

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0096/08, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre)

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 24 de Enero de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López ha dictado la siguiente Resolución de Terminación Convencional en el expediente sancionador S/0096/08, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, incoado con fecha 13 de octubre de 2010, por supuestas conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de agosto de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), escrito de denuncia de Certificate, Verification & Revocation S.L. (CERTIVER), contra la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), relacionadas con los servicios de validación de certificados electrónicos expedidos por la FNMT en el ámbito del sector privado.
2. La Dirección de Investigación (DI) al objeto de determinar la posible existencia de indicios de infracción de la LDC que justificaran la incoación del correspondiente expediente sancionador, acordó llevar a cabo una información reservada bajo la referencia S/0096/08, requiriendo a la FNMT y a CERTIVER determinada información relativa a la regulación, el mercado y los servicios de validación de certificados electrónicos.
3. En marzo de 2009 y julio de 2009 se realizaron requerimientos de información a los 15 prestadores de servicios de certificación basados en certificados reconocidos presentes en el mercado español en dicha fecha, al

objeto de conocer la situación del mercado de certificación, y en particular la de los servicios de validación de certificados electrónicos.

4. El 8 de julio de 2010 se remitió requerimiento de información a la FNMT, solicitando datos actualizados sobre su actividad en relación con los servicios de validación de certificados electrónicos, los precios minoristas de estos servicios y los costes imputables. La FNMT ha dado respuesta a esta solicitud mediante escrito de 23 de julio de 2010 en el que aportaba, entre otras, información relativa a su actividad de validación en el ámbito de las administraciones públicas, y en el ámbito de sus clientes en el sector privado (folio 418). Por escrito de 28 de septiembre de 2010 la FNMT aportaba información relativa a los ingresos y costes, así como una hipótesis de tarifas de un servicio mayorista de validación de certificados electrónicos de la FNMT (folios 497-510).
5. Tras un análisis de la documentación recabada durante la fase de información reservada, la Dirección de Investigación observó la existencia de indicios racionales de infracción de la LDC. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, con fecha 13 de octubre de 2010, se acordó la incoación de expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que quedó registrado con el número S/0096/08.
6. Este expediente sancionador se abrió contra la FNMT, en relación con una conducta basada en la negativa injustificada a satisfacer la demanda de prestación de un servicio mayorista de validación de certificados electrónicos emitidos por la FNMT que permita la reventa a terceros de dichos servicios. Asimismo, se nombró instructor y secretario del expediente de referencia.
7. El 19 de octubre de 2010 tuvo entrada en la CNC un escrito presentado por la FNMT en el que solicita la resolución del expediente de referencia mediante Terminación Convencional, que estaba acompañado de determinada información adicional relativa a la actividad de la FNMT en el marco de la prestación de servicios de certificación electrónica al sector privado (folios 525-532).
8. El 25 de octubre de 2010 la Dirección de Investigación acordó el inicio de las actuaciones tendentes a la Terminación Convencional del procedimiento sancionador de referencia, en respuesta a la citada solicitud de la FNMT, concediendo a la FNMT un plazo de 15 días hábiles para presentar una propuesta de compromisos, que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que garanticen suficientemente el interés público.
9. Con fecha de 4 de noviembre de 2010 tuvo entrada en la CNC una propuesta de compromisos presentada por la FNMT, en la que se compromete a crear un sistema abierto de validación de certificados

electrónicos emitidos por dicha entidad en el tramo mayorista, acompaña un modelo de contrato tipo para prestadores mayoristas de servicios de certificación electrónica prestados sobre certificados emitidos por la FNMT, que incluye los servicios de validación de certificados electrónicos mediante la modalidad denominada OCSP.

- 10.** El 5 de noviembre de 2010, la Dirección de Investigación dio traslado de la propuesta de compromisos a CERTIVER, al que se le concedió un plazo de cinco días para presentar alegaciones a dicha propuesta.
- 11.** Con fecha 15 de noviembre de 2010 se recibió escrito de alegaciones de CERTIVER en relación con los compromisos presentados considerándolos insuficientes, al no incluir la modalidad consulta de listas de certificados revocados (CRL), que aunque con un grado de seguridad más reducido tienen un precio más asequible.
- 12.** El 24 de noviembre de 2010, la Directora de Investigación acordó considerar insuficientes los compromisos presentados para resolver adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia. Asimismo, se acordó otorgar a la FNMT un plazo de diez días hábiles para presentar ante la Dirección de Investigación nuevos compromisos que resolvieran los problemas de competencia detectados.
- 13.** El 9 de diciembre de 2010 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia un escrito con la propuesta complementaria de compromisos de la FNMT, propuesta que ha sido trasladada al denunciante y al Consejo de la CNC el 10 de diciembre. El denunciante no ha presentado alegaciones en relación con estos compromisos presentados por la FNMT.
- 14.** El 17 de diciembre, se comunica a la FNMT un acuerdo del instructor de esa misma fecha en la que se solicita la presentación de una versión consolidada de los dos grupos de compromisos presentados por la FNMT. La FNMT presenta con fecha 22 de diciembre un escrito con la versión consolidada de dichos compromisos.
- 15.** Finalmente el 23 de Diciembre de 2010, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 39.5 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la CNC propuesta de Terminación Convencional del Expediente, en relación con el expediente sancionador S/0096/08, contra la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Real Casa de la Moneda por considerar que los compromisos que propone resuelven los posibles efectos sobre la competencia que pudieran tener las conductas objeto del procedimiento.
- 16.** El Consejo resolvió sobre este expediente en su reunión del día 19 de enero de 2011.

