



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 num. 20/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de junio de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR LAS ENTIDADES JAZZ TELECOM, S.A.U, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U Y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A, CONTRA LA 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 SE DESPLIEGUEN EN EL INTERIOR DE LOS EDIFICIOS.

En relación con los recursos de reposición interpuestos por las entidades Jazz Telecom S.A.U (en adelante, JAZZTEL), Telefónica de España, S.A.U (en adelante, TELEFÓNICA) y France Telecom España, S.A. (en adelante, FRANCE TELECOM) contra la Resolución de 12 de febrero de 2009 (MTZ 2008/965), 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 se desplieguen en el interior de edificios y se acuerda su notificación a la Comisión Europea, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 20/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2009/466):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO. “Principios y Líneas Maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación”.

Mediante Resolución de fecha 17 de enero de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó los “Principios y Líneas Maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA’s)”.

En la citada Resolución, esta Comisión puso de manifiesto la importancia que el acceso en el interior de los edificios tiene para el despliegue de las nuevas redes de fibra por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas, y adelantó el propósito de analizar las medidas regulatorias más adecuadas a adoptar, dentro de sus competencias, bien de carácter general o bien ligadas a las tipologías de las instalaciones en los edificios, con el fin de establecer un marco estable para los agentes del sector afectados.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento de definición y análisis del mercado de acceso físico al por mayor a infraestructuras de red en una ubicación fija.

Con fecha 7 de mayo de 2008 se acordó el inicio del procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y la revisión del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (MTZ 2008/626). La notificación del citado acto fue publicada en el BOE número 123, de 21 de mayo de 2008.

TERCERO.- Inicio del procedimiento para la imposición de obligaciones simétricas a los operadores de comunicaciones electrónicas.

Posteriormente, y con fecha 19 de junio de 2008, se acordó el inicio del procedimiento sobre la imposición de obligaciones simétricas a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con los elementos que constituyen la infraestructura en el interior de edificios para el despliegue de redes de acceso de nueva generación. El citado acto fue publicado en el BOE número 156, de fecha 28 de junio de 2008.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Resolución del procedimiento de definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructuras de red en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2008/626).

En fecha 22 de enero de 2009 el Consejo de la Comisión aprobó la Resolución del procedimiento de definición y análisis del mercado de acceso físico al por mayor a infraestructuras de red en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

La Resolución citada alude a la existencia de dos cuellos de botella que podrían limitar los despliegues de red de nueva generación por parte de los operadores alternativos: (i) las infraestructuras de obra civil – consideradas de difícil duplicación en términos económicos y temporales – y (ii) el acceso a los edificios – dada la problemática práctica y los costes asociados al cableado en el interior de los mismos –.

En atención a lo anterior, la Resolución de 22 de enero de 2009 hace referencia a la tramitación de un procedimiento específico dirigido a solucionar, mediante el establecimiento de los mecanismos adecuados, las limitaciones que para el despliegue de aquellas redes pudieran derivarse del acceso a los edificios.

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

Tras los trámites oportunos, fue dictada Resolución de 12 de febrero de 2009, en la que se acordó:

*“**Primero.** Aprobar 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.*

***Segundo.** De conformidad con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y el artículo 23.3 (d) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, imponer a los operadores de comunicaciones electrónicas que desplieguen redes de acceso de su*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

titularidad en el interior de los edificios las obligaciones que figuran en el Anexo 1.

Tercero. *Comunicar a la Comisión Europea 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.*

Cuarto. *Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 (apartados 5 y 6) y 60.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

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

El Anexo 1 de la citada Resolución contiene las siguientes obligaciones:

1. Obligación de proporcionar acceso a los recursos de red emplazados en el interior o proximidad de los edificios.
2. Obligación de ofrecer el acceso a precios razonables.
3. Obligación de transparencia en las condiciones de acceso.

La Resolución de 12 de febrero de 2009 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 26 de febrero de 2009, entrando en vigor, por tanto, al día siguiente, 27 de febrero de 2009.

SEXTO.- Recurso de reposición interpuesto por JAZZTEL contra la Resolución de 12 de febrero de 2009.

Con fecha 16 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por JAZZTEL, en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución de 12 de febrero de 2009, por entender que ésta adolece de nulidad de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), al haber incurrido en la vulneración del principio de seguridad jurídica y del derecho a la defensa contemplados en los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española y, asimismo, carecer de la necesaria motivación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La entidad recurrente entiende que dicha vulneración ha tenido lugar en relación con los siguientes puntos de la Resolución impugnada:

- En relación con la obligación de acceso: falta de imposición en la Resolución impugnada de un plazo máximo para la finalización de los trabajos de compartición.

Según la recurrente, de ello depende la posibilidad de los demás operadores de competir en servicios, ya que de no establecerse dicho plazo, se estarían perjudicando gravemente los derechos e intereses legítimos de JAZZTEL.

- En relación con la obligación de precios razonables: falta de concreción del concepto “precios razonables”.

Sostiene JAZZTEL que no deberían imputarse al segundo operador que accede a las infraestructuras la totalidad de las inversiones realizadas por el primer operador, sino que el modelo de reparto de costes ya incurridos tendría que basarse en lo que le hubiera costado al segundo operador un despliegue eficiente en base a su expectativa de clientes, imputándose por separado los diferentes elementos que finalmente se utilicen: coste por acceso a edificio (hasta RITI o bien cajas terminales ópticas a nivel de edificio), costes por acceso a verticales concretas en cada planta, entre otros.

En virtud de lo anterior, JAZZTEL solicita que se estime el recurso interpuesto contra la Resolución impugnada, modificándose ésta en los términos planteados en su recurso.

SÉPTIMO.- Recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución de 12 de febrero de 2009.

Con fecha 27 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución de fecha 12 de febrero de 2009, por considerar que es nula de pleno derecho al lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 62.1 a) de la LRJPAC):

1º) Sobre la no inclusión en el ámbito subjetivo de la Resolución recurrida de los operadores de cable o de aquellos que no desplieguen portadores de fibra óptica.

Alega, en relación con dicho aspecto, vulneración de la protección de una competencia efectiva, del principio de no discriminación, del principio de neutralidad tecnológica y del principio de intervención mínima, previstos en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

- Vulneración de la protección de una competencia efectiva:

Señala la entidad recurrente que es indispensable para garantizar la competencia en la provisión de los servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha que los operadores de cable estén sometidos a las mismas obligaciones que los operadores DSL (TELEFÓNICA y los operadores alternativos), ya que todos ellos compiten en la provisión de tales servicios a los usuarios finales y que se garantice el acceso de los demás operadores a sus elementos de red, ya que de lo contrario la medida les generaría una ventaja competitiva.

Considera la recurrente que el hecho de que los recursos de red utilizados por los operadores de cable no sean compatibles técnicamente con la compartición de los recursos de los operadores que desplieguen fibra óptica, no es un argumento suficiente como para justificar la no imposición de obligaciones a aquéllos, ya que el cuello de botella no es la propia fibra o cable coaxial sino las propias infraestructuras instaladas por los operadores para el despliegue de redes. Estas infraestructuras deberían considerarse elementos de acceso y estar sujetas a obligaciones de compartición simétrica.

Otro de los cuellos de botella lo constituyen, según TELEFÓNICA, los acuerdos de exclusividad que los operadores de cable tienen firmados en muchos casos con las comunidades de vecinos, respecto de los cuales esta Comisión debería instar la resolución, ya que de lo contrario se perpetuarían los monopolios instituidos por dichos operadores.

