en el interior de los edificios (expediente MTZ 2008/965).

²² Expediente AJ 2010/1443.



Por su parte, en la Resolución de 11 de abril de 2012, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución mediante la que se aprueba la Oferta NEBA²³, se detallan con profusión las razones por las que la imposición de una obligación en materia de cobertura de la red FTTH resulta plenamente proporcionada y es coherente con los principios reguladores que deben inspirar la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En particular, la citada Resolución se refiere a la importancia de garantizar que la información puesta a disposición de operadores alternativos para el acceso a los servicios mayoristas existentes sea de la misma calidad y se confiera en las mismas condiciones que para las propias ramas minoristas del operador con poder significativo de mercado (PSM). Según señala la citada Resolución:

“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”.

En efecto, tal y como recoge la Resolución NEBA, los operadores alternativos precisan para la planificación de sus actuaciones comerciales de una visión global del despliegue y de la potencialidad alcanzable con NEBA FTTH, de igual manera que las divisiones comerciales internas de Telefónica.

Por su parte, y en la misma línea, la Resolución de 6 de octubre de 2011 sobre la denuncia de France Telecom España contra Telefónica en relación con la oferta mayorista de comercialización por terceros de servicios FTTH²⁴, constataba la importancia del acceso a la información de cobertura de fibra, al indicar que

“La indisponibilidad de la información de dónde se puede ofrecer el servicio de reventa impediría a los operadores alternativos competir en condiciones equivalentes a las de Telefónica. El esfuerzo necesario tanto en tiempo como en recursos humanos y económicos, para determinar a los clientes potenciales con cobertura, no justificaría prácticamente en ningún caso el lanzamiento de un servicio alternativo de fibra. Los operadores alternativos se verán abocados a realizar millones de consultas en la web de Telefónica o, en caso contrario, deberán tomar una actitud poco proactiva como consecuencia del desconocimiento de dónde puede estar el servicio disponible. Mientras tanto Telefónica podría realizar campañas mucho más activas de captación de usuarios, ya que se focalizaría en las áreas ya cubiertas y donde la disponibilidad de fibra estaría asegurada”.

²³ Expediente AJ 2011/2739.

²⁴ Expediente DT 2011/657.



Es decir, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha dejado repetidamente constancia de las razones que justifican la imposición de la obligación de suministro de información de cobertura de fibra, resultando esta medida indispensable para el correcto desarrollo y funcionamiento de los mercados de banda ancha sometidos a regulación *ex ante*.

Por otra parte procede recordar que la citada Resolución de verticales, de 12 de febrero de 2009, establece que el primer operador en tomar la iniciativa en el proceso de cableado óptico en un edificio debe poner a disposición de terceros la información necesaria para que éstos puedan planificar sus solicitudes de acceso, basándose en decisiones técnicas y comerciales eficientes. Como señala Telefónica, la información a suministrar en el marco de dicha Resolución tiene carácter recíproco, siendo responsabilidad de cada operador que efectúe despliegues de fibra informar a terceros operadores con los que se haya alcanzado un acuerdo de acceso acerca del ámbito de cobertura de dichos despliegues de fibra.

Resulta sin embargo evidente que los presupuestos que inspiran la Resolución de 12 de febrero de 2009 son diferentes de los presupuestos aplicables en la Oferta NEBA.

En particular, la Oferta NEBA parte de una situación donde se ha declarado a Telefónica como operador con PSM en los mercados mayoristas de banda ancha²⁵, lo que justifica la imposición exclusivamente a este agente de una serie de obligaciones regulatorias de carácter asimétrico que contribuyan al refuerzo de la dinámica competitiva.

Frente a esta situación de prevalencia económica de Telefónica en los mercados 4 y 5, la Resolución de 12 de febrero de 2009 parte de una situación de simetría en el despliegue de fibra óptica, razón por la cual las obligaciones regulatorias se imponen a cualquier operador (y no exclusivamente a Telefónica) que sea el primero en efectuar la instalación de equipos o cableado óptico en el interior de los edificios.

En todo caso, la identidad entre la información que debe suministrarse en virtud de la Oferta NEBA y la correspondiente a la Resolución de 12 de febrero de 2009 no vendría sino a confirmar la improcedencia de las alegaciones de Telefónica en relación con la pretendida vulneración del secreto comercial y empresarial, dado que este operador está poniendo a disposición de terceros el mismo tipo de información que se niega a proporcionar en el ámbito de aplicación de la Oferta NEBA.