HECHOS PROBADOS

Primero.- La DI en su Informe y Propuesta de Terminación Convencional hace la siguiente descripción de las partes en este expediente,

- **La FNMT**, (denunciada) es una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997. Presta servicios de certificación electrónica en virtud de lo previsto en el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. La FNMT desarrolla esta actividad a través de un departamento específico, denominado CERES.
- **CERTIVER**, (denunciante) es un Prestador de Servicios de Certificación. No emite certificados digitales, sino que se dedica a prestar servicios ligados al uso de la firma electrónica, siendo su actividad principal el validar certificados digitales.

Segundo.- La DI en su propuesta al Consejo de Terminación Convencional hace una detallada descripción del entorno legal, de los mercados afectados y de la actuación de la FNMT en la certificación electrónica, que se transcribe a continuación:

III. ENTORNO LEGAL E INFORMACIÓN SOBRE EL MERCADO

III.1. Entorno legal

III.1.1. Ley de Firma Electrónica

- (18) *La regulación básica sobre la firma electrónica se encuentra recogida en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (LFE).*
- (19) *De forma general, en su artículo 2, la LFE define el concepto de prestador de servicios de certificación como “la persona física o jurídica que expide certificados electrónicos o presta otros servicios en relación con la firma electrónica”.*
- (20) *Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1, “la prestación de servicios de certificación no está sujeta a autorización previa y se realizará en régimen de libre competencia”.*
- (21) *La LFE (artículo 6.1) define el certificado electrónico “Un certificado electrónico es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad.”*
- (22) *El artículo 8 de la LFE establece diferentes causas para la extinción de la vigencia de los certificados electrónicos, así como la obligación de los prestadores de suspender la vigencia de dichos certificados (artículo 9).*

(23) *En relación con esta cuestión, la LFE establece igualmente (artículo 10)*

“El prestador de servicios de certificación hará constar inmediatamente, de manera clara e indubitada, la extinción o suspensión de la vigencia de los certificados electrónicos en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados en cuanto tenga conocimiento fundado de cualquiera de los hechos determinantes de la extinción o suspensión de su vigencia.”

“La extinción o suspensión de la vigencia de un certificado electrónico se mantendrá accesible en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados al menos hasta la fecha en que hubiera finalizado su período inicial de validez”

(24) *Conforme a lo previsto en el artículo 18 de la LFE, todos los prestadores de servicios de certificación que expiden certificados electrónicos vienen obligados a:*

“c) Mantener un directorio actualizado de certificados en el que se indicarán los certificados expedidos y si están vigentes o si su vigencia ha sido suspendida o extinguida. La integridad del directorio se protegerá mediante la utilización de los mecanismos de seguridad adecuados.

d) Garantizar la disponibilidad de un servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados rápido y seguro.”

(25) *Los prestadores de servicios de certificación están obligados a formular una declaración de prácticas de certificación y deberán comunicar al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio el inicio de su actividad, sus datos de identificación y las características de los servicios que vayan a prestar (artículos 19 y 30 de la LFE)*

(26) *La LFE no distingue entre los diferentes servicios que puedan ofrecer los prestadores de servicios de certificación, y que pueden incluir servicios de expedición de certificados electrónicos, validación de certificados, servicios de sellado de tiempo, funciones de autoridad de registro, etc.*

(27) *Tampoco establece la norma legal requisitos tecnológicos obligatorios para los certificados electrónicos, los servicios de validación o los servicios de certificación en general. Sin embargo, la LFE sí concede en su artículo 3 un plus de eficacia jurídica para la denominada firma electrónica reconocida¹.*

¹ 3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.”

- (28) *En cuanto a los servicios de consulta sobre la vigencia de certificados (servicios de validación de certificados), como se ha indicado, la norma legal establece la obligación de garantizar la disponibilidad de un servicio rápido y seguro, pero no concreta la solución tecnológica a utilizar por el prestador o las condiciones comerciales en que deberá ofrecerse. La descripción del alcance de dichos servicios y de las soluciones concretas adoptadas por cada prestador vienen recogidas en el documento de Declaración de Prácticas de certificación que cada prestador elabora conforme a la obligación legal antes reseñada.*
- (29) *Por último procede señalar que la disposición adicional cuarta de la LFE hace referencia a la prestación de servicios por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, indicando que “Lo dispuesto en esta ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.”*

III.1.2. Regulación de la actividad de la FNMT como prestador de servicios de certificación

- (30) *La actividad de la FNMT como prestador de servicios de certificación (folios 227-230, 412-414) se encuentra sometida a las previsiones recogidas en:*
- a. *La Ley 59/2003, de 19 de diciembre de firma electrónica (LFE).*
 - b. *El artículo 81 de la Ley 66/1997, y el Real Decreto 1317/2001 de desarrollo de este precepto legal en cuanto a la prestación de servicios a las Administraciones públicas*
 - c. *El Estatuto de dicha entidad pública aprobado por Real Decreto 1114/1999, que fue modificado por Real Decreto 199/2009.*
- (31) *El artículo 81 de la Ley 66/1997 faculta a la FNMT para la prestación de servicios de certificación electrónica. En dicha norma legal se recoge un régimen específico para la prestación de estos servicios a organismos y entidades del sector público, con el objetivo de promover la máxima extensión de estos servicios, en régimen de no exclusividad.*
- (32) *Igualmente el apartado once del citado artículo 81 regula la prestación de servicios de certificación por la FNMT al sector privado, en régimen de libre competencia y de acuerdo con la legislación general aplicable a estos servicios.*
- (33) *La regulación de las condiciones de prestación de estos servicios por la FNMT a las AAPP viene concretada en el Real Decreto 1317/2001. De una manera resumida, se puede señalar que esta norma establece que los servicios a prestar serán los necesarios para garantizar las comunicaciones de los ciudadanos y personas jurídicas con las AAPP y las comunicaciones de las diferentes AAPP y*

organismos públicos entre sí. Igualmente establece las condiciones para prestar estos servicios, incluyendo su formalización mediante convenio, o la posibilidad de que las AAPP u organismos públicos que reciban estos servicios se constituyan en oficinas de acreditación o registro, donde los usuarios finales podrán acreditar su identidad y solicitar la emisión de certificados.