Un último cuello de botella es el de las dificultades existentes para gestionar con las comunidades de vecinos los permisos correspondientes para el despliegue de redes interiores, sin que exista diferencia objetiva alguna que justifique la no imposición de la gestión de los permisos también a los operadores de cable que hayan llegado los primeros a los edificios.

- Vulneración de los principios de no discriminación y neutralidad tecnológica:

La recurrente señala que imponer obligaciones únicamente a los operadores que utilizan una determinada solución técnica supone una discriminación en favor de los demás operadores y tecnologías y, además, vulnera el principio de neutralidad tecnológica que debe estar presente en la regulación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Vulneración del principio de intervención mínima:

TELEFÓNICA afirma que las obligaciones impuestas resultan contrarias a Derecho, puesto que corresponde a los propios operadores la determinación de las condiciones de compartición de las infraestructuras, no habiéndose detectado las supuestas “circunstancias excepcionales y debidamente justificadas” que han provocado la intervención de la Comisión en virtud del artículo 13.2 de la LGTel.

2º) Sobre la figura del operador que asume la gestión centralizada del despliegue en los edificios.

Se alega que se imponen obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias (artículos 11.5 de la LGTel, 9.3 y 24.1 de la Constitución Española).

Concretamente, se basa en los siguientes argumentos:

- A pesar de imponerse un acuerdo entre las partes sobre cualquier solución regulada, la Comisión penaliza al primer operador que despliegue la fibra óptica hasta el abonado, que deberá asumir obligaciones de gestión centralizada de los recursos de red emplazados en el interior o proximidad de los edificios.
- Sin perjuicio de que los operadores que suceden al primero al llegar a un edificio pueden efectuar el despliegue de sus recursos de red, la alternativa del despliegue de medios propios por los operadores puede quedar vacía de contenido, dada la probabilidad de que los operadores prefieran no desplegar en aquellos edificios en los que exista un primer operador con fibra desplegada en el inmueble.
- La Comisión no ha delimitado de manera suficiente, las responsabilidades y obligaciones entre operadores para generar un marco cierto o adecuado y que sitúe a los agentes en un mismo plano en la negociación, sin perjudicar al operador inversor por haber llegado primero a un edificio.
- La figura del gestor centralizado no encaja con la normativa de propiedad horizontal ni de edificación, ya que en los edificios en los que no hay infraestructuras comunes de telecomunicaciones (ICT) la comunidad de propietarios de un inmueble es la única que se encuentra legitimada para autorizar o no una instalación individual para el acceso a un servicio de telecomunicaciones.
- Conforme a la práctica internacional europea, la Comisión debería haber establecido normas de carácter general (como en el caso de Francia o Italia) o haberse inhibido de intervenir en este asunto, dejando



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a los operadores interesados que acordaran las condiciones para poder acceder a los edificios (caso de Suecia, Suiza, Finlandia y Portugal).

En virtud de lo anterior, la recurrente solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada y, subsidiariamente, la anulabilidad de la misma conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC por infracción de los citados preceptos normativos.

3º) Sobre las obligaciones de transparencia impuestas en la Resolución impugnada.

TELEFÓNICA sostiene que se imponen obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias y que se vulnera el principio de competencia efectiva (artículos 11.5 de la LGTel, 9.3 y 24.1 de la Constitución Española).

Según TELEFÓNICA, la obligación del primer operador que llegue a un edificio de proporcionar toda la información de carácter técnico acerca de las instalaciones efectuadas en el interior de los edificios implica la puesta a disposición de los competidores de información estratégica y confidencial que puede facilitar o incitar comportamientos anticompetitivos de las empresas competidoras, al tratarse de información relativa a planes comerciales y despliegue de servicios de una empresa.

Alega la operadora que de obligarse a proporcionar la información citada en la Resolución impugnada, se trataría del único sector económico en el que se pondrían a disposición de los competidores los planes comerciales y de despliegue de los servicios de una empresa, lo que desde el punto de vista de la competencia, debería considerarse como práctica anticompetitiva.

Concretamente, por lo que se refiere a la información relativa a los edificios pasados por fibra, se trata de información extremadamente confidencial que permitiría a los operadores conocer las zonas donde se pretenden prestar servicios minoristas sobre fibra. Ello provocaría que los operadores decidieran adaptar su estrategia comercial al despliegue del primer operador que llega a los edificios y desincentivaría las inversiones en redes de fibra óptica.

OCTAVO.- Recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM contra la Resolución de 12 de febrero de 2009.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 30 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por FRANCE TELECOM, en virtud del cual interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 12 de febrero de 2009, por considerar que vulneraba los derechos de la operadora:

1ª) Al no garantizar de forma suficiente las medidas acordadas en el ámbito del Mercado 4.

Sostiene FRANCE TELECOM que esta Comisión debería haber incluido en la Resolución de los mercados 4 y 5 la imposición de obligaciones, tanto para el acceso a verticales como horizontales, imponiendo al operador con poder significativo en el mercado la obligación de dar acceso a su red.

Además, señala que, teniendo en cuenta las obligaciones impuestas, la Resolución final impugnada reduce la intervención de esta Comisión hasta hacerla prácticamente inexistente.

Por último, indica que, atendiendo a los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación, la Comisión debería mantener su propuesta inicial sometida a audiencia de incluir una base de datos de edificios con infraestructuras FTTH (con caja terminal óptica) sobre la que todos los operadores deberían informar, puesto que sólo de este modo, conociendo los despliegues de Telefónica, es posible garantizar que el marco regulatorio sobre redes de acceso de nueva generación resulte suficiente y proporcionado a los efectos de garantizar la emulabilidad de ofertas minoristas y, en definitiva, la igualdad de condiciones para competir en el mercado.

La operadora manifiesta que deberían ser objeto de aportación y de actualización obligatorios los siguientes campos para todo edificio en el que algún operador haya instalado una red de distribución óptica:

1. Operador que ha tendido la red de dispersión óptica.
2. ¿Existe ICT en el edificio? ¿de qué tipo?
3. Relación de viviendas dentro del edificio conectado que tienen tendida y con continuidad una fibra entre la roseta de abonado y la caja o armario de compartición (lado abonado).
4. ¿Es cable monofibra en todo el recorrido? Si no, adjuntar un croquis indicando la ubicación de los puntos de segregación y números de fibras de los cables de la red de dispersión, con indicación de las que estuvieran ocupadas y libres.
5. ¿Hay espacio libre para tender nuevas verticales para las viviendas?
6. Tipo de caja/armario de compartición. Ocupación y recursos disponibles.
7. Tipos de conectores empleados en la caja de compartición y en la roseta de abonado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

8. Fotografías o croquis con el recorrido de las redes de distribución y dispersión incluyendo los tramos subterráneos, fachadas, postes, patios, ascensores, patinillos, etc.
9. Estado de saturación de los tubos en las acometidas desde el inicio de la salida lateral.

La recurrente señala también que sería conveniente mantener una base de datos paralela en la que se recoja la relación de edificios con acuerdo firmado pendientes de cablear, edificios con acuerdo denegado y edificios en proceso de negociación de acuerdo. De lo contrario, la aplicación de la Resolución definitiva, en los términos en los que ha sido aprobada podría llevar a que cada operador basara sus decisiones de despliegue en un modelo de información fragmentario y posiblemente incompleto.

2ª) Al limitar su ámbito de aplicación a los edificios sin ICT.

