



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica y Secretario en funciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 7.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 2007, BOE nº 27 de 31 de enero de 2008,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 36/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 29 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U, contra la Resolución del Consejo de fecha 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas, y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (AJ 2009/1406).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución del Consejo de esta Comisión de 23 de julio de 2009.

Con fecha 23 de julio de 2009 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución en el procedimiento con número de expediente MTZ 2008/1944, por la que se aprobaba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas, y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, la designación del operador con poder significativo de mercado, la imposición de obligaciones específicas y se acordaba su notificación a la Comisión Europea.

En la citada Resolución, esta Comisión acordó lo siguiente:

*“**Primero.** Aprobar la definición y análisis de del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, tal como recoge el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución.*

***Segundo.** Considerar que el mercado minorista del conjunto mínimo de líneas alquiladas no constituye un mercado cuyas características justifiquen la imposición de obligaciones específicas y no es, por tanto, susceptible de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.*



Tercero. *Suprimir las obligaciones actualmente aplicables a Telefónica de España, S.A.U. en virtud de la Resolución de esta Comisión de 20 de abril de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas, la designación de operadores con PSM y la imposición de obligaciones específicas, una vez transcurrido un plazo de 6 meses a partir de la publicación de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado.*

Cuarto. *Considerar el mercado de segmentos terminales de líneas arrendadas al por mayor como mercado de referencia que puede ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Quinto. *Determinar que el citado mercado de referencia no es realmente competitivo, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 4, artículo 16, de la citada Directiva Marco y en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Sexto. *Considerar que Telefónica de España, S.A.U., en los términos del apartado III.4 del Fundamento de Derecho Tercero, tiene poder significativo de mercado en los citados mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo II, apartado 8 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Séptimo. *Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en el Anexo 1 de la presente Resolución.*

Octavo. *Comunicar a la Comisión Europea la definición y análisis de del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.*

Noveno. *Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.*

Décimo. *La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”*

De acuerdo con lo dispuesto en el Resuelve Séptimo de la Resolución, se impusieron a Telefónica de España, S.A.U (en adelante, TELEFÓNICA) las obligaciones descritas en el Anexo 1 en relación con el mercado mayorista de líneas alquiladas terminales, a saber:

- 1.- Obligación de proporcionar servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales a todos los operadores, a precios regulados.
- 2.- Obligación de no discriminación en las condiciones de los servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales (artículos 13.1 b) de la LGTel y 8 del Reglamento de Mercados; artículo 10 de la Directiva de Acceso).



3.- Obligación de transparencia en la prestación de los servicios mayoristas de líneas arrendadas terminales.

4.- Determinación de las concretas condiciones para el acceso a los servicios mayoristas de líneas arrendadas terminales (tanto los prestados con interfaces tradicionales como los prestados con interfaces Ethernet).

SEGUNDO.- Recurso de reposición de TELEFÓNICA.

Con fecha 7 de septiembre de 2009 tuvo entrada en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito presentado en nombre y representación de TELEFÓNICA presentado por correo administrativo el día 31 de agosto de 2009, en virtud del cual interpone un recurso potestativo contra la mencionada Resolución de 23 de julio de 2009 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con determinados aspectos de la citada Resolución, fundamentando su recurso en el siguiente motivo de impugnación (motivo único):

“INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 54 Y 62 1 A) E) Y F) DE LA LEY 30/92 DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA Y EMISIÓN DE UN ACTO CONTRARIO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO”.

Principalmente, TELEFÓNICA sostiene en relación con dicho motivo de impugnación que:

- *“...la CMT no ha motivado suficientemente la inexistencia de competencia efectiva en el **mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor**”.*
- *“Además, habida cuenta del análisis prospectivo del mercado, ..., la Resolución recurrida es contraria a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de Mercados”.*
- *“Asimismo, la Resolución recurrida es contraria al principio de proporcionalidad en la imposición de obligaciones en los mercados...”*

El motivo de impugnación expuesto se fundamenta en las siguientes alegaciones:

A) Definición errónea del mercado analizado e influencia en las obligaciones impuestas.