- (34) Merece especial mención el artículo 13 de este Real Decreto 1317/2001, que se refiere al registro de certificados y su consulta. De acuerdo con ello la FNMT mantendrá un registro de certificados que permita consultar el estado de validez de los certificados emitidos. A dicho registro tendrán acceso los usuarios públicos, y las personas que lo soliciten, siendo necesario en este último caso la autorización del titular del certificado.*
- (35) Por último, procede señalar de manera resumida las previsiones del Estatuto de la FNMT. En el Estatuto se prevé una vez más que la prestación de servicios de la FNMT al sector público se realice conforme a lo previsto en el artículo 81 de la Ley 66/1997 y sus normas de desarrollo (Art. 2.1.g del Estatuto). En cuanto a la prestación de servicios de certificación al sector privado, se establece que “la entidad actuará a todos los efectos en régimen de derecho privado” (Art. 2.1.h del Estatuto).*
- (36) En lo que se refiere a los precios a cobrar por esta clase de servicios, el Estatuto (art. 28.2) prevé que la FNMT podrá establecer precios públicos como contraprestación por la prestación de servicios de certificación al sector público, sin recoger previsiones específicas para su prestación al sector privado, que está sometido a libertad de precios bajo un régimen de libre competencia (folios 502 y 503).*
- (37) En cuanto a la prestación de servicios de validación de certificados al sector público, es necesario señalar que a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1671/2009 de desarrollo parcial de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, la FNMT presta los servicios de validación de certificados de manera gratuita² a las Administraciones Públicas en virtud de lo establecido en los artículos 23, 25 y la disposición adicional quinta de dicha norma (Véase folios 412 a 414).*
- (38) Por ello, puede señalarse que la actividad de la FNMT en el ámbito de la prestación de servicios de certificación electrónica y, en particular, de los servicios de validación de certificados electrónicos, está sometido a un doble régimen. La prestación de servicios al sector público se*

² Artículo 23.2 del Real Decreto 1671/2009: “2. Los prestadores de servicios de certificación deberán facilitar a las plataformas públicas de validación que se establezcan conforme a lo previsto en este real decreto, acceso electrónico y gratuito para la verificación de la vigencia de los certificados asociados a sistemas utilizados por los ciudadanos, la Administración General del Estado y sus organismos públicos.”

realiza bajo un régimen regulado bajo principios del derecho administrativo si bien en un régimen legal no exclusivo, mientras que la prestación de servicios al sector privado habrá de realizarse conforme a los principios de libre competencia y sometida al derecho privado.

III.2. Características generales del mercado de certificación

- (39) *El mercado de la certificación electrónica está plenamente liberalizado y comprende la prestación de diferentes servicios. Los servicios más básicos son los de emisión de certificados y validación de certificados.*
- (40) *La emisión de certificados consiste en que el prestador expide a los usuarios finales (personas físicas o empresas) un certificado electrónico que acredita su personalidad. El disponer de un certificado es imprescindible para que cualquier persona o empresa pueda autenticarse por medios electrónicos (acreditar su personalidad) y también para poder utilizar la firma electrónica (firma de documentos electrónicos).*
- (41) *La validación de certificados es un servicio que permite a un tercero verificar la validez de un certificado, comprobando si ha sido revocado previamente. Esta comprobación es en muchos casos aconsejable o incluso imprescindible, al objeto de tener la certeza de que no se está produciendo un uso fraudulento de los sistemas basados en la firma electrónica en los procesos de autenticación o en el proceso de firma electrónica en una transacción determinada.*
- (42) *Existen diferentes métodos de validar certificados electrónicos. Según señala la FNMT en su escrito de 10 de octubre de 2008 (folio 231) los dos más habituales son:*
- 1. Consulta de Listas de Certificados Revocados (CRL), donde los prestadores de servicio de certificación publican cada cierto tiempo (habitualmente con periodicidad diaria) los números de serie de aquellos certificados que han sido revocados. La FNMT afirma que por seguridad en las comunicaciones, confidencialidad y normas sobre protección de datos, la FNMT sólo utiliza este procedimiento en el ámbito público de actuación. Se utiliza por ejemplo, para validar los certificados electrónicos solicitados por ciudadanos y empresas para realizar la declaración de la renta. En general, los prestadores no conocen con precisión las validaciones realizadas mediante este método pues se limitan a publicar las listas que son descargadas por los interesados para posteriores validaciones.*
 - 2. Consulta vía OCSP (On line Certificate Status Protocol), mediante el cual el prestador de servicios de certificación responde en línea a las consultas sobre un certificado o número concreto de certificados. En este procedimiento se responde, caso a caso, sobre el estado de*

validez de los certificados (se validan) que interesen a la entidad que lo solicita.

