



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 13/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de marzo de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto 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).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 6 de octubre de 2011 recaída en el expediente DT 2011/657.

Con fecha 11 de noviembre de 2010 esta Comisión aprobó la especificación del nuevo servicio Ethernet de acceso mayorista a banda ancha. En el Resuelve Octavo de la citada Resolución se estableció que hasta la disponibilidad efectiva del servicio NEBA¹, Telefónica deberá ofrecer una solución de comercialización por terceros de sus ofertas minoristas FTTH.

Con fecha 2 de marzo de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange), en el que indicaba que la oferta de comercialización por terceros de las ofertas minoristas FTTH de Telefónica estaba incumpliendo lo dispuesto por esta Comisión en su resolución de 11 de noviembre de 2010. En concreto, según Orange la oferta incumplía los siguientes aspectos:

- La posibilidad de competir con la nueva oferta de 50 Mbit/s.
- Incorporación de una modalidad de 30 Mbit/s en el servicio de reventa.
- Disponibilidad efectiva.
- Información sobre cobertura.

¹ Servicio mayorista de banda ancha de nivel regional basado en interfaz Ethernet



- Plazos de instalación y provisión del servicio y SLAs postventa.
- Equipamiento.
- Permanencia.

En atención a ello, Orange solicitaba que se instara a Telefónica a remitir urgentemente una nueva oferta que diera cumplimiento a lo expuesto en la Resolución citada, y que se abstuviera de comercializar ofertas minoristas FTTH en tanto en cuanto su oferta de comercialización por terceros no estuviera plenamente disponible y se garantizara la plena replicabilidad de los servicios prestados por Telefónica.

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, con fecha 6 de octubre de 2011, esta Comisión dictó resolución en los siguientes términos:

“PRIMERO.- Se desestima la petición de Orange de instar a Telefónica a abstenerse de comercializar ofertas minoristas FTTH.

SEGUNDO.- Telefónica deberá adaptar su oferta de reventa FTTH a lo especificado en el Fundamento Cuarto”.

En lo que interesa para el presente procedimiento de resolución de recurso, el Fundamento de Derecho Cuarto al que se refiere el resuelve anterior, impone a Telefónica la obligación de complementar el acceso funcional a la página web, proporcionando la relación actualizada de fincas pasadas² por fibra donde puedan ofrecerse servicios FTTH, a aquellos operadores que firmen el contrato de prestación del servicio de reventa, en aras a garantizar la replicabilidad del servicio FTTH de Telefónica.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución DT 2011/657 y solicitud de suspensión.

Con fecha 7 de noviembre de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica por el que interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de referencia, en el que solicita que se elimine la obligación de la recurrente de informar de las fincas pasadas con FTTH. Asimismo, mediante otrosí, pedía la suspensión de la ejecutividad de la resolución.

Según Telefónica, la obligación prevista en la Resolución recurrida sobre la relación actualizada de fincas pasadas, vulnera los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación previstos en el artículo 11.5 de la LGTel. Asimismo señala que la citada obligación es arbitraria y le causa indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española.

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

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

² Edificios identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL.



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

TERCERO.- Inicio del procedimiento y alegaciones de Orange.

Mediante escrito del Secretario de 14 de noviembre se acordó el inicio del procedimiento, tramitado con número de expediente AJ 2011/2462, y se les notificó a los interesados dándoles un plazo de 10 días para que pudieran presentar las alegaciones o documentos que estimaran convenientes.

Finalmente, ha presentado alegaciones Orange, en las que se muestra contraria al recurso de Telefónica y solicita que se desestime en su totalidad.

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

Con fecha 1 de diciembre de 2011, esta Comisión acordó desestimar la petición de suspensión de la resolución de 6 de octubre de 2011, ante la inexistencia de una causa manifiesta de nulidad de pleno derecho en la resolución, y la ausencia de acreditación de los perjuicios de difícil o imposible reparación que la ejecución de la resolución le produce a Telefónica.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107.1 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

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

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

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



sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

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

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición fue interpuesto el día 7 de noviembre de 2011, es decir, dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y además, cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

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

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

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la proporcionalidad de la obligación de informar sobre la relación actualizada de fincas pasadas por FTTH.