TELEFÓNICA manifiesta su disconformidad con la nueva definición del mercado relevante contenida en la Resolución impugnada.

Concretamente, la operadora se muestra en desacuerdo con la ampliación de la definición del mercado, que comprende ya no solamente los tramos de circuito entre un nodo y el domicilio de un cliente del operador demandante del servicio, tal y como se definía en la primera revisión de mercados¹, sino aquellas que formarán parte de la red



de acceso del operador que demanda el servicio, con independencia de la tecnología utilizada para suministrar capacidad.

B) Tratamiento erróneo de los datos de mercado con implicación en la incorrecta valoración del tamaño de mercado y definición del operador con poder significativo de mercado.

Considera TELEFÓNICA que se ha hecho un tratamiento erróneo de los datos, ya que a su juicio se debería haber incluido, en el cálculo de las cuotas de mercado, las conexiones con las BTS/BSC que los móviles se autoprestan mediante radioenlaces.

C) El mercado empresarial garantiza la rentabilidad necesaria para generar un acceso específico.

TELEFÓNICA se muestra en desacuerdo con que la migración en el nivel minorista de las líneas tradicionales a las Ethernet sea motivo suficiente para imponer obligaciones en el servicio mayorista para este tipo de interfaces.

D) Desregulación en mercados europeos y falta de proporcionalidad de los remedios impuestos.

TELEFÓNICA menciona datos de otros países para justificar la desregulación de este mercado, en especial para las líneas de capacidades de hasta 2 Mbit/s. Señala, además, que la Comisión no ha cumplido con el principio de proporcionalidad en la imposición de obligaciones en los mercados, ya que si bien es el operador que presenta mayor cuota de mercado en términos de ingresos, su cuota es decreciente a lo largo de los años, disminuyendo el número de los mismos en alrededor de un 25% en cada uno de los últimos años.

Expuestas las alegaciones anteriores, TELEFÓNICA solicita que se admita el recurso de reposición interpuesto. Asimismo, solicita que se declare la confidencialidad de determinados datos e informaciones aportados en el recurso que pudieran afectar al secreto comercial o industrial de la operadora.

TERCERO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso, y declaración de confidencialidad de determinados datos contenidos en el escrito de interposición del recurso de TELEFÓNICA.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 8 de septiembre de 2009, se informó a las partes interesadas en el expediente MTZ 2008/194 el inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

¹ Resolución por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor, la designación de operadores con poder significativo y la imposición de obligaciones específicas (AEM 2005/1456).



Asimismo, en dicho escrito se les informaba de que el Secretario de esta Comisión había dictado un acuerdo por el que se declaraba la confidencialidad de la información señalada con dicho carácter por TELEFÓNICA.

CUARTO.- Alegaciones de ASTEL al recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA.

Con fecha 6 de octubre de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la representación de ASTEL, en el cual manifestaba su conformidad con los términos de la Resolución de 23 de julio de 2009, y solicitaba la desestimación del recurso de reposición presentado por TELEFÓNICA.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto, teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en adelante, LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de TELEFÓNICA como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 23 de julio de 2009, por la que se aprueba la definición y análisis del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición.



La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento MTZ 2008/1944 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TELEFÓNICA para la interposición del presente recurso.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, procede su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

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

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.2 de la LRJPAC, el transcurso del plazo citado sin que se hubiese resuelto el recurso interpuesto, produce efectos desestimatorios, todo ello, sin perjuicio de la obligación de dictar resolución expresa en los términos contenidos en el artículo 43.4 de la LRJPAC.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes:

III FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la supuesta nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada.

TELEFÓNICA fundamenta su alegación de nulidad de la Resolución de fecha 23 de julio de 2009 en una supuesta falta de motivación, aduciendo infracción de los artículos 54 y 62.1 a) e) y f) de la LRJPAC y 24.1 de la Constitución Española.