- (43) Como puede deducirse de lo anterior, las validaciones realizadas mediante el sistema OCSP proporcionan una seguridad superior, en particular debido a su grado de inmediatez en lo relativo a la incorporación de los datos de los certificados revocados.
- (44) En el caso de las consultas a las listas CRL habría un retraso temporal desde el momento en que se materializa la revocación hasta la publicación de la siguiente lista. Por otra parte, puede asimismo deducirse que la implicación y las actividades a realizar por el prestador de servicios de certificación en el procedimiento OCSP resultan superiores a los que corresponden a la validación mediante CRLs.
- (45) En general, para determinadas transacciones electrónicas a realizar es suficiente el nivel de seguridad que ofrece el sistema de CRL, con actualizaciones diarias. Sin embargo, para transacciones de especial relevancia o trascendencia económica puede no ser suficiente con la actualización diaria y se hace necesario una consulta instantánea del estado de validez de un certificado.
- (46) En el mercado nacional los servicios de validación de certificados son prestados directamente por la FNMT (folio 233) y por los demás emisores de certificados, que se encargan de publicar las CRLs y de ofrecer, en su caso, el servicio de OCSP, correspondientes a los certificados expedidos por cada uno ellos. Como excepción más notable a esta regla general es el caso de los servicios de validación de certificados del DNI electrónico (e-DNI), en este caso el Ministerio del Interior ha encomendado (folio 233) la prestación de servicios de validación de dichos certificados al Ministerio de Política Territorial (para el sector público) y a la FNMT (para los ámbitos público y privado).
- (47) No obstante, algunas entidades prestan a los usuarios finales servicios de validación de múltiples autoridades de certificación utilizando los servicios básicos de validación ofrecidos por los emisores de certificados. Estas entidades pueden ser tanto emisores de certificados que validan certificados de terceros además de los propios, como entidades especializadas que prestan servicios de validación de múltiples autoridades de certificación sin actuar en el mercado de emisión de certificados, como es el caso del denunciante.
- (48) Este servicio de validación múltiple aporta a los clientes finales (bancos, empresas de comercio electrónico, etc.) un valor añadido importante, al poder verificar en un único punto los certificados de diferentes prestadores, evitando los costes de tener que conectar sus servicios con el servicio de validación de cada emisor de certificados individual.

- (49) *En general, los prestadores de servicios de certificación siguen un modelo de negocio que consisten en cobrar por la expedición y renovación de los certificados, mientras que varios prestadores ofrecen de manera gratuita el servicio de validación vía CRL, y de manera habitual cobran el servicio de validación vía OCSP, debido al mayor coste de esta modalidad para el prestador y el mayor valor que ofrece en cuanto a seguridad y fiabilidad (folio 100 a 104).*
- (50) *Por su parte, la FNMT ha optado (folio 235) por un modelo de negocio basado en ofrecer la emisión y renovación de certificados de manera gratuita a las personas físicas, y cobrar a las empresas y administraciones por servicios de validación de certificados³ (folios 412 a 414) y otros servicios de certificación como el sellado de tiempo. Esto ha permitido una gran extensión de los certificados emitidos por la FNMT. En lo relativo al servicio de validación, la FNMT ofrece a las administraciones usuarias el servicio de validación mediante CRL y al sector privado solamente validación segura OCSP.*

IV MERCADOS RELEVANTES Y POSICIÓN DE LA FNMT EN LOS MISMOS.

- (51) *De acuerdo con lo señalado con anterioridad, procede considerar que las actividades de expedición y el de validación minorista de certificados están en mercados de producto diferentes, dado que ambos servicios minoristas pueden prestarse de manera independiente, y desde el punto de vista de la demanda, ambos servicios no son sustitutivos.*
- (52) *En particular, los servicios minoristas de validación pueden ser prestados para validar los certificados emitidos por el propio operador y/o por terceros. Un ejemplo de esta separación entre expedición y validación se da en relación con los certificados del e-DNI, para los que el emisor no realiza servicios de validación, sino que los encomienda a terceros.*
- (53) *De esta manera, a los efectos del presente expediente, se puede considerar que existe un mercado de producto relevante diferenciado de prestación de servicios minoristas de validación de certificados, que es en el cual tendrían efectos las conductas de la FNMT denunciadas.*
- (54) *El ámbito geográfico relevante de este mercado de prestación de servicios minoristas de validación de certificados es probablemente nacional, dado que las especificidades de la normativa nacional y el ámbito de actuación de los principales oferentes y demandantes de*

³ A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1671/2009, de desarrollo parcial de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, la FNMT presta los servicios de validación de certificados de manera gratuita a las Administraciones Públicas en virtud de lo establecido en el artículo 25 y la disposición adicional 5ª de dicha norma

estos servicios generan unas condiciones de competencia similares a nivel nacional.

- (55) De cara a operar en este mercado minorista de validación en España, los certificados de la FNMT en principio constituyen un input esencial del mismo, en la medida que por la importancia que tienen los certificados de la FNMT en términos de número y uso, un operador que deseara prestar servicios de validación de múltiples tipos de certificados, necesitaría disponer de la capacidad de validación de los certificados emitidos por la FNMT (mediante la contratación de servicios mayoristas de validación) para ser competitivo en este mercado.
- (56) Por este motivo, se podría considerar que la prestación de servicios mayoristas de validación de los certificados emitidos por la FNMT constituiría un mercado de producto relevante en sí mismo, si bien por el momento dicho mercado no existe por la negativa de la FNMT a prestar dichos servicios mayoristas
- (57) A partir de las respuestas a los requerimientos de información remitidos en abril (folios 294 a 315) y julio (folios 381 a 404) de 2009 a los 15 prestadores de servicios de certificación basados en certificados reconocidos existentes en España en ese momento (folio 278), se pueden señalar algunas cifras como las siguientes.
- (58) En el mercado de emisión de certificados, el total de certificados en vigor a final de 2008 era algo superior a 14 millones, de los que 11,6 millones eran e-DNI y 2 millones de la FNMT.
- (59) En cuanto al mercado de validación, únicamente es posible disponer de datos detallados sobre la validación OCSP, puesto que las validaciones vía CRL al ser realizadas directamente por los usuarios que acceden a las listas y en general no están por tanto bajo el control de los prestadores de servicios. En 2008 se habrían realizado un total de 83 millones de validaciones de certificados mediante OCSP.
- (60) La FNMT habría venido manteniendo elevadas cuotas sobre el mercado global de validaciones OCSP, de acuerdo con lo siguiente:

2005	2006	2007	2008
88,3%	78,8%	68,9%	58,7%

Fuente: Elaboración propia a partir datos expediente

- (61) Por otra parte es necesario señalar que de los datos aportados por los prestadores puede desprenderse igualmente la conclusión de que la actividad relacionada con el uso de la firma electrónica ha estado

centrada en el ámbito del sector público, mientras que su uso en el sector privado es todavía emergente y muy incipiente.