Por último, y en relación con las previsiones contenidas en la Resolución de 12 de febrero de 2009, relativas al hecho de que la información de cobertura sólo podrá ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada, resulta evidente que las mismas salvaguardas aplican en relación con el acceso a la información de cobertura de fibra previsto en la Oferta NEBA.

²⁵ Según establece la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del 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 (Resolución de los mercados 4 y 5).



A este respecto, el artículo 11.5 de la LGTel establece con carácter general la obligación de que los operadores que obtengan información de otros, en el proceso de negociación de acuerdos de acceso, destinen dicha información *“exclusivamente a los fines para los que les fue facilitada”* y respeten en todo momento *“la confidencialidad de la información transmitida o almacenada, en especial respecto de terceros, incluidos otros departamentos de la propia empresa, filiales o asociados”*.

Cabe también recordar que la propia Resolución de 29 de noviembre de 2012, por la que se acuerda la apertura del presente procedimiento sancionador, estima proporcionado supeditar el acceso a la información de cobertura a la suscripción de un acuerdo de confidencialidad con Telefónica

Apartado 6. Concepto de operador interesado.

En relación con las características de los sujetos beneficiarios de la obligación de facilitar información sobre cobertura FTTH, Telefónica únicamente considera como tales, en los distintos escritos de alegaciones presentados en el marco del presente procedimiento, a aquellos operadores que demuestran un objetivo legítimo, considerando como tal el tener intención en prestar el servicio, y evidenciar, a través de los correspondientes actos, un comportamiento leal.

Así, según Telefónica, por operador interesado ha de entenderse aquél que tiene verdadera vocación inversora en el mercado, puesta de manifiesto, por ejemplo, a través de la existencia de un punto de presencia en una determinada zona/provincia y que, asimismo, se muestre dispuesto a firmar el correspondiente contrato y el acuerdo de confidencialidad que asegure el correcto uso de la información puesta a disposición del operador tercero.

Para Telefónica, cualquier otra interpretación llevaría a extender el concepto de operador interesado a los efectos del servicio NEBA a cualquiera que figure inscrito en el Registro de Operadores de esta Comisión, independientemente de que tenga o no un interés real en prestar el servicio NEBA.

En relación con esta cuestión debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional segunda de la LGTel, se considera operador a *“aquella persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad.”*

Ello no implica sin embargo, al igual que ocurre en relación con cualquier otra Oferta de Referencia, que el conjunto de prestaciones incluidas en la Oferta, entre las que suele encontrarse el suministro de determinados elementos de información, estén destinadas a todos los operadores de comunicaciones electrónicas en su conjunto, sino sólo a aquéllos que se acojan a la citada Oferta, hecho que normalmente se llevará a cabo a través de la firma del correspondiente contrato con Telefónica pero que también se puede llevar a cabo a través de otros actos que presupongan la aceptación de la oferta regulada y la consecuente solicitud del servicio mayorista²⁶.



Es decir, aunque no se establezca de forma expresa, las prestaciones de una oferta están supeditadas a acogerse a la oferta mediante contrato escrito, o bien acuerdo verbal o tácito (o en términos de Telefónica en su escrito de alegaciones, a que *“se firme el correspondiente contrato (perfeccionamiento expreso) o se acepte la oferta de referencia pidiendo el servicio (perfeccionamiento tácito)”*).

En efecto, y de conformidad con lo establecido en los artículos 1254 y 1258 del Código Civil, *“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*, y como cualquier otro contrato, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, perfección que, en el caso de los contratos de adhesión, como son las ofertas de referencia, se produce en el momento en que Telefónica conoce la aceptación de sus términos por los operadores interesados.

No obstante, ello no puede significar, en ningún caso, que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, una vez éste se haya suscrito, se pueda sujetar a otro tipo de restricciones no establecidas expresamente en la Oferta de Referencia (como sucede en el supuesto de la obligación de suministrar información de cobertura FTTH). Por tanto, no puede el sujeto obligado, en este caso Telefónica, imponer unilateralmente otro tipo de condiciones, tales como la efectiva constitución de un pPAI, o la limitación de la información sobre fincas pasadas a la/s provincia/s en la que el operador dispone del referido pPAI.

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica se reitera en la necesidad de que los operadores solicitantes de acceso acrediten su condición de operadores eficientes, cuya verdadera vocación inversora debe por ejemplo llevarles a desarrollar un software que permita consultas masivas para interactuar de forma automatizada con los sistemas de Telefónica, a fin de obtener informes de cobertura por domicilio.