FRANCE TELECOM indica que en el Reglamento de ICT no se contempla la instalación de ningún tipo de equipamiento pasivo de fibra óptica, por lo que no cabe diferenciar entre edificios con ICT y sin ella, como ha hecho la Comisión. Manifiesta la operadora que descuidar los edificios con ICT de las obligaciones de compartición puede ocasionar indefensión a los operadores sucesivos en llegar al edificio, ya que la normativa prevé que debe existir capacidad suficiente para permitir el paso de las redes de los distintos operadores, pero sin contemplar la posibilidad de compartición de las redes por entenderse existente el espacio para red de varios operadores. Solicita que se aclare este aspecto de la Resolución impugnada, incluyendo en las obligaciones de compartición explícitamente también a los edificios con ICTs.

3ª) Al no definir y detallar las obligaciones a imponer para garantizar una compartición real y efectiva. En concreto, la recurrente señala lo siguiente:

- Sobre la falta de concreción de las condiciones mínimas a imponer sobre el modelo de red, señala FRANCE TELECOM que sería imprescindible establecer unas pautas básicas de la ingeniería de las instalaciones “compatibles”.

Frente a la falta de imposición en la Resolución impugnada de una modalidad concreta de compartición, considera que sería necesario establecer unas soluciones técnicas estándar “de mínimos razonables” que faciliten la compartición sin incurrir en costes desproporcionados ni sobredimensionamientos innecesarios de red.

Por ello, entiende que sería procedente la tipificación de, al menos, las siguientes soluciones para el punto de compartición:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Compartición mediante cajas terminales diferentes para los casos en los que no existen problemas de espacio físico.
- Compartición mediante caja terminal multioperador, aplicable a casos en los que el espacio físico supone un problema, y que requiere un dimensionado previo en función de la estimación de operadores que podrían compartir el acceso al edificio.
- Compartición en un punto anterior a las cajas terminales, aplicable a los casos en que sea imposible que cada operador acceda con su propia red de distribución hasta las cajas terminales independientes o compartidas.

FRANCE TELECOM plantea, además, su disconformidad con el hecho de que los segundos y posteriores operadores que lleguen al edificio puedan decidir desplegar sus recursos de red por otros medios cuando lo estimen conveniente, ya que crea inseguridad jurídica para aquellos que decidan avanzar en la implementación de primeras instalaciones.

Y también que considera imprescindible el pronunciamiento de la Comisión en relación con el plazo máximo en el que un operador debe facilitar el acceso a la compartición de sus infraestructuras ópticas pasivas en un edificio, que en ningún caso debería superar el plazo de un mes.

- Sobre la compartición de infraestructuras de red instaladas en fachada, señala FRANCE TELECOM que aprecia estos casos como especialmente críticos, sobre todo en relación con el hecho de que se tengan en consideración las dificultades para compartir cables, pero no las probables dificultades para instalar cajas y cables adicionales en fachada o simplemente porque las comunidades de vecinos puedan oponerse a la instalación de múltiples cajas y cables. Por ello, la operadora cree que debería establecerse la obligatoriedad de compartir cables y cajas y contemplar la instalación de splitters ópticos en diferentes bandejas de la misma caja.
- Sobre la conveniencia de definir un modelo estándar de contrato en el que se establezcan las condiciones pactadas con las comunidades de propietarios, FRANCE TELECOM considera necesario que la Comisión establezca o arbitre en la definición y establecimiento de un contrato modelo para la instalación y compartición de redes de dispersión en los edificios. Este contrato tipo sería firmado entre el primer operador y la comunidad de propietarios y en él se establecerían los derechos y obligaciones tanto de la comunidad como del operador gestor y de los operadores sucesivos que entren a compartir.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FRANCE TELECOM considera que no resultaría procedente la consideración de ningún tipo de permiso expreso de la comunidad posterior a la firma del contrato inicial para la entrada de nuevos operadores, ni para la intervención sobre la red instalada para su adaptación a la entrada de nuevos operadores, ya que ambas circunstancias ya estarían contempladas en el contrato que el primer operador habría firmado con la comunidad de propietarios.

Además, no procede establecer ningún tipo de compensación económica para la comunidad de propietarios. Deberían existir diferentes modelos de compartición, de manera que en cada caso pudiera adoptarse el modelo que más se adecue a las condiciones físicas del edificio, de forma que se garantice un mínimo impacto al entorno, tanto de la instalación esencial como de su eventual posterior adaptación para la compartición.

- Sobre las actuaciones necesarias para la provisión del servicio a un cliente final.

FRANCE TELECOM considera fundamental establecer la independencia de los operadores sucesivos para gestionar la provisión del servicio de sus clientes sin que se requiera la intervención del operador propietario de las infraestructuras, de modo que para los trabajos necesarios para la provisión del servicio, los operadores sucesivos podrán intervenir directamente o a través de una empresa subcontratada que podría ser designada por el primer operador.

Incide en la necesidad de que todos los operadores cuenten con unas normas de ingeniería comunes, con unos estándares de servicio y calidad de las infraestructuras de red y con los servicios de empresas subcontratadas homologadas.

4ª) Al no concretar qué se entiende por precios razonables.

Además, FRANCE TELECOM señala que la Comisión debe concretar las pautas generales sobre las políticas de costes que el operador primero podrá aplicar a los operadores sucesivos en condiciones transparentes y no discriminatorias. La recurrente considera justificado el cargo por los costes incrementales derivados de la compartición, pero en ningún caso por otros costes adicionales puesto que resultaría inaceptable que exista algún tipo de compensación a la propiedad del inmueble por el simple hecho de producirse la incorporación de nuevos operadores, incluso si implicara la adaptación de la red existente por resultar necesaria la sustitución o ampliación de determinados elementos de la red.

NOVENO.- Notificación de inicio del procedimiento y de la acumulación de los recursos de reposición presentados en el expediente AJ 2009/466.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por medio de escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 2 de abril de 2009, se notificó a todos los interesados en el procedimiento el inicio, acumulación y declaración de confidencialidad sobre los datos contenidos en los recursos interpuestos por JAZZTEL, TELEFÓNICA y FRANCE TELECOM.

DÉCIMO.- Alegaciones de TELEFÓNICA al recurso de reposición interpuesto por JAZZTEL.

Con fecha 20 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por TELEFÓNICA en virtud del cual realizaba alegaciones al recurso de reposición interpuesto por JAZZTEL.

UNDÉCIMO.- Denegación de la suspensión de la ejecución de la Resolución de 12 de febrero de 2009 solicitada por TELEFÓNICA.

Mediante Resolución de 23 de abril de 2009 el Consejo acordó desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de 12 de febrero de 2009 impugnada planteada por TELEFÓNICA en su recurso de reposición, por no concurrir las circunstancias exigidas en el artículo 111 de la LRJPAC para su adopción.

DÉCIMOPRIMERO.- Alegaciones de EUSKALTEL al recurso de reposición presentado por TELEFÓNICA.

El día 27 de abril tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de EUSKALTEL, en virtud del cual manifiesta su desacuerdo con el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA.

DÉCIMOSEGUNDO.- Alegaciones de FRANCE TELECOM al recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA.

Con fecha 27 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por FRANCE TELECOM realizando alegaciones al recurso de reposición presentado por TELEFÓNICA.

DECIMOTERCERO.- Alegaciones de ASTEL al recurso de reposición presentado por TELEFÓNICA.

El día 27 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por ASTEL en virtud del cual presentaba las siguientes alegaciones al recurso de reposición presentado por TELEFÓNICA:

DECIMOCUARTO.- Alegaciones de TELEFÓNICA al recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 7 de mayo de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por TELEFÓNICA, en virtud del cual presentaba las siguientes alegaciones al recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación de los escritos.

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

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.

Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar los escritos presentados por JAZZTEL, FRANCE TELECOM y TELEFÓNICA como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de 12 de febrero de 2009 (MTZ 2008/965).

SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento MTZ 2008/965 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a JAZZTEL, FRANCE TELECOM y TELEFÓNICA para la interposición de los recursos presentados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. Las recurrentes aluden expresamente a la presunta concurrencia de causas de nulidad previstas en la LRJPAC.

Habida cuenta de que los recursos de reposición interpuestos por JAZZTEL, TELEFÓNICA y FRANCE TELECOM cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, además de venir fundamentado en motivos de nulidad previstos en la LRJPAC procede su admisión a trámite.

CUARTO. Competencia para resolver.

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- SOBRE LA SUPUESTA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA EN RELACIÓN CON EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS.

1.1. Supuesta nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada en lo relativo al ámbito objetivo de aplicación: acceso a las redes de fibra óptica desplegadas en el interior o proximidad de los edificios.

Afirma FRANCE TELECOM que el carácter subsidiario de la Resolución aprobada provoca algunas lagunas que pueden dar lugar a conflictos entre los operadores, ya que el hecho de que la Resolución impugnada no sea de aplicación a los edificios con ICT genera dudas interpretativas sobre el régimen normativo a considerar en los casos de reutilización de una ICT para el despliegue de redes FTTH.

Según la operadora, teniendo en cuenta que el Reglamento de ICTs del año 2003 no contempla la instalación de ningún equipamiento pasivo de fibra óptica, no cabe diferenciar entre edificios con ICT y sin ella, salvo por las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

facilidades adicionales de espacio que existirán en los casos en los que exista ICT.

Sostiene, por tanto, que también en el caso de los edificios con ICT los operadores tendrían derecho a compartir no sólo la infraestructura, sino también las redes, tal y como se desprende del inciso de la Resolución en el que se establece que *“Dado que del artículo 1 del Real Decreto 401/2003, de 4 de abril resulta que “en el supuesto en que la infraestructura común en el edificio fuese instalada o gestionada por un tercero, en tanto éste mantenga su titularidad, deberá respetarse el principio de que aquélla pueda ser utilizada por cualquier entidad u operador habilitado para la prestación de los correspondientes servicios”, entiende esta Comisión que el segundo operador y siguientes interesados en tender su red tendrían derecho en base a la citada disposición a utilizar la red tendida por el primero.”*

A este respecto, FRANCE TELECOM añade que la Resolución impugnada equipara los conceptos “infraestructuras” y “redes” al entender que dicho precepto alude también a la compartición de redes cuando, en sentido literal, habla únicamente de infraestructuras, y solicita aclaración sobre si las obligaciones impuestas en la Resolución impugnada serían, de acuerdo con las palabras de la Comisión, aplicables también a la compartición de las redes de fibra óptica en edificios con ICT, ya que entiende que descuidar los edificios con ICT 2003 de las obligaciones de compartición causaría indefensión a los operadores sucesivos en llegar al edificio.

Frente a tales alegaciones, debe señalarse, en primer lugar, que la inaplicación de las medidas impuestas en la Resolución impugnada en los casos de despliegue de redes de fibra óptica en edificios dotados de ICT, no conlleva la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho por vulneración de los derechos de la recurrente y, concretamente, del derecho de defensa invocado por FRANCE TELECOM.

Como ha dicho esta Comisión en reiteradas ocasiones, el derecho de defensa y su correlativa prohibición de indefensión ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional solamente en el seno de los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos sancionadores. Así se ha señalado expresamente, entre otras en las SSTC 157/2007, de 2 de julio y 291/2000, de 30 de noviembre. En el Fundamento Cuarto de esta última Sentencia se dice que:

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

Resulta claro que el procedimiento administrativo MTZ 2008/965 que dio origen a la Resolución de 12 de febrero de 2009 impugnada no es de naturaleza sancionadora, por lo que difícilmente puede invocarse una presunta infracción del derecho a la defensa por parte de JAZZTEL.

A mayor abundamiento, debe señalarse que en el procedimiento MTZ 2008/965 se siguieron todos los trámites previstos en la LRJPAC, tal y como se expone en los Antecedentes de la Resolución impugnada. Y dentro de dichos trámites, según consta en el Antecedente Segundo, se abrió consulta pública, en la que la propia entidad recurrente formuló las alegaciones que consideró pertinentes. E incluso, dada la complejidad del procedimiento, se acordó la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación en tres meses más, tal y como se expresa en el Antecedente Tercero.

Dicho lo anterior, debe aclararse en relación con las alegaciones de FRANCE TELECOM referentes al presente motivo de impugnación, que la Resolución aprobada el 12 de febrero de 2009 tenía por objeto solventar una problemática específica, la relativa al despliegue de redes ópticas por parte de varios operadores en el interior de los edificios., y la misma motivó suficientemente que las obligaciones impuestas eran complementarias de la normativa ICT, en tanto ésta no prevé obligación alguna para el primer operador que llega a un edificio no provisto de ICT de compartir su red.

En estos casos (edificios sin ICT), el segundo o posteriores operadores que tuvieran interés en desplegar una red, podrían encontrarse con obstáculos técnicos o legales que impidieran o dificultaran dicho despliegue (problemas en la ubicación de cajas terminales de otros operadores por inexistencia o saturación de espacios aptos para tal fin, así como problemas en el despliegue de cables de fibra hasta el domicilio del usuario final por inexistencia de conductos, canalizaciones, patinillos o saturación de los mismos, gestión de permisos con las comunidades de propietarios y con los Ayuntamientos...).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se señalaba en la Resolución impugnada que en los edificios sin ICT ha de minimizarse la complejidad de las obras a llevar a cabo mediante la compartición del mayor número posible de elementos de red, reduciendo sustancialmente la dificultad del despliegue y facilitando su compartición eficiente con terceros interesados.

En definitiva, el objetivo de la Resolución de 12 de febrero de 2009 es permitir que cualquier usuario cuyo domicilio se ubique en un edificio sin ICT pueda ser conectado a la red de distribución de un nuevo operador, mediante la compartición en condiciones razonables de los elementos de la red de dispersión del primer operador.

Por el contrario, la normativa ICT y, concretamente, el Reglamento 401/2003 tiene por objeto regular la compartición de la ICT por cualquier entidad u operador habilitado para la prestación de servicios.

En similares términos se pronunciaba la Resolución impugnada al concluir que:

“...el objeto principal de la medida es establecer los cauces que garanticen la compartición de los equipos y elementos de red instalados por los operadores de comunicaciones electrónicas. La Resolución no se extiende por tanto a la compartición de las propias infraestructuras sobre las que se desplieguen las redes de comunicaciones electrónicas, más aún cuando existe normativa de desarrollo dictada al efecto por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que regula los supuestos de hecho contemplados.”

Y para aclarar el planteamiento de FRANCE TELECOM, conviene resaltar los términos literales del artículo 1 del citado Reglamento, que expone que *“la normativa técnica básica de edificación deberá prever, en todo caso, que la infraestructura de obra civil disponga de la capacidad suficiente para permitir el paso de las redes de los distintos operadores, de forma tal que se facilite a éstos el uso compartido de dicha infraestructura”*.

Se pretende, por tanto, por la normativa ICT, regular la compartición de las infraestructuras y en la medida en que, según esta normativa, dichas infraestructuras deben disponer de espacio suficiente para permitir la ubicación de las redes de los distintos operadores, no concurriría la problemática citada cuya resolución se pretende con las medidas impuestas en la Resolución de 12 de febrero de 2009.