(62) *En efecto, tomando los datos sobre validaciones OCSP los cinco principales prestadores de servicios de certificación vinculados al sector público aglutinan la práctica totalidad de las validaciones realizadas. Dichos prestadores serían en el ámbito de la Administración del Estado la FNMT y el Ministerio de Política Territorial (e-DNI), y en el ámbito autonómico CatCert (Cataluña), ACCV (Comunidad Valenciana), Izenpe (País Vasco). En concreto el porcentaje de validaciones OCSP realizadas por estos prestadores respecto del total de validaciones realizadas sería la siguiente:*

2005	2006	2007	2008
95,6%	98,4%	99,4%	97,8%

Fuente: Elaboración propia a partir datos expediente

(63) *No obstante, la adopción de diferentes medidas legales en relación con la adopción de la facturación electrónica, y su carácter obligatorio para determinadas empresas, constituye un elemento que sin lugar a dudas vendrá a dinamizar de manera muy importante la implantación del uso de la firma electrónica en el ámbito empresarial privado.*

V. ACTUACIÓN DE LA FNMT EN CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

(64) *La FNMT ha venido desarrollando su actividad fundamentalmente en el ámbito del sector público en España. En el año 2007 contaba con un total de 93 clientes públicos y 12 privados, mientras que en junio de 2010 el número de clientes públicos era de 120 y el de privados de 17. De la misma manera, la facturación de servicios ha estado asimismo concentrada en el ámbito público. En 2007, los ingresos de la FNMT correspondientes a servicios de certificación prestados al sector privado fueron el 2,1% del total correspondiente a servicios de certificación. En el primer semestre de 2010 dicha proporción seguía siendo minoritaria aunque había crecido hasta el 3,8% de los ingresos por estos servicios (folio 418)⁴.*

(65) *De acuerdo con la previsión legal, la FNMT ha venido formalizando la prestación de estos servicios al sector público mediante diferentes instrumentos, fundamentalmente mediante la firma de convenios de colaboración. Según lo previsto en el artículo 81 de la ley 66/1997, dichos convenios contemplan la actuación de los diferentes organismos públicos en el proceso de registro de usuarios, mediante*

⁴ *Se trata de datos de ingresos de todos los servicios de certificación prestados por la FNMT, sin que se disponga de información desglosada correspondiente solamente a los servicios de validación*

la comprobación de sus datos personales y demás actuaciones necesarias para la emisión de nuevos certificados.

- (66) La FNMT presta el servicio de validación mediante los dos procedimientos de consulta de CRL y de validación OCSP. El servicio de validación mediante listas CRL está restringido únicamente a las entidades usuarias de derecho público (folios 231 y 234). En el caso de las validaciones OCSP, la FNMT ofrece este servicio tanto a entidades públicas como privadas. Sin embargo, la FNMT señala que la demanda del servicio OCSP es mayoritaria para el sector privado dado que la mayoría de los clientes públicos solicitan validación mediante CRL (folio 418).
- (67) Por su parte, a partir de los datos históricos de validaciones de certificados expedidos por la FNMT por cada uno de los dos métodos señalados, aportados por la FNMT en su escrito de 23 de julio de 2010, puede observarse (folio 418) la preeminencia de las validaciones mediante el método de consulta a las CRLs, realizada por los organismos del sector público.
- (68) En concreto, según dichos datos, en los últimos años las validaciones CRL exclusivas de los organismos públicos han sido significativamente más numerosas que las validaciones OCSP. Puede asimismo apreciarse que el peso relativo de las validaciones CRL ha ido decreciendo de manera gradual en los últimos años.
- (69) La proporción de validaciones CRL, todas ellas correspondientes al sector público, realizadas sobre certificados de la FNMT sobre el total de validaciones en los últimos años serían las siguientes:

2007	2008	2009	Ene-Jun 2010
93,2%	85,6%	78,4%	77,1%

Fuente: Elaboración propia a partir datos expediente

- (70) En lo que se refiere a la prestación por la FNMT de servicios de validación de certificados electrónicos para el sector privado, actividad de la que es objeto el presente procedimiento, la FNMT adoptó en abril de 2005 (folio 235) un modelo de contrato tipo para la prestación de servicios OCSP para entidades privadas. Dicho modelo de contrato tipo, vigente hasta el presente momento, contempla (folio 251) en su condición Segunda que “_(Empresa)_ no podrá actuar por cuenta de terceros, como prestador de estos servicios revendiendo directamente la información y certificación OCSP recibida de la FNMT-RCM”
- (71) De la misma manera, la FNMT aprobó (folio 416) a mediados de 2009 un modelo de contrato tipo para la prestación de servicios de validación de certificados mediante el sistema OCSP, específicamente destinado a sistemas de facturación electrónica, dirigido al sector

público y al sector privado. Dicho modelo de contrato tipo incluye (folio 461) en su cláusula segunda una prohibición de la reventa de estos servicios de validación similar a la antes señalada.