Telefónica se refiere, en este sentido, a la posibilidad de modificar la literalidad de las previsiones del apartado 3.3.2 de la Oferta NEBA en base al principio de libertad de pactos que rige en el ámbito de una relación contractual privada, en la medida que las modificaciones se ajusten mejor a los respectivos intereses de las partes.

Esta alegación de Telefónica parece obviar, sin embargo, la propia naturaleza de la obligación analizada en el marco del presente procedimiento sancionador, la cual forma parte de las medidas impuestas por esta Comisión a Telefónica como operador designado con PSM, en el marco del proceso de definición y análisis del mercado 5. La obligación de poner determinada información sobre el grado de cobertura de fibra a disposición de operadores terceros constituye, en efecto, una obligación de naturaleza regulatoria (y por lo tanto, de carácter público), que como tal viene configurada en la oferta NEBA, y que en

²⁶ Ver, por ejemplo, la STS de 15 de abril de 2008 (RJ\2008\2727): *la [LGTel] impone a los operadores dominantes, titulares de redes públicas a que publiquen una oferta de interconexión de referencia (OIR), [...], que les vincula desde el momento de su emisión, de tal forma que basta la aceptación de esa oferta por parte de los operadores no dominantes para que se perfeccione el contrato entre ambas partes”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ningún caso puede quedar supeditada al cumplimiento de requisitos adicionales, establecidos unilateralmente por el operador con PSM.

En efecto, en la Oferta NEBA, en la que se fija el contenido mínimo de los servicios que deben ofrecerse por Telefónica al resto de los operadores, el regulador ha impuesto una serie de obligaciones que son indisponibles para Telefónica, en cuanto operador con PSM, con el fin último de asegurar el efectivo desarrollo de los mercados sometidos a regulación (en este caso, los mercados de banda ancha).

Como ha señalado la Audiencia Nacional en su sentencia de 10 de octubre de 2008 (RJCA\2008\663)²⁷, *“toda la normativa citada, [...] tiene como finalidad que se favorezca la competencia entre operadoras, [resultando] imprescindible que las previsiones al respecto, como es la oferta del bucle, no se conviertan en enunciados meramente formales o ilusorios que puedan estar a disposición o ser negociadas o alteradas las partes interesadas”*.

En definitiva, frente a lo alegado por Telefónica, este operador no puede supeditar la entrega de la información de cobertura contemplada en la oferta NEBA al cumplimiento de requisitos adicionales a los establecidos por esta Comisión en la resolución mediante la que se produce su aprobación, dado que ello generaría el riesgo de impedir el efectivo cumplimiento de las obligaciones allí establecidas.

Todo ello sin perjuicio de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones haya previsto – también en contra de lo aducido por Telefónica – una serie de cautelas (tales como el necesario acogimiento por parte del operador alternativo a la oferta de referencia, o la firma de un acuerdo de confidencialidad), que aseguran que solamente los operadores con un interés real en el servicio NEBA pueden acceder a la información sobre la cobertura de los despliegues de fibra óptica llevados a cabo por el operador con PSM.

De manera subsidiaria, y como supuesta prueba adicional de su voluntad de dar cumplimiento a la Resolución por la que se aprueba la oferta NEBA, Telefónica señala en sus alegaciones a la propuesta de Resolución que habría entregado la información requerida en materia de despliegue a varios operadores, que ni siquiera habrían suscrito el correspondiente contrato con Telefónica para la prestación de servicios mayoristas.

En respuesta a esta última alegación cabe afirmar que la propia Telefónica ha reconocido reiteradamente, a través de sus distintos escritos de alegaciones (tanto durante la tramitación de la información previa a la incoación del presente procedimiento como en el seno del mismo), que a día de hoy no ha puesto a disposición de los operadores la información requerida según lo previsto en la Oferta NEBA, al no compartir los criterios fijados por esta Comisión en dicha Oferta para la entrega de la información de cobertura.

²⁷ Dicha sentencia fue casada por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2011 (RJ 2011\6215), aun cuando no en relación con los aspectos objeto de consideración en este expediente.



Dicha denegación sistemática de acceso a la información – información que, se reitera, resulta imprescindible para que los operadores alternativos puedan planificar sus despliegues – se extiende tanto a (i) los operadores que han suscrito un contrato NEBA (y que la propia Telefónica cita en sus alegaciones, sin que se tenga constancia de la puesta a disposición de información alguna a favor de tales agentes) como a (ii) aquellos operadores que han demostrado inequívocamente su voluntad de adherirse al servicio NEBA en los términos previstos por esta Comisión, por ejemplo a través del inicio de las negociaciones relativas a la constitución de puntos de entrega para la provisión de los servicios mayoristas de acceso indirecto, y que han visto condicionada la entrega de la información al cumplimiento de una serie de requisitos unilateralmente impuestos por Telefónica.