El principio de proporcionalidad emerge ocasionalmente en diversos sectores de nuestro derecho positivo, aunque, en cuanto principio general del derecho, es de exigible aplicación aunque no se declare expresamente.

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

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

En atención, a ello, será preceptivo analizar la legalidad de la medida y si la misma, además de necesaria satisface un interés público más digno de protección que el particular de la entidad recurrente.



a) Sobre la legalidad de la obligación de información de cobertura impuesta a Telefónica y el interés público protegido con la imposición de la misma.

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

Tanto la Directiva de Acceso³ (capítulo III), como la LGTel (artículo 13) y el Reglamento de Mercados⁴ (Capítulo III), prevén una lista de obligaciones a imponer, en función de la naturaleza del problema identificado, que puede ser ampliada con otras obligaciones distintas por motivos excepcionales y de manera justificada.

Una de las obligaciones no excepcionales que pueden ser impuestas es la de no discriminación.

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

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

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

Dicha Resolución determinó que el mercado 5 no era un mercado competitivo y que Telefónica tenía individualmente poder significativo en el mismo. En consecuencia, esta Comisión impuso a Telefónica, entre otras, la obligación de no discriminación.

Las sucesivas Resoluciones que han ido desarrollando las obligaciones impuestas en la definición del mercado 5, en particular la Resolución de 11 de noviembre de 2010⁵ y la de 6 de octubre de 2011, han concretado esta obligación de no discriminación.

La Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010 especifica las características del nuevo servicio de acceso indirecto de banda ancha (NEBA), y señala que en tanto no esté disponible el servicio Telefónica debe ofrecer una solución de comercialización por terceros de sus ofertas minoristas FTTH, siendo la información de cobertura un requisito mínimo de la solución.

Posteriormente, ante la denuncia del incumplimiento de la Resolución anterior, esta Comisión ha definido, mediante la Resolución ahora recurrida, esta cobertura de información como la relación actualizada de fincas pasadas (edificios identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía,

³ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.

⁴ 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.

⁵ En la definición del Mercado 5 se impuso a Telefónica el deber de ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha. Este nuevo servicio de acceso indirecto de banda ancha (NEBA) queda especificado en la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010 (DT 2009/497).



número y código GESCAL) por fibra donde puedan ofrecerse servicios FTTH a aquellos operadores que firmen el contrato de prestación del servicio de reventa.

Esta información de cobertura, señala la Resolución, es consecuencia de la obligación de no discriminación prevista en la Resolución de definición de mercados⁶.

Por ello se consideró necesario que Telefónica proporcione al resto de operadores la misma información que dispone para sí misma, siendo ésta la que permita saber con exactitud dónde un operador puede ofrecer el servicio de reventa (fincas pasadas⁷).

Por otro lado y con respecto a los despliegues FTTH, es necesario recalcar que la obligación de transparencia sobre las condiciones de acceso a los edificios especificadas en la resolución MTZ 2008/965⁸, se refiere a que los primeros operadores que tomen la iniciativa en el proceso de cableado óptico en los edificios deben poner a disposición de terceros la información necesaria para que éstos puedan planificar sus solicitudes de acceso basándose en decisiones técnicas y comerciales eficientes.

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

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

En atención a lo anterior, esta Comisión no puede más que concluir que la obligación de cobertura de información impuesta a Telefónica goza de plena legalidad, ya que deriva de las potestades de intervención de esta Comisión atribuidas legalmente, y de la obligación de no discriminación impuesta a Telefónica como operador significativo de mercado, habiendo sido concretada posteriormente a través de varias resoluciones que desarrollan la citada obligación.

Por otro lado, la medida va dirigida a preservar la competencia en el mercado de banda ancha, lo que supone un interés de mayor protección que el particular del operador incumbente. En este sentido, cabe destacar que la actuación tendente a salvaguardar la competencia en el mercado, nacida de un Organismo regulador como es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones persigue, ante todo, la preservación del interés general⁹.