Resulta cierto, como señala la recurrente, que esta Resolución estableció que cuando el artículo 1 del Reglamento 401/2003 afirmaba que debería respetarse el principio de que la infraestructura pudiera ser utilizada por cualquier entidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

u operador habilitado para la prestación de los correspondientes servicios, había de entenderse que *“el segundo operador y siguientes interesados en tender su red tendrían derecho en base a la citada disposición a utilizar la red tendida por el primero”*, pero no, como señala FRANCE TELECOM, en el sentido de la aplicación de las obligaciones impuestas en la Resolución impugnada, sino en el de que, en los casos en los que se planteasen problemas técnicos de compartición de la infraestructura, sería acorde con el espíritu de aquella norma que fuera posible también la compartición de la red tendida por el primer operador.

Lo que ha de dejarse claro, por tanto, es que en los edificios que cuenten con ICT, será en todo caso de aplicación la normativa de ICT, que prevé que los usuarios deben disponer de alternativas y deben poder elegir los servicios del operador que libremente decidan por ajustarse en mayor término a sus intereses.

Pero se reitera que el objeto de la Resolución de 12 de febrero de 2009 es establecer la obligación de proporcionar acceso a los recursos de red emplazados en el interior o proximidad de los edificios, lo que supone la imposición de la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso a los elementos de red y equipos en el interior o proximidad de edificios tales como cajas terminales, cables de fibra óptica, cajas de derivación, rosetas ópticas y demás elementos que faciliten la compartición en el acceso hasta las viviendas

En cuanto a la alegación de FRANCE TELECOM sobre la falta de previsión en el Reglamento de ICTs del año 2003 de la instalación de equipamientos pasivos de fibra óptica, que determina que no quepa diferenciar entre edificios con ICT y sin ella en la Resolución impugnada, salvo por las facilidades adicionales de espacio que existirán en los casos en los que exista ICT, debe señalarse que la falta de mención expresa a las redes de fibra óptica en aquel Reglamento no impide su aplicación a los casos de compartición de infraestructuras para el despliegue de dicho tipo de redes, sin perjuicio de que sería deseable que la normativa reflejara la evolución de las redes, incluyendo una mención expresa a las redes de fibra óptica.

Ha de tenerse en cuenta que en estos momentos hay una Comisión para el Despliegue de Infraestructuras de Acceso Ultrarrápidas encargada de llevar los trabajos preparatorios de la nueva normativa reguladora de las ICTs, que, razonablemente, debería incluir una referencia a aquéllas.

1.2. Supuesta nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada en relación con el ámbito subjetivo de aplicación: falta de inclusión de los operadores de cable como entidades obligadas al cumplimiento de las medidas impuestas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA manifiesta en su recurso que la Resolución impugnada resulta nula de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1. a) de la LRJPAC (lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional), por entender que, al excluir del ámbito subjetivo de la Resolución recurrida a los operadores de cable o a aquellos que no desplieguen portadores de fibra óptica, se vulneran los principios de neutralidad tecnológica y de no discriminación, así como la protección de la competencia efectiva y el principio de intervención mínima que ha de regir la aplicación del artículo 13.2 de la LGTel.

Conviene precisar, no obstante, antes de entrar en el fondo del motivo invocado por la recurrente, que de los principios citados en su recurso solamente podrían considerarse como susceptibles de amparo constitucional el de no discriminación, en tanto manifestación del derecho a la igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución Española.

Y es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución, únicamente son susceptibles de amparo constitucional las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II (artículos 15 a 29), así como la objeción de conciencia contenida en el artículo 30.

Por ello, en la medida en que el principio de neutralidad tecnológica, la protección de la competencia efectiva y el principio de intervención mínima no se regulan como derechos o libertades en los preceptos citados, su infracción no podrá dar lugar a la nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 a) de la LRJPAC.

En todo caso, la vulneración por la Resolución impugnada de los principios citados, podría conllevar infracción del ordenamiento jurídico determinante de la anulabilidad contenida en el artículo 63.1 de la LRJPAC.

Procede, pues, analizar si la Resolución de 12 de febrero de 2009 adolece de nulidad de pleno derecho, por infracción del derecho de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, o de nulidad relativa o anulabilidad, por infracción del principio de competencia efectiva, de neutralidad tecnológica o de intervención mínima.

Siguiendo el orden de la recurrente, se analizan seguidamente los principios invocados en el recurso de reposición.

1.2.1 Sobre la invocada vulneración de la protección de la competencia efectiva.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA considera que el hecho de haber excluido del ámbito subjetivo de la Resolución impugnada a los operadores cuyas estrategias de despliegue conlleven la ubicación en los edificios de recursos de red distintos de los ópticos, tales como cables coaxiales y equipos pasivos asociados, no soluciona la problemática en aquellos edificios sin ICT y en los que previamente los operadores de cable han desplegado sus propias redes.

Aunque comparte las razones por las que han sido excluidos del ámbito de aplicación de la Resolución impugnada los operadores de cable, relativas a la imposibilidad técnica de compartir sus redes, considera TELEFÓNICA que no debían haber sido excluidos del mismo, en la medida en que sí pueden ser objeto de compartición los espacios físicos necesarios para instalar los equipos de fibra óptica, como las propias canalizaciones en las que se despliega la fibra óptica.

La recurrente considera al respecto que el cuello de botella no es la propia fibra o el cable coaxial sino las propias infraestructuras instaladas por los operadores para el despliegue de las redes.

Además, sostiene que los acuerdos de exclusividad suscritos por los operadores de cable con las comunidades de propietarios, así como las dificultades existentes para gestionar con las comunidades de vecinos los permisos correspondientes para el despliegue de redes interiores, también constituyen un auténtico cuello de botella para el despliegue de las redes de fibra óptica.

Ha de aclararse que el principio que la recurrente considera infringido es uno de los objetivos de la LGTel, establecido en su artículo 3 a), que alude al fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.

Y en el artículo 8.2 de la Directiva Marco se identifican las tareas que corresponden a las autoridades nacionales para la protección y el fomento de la competencia efectiva en el sector: velar por que los usuarios obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad, velar por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas, promover una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentar la innovación, así como promover un uso eficiente y velar por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y el uso de la numeración.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con el primero de los cuellos de botella a los que hace referencia TELEFÓNICA, ha de señalarse nuevamente que la Resolución aprobada el día 12 de febrero de 2009 tenía por objeto solventar una problemática específica, la relativa al despliegue de redes ópticas por parte de varios operadores en el interior de los edificios, permitiendo la compartición de las mismas, y no la regulación de la compartición de infraestructuras en el interior de los edificios.

Resulta cierto que la problemática relativa a la falta de espacio puede producirse también en los edificios donde los operadores de cable ofrezcan sus servicios mediante redes basadas en cable coaxial pero, como se señaló en la Resolución impugnada, *“no procede la inclusión de otros operadores cuyas estrategias de despliegue conlleven la ubicación en los edificios de recursos de red distintos de los ópticos, tales como cables coaxiales y equipos pasivos asociados, dado que su compartición con los primeros no resulta técnicamente viable”*.

Si, como señala TELEFÓNICA, el primer cuello de botella es, en estos casos, no la compartición de la red, sino de la infraestructura, esta problemática debe solventarse, de acuerdo con lo ya expuesto, en la normativa reguladora de las ICT, que ha de regular las obligaciones de compartición de infraestructuras en los edificios, aunque faltan evidencias que demuestren que TELEFÓNICA haya encontrado obstáculos durante el despliegue de fibra óptica efectuado hasta la fecha.