Efectivamente, como ha quedado acreditado en el expediente, sólo han accedido a la información contemplada en la oferta NEBA, parcialmente, aquellos operadores que han cumplido con las condiciones adicionales establecidas por Telefónica, y que no estaban recogidas en la Resolución de esta Comisión, de fecha 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta NEBA.

TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritarias, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica debe ser imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

Este es un presupuesto que procede del derecho penal y que es aplicado en el ámbito del derecho administrativo sancionador, como lo acreditan entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76) y del Tribunal Supremo (sentencias de fechas 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2579), 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 20), o 21 de enero de 2011 (RJ/2011/485)).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 130.1 de la LRJPAC, establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

En efecto, en el derecho administrativo sancionador no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia²⁸. En

²⁸ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), indica que *“en Derecho Administrativo Sancionador [...] por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.



consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil²⁹ lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53 e) o el 53 o) de la LGTel³⁰, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53 r) de la misma norma (cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento) en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas Resoluciones de la Comisión, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que era exigible y cuyo resultado podría haberse previsto.

En el presente caso, tal y como ya se ha señalado, se imputa a Telefónica una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta NEBA.

Pues bien, valorado el elemento intelectual de la culpabilidad en el procedimiento de referencia, se considera que Telefónica era plenamente consciente de que el incumplimiento

²⁹ Artículo 1104 CC: *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”*

³⁰ El artículo 53 e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave *“la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley [...]”*. De la misma forma, el artículo 53 o) determina como infracción muy grave *“el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley”*.



de la precitada Resolución implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica.

En cuanto al elemento volitivo, Telefónica, como operador con poder significativo de mercado y con un conjunto de obligaciones específicas impuestas en el mercado afectado (banda ancha), es plenamente conocedora de la importancia y los efectos que produce o puede producir su actuación, y la importancia que tiene conocer cuanto antes y con precisión los domicilios de los clientes, tanto actuales como potenciales, para asegurar la llegada de la información o el contacto comercial con el cliente, lo que optimiza el coste de las campañas.

La Comisión ha destacado en diferentes resoluciones la importancia de conocer la información de dónde se puede ofrecer el servicio, lo que hace que el no respeto por Telefónica de sus obligaciones revista una especial gravedad.

En definitiva, Telefónica tenía perfecto conocimiento de estar llevando a cabo una conducta antijurídica. Concorre en consecuencia el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

De todo lo anterior, se concluye la existencia de una conducta dolosa por parte de Telefónica en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el procedimiento sancionador.

Alegaciones de Telefónica

En sus alegaciones a la incoación del procedimiento, Telefónica señala que no concurre en el caso que nos ocupa culpabilidad, ya que no ha existido en la conducta de Telefónica ni dolo, ni tampoco puede reprochársele imprudencia ni negligencia alguna.

Telefónica considera, en este sentido, que ha actuado en todo momento de buena fe y en la plena creencia de estar actuando dentro de la más estricta legalidad, estando respaldada y amparada su conducta por la legislación vigente, por lo que considera que no puede imputársele actuar ni culposo, ni mucho menos doloso. Se alega, a tal efecto, que Telefónica ha previsto un procedimiento *ad hoc*³¹ para cumplir esa concreta obligación aun cuando existen ficheros y web services que permiten a los operadores acceder a la información de referencia.

Sobre este particular Telefónica cita la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en su sentencia de fecha 17 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9407) que señala como sigue: *“no es justo sancionar a quien obra de buena fe procediendo dejar sin efecto la sanción*

³¹ El procedimiento creado por Telefónica a tal efecto se encuentra descrito en el Antecedente de Hecho Tercero.



cuando el actuar del inculpado fue debido a una determinada creencia excluyente de culpabilidad”.

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica reitera que actuó con la debida diligencia, no siéndole imputable culpa alguna, ni siquiera en términos de una hipotética imprudencia. Telefónica afirma que, desde el punto de vista de este operador, no era predecible que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se separase respecto de lo que podría ser una interpretación razonable de las obligaciones de información contenidas en la oferta NEBA (en virtud de la cual, el suministro de información a nivel individualizado de domicilios mediante los web services puestos a disposición por Telefónica sería suficiente para dar cumplimiento a dichas obligaciones). Según Telefónica, la postura mantenida por esta Comisión daría lugar a un traspaso de las cargas derivadas de la proactividad y eficiencia que deben ser exigidas a los operadores interesados en el servicio NEBA a la propia Telefónica.