Las medidas impuestas tras un análisis de mercado son del todo necesarias, en tanto que van dirigidas a evitar posibles fallos que pueden producirse como consecuencia de una situación de falta de competencia en los mismos, promoviendo así la entrada de nuevos competidores. Ello puede suponer inconvenientes en la esfera particular de Telefónica, pero beneficios al interés

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

⁷ Relación de los edificios en cobertura para los servicios de fibra (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca)

⁸ Resolución de fecha 12 de febrero de 2009, por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2007 (JUR 2007/236907).



general, un interés, éste último, más digno de protección que el del operador incumbente. En este sentido, cabe destacar que la actuación tendente a salvaguardar la competencia en el mercado, nacida de un Organismo regulador como es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, persigue, ante todo, la preservación del interés general¹⁰.

Es innegable, que la medida nace de la intención de esta Comisión de preservar la competencia en el mercado de banda ancha, lo que supone un interés de mayor protección que el particular del operador incumbente.

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

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

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

Como hemos señalado anteriormente, la obligación de informar sobre la instalación de FTTH impuesta a Telefónica, tiene como objetivo que no haya discriminación hacia los operadores alternativos. En líneas generales, la medida es necesaria, según la resolución recurrida, por lo siguientes motivos:

“La indisponibilidad de la información de dónde se puede ofrecer el servicio de reventa impediría a los operadores alternativos a 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”

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

Cabe asimismo indicar que en ningún momento se ha exigido a Telefónica la obligación de apuntar la evolución futura de sus despliegues de FTTH. En este sentido, se indicó que se

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2007 (JUR 2007/236907)



consideraba oportuno limitar la información a suministrar al resto de operadores al despliegue actual de Telefónica, sin incluir las previsiones de despliegue a seis meses.

Por otro lado, esta Comisión rechaza la alegación de Telefónica en la que señala que informar sobre despliegues de servicios con velocidades nominales superiores a 30 Mbits/s va más allá de las obligaciones que tiene impuestas regulatoriamente.

En primer lugar, resulta oportuno señalar que la limitación de la regulación de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha a velocidades nominales de hasta 30 Mbit/s prevista en la definición del mercado 5, se debió por un lado, a que en ese momento la oferta de servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle resultaba suficiente para asegurar la replicabilidad de las velocidades de referencia en el mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha, y además existían dudas sobre la aceptación tanto de estas ofertas como de aquéllas de mayores velocidades tanto por parte de los usuarios finales como por los operadores mayoristas, y por otro lado, resultaba necesario, según señalaba la propia resolución, para promover un inversión eficiente en infraestructura tanto por parte de Telefónica como por parte del resto de operadores alternativos.

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

En segundo lugar, esta Comisión quiere aclarar, que si bien del recurso de Telefónica podría desprenderse que los servicios prestados a través de redes de fibra óptica basados en velocidades inferiores a 30 Mbits/s resultan prácticamente inexistentes actualmente, ello no se ajusta a la realidad. Según datos obtenidos por esta Comisión relativos al cuarto trimestre del año 2011, del total de accesos sobre fibra óptica ofrecidos por Telefónica el **[CONFIDENCIAL] % correspondían a velocidades de 10 Mbits/s ([CONFIDENCIAL] accesos)**. Se trata, por tanto, de servicios cuya regulación debe ser observada con cautela por la incidencia en el mercado y en los usuarios finales.

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

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

En este mismo sentido, se pronuncia Orange a través del escrito de alegaciones presentado al recurso de reposición al señalar que el hecho de que en el momento actual Telefónica no tenga obligación de proporcionar servicios mayoristas de banda ancha por encima de 30 Mbits/s *“no puede significar que Telefónica pueda lastrar con limitaciones adicionales los servicios por debajo de dicha velocidad, para los que sí que está obligada expresamente a proporcionar acceso mayorista”*.



En cuanto a la alternativa apuntada por Telefónica relativa a la información a través del web service introduciendo el código GESCAL 24 (finca), la entidad recurrente afirma que la herramienta indicará si un portal tiene o no cobertura de fibra, y que cualquier operador con interés en utilizar el servicio podrá realizar un pequeño desarrollo para, a partir del web service de Telefónica, llevar a cabo “barridos” de portales y conocer la cobertura de FTTH en los núcleos donde tenga interés.