(72) A modo de resumen, la FNMT ofrece desde abril de 2005 al sector privado servicios de validación de sus certificados mediante el procedimiento OCSP, impidiendo la reventa a terceros de dichos servicios. Por otra parte no ofrece al sector privado la posibilidad de validar sus certificados accediendo al sistema de consulta de listas CRL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Artículo 52 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, relativo a la Terminación Convencional del procedimiento sancionador, dispone en su apartado primero que *“el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público”*. Ahora bien, dicha Terminación del procedimiento sancionador sólo es posible con anterioridad a la formulación de la propuesta de Resolución por la DI, tal como dispone el apartado tercero del mismo artículo, *“la terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el Artículo 50.4”*.

Y el apartado segundo del mismo artículo dispone que *“los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento”*.

Por su parte, el Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, en su artículo 39 desarrolla los términos en que se llevará a cabo lo previsto en el citado precepto legal y en su punto 7 dispone que, *“El incumplimiento de la resolución que ponga final al procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pudiendo determinar, asimismo, la imposición de multas coercitivas de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 21 del presente Reglamento, así como, en su caso, la apertura de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 ó 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

SEGUNDO.- En el presente procedimiento se han seguido estrictamente los trámites previstos por la normativa citada en el fundamento anterior por lo que a juicio del Consejo es posible la Terminación Convencional del mismo.

La DI en su análisis e investigación apreció la existencia de una posible conducta ilícita de la FNMT contraria al artículo 2 de la LDC que prohíbe entre otras la explotación abusiva de una posición dominante consistente en la negativa injustificada de venta de bienes o servicios. La conducta analizada estaría relacionada con la negativa de suministro por la FNMT de determinados servicios mayoristas de validación de sus propios certificados.

Para la DI los certificados de la FNMT constituyen, en principio, un input esencial para prestar servicios minoristas de validación de certificados de múltiples emisores.

Por tanto para la DI *“la prestación de servicios mayoristas de validación de certificados de la FNMT constituiría un mercado de producto relevante diferenciado en sí mismo, en el que la FNMT tiene el monopolio, como única entidad que en última instancia tiene capacidad para validar sus propios certificados. Esta circunstancia permitiría establecer que la FNMT dispone de una posición de dominio en este mercado mayorista, sin necesidad de entrar a valorar si la FNMT dispone de una posición de dominio en los mercados de expedición y validación minorista de certificados, a pesar de que en los mismos la FNMT dispone de una presencia significativa.”*

Y en consecuencia, *“Esta negativa de suministro en principio podría constituir un abuso de posición de dominio a los efectos del artículo 2 de la LDC, en la medida que de forma injustificada se produce una negativa a suministrar unos servicios mayoristas que son esenciales para operar en un mercado minorista de validación de certificados, lo que habría impedido el desarrollo de operadores de validación de certificados de múltiples emisores”.*

Sin perjuicio de lo anterior, y entre otras razones para valorar la adecuación de los compromisos presentados para resolver los problemas de competencia, la DI analiza los posibles efectos de la conducta teniendo en cuenta las circunstancias en las que se desarrolla y dice lo siguiente:

- (79) *En su escrito de 10 de octubre de 2008, la FNMT señalaba (folio 236) que no había recibido solicitudes de servicios mayoristas de validación de certificados en el ámbito privado, más allá de la correspondencia (folios 267 a 271) mantenida con el denunciante en febrero y diciembre de 2007. De la misma manera, en su escrito de 19 de octubre de 2010 la FNMT aporta certificación (folio 530) indicando que no ha recibido solicitudes de empresas privadas que hayan demandado un servicio mayorista de validación de certificados de la FNMT para venta a terceros.*
- (80) *Con todo ello, de acuerdo con la información facilitada por la FNMT, únicamente la empresa denunciante se habría dirigido a la FNMT para*

solicitar un servicio mayorista de validación de certificados mediante el procedimiento OCSP.

- (81) Adicionalmente, como se ha señalado anteriormente, la actividad de la FNMT en materia de certificación electrónica habría estado fundamentalmente orientada a la prestación de servicios al sector público, siendo residual la demanda de servicios de validación por el sector privado residual.*
- (82) Asimismo, conviene tener presente las dificultades para que se desarrolle un mercado minorista de servicios de validación de certificados de cara a las Administraciones Públicas, en la medida que conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1671/2009, estos servicios de validación se deben prestar de forma gratuita a estas Administraciones Públicas.*
- (83) Por otra parte, como se ha señalado con anterioridad, el desarrollo del uso de la firma electrónica ha estado impulsado fundamentalmente desde el sector público, siendo necesario destacar el importante papel de la AEAT en el desarrollo inicial de estas tecnologías mediante su uso en los procedimientos tributarios y en particular en la presentación de la declaración del IRFP.*
- (84) El uso de la firma electrónica en el sector privado ha tenido un carácter muy limitado, y en general ha estado asociado a colectivos específicos o sectores muy concretos (abogacía, notarios, registradores, ingenieros, bancos, etc.). En general, estos colectivos han impulsado la constitución de prestadores de servicios de certificación con el objetivo prioritario de prestar servicios a dichos colectivos.*
- (85) No ha sido hasta fechas muy recientes cuando la firma electrónica ha comenzado un proceso gradual de implantación generalizada en el ámbito empresarial como consecuencia de la progresiva implantación de las soluciones de facturación electrónica.*
- (86) En lo que se refiere al uso de la firma electrónica por las personas físicas, el uso principal de los servicios de firma se concentra en las relaciones de los ciudadanos con las administraciones públicas. Su uso en el ámbito privado está todavía en una fase inicial. No obstante, factores como la implantación del e-DNI y la posibilidad de utilizar los certificados de la FNMT para el ámbito privado, han permitido que en servicios como el acceso a la banca electrónica haya comenzado a utilizarse los sistemas de firma, con un alcance muy limitado.*
- (87) En todo caso los sistemas de autenticación más ampliamente utilizados en esta clase de transacciones de los ciudadanos en el ámbito privado son todavía los sistemas basados en claves de acceso y/o tarjetas de claves, en algunos con el recurso a utilizar los servicios mensajes cortos SMS para mejorar la seguridad de determinadas transacciones.*