Como consecuencia de todo lo expuesto, Telefónica solicita que, por parte de esta Comisión se declare la inexistencia de infracción alguna y se proceda al archivo del expediente.

A este respecto, se debe recordar que, a partir de la aprobación de la Oferta NEBA, Telefónica era plenamente consciente de las acciones que debía llevar a cabo para dar cumplimiento a la obligación de poner a disposición de los operadores la cobertura de fibra FTTH, así como de la manera de ejecutar dicha obligación (en los términos establecidos en el apartado 3.3.2 de la Oferta NEBA).

En efecto, para dar cumplimiento a la Resolución de 10 de noviembre de 2011, Telefónica hubiera debido implementar el sistema de información establecido en la Oferta NEBA desde el 1 de julio de 2012.

Sin embargo y en lugar de llevar a cabo estas acciones, como repetidamente se ha señalado, de los elementos de hecho y documentos obrantes en el expediente únicamente puede discernirse que Telefónica ha impuesto unilateralmente una serie de condiciones, cuyo cumplimiento ha exigido con carácter previo a la entrega de la información, o ha invocado la existencia de herramientas alternativas (y que no puede considerarse que sustituyan a las previsiones contempladas en el artículo 3.3.2 de la oferta NEBA) para justificar la no entrega de la información requerida.

Asimismo, Telefónica manifiesta expresamente en sus diferentes escritos de alegaciones su disconformidad con la obligación establecida en los términos regulados en la Oferta NEBA, por considerarla desproporcionada e inadecuada para sus intereses, habiendo en consecuencia implementado un procedimiento diferente para la entrega de la información al contemplado en el artículo 3.3.2 de la Oferta NEBA, y que viene a alterar la sistemática fijada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la provisión de información a los operadores terceros, en perjuicio de los mismos.

Telefónica – que debe recordarse, ha sido declarada operador con PSM en el mercado 5, y sobre el que por tanto pesan una serie de obligaciones – pretende, de este modo, que sean



los operadores terceros los que asuman funciones que, según la Resolución de esta Comisión, no les corresponden, tales como la necesidad de programar sus servidores para ejecutar directamente las búsquedas (en lugar de facilitarles directamente un fichero descargable en los términos establecidos por esta Comisión), complicando sobremanera, en consecuencia, la obtención de la información relevante.

En este sentido, no se puede admitir que Telefónica traspase la responsabilidad que le corresponde como operador con PSM en el mercado 5 al resto de los operadores, ni tampoco que imponga condicionantes no contemplados en la propia Oferta NEBA.

Cabe recordar, por otro lado, que Telefónica ya intentó limitar la información de cobertura de los edificios pasados por FTTH tanto en las alegaciones efectuadas durante el procedimiento de aprobación de la Oferta NEBA, como en el recurso de reposición interpuesto contra la misma. Así propuso en aquel momento, como medida alternativa, que se facilitase únicamente la información de cobertura a través de una *web service*. De esta forma, señalaba la operadora, introduciendo el código GESCAL 24, la herramienta indicaría si un portal tenía o no cobertura de fibra. Además, Telefónica ya puntualizaba entonces que cualquier operador con interés en utilizar el servicio podría 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 los operadores tuvieran interés.

Pues bien, en la Resolución de fecha 11 de abril de 2012, mediante la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Oferta NEBA, esta Comisión ya señaló expresamente que el proceso de identificación de cobertura mediante la consulta domicilio a domicilio impediría a los operadores ofrecer un servicio alternativo FTTH en igualdad de condiciones. Así se puso de manifiesto expresamente que *“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.”*

Como consecuencia de lo expuesto, se consideró que la medida propuesta por Telefónica no ofrecía una alternativa real, eficaz y eficiente a la prevista en la Resolución NEBA.

A pesar de lo expuesto, Telefónica pretende que su modo de dar información sea considerado por esta Comisión como una muestra de su voluntad de dar cumplimiento a la Resolución de 10 de noviembre de 2011.

Esta postura no puede ser compartida. En efecto, la exigencia de requisitos adicionales, así como de procedimientos alternativos, no puede ser entendida en ningún caso como actos determinantes del ánimo de cumplir por Telefónica, ya que el establecimiento de condicionantes por parte de la operadora está retrasando injustificadamente la implementación de la obligación establecida, lo que está ocasionando graves perjuicios en el desarrollo de los procesos competitivos.