Y en relación con los acuerdos de exclusividad que los operadores de cable tienen firmados con las comunidades de vecinos (segundo cuello de botella, según TELEFÓNICA), tampoco procede dar acogida a la petición de la recurrente de desarrollar las condiciones en que deben establecerse los acuerdos entre operadores y propietarios, en la medida en que no entra dentro de las competencias de esta Comisión la intervención en las relaciones entre aquéllos, sino únicamente entre los operadores (artículo 11 de la LGTel). Todo ello sin perjuicio de que esta Comisión pueda intervenir frente a los operadores, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48.3 e) de la LGTel, adoptando las medidas que estime necesarias para la salvaguarda de la libre competencia en el mercado.

De todos modos, debe entenderse que la normativa ICT ya se manifiesta contraria al establecimiento de acuerdos de exclusividad, cuando se prevé que las ICT deben tener capacidad suficiente para permitir el paso de las redes de los distintos operadores (artículo 1 del Reglamento 401/2003).

Por lo que se refiere a las dificultades existentes para gestionar con las comunidades de vecinos los permisos correspondientes para el despliegue de redes interiores (tercer cuello de botella al que alude TELEFÓNICA), resulta igualmente de aplicación el argumento anterior sobre la imposibilidad de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

regular las relaciones entre los operadores y las comunidades de propietarios, pero, sin duda, fue uno de los elementos que fueron tenidos en cuenta cuando se aprobó la Resolución de 12 de febrero de 2009.

Como se dijo en ella (apartado II.2.1.5), *“las comunidades de propietarios han demostrado ser un elemento difícil de gestionar en lo relativo a la obtención de los permisos correspondientes para el despliegue de redes interiores y, constituyen, por tanto, un motivo de impedimento o retraso considerable”*, y se reconocía (apartado II.2.2) que dicho problema, entre otros, generaba *“una barrera de entrada a los operadores segundo y subsiguientes para acceder con sus propias infraestructuras ópticas hasta los usuarios, barreras que favorecen la aparición de monopolios en el interior de los edificios”*.

Por tanto, fue, precisamente, la existencia de estos problemas que fueron identificados en la Resolución impugnada, la que condujo a considerar que las medidas necesarias en relación con el despliegue de red en el interior de los edificios debían extenderse, no sólo a TELEFÓNICA, sino a cualquier operador que fuera el primero en desplegar la red en el interior de los edificios.

Debe, por tanto, desestimarse el motivo de impugnación invocado por TELEFÓNICA sobre la nulidad de la Resolución impugnada, por vulnerar el principio de competencia efectiva.

1.2.2. Sobre la invocada vulneración de los principios de no discriminación y neutralidad tecnológica.

Sostiene TELEFÓNICA que la imposición de obligaciones únicamente a los operadores que utilizan una determinada solución técnica (despliegue de redes de fibra óptica) supone una discriminación en favor de los demás operadores y tecnologías y, además, vulnera el principio de neutralidad tecnológica que debe estar presente en la regulación.

Por lo que se refiere a la vulneración del principio de no discriminación, debe tenerse en cuenta que, según reiterada jurisprudencia, no existe vulneración del derecho de igualdad cuando los supuestos de hecho en comparación no son los mismos, produciéndose únicamente discriminación cuando ante situaciones iguales se producen respuestas diferentes.

Así, en diversas Sentencias¹ el Tribunal Constitucional ha señalado que *“El principio de igualdad no impide, por tanto, que ante situaciones de hecho distintas se aplique un trato jurídico diferenciado, mas tal trato diferenciado ha de asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse: en*

¹ SSTC 10 julio 1981 [RTC 1981\23], 14 julio 1982 [RTC 1982\49], 3 agosto 1983 [RTC 1983\75], 17 enero 1994 [RTC 1994\3], entre otras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.

En el ámbito de las comunicaciones electrónicas, el contenido del principio de no discriminación está íntimamente relacionado con el principio de neutralidad tecnológica, que aparece citado en el artículo 3 de la LGTel, cuando señala que constituye uno de los objetivos de la Ley el *“fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación”*. Este principio también lo recoge la Directiva Marco en su artículo 8.1.

Resulta cierto, que el principio de neutralidad tecnológica en la regulación debe ser entendido, entre otros aspectos, en el sentido de que la imposición de obligaciones no debe discriminar determinadas tecnologías².

Sin embargo, en el presente caso, no puede considerarse que se vulnera el principio de neutralidad tecnológica cuando existe incompatibilidad técnica para compartir redes de distinta naturaleza (de fibra óptica y cable coaxial) y cuando la problemática de la compartición de las infraestructuras, cuello de botella al que alude TELEFÓNICA, ha de resolverse por la normativa de desarrollo del artículo 37 de la LGTel.

Ya han sido suficientemente expuestas, tanto en la Resolución impugnada como en la presente, las razones por las que el despliegue de cable coaxial o de equipos pasivos asociados por los operadores de cable, no estarían incluidos dentro de las medidas impuestas en la Resolución de 12 de febrero de 2009.

Pero ello no implica, como también se ha explicado anteriormente, que en los casos de despliegue de redes de cable en los edificios, dicho despliegue quede exento de la aplicación del régimen de compartición de infraestructuras previsto en la normativa de ICT.

1.2.3 Sobre la invocada vulneración del principio de intervención mínima.

Sobre la alegación de TELEFÓNICA relativa a que las obligaciones impuestas resultan contrarias a Derecho, puesto que corresponde a los propios operadores la determinación de las condiciones de compartición de las infraestructuras, no habiéndose detectado las supuestas “circunstancias excepcionales y debidamente justificadas” que han provocado la intervención de la Comisión en virtud del artículo 13.2 de la LGTel, debe señalarse que este precepto es el que habilitaba la imposición de obligaciones, no sólo a los operadores que fueran designados con poder significativo en el mercado, sino

² STS 10 de julio 2007 (RJ 2007/7726).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a todos los operadores de comunicaciones electrónicas que vayan a desplegar fibra óptica en el interior de los edificios sin ICT, y ya fueron debidamente expuestos los problemas que podrían presentarse ante dicho despliegue y que hacían necesaria la adopción de las medidas previstas en la Resolución impugnada.

Como ha reiterado la Comisión en numerosas ocasiones³, en el ámbito de los mercados de comunicaciones electrónicas, el único límite legal a la libertad de pactos recogida en el Derecho común consiste en la posibilidad de intervención de la Comisión en la formación de la voluntad contractual de las partes, aunque, conforme al principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la Administración, esta intervención sólo se podrá producir en los casos en que esté justificada y tenga por objeto fomentar y garantizar la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

En otras palabras, la intervención de este organismo debería ser lo menos intrusiva posible en la esfera privada de los contratantes y concentrarse única y exclusivamente en aquellos aspectos que fueran objeto de conflicto⁴, pues de lo contrario podría imposibilitarse una negociación respecto de extremos no sometidos a controversia alguna, dejando vacío de contenido el referido principio de autonomía de la voluntad.

Ha de señalarse, en este punto, que las obligaciones establecidas en la Resolución impugnada son subsidiarias respecto de los acuerdos que los operadores celebren sobre las condiciones de la compartición, tal y como se señaló en ella (apartado II.4), por lo que resulta evidente el respeto por la Resolución de 12 de febrero de 2009 al principio de intervención mínima.

SEGUNDO.- SOBRE LA POSIBLE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS.

2.1. Obligación de proporcionar acceso a los recursos de red emplazados en el interior o proximidad de los edificios.

³ Entre otras, en Resoluciones de 26 de septiembre de 2003 (MTZ 2003/309), 23 de octubre de 2003 (RO 2003/736), 12 de junio de 2003 (RO 2003/790), 23 de octubre de 2003 (RO 2003/841), 23 de octubre de 2003 (RO 2003/844), 9 de septiembre de 2004 (RO 2004/54), 10 de junio de 2004 (RO 2004/425) y 30 de diciembre de 2004 (RO 2004/1617).