No podemos compartir con TELEFÓNICA la concurrencia de dicho vicio procedimental. A diferencia de lo expuesto en su recurso, la Resolución impugnada cumple con el contenido del deber de motivación de los actos administrativos previsto en el artículo 54 de la LRJPAC,



que ha sido concretado por la Jurisprudencia y expuesto en diversidad de ocasiones por esta Comisión en sus Resoluciones, y del que, por tanto, la entidad recurrente resulta plenamente conocedora.

Baste, por tanto, con señalar que la exigencia contenida en aquel precepto se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras de permitir a los afectados ejercer debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.

Como afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 301/2000, de 13 de noviembre, *“el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundadores de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquella...”*, añadiendo la Sentencia 187/2000, de 10 de julio, que *“no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión”*.

Pueden tenerse en cuenta, también, entre otras², la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), en la que se señalaba lo siguiente:

“El deber de motivación de los actos administrativos tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”.

En relación con la causa de nulidad invocada por TELEFÓNICA al amparo del artículo 62.1 a) de la LRJPAC, por cuanto que considera infringido su derecho de defensa contenido en el artículo 24 de la Constitución Española, cabe significar, como también ha señalado esta Comisión en reiteradas ocasiones, que el derecho de defensa y su correlativa prohibición de indefensión ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional solamente en el seno de los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos sancionadores. Así se ha establecido expresamente, entre otras en las Sentencias 157/2007, de 2 de julio y 291/2000, de 30 de noviembre. Concretamente, en esta última Sentencia se dice que:

“...esta indefensión, de haberse producido, habría tenido lugar en vía administrativa -y con acceso posterior a la vía judicial-, por ello sólo podría tener relevancia constitucional en el caso de que se llegara a la conclusión de que el acto impugnado tiene efectivamente naturaleza sancionadora, ya que es doctrina constitucional que

² Véanse también las Sentencias de fecha 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000, (2000/3166) 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486), 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), 12 de diciembre de 1990 (1990/9918).



las garantías consagradas en el art. 24 CE sólo resultan de aplicación a los procesos judiciales y a los procedimientos administrativos sancionadores”.

El Tribunal Supremo ha aplicado la anterior doctrina en distintas Sentencias, como en la Sentencia de 22 de septiembre de 2004 (RJ 2004/6286), en cuyo Fundamento Cuarto se señala que:

“Menos aún una vulneración del art. 24 CE (RCL 1978, 2836) generadora de indefensión al no poder predicarse en sede administrativa frente a actos administrativos de naturaleza no sancionadora tal cual reiteradamente ha venido sentando la doctrina constitucional (SSTC 175/1987, de 4 de noviembre [RTC 1987, 175] , 197/88, de 24 de octubre [RTC 1988, 197] , etc.)”

Resulta evidente que el procedimiento administrativo MTZ 2008/1944 que dio origen a la Resolución de 23 de julio de 2009 impugnada no es de naturaleza sancionadora, por lo que difícilmente puede invocarse una presunta infracción del derecho a la defensa por parte de la recurrente.

Tampoco puede prosperar la alegación de la entidad recurrente sobre la infracción por la Resolución impugnada del artículo 62.1 e) de la LRJPAC, que establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Dicha causa de nulidad también ha sido concretada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha señalado que la nulidad de pleno derecho exige *“la prescindencia total y absoluta de los trámites establecidos legalmente para conformar la voluntad administrativa y garantizar los derechos de los ciudadanos interesados”*³ y, además, que dicha omisión sea *“clara, manifiesta y ostensible de dicho procedimiento”*⁴ y que haga referencia a *“trámites esenciales”*.⁵

A este respecto, debe señalarse que en el procedimiento MTZ 2008/1944 se siguieron todos los trámites previstos en la LRJPAC, tal y como se desprende de los propios Antecedentes de la Resolución impugnada. Y dentro de dichos trámites, según consta en el Antecedente Tercero, se abrió consulta pública, en la que la propia entidad recurrente formuló las alegaciones que consideró pertinentes. Asimismo, la Resolución impugnada contenía la indicación preceptiva de la posibilidad de interponer recurso administrativo previo contra la misma. No cabe duda, por tanto, de que se siguió el procedimiento legalmente establecido.