Así, desde el momento en que la información no ha sido facilitada mediante el sistema establecido en la Oferta NEBA, sistema que debía estar plenamente implementado el 1 de julio de 2012, no puede concluirse que esta entidad haya tenido la voluntad de cumplir con la Resolución.

El proceder de Telefónica acredita más bien su falta de voluntad de dar efectivo cumplimiento a las Resoluciones de esta Comisión, así como su intención de retrasar injustificadamente la implementación de la obligación establecida.

En definitiva, en contra de lo afirmado por Telefónica, de la instrucción de este expediente se deduce que no ha existido una verdadera voluntad de este operador de cumplir con la Resolución NEBA, concurriendo, en el presente caso, el requisito de la culpabilidad en la actuación de Telefónica.

De todo lo anterior se concluye la existencia de una conducta culpable a título doloso por parte de Telefónica en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador. A la luz de los actos de instrucción y del Hecho Probado Único que constan en la presente resolución, resulta que la citada entidad ha realizado la conducta objeto de la infracción con pleno conocimiento y voluntad.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del denunciado. Tales circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia y la doctrina, no concurren en el presente supuesto, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o bien se refieren a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), o a la concurrencia de un error (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta típica) o a circunstancias de estado de necesidad o miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas en el Hecho Probado.

CUARTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

En este epígrafe se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

El artículo 56.2 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

“a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.

b) La repercusión social de las infracciones.



c) *El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*

d) *El daño causado.*

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.”

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

Circunstancias atenuantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurre en el presente caso la siguiente circunstancia atenuante:

- *Escasa Importancia del daño realmente causado al mercado*

El artículo 131.3.c) de la LRJPAC se refiere a la naturaleza de los perjuicios causados como criterio que ha de tenerse en cuenta para graduar la sanción a imponer. Por su parte, el artículo 56.2 de la LGTel señala que en lo referente a la fijación de la sanción que se imponga al infractor pueda tomarse en consideración el daño causado al mercado.

En los distintos escritos de alegaciones presentados en el marco del presente procedimiento sancionador, Telefónica pone de manifiesto el escaso interés real de los operadores en la utilización del servicio NEBA, y por lo tanto la inexistencia de daños para el mercado, lo que, en su opinión, debería dar lugar al archivo del presente procedimiento, o, en todo caso, a la minoración de la sanción que pudiera imponerse por parte de esta Comisión.

En relación con esta cuestión cabe señalar que la existencia de un daño concreto al mercado no es un elemento que forme parte del tipo en virtud del cual se incoa el presente procedimiento sancionador (incumplimiento de las Resoluciones de la Comisión del Mercado



de las Telecomunicaciones, tal como establece el artículo 53.r) de la LGTel), siendo el bien jurídico protegido la “auctoritas” de esta Comisión.

En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 2007 (RJ 2008\361), en la que se señala lo siguiente:

“(...) el menoscabo de la “auctoritas” de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello, ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros (...)”

Como señalaba la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007/166), ha de tenerse en cuenta

“la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inexecución u obstaculización de dichas resoluciones [...]”.

Sin perjuicio de lo antedicho, en el presente procedimiento se tomará en consideración el daño efectivamente causado al mercado a resultas del comportamiento de Telefónica como circunstancia atenuante a los efectos de la graduación de la cuantía de la sanción a imponer. En efecto, debe atenderse al hecho de que la oferta NEBA se encuentra en una fase temprana de implantación, estando dicha oferta plenamente operativa solamente desde el 1 de julio de 2012. El carácter progresivo de la migración hacia este servicio explica su limitada acogida hasta la fecha, habiendo sido contratada de forma limitada por parte de los operadores alternativos.

En efecto, como señala la propia Telefónica, a fecha julio de 2013, el número de altas NEBA sobre FTTH era inferior a 100, factor que será por tanto tomado en consideración a la hora de valorar el impacto en el mercado de la infracción, y que debe llevar a la revisión del importe de la sanción inicialmente propuesta.

Todo ello sin perjuicio de la gravedad intrínseca de los hechos probados y de que, de persistir, podrían ser objeto de nuevos procedimientos sancionadores a los que se les podría aplicar agravantes como, en su caso, la reincidencia y el daño efectivamente causado en un mercado que ya no se encuentre en un estado tan incipiente como el analizado en el presente procedimiento sancionador,

QUINTO.- Sanción aplicable a las infracciones.

1.- Límite legal.