⁴ Resolución de 13 de septiembre de 2001 (DT1999/610).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.1.1 Sobre la disconformidad con la figura del gestor centralizado.

Según TELEFÓNICA, las obligaciones impuestas penalizan al primer operador que despliega fibra, trasladando todo el riesgo del mercado al primer operador, e imponiendo obligaciones a un mercado incipiente, lo que desincentivará el despliegue de fibra por los demás operadores.

Se alega que se imponen obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias (artículos 11.5 de la LGTel, 9.3 y 24.1 de la Constitución Española).

Señala que se trasladan al primer operador que llega a un edificio obligaciones de imposible cumplimiento, dado que un operador no puede prever la evolución del mercado, o el número de operadores interesados en cada zona.

Al respecto, ha de señalarse, sin embargo, que esta Comisión ya identificó en la Resolución impugnada determinados factores que pondrían en peligro el despliegue de redes ópticas de operadores que actuasen con posterioridad al primero, lo que causaría un importante deterioro de la competencia en la provisión de servicios basados en redes de fibra óptica, causándose en última instancia un perjuicio irreparable al usuario final.

En consecuencia, las obligaciones impuestas buscan el fomento de la competencia en este entorno y la salvaguarda de los intereses del usuario, y si bien implican la imposición de determinadas obligaciones al primer operador que despliega fibra óptica, se han adoptado mecanismos dirigidos a impedir que éstas supongan una carga excesiva, evitándose, por ejemplo, la necesidad de sobredimensionar los recursos emplazados. Asimismo, se han establecido condiciones de provisión de servicios mayoristas a precios razonables, que permitan cubrir al primer operador que alcance un determinado edificio tanto los costes incrementales derivados de la compartición con un segundo y ulteriores operadores como el resto de costes. Tales mecanismos van, por tanto, dirigidos a establecer un equilibrio entre las condiciones regulatorias que se imponen al primer operador, y el establecimiento de un entorno que, razonablemente, facilite la entrada de los operadores subsiguientes.

En particular, TELEFÓNICA conoce la existencia de soluciones que, por sus características de escalabilidad, pueden adaptarse a la demanda de compartición de recursos que, por parte de otros operadores, pueda producirse. No obstante, no es tarea ni objetivo de esta Comisión establecer los estándares o soluciones técnicas que deben implantarse, siendo preferible, por el contrario, que sean los propios operadores quienes establezcan en los contratos de compartición que suscriban qué tipo de soluciones técnicas dan cumplimiento a los requisitos señalados por esta Comisión, desde la perspectiva de la razonabilidad de precios y dimensionamiento óptimo de recursos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA argumenta, también, en relación con la imposición de obligaciones al primer operador que llega al edificio, que esta Comisión debería haberse inhibido de intervenir, dejando a los operadores interesados que fueran los que acordaran las condiciones para poder acceder a los edificios.

Precisamente, como ya se ha indicado, esta Comisión no ha impuesto soluciones técnicas concretas que puedan suponer una carga regulatoria excesiva al primer operador y ha optado por dejar en manos de los operadores la identificación de las soluciones que estimen más convenientes. Esta Comisión reconoce que son los propios operadores quienes tienen mayor capacidad para identificar y acordar soluciones, técnica y económicamente óptimas, a la vista de la evolución de las tecnologías implicadas.

No obstante, no pueden obviarse los riesgos que se desprenden del escenario de despliegue examinado, por lo que esta Comisión no puede inhibirse de establecer determinados criterios de carácter genérico que favorezcan un entorno adecuado para la compartición de los recursos de red que se despliegan en los edificios en condiciones razonables para todas las partes implicadas.

En cualquier caso, debe recordarse el carácter subsidiario de la regulación aprobada, en un doble sentido, ya que, por un lado, el segundo o ulterior operador que llegue a un edificio puede optar por desplegar su propia red y, por otro, los operadores pueden llegar a acuerdos, que prevalecerán sobre las condiciones impuestas en la Resolución impugnada.

2.1.2 Sobre la falta de establecimiento de un plazo máximo para la finalización de los trabajos de compartición.

JAZZTEL indica en su recurso que debería establecerse al menos un plazo máximo para la provisión del servicio por parte del primer operador que llega al edificio, y alega que su falta de establecimiento en la Resolución de 12 de febrero de 2009 determina la nulidad de pleno derecho de ésta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC, al haber incurrido en la vulneración del principio de seguridad jurídica y del derecho a la defensa contemplados en los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española y, asimismo, carecer de motivación.

En cuanto a la vulneración del derecho de defensa, debe reiterarse la imposibilidad de invocación del mismo cuando no se trata de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo sancionador.

Sobre la falta de motivación de la Resolución impugnada, ha de indicarse, sin embargo, que la recurrente vuelve a plantear en fase de recurso las mismas alegaciones que vertió en el expediente de origen, y que ya fueron debidamente contestadas en la Resolución impugnada, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 112.1 de la LRJPAC, dichas alegaciones no deberían



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tenerse en cuenta en la resolución de los recursos que se interpusieran contra aquélla.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de recordarse nuevamente que la Resolución establece como prioridad en lo relativo a las condiciones de compartición, que sean los operadores los que acuerden, entre otros, los plazos o los modelos de compartición que estimen apropiados, siempre y cuando no contravengan las obligaciones impuestas en ella.

Sobre este aspecto, la Resolución de 12 de febrero de 2009 señala que *“En el escenario de gestión centralizada que se plantea, el primer operador se constituirá como gestor de los recursos de red en el edificio, asumiendo las responsabilidades de gestión y ejecución, en un plazo razonable y según los términos expuestos en los acuerdos suscritos entre las partes implicadas, de las tareas necesarias para llevar a cabo la compartición de los elementos emplazados así como la ubicación del cableado y demás elementos pasivos de los operadores que manifiesten interés en acceder a los usuarios ubicados en el edificio.”*

Por tanto, es evidente la intención de la Resolución impugnada de que sean los operadores los que acuerden el plazo en el que se van a proveer los servicios necesarios para la compartición por parte del primer operador que llega al edificio.

También se contestó expresamente en la Resolución a la petición concreta de JAZZTEL de establecer un plazo máximo total en el que se debería llevar a cabo la compartición de red, señalándose (apartado 3.3 del Anexo 2) que la variada casuística concurrente en estos casos, derivada de la falta de establecimiento de una modalidad de compartición concreta y de la diferente topología de edificios, así como la inexistencia de datos y de experiencia sobre trabajos equivalentes, impedía establecer un plazo adecuado general para todos los supuestos de compartición.

Se razonaron, pues, cuáles eran los motivos por los que no se consideraba adecuado imponer un plazo máximo para finalizar los trabajos de compartición.

Y ello determina que no pueda tener favorable acogida el motivo de impugnación invocado por JAZZTEL consistente en la falta de motivación de la decisión adoptada.

Como afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 301/2000, de 13 de noviembre, *“el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentados de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquélla...”*, añadiendo la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sentencia 187/2000, de 10 de julio, que *“no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión”*.

En relación con la motivación de los actos administrativos, la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras de permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.

En este sentido, puede tenerse en cuenta, entre otras⁵, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), en la que se señalaba lo siguiente:

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

Resultando, pues, que la Resolución impugnada detalló debidamente las razones de los términos en los que la misma fue aprobada, debe descartarse que se produjera indefensión a la recurrente.