Tampoco existió vulneración de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, contenidas, en el caso de este Organismo, además de en la LRJPAC⁶, en su Reglamento de Régimen Interior⁷.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1998 [RJ 1998, 7542].

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2002 [RJ 2002, 2269].

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1997 [RJ 1997, 4376].

⁶ Artículos 22 a 27 de la LRJPAC.

⁷ Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



Por último, en cuanto a la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1 f) de la LRJPAC (actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición), esta Comisión no ha advertido, y tampoco TELEFÓNICA lo ha concretado, la omisión en la Resolución impugnada de requisitos esenciales en la imposición de obligaciones a la operadora y en el consiguiente reconocimiento de derechos a los operadores alternativos.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta anulabilidad de la Resolución impugnada por infracción de la normativa de telecomunicaciones.

Sostiene TELEFÓNICA que la Resolución impugnada incumple determinadas normas del ordenamiento jurídico sectorial de telecomunicaciones y, concretamente:

- Las reglas para el análisis prospectivo de los mercados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados).
- El principio de proporcionalidad en la imposición de obligaciones en los mercados de comunicaciones electrónicas, contemplado en los artículos 10.4 de la LGTel y 4 del Reglamento de Mercados.

Si se hubiera producido alguno de los incumplimientos citados, la Resolución adolecería de un vicio determinante de anulabilidad en virtud de lo establecido en el artículo 63.1 de la LRJPAC, por lo que para determinar su existencia procede analizar las diferentes alegaciones expuestas por TELEFÓNICA en su recurso.

1.1 Sobre la definición errónea del mercado analizado y su incidencia en las obligaciones impuestas.

1.1.1 La definición del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor contenida en la Resolución impugnada no se ajusta al mercado analizado. Necesidad de realizar un análisis de sustituibilidad para incluir las líneas utilizadas por los operadores para complementar su red de acceso

Afirma TELEFÓNICA que la definición del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor efectuada en la primera ronda de análisis de mercados era conforme con la Recomendación de la Comisión Europea⁸, ya que lo definía como aquél en el que se suministraba capacidad de transmisión simétrica y sin funcionalidades de conmutación que el usuario pudiera controlar entre un nodo y el domicilio de un cliente del operador demandante del servicio.

⁸ Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003 de mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.



Sin embargo, manifiesta la operadora que la definición contenida en la Resolución impugnada no es conforme con la que emana de la Comisión Europea, al proponer en su segunda ronda de análisis definir como mercado relevante aquél en el que se suministra capacidad de transmisión fija, simétrica, sin funcionalidades de conmutación que el usuario pueda controlar y que formará parte de la red de acceso del operador que demanda el servicio, con independencia de la tecnología utilizada para suministrar la capacidad.

A juicio de TELEFÓNICA, no se puede tratar de igual forma a una línea arrendada con una velocidad determinada y unas condiciones de prestación estipuladas para un servicio, que une una sede de cliente final con sede de operador, que la que une dos sedes de operador, sobre todo, cuando hay una red de datos, como sucede en el caso de los circuitos con tecnología Ethernet.

Explica la operadora que dependiendo del uso final que se vaya a dar a una conexión, se construye una determinada infraestructura que soporta esa necesidad, pero, sin embargo, la ORLA no diferencia la diversidad de usos que podrían tener las conexiones:

1. de un cliente final del Operador.
2. de una EEBB del Operador.
3. de una concentración de EEBB del Operador.
4. de elementos de red del Operador móvil (RNC) o fijo.
5. de elementos de red del cliente del Operador, tipo Data Center.
6. de entregas de señal del Operador.