(88) *De acuerdo con todo ello, las conductas adoptadas por la FNMT en lo que se refiere a la no prestación de servicios mayoristas de validación de sus propios certificados habrían tenido un efecto limitado sobre la competencia hasta la fecha.”*

Vista la información que consta en el expediente, el Consejo coincide con la DI, en que la negativa injustificada de la FNMT a satisfacer la demanda de prestación de un servicio mayorista de validación de certificados electrónicos, emitidos por la FNMT, que permita la reventa a terceros de dichos servicios, puede constituir una infracción de la LDC. Y también coincide el Consejo en la limitación de los efectos sobre la competencia de la actuación hasta la fecha de la FNMT, que puede condicionar el desarrollo de un posible mercado emergente mayorista de validación de certificados electrónicos emitidos por la FNMT para clientes privados.

TERCERO.- A efectos de resolver dichos problemas la FNMT presentó una primera propuesta de compromisos, por la que se comprometía a crear un sistema abierto de validación en el tramo mayorista de los certificados electrónicos que emite, así como un régimen de precios de estos servicios con un diferencial para los mayoristas respecto del cliente final. Adjuntaba asimismo a modo de ejemplo un modelo de contrato tipo para los servicios mayoristas.

De los dos sistemas de validación existentes (ver en HP SEGUNDO el punto 42) el contrato tipo propuesto por la FNMT) solo planteaba la comercialización mayorista de los servicios de validación de certificados electrónicos mediante el protocolo OCSP (Online Certificate Status Protocol).

El denunciante consideró insuficientes estos compromisos al no incorporar una propuesta de mercado mayorista basada en la consulta de listas de certificados revocados (CRL), que si bien tiene un menor grado de seguridad para el cliente, tiene un coste más reducido y a juicio del denunciante podría ser el sistema más adecuado en la evolución de este mercado incipiente.

La DI considero asimismo insuficientes los compromisos presentados por la FNMT, puesto que no había justificado de forma suficiente la exclusión de la posibilidad de prestar servicios mayoristas de validación mediante CRL, y no había presentado un compromiso expreso ni había aportado garantías para prevenir que la FNMT pueda incurrir en prácticas comerciales a la hora de fijar y aplicar efectivamente los precios minoristas de sus servicios de validación, que puedan conllevar un estrechamiento de márgenes con sus servicios mayoristas u otras posibles prácticas abusivas.

En su respuesta a la DI remitida 9 de diciembre de 2010, la FNMT se compromete a no tomar ninguna medida en relación con el precio minorista que impida el desarrollo de la actividad mayorista sobre reventa de validaciones y a adoptar un contrato tipo y unos precios minoristas para su actividad minorista de validación en el ámbito privado que serán públicos. Asimismo hace las

siguientes apreciaciones en los términos recogidos en la Propuesta de Resolución de la DI:

“Señala que los servicios de validación que la FNMT presta a las Administraciones Públicas tienen un carácter gratuito, lo que previene el desarrollo de un mercado minorista de validación de cara a dichas Administraciones Públicas.

Adicionalmente, la FNMT plantea que existen ciertas limitaciones para el uso de los certificados emitidos por la FNMT en el ámbito privado. En este sentido, de acuerdo con la previsión legal, la FNMT tiene suscritos convenios con diferentes administraciones y organismos públicos para la prestación de servicios de certificación. Dichos organismos públicos realizan la actividad de oficinas de registro de usuarios para la expedición de certificados, que parten de la prestación del consentimiento del ciudadano para el uso del certificado en sus relaciones con la administración pública pero no para el ámbito privado.

La FNMT señala igualmente, que conforme a lo previsto en el artículo 13 del Real Decreto 1317/2001, el acceso al registro de certificados por entidades o personas privadas requiere la previa autorización del titular del certificado.

Por ello, la FNMT explica que la utilización de sus certificados en el ámbito privado (es decir el acceso al servicio de validación por entidades privadas) exige la autorización expresa del ciudadano, autorización que debería recabarse con posterioridad a la emisión del certificado en las oficinas públicas de registro según lo antes reseñado.

A este respecto, la operativa del sistema OCSP, que implica la consulta individual del estado de cada certificado, permite discernir de una manera sencilla aquellos certificados respecto de los cuales el ciudadano habría prestado el citado consentimiento. Sin embargo, en el caso de la consulta del registro de certificados vía CRL no lo permitiría, pues implica el acceso a la totalidad de la lista de certificados revocados de la FNMT, muchos de cuyos titulares no habrían dado su consentimiento para su consulta por entidades privadas.

En todo caso, la FNMT señala que va a impulsar las modificaciones necesarias del régimen jurídico de prestación de servicios de certificación por la FNMT, al objeto de facilitar la actividad mayorista y minorista de validación de certificados de la FNMT mediante CRL, y que va a estudiar soluciones técnicas para modificar la plataforma tecnológica de la FNMT al objeto de recabar el consentimiento individual de los usuarios en el proceso de renovación de sus certificado u otro posterior a la emisión inicial del mismo, y desarrollar una CRL específica para el ámbito privado con los certificados de los usuarios que hubieran dado dicho consentimiento.”

CUARTO.- A petición de la DI, el 22 de diciembre de 2010 la FNMT presentó la versión consolidada de sus compromisos vinculantes que a continuación se transcribe:

“Primero.- Crear un sistema abierto de Servicios de Validación en relación con los certificados electrónicos emitidos por la Entidad, en el tramo mayorista.

Segundo.- Establecer un régimen de precios por estos servicios que sea diferencial para los mayoristas respecto del cliente final, atendiendo al entorno de costes que se produzcan en la organización y funcionamiento de la FNMT-RCM, de conformidad con su naturaleza jurídica de entidad pública empresarial.