La LGTel fija unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose por otra parte también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.1 a) de la LGTel,

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades:

- El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual,*
- El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o*
- 20 millones de euros.”*

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 131 de la LRJPAC, en relación con las circunstancias modificativas que resulten aplicables, en el que se preceptúa lo siguiente:

“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.”

La aplicación de los criterios citados otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión.

2.- Aplicación al presente caso de los criterios legales.

2.1- Posible beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción.

El potencial beneficio obtenido por Telefónica sería la posible exclusión de potenciales operadores demandantes de la oferta NEBA, sin embargo al tratarse de una oferta mayorista en su fase inicial de implantación este potencial beneficio no puede ser cuantificado a priori.

2.2- Determinación de los ingresos brutos anuales obtenidos en el último ejercicio en la rama de actividad afectada.



Tal y como ha venido señalando esta Comisión en su práctica administrativa³², no existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad. Con carácter general, la rama de actividad se define como el conjunto de elementos patrimoniales (activo y pasivo) que conforman una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica como unidad susceptible de funcionar por sus propios medios, sin que se requiera una personalidad jurídica propia.

De conformidad con el artículo 56 de la LGTel, el elemento de cómputo no es la rama de actividad en la que se realizó la acción u omisión, sino la rama de “*actividad afectada*”.

En este sentido la Audiencia Nacional, en su sentencia de 7 de mayo de 2010³³ señala expresamente:

“(...) el artículo de la Ley no distingue entre ramas afectadas directa o indirectamente. El elemento de determinación de la multa no reside así en la acción sino en su resultado, en los efectos, directos o indirectos de la acción sobre cualesquiera rama o ramas de actividad. Serán, pues la rama o ramas sobre las que se proyecten los efectos de la conducta las que deban ser valoradas para la cuantificación de la sanción, teniendo además en cuenta para ello la instrumentalidad del acceso desagregado al bucle para la presencia en otros mercados. Esta instrumentalidad hace que los otros mercados que se ven afectados por el establecimiento de barreras puedan ser considerados como rama de actividad afectada”.

En aplicación de esta doctrina se consideran en el presente caso, como ramas de actividad afectadas por la infracción cometida, tanto los servicios mayoristas afectados como los servicios minoristas que requieren de los servicios mayoristas donde tiene lugar la infracción³⁴.

En efecto, la infracción nace del incumplimiento, por parte de Telefónica, de una obligación establecida en la oferta mayorista de referencia NEBA. Sin embargo, cuando los servicios

³² Ver por ejemplo Resolución de 10 de mayo de 2007 del expediente sancionador RO 2006/12, incoado a Telefónica; Resolución de 30 de octubre de 2008 del expediente sancionador RO 2007/1435 incoado a Telefónica por presuntas deficiencias en las bases de datos definidas en la oferta de referencia del bucle de abonado y en los sistemas de información de dicho operador.

³³ SAN de 7 de mayo de 2010, núm. rec. 46/2007, relativa a la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2006 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2004/1811. Ver en el mismo sentido SAN de 18 de enero de 2010, núm. rec. 1270/2007, relativa a la Resolución de esta Comisión de 10 de mayo de 2007 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2006/12.

³⁴ Esta ha sido la línea adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (y confirmada por los Tribunales) en el expediente sancionador RO 2004/1811 (Resolución de 16 de noviembre de 2006) así como en el expediente sancionador RO 2006/12 (Resolución de 10 de mayo de 2007).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayoristas afectados son esenciales para que un operador alternativo pueda competir, la rama de actividad debe incluir el nivel minorista.

En este sentido, el servicio NEBA es el único servicio disponible para la replicabilidad de las ofertas de fibra de Telefónica. Por el contrario, para los servicios prestados sobre su red de cobre existen otros servicios mayoristas alternativos.

Por tanto, se estima que la rama de actividad afectada se conforma por los ingresos procedentes de los servicios mayoristas y minoristas de banda ancha prestados sobre fibra óptica.

En el caso de los servicios mayoristas, se trata de identificar los ingresos procedentes de los servicios incluidos en la Oferta NEBA FTTH obtenidos en el ejercicio 2012. El cálculo realizado por esta Comisión³⁵ es de [CONFIDENCIAL: euros] e incluye el precio del alta (considerando todas las altas de las líneas activas que se han producido en 2012); los ingresos recurrentes asociados al pPAI-E/LAG instalados y las líneas FTTH activas.

En el caso de los servicios minoristas, los ingresos declarados por Telefónica en relación a las líneas de FTTH activas fueron de [CONFIDENCIAL:] para todo el año 2012.

La suma de las dos cantidades es de [CONFIDENCIAL: euros].