Frente a lo expuesto por TELEFÓNICA, esta Comisión considera que, tanto la definición efectuada en primera ronda como en la segunda revisión, se ajusta a la Recomendación de mercados. En este sentido, es destacable que la Comisión Europea no formuló observaciones⁹ al proyecto de medida notificado por la Comisión.

Asimismo, debe recordarse que la propia Comisión Europea deja a criterio de las ANRs (Autoridades Nacionales de Reglamentación) la definición de la frontera precisa entre los mercados de líneas alquiladas terminales y troncales en función de sus circunstancias nacionales¹⁰. De hecho, las definiciones de estos dos mercados sufren variaciones significativas en los distintos Estados miembros (y la mayoría de ellas se ajustan a la Recomendación de la CE).

Por último, cabe señalar que en numerosos países han incluido en el mercado de terminales las líneas utilizadas para la conexión de elementos de la red de acceso de los operadores móviles.

En todo caso, y con independencia de lo anterior, esta Comisión ya realizó en el apartado III.2.1.2 de la Resolución recurrida el análisis de sustituibilidad que demanda la recurrente.

⁹ Caso ES/2009/0930, *comment letter* de la CE disponible en: http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/library?!=/espa/registerednotifications/es20090930-0931/es-2009-0930-0931/ES_1.0_&a=d

¹⁰ Extracto del memorando explicativo de la Recomendación de mercados relevantes de 2007: "At the wholesale level, it is possible to distinguish separate markets, in particular between the terminating segments of a leased circuit (sometimes called local tails or local segments) and the trunk segments. What constitutes a terminating segment will depend on the network topology specific to particular Member States and will be decided upon by the relevant NRA."



1.1.2 Diferentes necesidades de las líneas en función del uso final

TELEFÓNICA afirma que los distintos usos de las líneas alquiladas implican diferentes costes en su construcción. En especial, señala que las líneas con tecnología tradicional garantizan la capacidad completa de la interfaz, y en este caso el uso final no importa, puesto que siempre está disponible el 100% del caudal. Sin embargo, argumenta TELEFÓNICA, que con la tecnología Ethernet la interfaz delimita el flujo máximo de paquetes que se inyecta a una red compartida, pero de ninguna manera la red está concebida para garantizar toda la capacidad de la interfaz, pues Ethernet aprovecha el uso estadístico de los recursos compartidos para que la comunicación sea eficiente.

En relación con lo señalado por TELEFÓNICA, debe ponerse de manifiesto que, si bien una red metropolitana Ethernet cuenta con las características mencionadas por TELEFÓNICA, el servicio Ethernet regulado en la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas terminales (en adelante, ORLA) es un servicio punto a punto en el que –al contrario que en una red Ethernet de nivel 2– se reserva toda la capacidad de la interfaz, al igual que ocurre con las líneas tradicionales. A mayor abundamiento, fue TELEFÓNICA quien propuso la arquitectura del servicio. A continuación se recogen extractos de sus respuestas a los requerimientos efectuados por la Comisión en el expediente de revisión de la ORLA:

“En definitiva, las líneas Ethernet de la oferta de referencia mayorista se proveerán, salvo casos excepcionales, sobre infraestructura óptica dedicada con terminadores en el domicilio del cliente del operador y en el propio domicilio del operador constituidos por conversores de medios. Se trata de un transporte de Nivel 1 totalmente transparente al tráfico Ethernet de Nivel 2.”

Asimismo, en relación con su respuesta a la pregunta de la Comisión acerca de las implicaciones de ofrecer velocidades inferiores a la capacidad máxima de la interfaz, la operadora señalaba:

“Al hilo de lo expuesto en el primer punto de este apartado, sobre la propuesta de Telefónica de oferta mayorista de líneas Ethernet, se puede deducir que es impracticable ofertar velocidades parciales, ya que no existe ningún elemento en la red utilizada que pueda realizar dicha función de fraccionar o limitar el tráfico Ethernet y además no supondría ninguna economía en los medios de red de transmisión dedicados al transporte del circuito.”