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.

Cabe recordar que la disposición del servicio de reventa de los servicios minoristas de Telefónica para su comercialización por terceros tiene carácter provisional hasta la disponibilidad efectiva del nuevo servicio de acceso de banda ancha al por mayor NEBA para FTTH. Esta solución debe permitir a los operadores alternativos ofrecer servicios FTTH del mismo nivel de calidad y prestaciones que Telefónica, posibilitando unos márgenes de comercialización adecuados. Es por ello, que la Resolución de 11 de noviembre de 2010 señala que Telefónica debe disponer de los cauces y medios necesarios y suministrar a los operadores la información precisa para que éstos puedan gestionar sus solicitudes.

En este sentido, es lógico pensar que para que un operador se plantee lanzar una campaña activa de reventa debe tener un mínimo conocimiento zonal en el cual focalizar sus esfuerzos, por la propia naturaleza de la reventa. La misma Telefónica reconoce que es necesario el conocimiento de las zonas en las que hay disponibilidad de fibra, puesto que ya avanza que un operador con interés en utilizar el servicio, deberá desarrollar un programa que pueda barrer las diferentes zonas y así conocer previamente la cobertura. Siendo la reventa el remedio temporal por indisponibilidad de NEBA, se considera absolutamente necesario que esta información esté disponible.

La cobertura, junto con el precio, es un dato indispensable para cualquier operador que quiera comercializar productos sobre servicios mayoristas. Así, podría suceder que el desconocimiento por parte de los operadores de la información del tendido de fibra les llevara a tomar una actitud poco proactiva que además impediría poner en marcha los mecanismos internos que permitieran definir el servicio sobre la oferta mayorista bitstream. La efectividad de cualquier servicio mayorista, según Orange, pasa por conocer la disponibilidad geográfica del mismo.

Resulta, por tanto, una medida que no ofrece una alternativa real, eficaz y eficiente a la prevista en la Resolución de fecha 6 de octubre de 2011.

Tampoco resulta una medida alternativa a la información de cobertura prevista en la Resolución recurrida acudir a la oferta MARCo¹¹, tal como apunta Telefónica. En este sentido, la entidad recurrente señala que la *“solución para el fomento de la competencia no pasa tanto porque ella informe con detalle de la huella de cobertura del despliegue de fibra y su evolución, sino que debe orientarse a posibilitar que los operadores puedan llevar a cabo sus propios despliegues, por ejemplo mediante la oferta MARCo”*.

Es preciso señalar que cada mercado tiene su propia regulación, y que exista un mercado regulado de acceso a las infraestructuras físicas (mercado 4) no exime a Telefónica de cumplir

¹¹ Oferta de referencia de acceso a los registros y conductos de Telefónica.



sus obligaciones en el mercado mayorista de acceso a la banda ancha (mercado 5). Si bien ciertos operadores pueden decidir desplegar fibra mediante la oferta de conductos, Telefónica debe dar cumplimiento a las obligaciones específicas del mercado 5 y no ampararse en la existencia de remedios propios de otros mercados, ya que ambos mercados son complementarios en gran medida.

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

La obligación de transparencia sobre las condiciones de acceso a los edificios especificadas mediante la resolución de 12 de febrero de 2009¹², establece que los primeros operadores que tomen la iniciativa en el proceso de cableado óptico en los edificios deben poner a disposición de terceros la información necesaria para que éstos puedan planificar sus solicitudes de acceso basándose en decisiones técnicas y comerciales eficientes.