Por tanto, el 1% de los “ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada” asciende a [CONFIDENCIAL: euros].

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica señala que la valoración en su totalidad de la rama de actividad (es decir, a lo largo de todo el año 2012) asume la existencia de un comportamiento antijurídico global y generalizado desde el 1 de enero de 2012 en relación con la oferta NEBA, cuando dicha oferta (y por tanto, la obligación de facilitar la información objeto del presente procedimiento) sólo ha estado disponible a terceros a partir del 1 de julio de 2012.

En contestación a esta alegación, cabe indicar que Telefónica parece confundir la aplicación de los criterios previstos en la LGTel para la cuantificación del límite máximo de la sanción con la duración de la infracción, elemento que podrá ser tomado en consideración por la Administración a la hora de decidir sobre el monto exacto de la sanción a imponer, pero no a la hora de determinar cuál es el límite máximo aplicable (al estar dicho límite establecido en la propia Ley).

Así, a la hora de calcular la rama de actividad, esta Comisión se ha limitado a aplicar los criterios establecidos a tal efecto en la legislación vigente, y en virtud de los cuales (artículo 56 LGTel) la rama de actividad se calcula como “el 1% de los ingresos brutos anuales

³⁵ Partiendo de la información aportada por Telefónica a esta Comisión de conformidad con las obligaciones establecidas en el Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009.



obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada [...]”.

En otro orden de cosas, y aún cuando dicho hecho no es relevante (como se ha visto) para el cálculo de la rama de actividad según lo dispuesto en la LGTel, en relación con la duración de la infracción cabe señalar que, aún cuando la fecha de inicio de la infracción es el 1 de julio de 2012 (fecha de puesta funcionamiento de la oferta NEBA), en la actualidad Telefónica sigue sin dar efectivo cumplimiento a las obligaciones que emanan de la Resolución NEBA en materia de suministro de información de cobertura, por lo que la duración de la infracción no se limita al segundo semestre de 2012 sino que también abarcaría el año 2013.

2.3- Determinación del 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la comisión de la presunta infracción que se imputa a Telefónica.

El presunto incumplimiento por parte de Telefónica de la obligación de puesta a disposición del Web Service con la información completa de la cobertura de la fibra NEBA en edificios proviene de la pasividad o inacción por parte de Telefónica.

Para ello, simplemente con dedicar menos recursos de los necesarios para la adaptación de sus sistemas, se conseguirían los efectos descritos. Así, no son necesarios fondos para cometer la infracción, sino más bien lo contrario, no dedicar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones impuestas.

2.4- Conclusión.

El artículo 56 de la LGTel se refiere por último al importe de 20 millones de euros para fijar la sanción que pueda imponerse.

Tomando en consideración todas las cantidades señaladas, el límite máximo de la sanción que puede fijarse en el presente caso es, por tanto, de 20 millones de euros.

3.- Determinación de la sanción.

Ponderando los criterios de graduación de las sanciones y su aplicación al procedimiento actual, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

Como se ha indicado, el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 20 millones de euros.

Es importante tener en cuenta que el diseño de medidas que incentiven el despliegue de redes de fibra óptica (NGA) constituye una prioridad, tanto a nivel comunitario como español, siendo innegable la importancia que los servicios prestados sobre redes de fibra están adquiriendo en los mercados de comunicaciones electrónicas. En este contexto, cualquier medida adoptada por el operador con PSM y que pueda obstaculizar el correcto



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

funcionamiento de los mercados (como ocurre en el caso presente) puede tener una incidencia negativa sobre el desarrollo de las nuevas redes de comunicaciones electrónicas.

Por otro lado, se aprecia en el presente caso la concurrencia de una circunstancia atenuante (el limitado daño causado al mercado).

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer Telefónica de España, S.A. una sanción de cuatrocientos cincuenta mil euros (450.000 euros) por el incumplimiento de su obligación de poner a disposición de terceros operadores, desde el 1 de julio de 2012, una web service en la que se ofrezca la URL desde la que pueda descargarse un fichero con un listado de edificios en lo que pueden suministrarse conexiones de fibra.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el instructor del presente expediente sancionador

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de 10 de noviembre de 2011, mediante la que se aprueba la Oferta de Referencia para el Nuevo servicio mayorista Ethernet de Banda Ancha NEBA.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. una sanción por importe de cuatrocientos cincuenta mil euros (450.000 euros) por la comisión de la citada infracción.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 2100-5000-57-0200029123 abierta al efecto en la entidad financiera Caixabank, S.A. ("La Caixa"). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107, 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.