Es decir, dado que el servicio Ethernet mayorista es de nivel 1, ofrecer velocidades intermedias no tiene demasiado sentido porque no hay ningún elemento en la red que pueda limitar el tráfico. En una conexión punto a punto de nivel 1 no hay ninguna red compartida que permita aprovechar el uso compartido de los recursos.

En definitiva, en el servicio definido en la ORLA tanto para las líneas Ethernet como para las tradicionales se garantiza el 100% de la capacidad de la interfaz, por lo que deben desestimarse las alegaciones de TELEFÓNICA.



1.1.3 Fijación de precios de las líneas Ethernet mediante la metodología *retail minus*

TELEFÓNICA señala que los precios de las líneas Ethernet se han fijado con una metodología *retail minus* que sólo tiene sentido cuando el servicio final se presta a un cliente empresarial.

En efecto, esta Comisión calculó los precios de las líneas Ethernet realizando un ejercicio de replicabilidad a partir de los precios del servicio minorista MetroLAN. No obstante, consideramos que los precios obtenidos deben aplicarse al resto de líneas terminales, ya que de lo contrario se estaría permitiendo un trato discriminatorio entre líneas que pertenecen al mismo mercado y son físicamente idénticas.

1.2 Tratamiento erróneo de los datos del mercado con implicación en la incorrecta valoración del tamaño del mercado y definición del operador con poder significativo de mercado.

TELEFÓNICA considera que deberían haberse incluido en el cálculo de las cuotas de mercado las conexiones con las BTS/BSC que los móviles se autoprestan mediante radioenlaces. Este operador realiza una estimación de dicha hipotética cuota a partir del número de emplazamientos necesarios para que un operador móvil disponga de cobertura en toda España.

Sobre dicha alegación, debe señalarse que resulta cierto que no se incluyeron en el mercado aquellos emplazamientos a los que los operadores han accedido con medios propios (por ejemplo, radioenlaces). Cabe añadir que tampoco se contabilizaron en el mercado las ventas cautivas, es decir, los circuitos que TELEFÓNICA presta a Telefónica Móviles. Incluyendo dichos circuitos en el mercado, la cuota obtenida sería superior a la planteada por TELEFÓNICA y, en todo caso, superior al 50%, límite a partir del cual la cuota es considerada como un indicio claro de poder de mercado.

Por otro lado, debe señalarse que, debido a que suele ser necesaria visibilidad directa entre la estación base y un nodo de la red del operador, los radioenlaces no son siempre alternativas viables para la conexión con las BTS/BSC. Asimismo, debido a las crecientes necesidades de ancho de banda de los operadores móviles, numerosos emplazamientos que actualmente son accesibles mediante radioenlaces necesitarán migrar a otras soluciones de acceso de mayor fiabilidad y capacidad. Por tanto, desde un punto de vista prospectivo, soluciones de acceso como son las líneas alquiladas o la fibra óptica propia serán cada vez más necesarias. Esta es una de las razones principales que justifican tanto la posibilidad de que los operadores móviles puedan acudir a los conductos de la oferta MARCO para tender su propia fibra como a las líneas alquiladas de la ORLA.

Asimismo, es destacable que Telefónica Móviles recurre de forma masiva a las líneas alquiladas de TELEFÓNICA en lugar de utilizar radioenlaces en algunos emplazamientos. Por tanto, parece razonable que el resto de operadores móviles también puedan acceder a esta modalidad de acceso a sus BTS/BSC en condiciones equitativas.



1.3 El mercado empresarial garantiza la rentabilidad necesaria para generar un acceso específico

En opinión de TELEFÓNICA, la migración en el nivel minorista de las líneas tradicionales a las Ethernet no debe ser motivo suficiente para imponer obligaciones en el servicio mayorista para este tipo de interfaces. Añade TELEFÓNICA que esta forma de actuar va en contra del proceso de innovación y mejora de la oferta al cliente final.