Los instrumentos legales destinados a implementar el cumplimiento de los apartados anteriores y que constituyen la propuesta son los siguientes:

1. CONTRATO “TIPO” para interesados mayoristas, cuya primera versión fue aportada junto al escrito de compromisos de 3 de noviembre de 2010.
2. DIVULGACION. El contrato “tipo” se encontrará disponible en la dirección de Web de la FNMT (<http://www.fnmt-es>), sin perjuicio de su divulgación a través de otros sistemas que permitan su general conocimiento.
3. PLAZOS. El contrato “tipo” inicial se incorporará al tráfico jurídico a través de los sistemas de divulgación anteriormente señalados en el plazo máximo de 10 días, a contar, desde la resolución de estimación de esa Comisión de los compromisos propuestos, realizándose la adaptación a estos compromisos de los contratos actualmente en vigor, a medida que se produzca su vencimiento: todo ello, con el objetivo de impulsar la actividad mayorista comprometida.

Tercero-Compromiso de no adoptar políticas comerciales que impidan en desarrollo del mercado mayorista de reventa de validaciones.

La FNMT se compromete expresamente a no adoptar ninguna medida en relación con el precio minorista que impida el desarrollo de la actividad mayorista sobre reventa de validaciones.

En este sentido la entidad aprobará unos precios minoristas, vía tarifa general, vía precio público, aprobando también un contrato tipo que será publicado en un perfil de contratante.

Los precios para éstos clientes se configurarán son la base de las posibles consultas potenciales OCSP, de forma que a mayor número potencial de consultas menor precio.

Como medida de implementación de la anterior declaración, la Entidad aprobará en el plazo de 6 meses, a contar des la aprobación del compromiso por la Comisión, un contrato “tipo” con los correspondientes precios para clientes minoristas privados.

Cuarto.- Información a la Comisión.- *FNMT-RCM, informará a esa Dirección de Investigación, de las actuaciones de implementación inicial de los compromisos adquiridos, así como de la puesta en marcha de los productos o servicios electrónicos relacionados con la misma.”*

QUINTO.- La DI en su propuesta de Terminación Convencional considera suficientes estos compromisos en los términos más abajo expresados y el Consejo está de acuerdo con esta valoración.

La FNMT se ha comprometido a poner en marcha de forma rápida un servicio mayorista de validación mediante sistema OCSP, que se recogería en un contrato tipo al que se le daría publicidad en la página web de la FNMT, y a adoptar unos precios para este servicio diferencial respecto de los precios de los servicios minoristas y con este compromiso la FNMT prestará servicios mayoristas de validación de sus certificados, lo que permitirá el desarrollo de un mercado de servicios minoristas de validación de certificados de múltiples emisores.

Y la FNMT ha justificado de forma suficiente los motivos que le impiden prestar un servicio mayorista o minorista de validación mediante CRL dirigido al sector privado, como consecuencia de la falta de consentimiento de los usuarios para el uso de certificados en el ámbito privado durante los procedimientos iniciales de registro en las oficinas de organismos públicos

Además la FNMT ha asumido un compromiso de no adoptar ninguna medida en relación con el precio minorista de validación para el sector privado que impida el desarrollo de la actividad mayorista sobre reventa de validaciones. Para hacer efectivo este compromiso, la FNMT se compromete a adoptar un contrato tipo y unos precios minoristas para su actividad minorista de validación en el ámbito privado, a los que daría la oportuna publicidad.

La DI considera que con este bloque de compromisos, *“se minimiza el riesgo de que la FNMT adopte políticas comerciales que de facto impidan el desarrollo de un mercado minorista de validación de certificados de múltiples emisores, en la medida que se generan instrumentos que dan publicidad a dichas políticas”*.

Finalmente la DI valora positivamente el que la FNMT haya planteado impulsar durante los próximos meses las modificaciones legales y técnicas necesarias para hacer viable la prestación de un servicio mayorista y minorista de validaciones CRL para el ámbito privado, lo que fomentaría el desarrollo del mercado de servicios minoristas de validación de certificados. El Consejo comparte esta apreciación de la DI sin perjuicio de poner de manifiesto la responsabilidad que a estos efectos compete al órgano de tutela de la FNMT, que debe asegurar que el marco normativo permita un desarrollo eficaz de la competencia.

Y por último el Consejo al igual que la DI recuerda que esta Resolución de finalización del expediente con compromisos, no exime de la aplicación de las

normas de competencia en el supuesto de que se detectase que las políticas comerciales mayoristas y minoristas específicas que la FNMT adopte en un futuro en relación con los servicios de validación de sus certificados, pueden ser contrarias a las mismas.

De acuerdo con la valoración anterior el Consejo entiende que procede acordar la Terminación Convencional del procedimiento S/0096/08 incoado a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, condicionado al cumplimiento por parte de la FNMT del conjunto de compromisos que ha propuesto, en los términos que se recogen en la versión consolidada remitida el 22 de diciembre de 2010, a la que se hace referencia en el Fundamento de Derecho CUARTO anterior. Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación el Consejo Nacional de la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO: Acordar, al amparo del artículo 52 de la LDC y del artículo 39 del RDC, la Terminación Convencional del procedimiento sancionador S/0096/08 Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y declarar vinculantes los compromisos presentados por la FNMT en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho CUARTO.

SEGUNDO.- El incumplimiento de cualquiera de los anteriores compromisos tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.4 c) de la LDC y en el artículo 39.7 del RDC.

TERCERO.- Encomendar a la Dirección de Investigación la Vigilancia de esta Resolución del Consejo de Terminación Convencional.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a la denunciante y a la denunciada haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.