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

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

Es interesante traer a colación, siquiera a modo de ejemplo, que en Francia la información de huella de cobertura FTTH se pone ya a disposición de terceros operadores en el contexto de de compartición de verticales tal y como recoge la legislación actual CPCE (Code des Postes et Communications Électroniques) y las decisiones de Consejo de la Competencia y ARCEP. Con respecto a la información relativa a las líneas de fibra y los puntos de concentración mediante la decisión nº 2009-1106¹³ de ARCEP se apunta que,

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

Como tal debe tenerse en cuenta que el Consejo de la Competencia, en su decisión N ° 08-A-06 de 6 de mayo de 2008 sobre el proyecto de ley para modernizar la economía, señaló que “la información respectiva de los operadores es un baluarte importante contra el

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

¹³ Décision n° 2009-1106 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 22 décembre 2009 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques, les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée



riesgo de captura del cliente final por el operador que haya desplegado el segmento terminal. Sin una información rápida, el operador que haya desplegado será durante un tiempo el primer y único operador que podrá ofrecer servicios de muy alta velocidad, con el riesgo de capturar la base esencial de clientes potenciales con compromisos de tiempo considerables que reducirán fuertemente la competencia durante los siguientes meses o años”.

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

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO.- Sobre los principios de interdicción de la arbitrariedad, objetividad y no discriminación aplicados en la obligación de informar la relación actualizada de fincas pasadas por FTTH.

Un análisis de los pronunciamientos judiciales basados en los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad, nos permite manifestar que estos principios son plenamente observados siempre que el órgano resolutorio funde su decisión sometido a la Ley y al Derecho, sin basarse en la formulación de juicios abstractos, en apreciaciones estimativas o en convicciones de carácter subjetivo.



La objetividad en la actuación de esta Comisión no es una obligación impuesta única y exclusivamente en la normativa sectorial de las telecomunicaciones, sino que encuentra su máxima expresión en la Constitución Española, que en su artículo 103 establece que *“la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y el derecho”*.

Nuestros tribunales han tratado en innumerables ocasiones el deber de objetividad en la actuación de las Administraciones Públicas *“como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos”*¹⁴.

La problemática que suscita la conceptualización de lo que debe ser objetivo o no, puede generar en ocasiones incertidumbre al administrado al considerar que las decisiones que le afectan carecen de la objetividad necesaria. Es por ello, que la solución que posibilita garantizar la objetividad de los actos administrativos radica en la fundamentación que le sirve de base, o lo que es lo mismo, en la mayor o menor motivación de las decisiones adoptadas.

Así lo entiende el propio Tribunal Supremo cuando manifiesta que *“si la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, cual lo impone el artículo 103 de nuestra Constitución, es mediante la motivación de sus actos, pues sólo a través de ella es como se puede conocer si la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines, sin que tal motivación se pueda cumplir con fórmulas convencionales, sino dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determine la decisión”*¹⁵.

Esta Comisión considera que, si bien la obligación a la que se refiere Telefónica no es más que una concreción de la obligación de no discriminación prevista en la Resolución de Mercados, qué duda cabe que la Resolución recurrida y en particular la decisión de concretar la obligación, gozan de una completa y extensa motivación, y ello es suficiente para considerar que los pronunciamientos contenidos en la Resolución gozan de la objetividad requerida legal y jurisprudencialmente, y en consecuencia la obligación de información de cobertura no puede ser considerada arbitraria.

Por otro lado, tampoco aprecia esta Comisión la existencia de discriminación, pues ello supone, en palabras de la jurisprudencia comunitaria y de nuestro país, que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente.

No puede, en consecuencia, existir discriminación en las obligaciones impuestas a Telefónica, en tanto que se parte de una situación de desigualdad. En efecto, Telefónica al gozar de una posición de poder en el mercado debe ser diferenciada de los demás operadores, y en base a dicha situación desigual se le imponen las medidas previstas en la Resolución de mercados que son concretadas, en su caso, a través de las Resoluciones posteriores dictada por esta Comisión, como la recurrida.

En atención a ello, se desestima la pretensión anulatoria de Telefónica por cuanto, a juicio de esta Comisión, la obligación de informar la relación actualizada de fincas pasadas por FTTH, ha sido dictada cumpliendo los requisitos de objetividad y no discriminación previstos en el artículo 11.5 de la LGTel, y además no es arbitraria.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 1988.

¹⁵ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990



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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 6 de octubre de 2011, recaída en el procedimiento DT 2011/657 sobre la denuncia de France Telecom España, S.A. en relación con la oferta mayorista de comercialización por tercero de servicios FTTH.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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