Considera la recurrente que los clientes finales del mercado minorista deben garantizar por sí solos la rentabilidad de los procesos de inversión asociados, por lo que todos los operadores deberían ser capaces de realizar su propia inversión para atender este tipo de demanda.

Por todo ello, TELEFÓNICA considera que no deben imponerse obligaciones sobre las líneas Ethernet o, como mínimo, sobre la última incorporación de las interfaces Gigabit Ethernet.

Sobre ello, cabe señalar, sin embargo, que esta Comisión impuso obligaciones sobre las líneas Ethernet en la revisión anterior del mercado, habiendo justificado debidamente en la Resolución impugnada (apartado III.5.3.1.4 de la Resolución recurrida) la imposición de obligaciones sobre las interfaces Gigabit Ethernet.

En todo caso, en relación con la reflexión de TELEFÓNICA, caber recordar la existencia de una serie de factores (en especial, la capilaridad de su infraestructura, no reproducible fácilmente) que otorgan a este operador una ventaja sobre sus competidores a la hora de introducir una tecnología como Ethernet en los mercados minoristas de líneas alquiladas.

1.4 Desregulación en mercados europeos

TELEFÓNICA menciona datos de otros países para justificar la desregulación de este mercado, en especial para las líneas de capacidades de hasta 2 Mbit/s.

Sin embargo, esta alegación ya fue contestada en el apartado II.2.2.2 de la Resolución recurrida, en la que se señalaba lo siguiente:

“Es cierto, como afirma Telefónica, que varios reguladores han segmentado el mercado en función de la velocidad, en especial entre los circuitos de velocidades de hasta 2 Mbit/s y superiores. En algunos países se ha declarado la ausencia de PSM en el submercado de circuitos de velocidades superiores a 2 Mbit/s. Ahora bien, todos los países han declarado la existencia de PSM en los circuitos de hasta 2 Mbit/s. Es decir, la comparativa internacional arroja conclusiones diametralmente opuestas a la propuesta de Telefónica.”

Asimismo, Telefónica añade que en el Reino Unido los servicios mayoristas de conectividad a estaciones base no están regulados.

Frente a ello, cabe señalar que OFTEL introdujo en el año 2002 un producto mayorista denominado *Radio Backhaul Services* (RBS) que consiste en líneas alquiladas para



conectar estaciones base. De hecho, en el Reino Unido estos servicios se regularon incluso antes que las líneas alquiladas mayoristas para la conexión de cliente final. Actualmente los servicios RBS forman parte del mercado de terminales¹¹, en línea con lo dispuesto por esta Comisión en la Resolución recurrida.

Por último, TELEFÓNICA añade información sobre la situación regulatoria en Francia que viene a confirmar que la regulación de ARCEP para este tipo de servicios es similar a la española (cita literal del recurso de Telefónica):

“El grupo Orange, verticalmente integrado, utiliza además bloques elementales para sus necesidades internas de conexión en propiedad de sus BTS. A título indicativo, ARCEP considera que parece legítimo que los operadores móviles alternativos puedan tener acceso al mercado mayorista a través de los mismos bloques elementales, con el fin de conectar sus BTS.”

En definitiva, la comparativa con los países de nuestro entorno viene a reforzar la decisión de esta Comisión. Asimismo, cabe recordar que uno de los objetivos de la Comisión Europea es lograr una regulación armonizada en todos los Estados miembros, por lo que no presentó ninguna objeción al proyecto de medida.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U contra la Resolución, de fecha 23 de julio de 2009, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas, y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado, la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de

¹¹ “Wholesale services used to support Unbundled Local Loop (LLU) and Radio Base Station (RBS) backhaul services still fall within the markets for terminating segments”, OFCOM 2008 review of the retail leased lines, wholesale symmetric broadband origination and wholesale trunk segments markets



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 el Director de Asesoría Jurídica, Miguel Sánchez Blanco (P.S. art. 7.2 Texto Consolidado RRI de la CMT, Resol. Consejo de 20.12.2007, BOE de 31 de enero de 2008), con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.