Por lo que se refiere a la inseguridad jurídica que, según JAZZTEL, origina a los operadores el hecho de no contar con un plazo máximo en el que el primer operador habría de realizar los trabajos de compartición, ha de recordarse aquí lo ya expuesto sobre la no inclusión de los principios jurídicos dentro de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC. Debe tenerse en cuenta, además, que la seguridad jurídica sólo es predicable de las normas jurídicas, por lo que tampoco tendría acogida la alegación relativa a la infracción del mismo, con base en el artículo 63 de la LRJPAC.

No obstante, para contestar debidamente a la entidad recurrente, debe tenerse en cuenta que, precisamente, para evitar que el operador gestor al que

⁵ Véanse también las Sentencias de fecha 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000, (2000/3166) 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486), 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), 12 de diciembre de 1990 (1990/9918).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondería realizar los trabajos prolongara indebidamente los mismos, se impuso la obligación de entregarlos en un plazo razonable.

Pero más allá, debe tenerse en cuenta que, en estos momentos, el despliegue de redes de fibra óptica en el interior de los edificios por parte de los operadores no ha alcanzado todavía el suficiente grado de desarrollo que permita establecer un plazo medio o razonable concreto a partir de los plazos reales de provisión del servicio por parte del primer operador que llega al edificio.

Como se ha indicado, son varias las modalidades de compartición –que requieren de la realización de diferentes trabajos- por las que podrían optar los segundos y ulteriores operadores que llegan a un edificio, por lo que sería la fijación de un plazo lo que podría generar inseguridad para un operador que, por ejemplo, acordase una modalidad de compartición para la que no existiese previsto un plazo o que le permitiese tener los trabajos disponibles antes de la fecha indicada por el regulador.

Lo anterior explica que, en virtud del principio de intervención mínima, procediera únicamente imponer la obligación de realizar los trabajos de compartición en un plazo razonable, ya que si existiera desacuerdo o disconformidad por alguna de las partes en relación con dicho plazo, tanto durante la negociación, como una vez alcanzado un acuerdo, siempre se podría presentar conflicto ante este Organismo, que resolvería teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en virtud de la habilitación contenida en los artículos 11 y 14 de la LGTel.

2.1.3 Sobre la falta de concreción de las condiciones mínimas a imponer sobre el modelo de red.

Manifiesta FRANCE TELECOM que la Resolución impugnada no concreta soluciones técnicas al problema de la compartición, proponiendo alternativas diversas para el despliegue.

Sin embargo, nuevamente debe señalarse que dicha falta de concreción no supone, en ningún caso, vicio alguno de nulidad o anulabilidad de la Resolución impugnada, que motivadamente ya se pronunció acerca de la concreción por vía regulatoria de soluciones técnicas específicas.

Concretamente, se señaló en la Resolución impugnada que no se estimaba oportuno imponer una modalidad de compartición concreta, sobre todo teniendo en cuenta que no existe un escenario conocido que reúna todas las ventajas que facilitarían el desarrollo de un escenario multioperador en condiciones óptimas. En un principio, ante el momento del despliegue de fibra en el que nos encontramos, se considera más apropiado establecer un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conjunto de obligaciones que los operadores deberían asumir independientemente de las tipologías desplegadas.

2.1.4 Sobre la compartición de infraestructuras de red instaladas en fachada.

FRANCE TELECOM cree necesario establecer la obligatoriedad de compartir cables y cajas en fachada, y contemplar la instalación de splitters ópticos en diferentes bandejas de la misma caja, puesto que no sólo existen dificultades para compartir cables, sino que también pueden darse para instalar cajas y cables adicionales, o simplemente porque las comunidades de vecinos puedan oponerse a la instalación de múltiples cajas y cables en sus fachadas.

A este respecto, es preciso señalar que la compartición de recursos en fachada es tan obligatoria como en el interior, de modo que, independientemente de la solución técnica que acuerden los operadores, debe garantizar que las redes ópticas del segundo y subsiguientes operadores puedan alcanzar a los usuarios ubicados en cada edificio, garantía que se ha articulado mediante la constitución del primer operador como gestor de recursos en el edificio y, por tanto, responsable de la gestión de permisos e instalación de los recursos que lo hagan posible.

No obstante, más allá de lo anterior, y de acuerdo con el razonamiento expuesto en la presente Resolución, no se estima conveniente regular más allá del establecimiento de la obligación de compartición de recursos de red en fachada. Las condiciones concretas de la compartición habrán de ser negociadas entre los diferentes operadores.

2.1.5 Sobre la definición de un modelo estándar de contrato que establezca las condiciones pactadas con las comunidades de propietarios.

FRANCE TELECOM señala que la Comisión debería establecer un contrato tipo entre el operador y la comunidad de propietarios, para la instalación y compartición de recursos de red.

Sin embargo, es preciso señalar que la falta de aprobación por la Resolución impugnada de un contrato tipo, tampoco constituye causa de nulidad o anulabilidad que determine la estimación del recurso interpuesto.

Además, debe indicarse que no es objeto de la Resolución impugnada el arbitraje entre operadores y comunidades de propietarios, sino la imposición de obligaciones a los operadores de comunicaciones electrónicas y, en ningún caso, entra dentro del ámbito competencial de este Organismo el establecimiento de condiciones a las comunidades de propietarios de los diferentes edificios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.1.6 Sobre las actuaciones necesarias para la provisión del servicio a un cliente final.

FRANCE TELECOM considera que los operadores sucesivos deben contar con autonomía en la provisión del servicio (tendido de acometidas finales al domicilio del cliente).

Y en relación con ello, debe indicarse que lo dispuesto en la Resolución impugnada no resulta, en absoluto, incompatible con lo señalado por la recurrente.

Si bien se señalaba en la Resolución (apartado III.1.1) que *“Las obligaciones de compartición recogidas en el presente procedimiento deben ser de aplicación, en primer lugar, a todos los elementos de red emplazados en el dominio privado: cajas terminales y recursos asociados, así como acometidas hasta cada vivienda”*, ello no implica que en todos los casos el primer operador que llega al edificio ha de acometer todas las actuaciones necesarias para la compartición de la red.

Como ya se dijo en aquélla (apartado II.4), la Resolución tiene carácter subsidiario en un doble sentido.

Por un lado, las obligaciones de acceso impuestas en la misma afectan al primer operador que tienda una red óptica en el interior de un edificio, pero no implican que el segundo o ulterior operador tenga la obligación de acceder a ella, pudiendo optar siempre por desplegar su propia red.

Y por otro lado, las obligaciones impuestas en ella cederán ante los acuerdos a los que pudieran llegar los operadores (siempre que los mismos no afecten al derecho de otros operadores).

Ello implica que el hecho de que los acuerdos recíprocos de compartición que firmen los operadores prevean que el primer operador que accede a un edificio asuma la gestión centralizada de los recursos de red, no impide que los operadores que suceden al primero puedan efectuar el despliegue de sus recursos de red por sus propios medios cuando lo estimen conveniente, acordándolo así con el primer operador.

En definitiva, el modelo de gestión centralizada por el primer operador implantado en la Resolución impugnada, permite que los operadores sucesivos puedan, cuando así lo deseen y acuerden con el primer operador, acometer por su cuenta el despliegue de la red de dispersión en el interior del edificio y, en particular, el tramo de red que estimen pertinente, lo que incluye la parte final de la acometida hasta el usuario final. Lo señalado puede efectuarse acordando con el primer operador ciertos mecanismos de coordinación dirigidos a delimitar las responsabilidades que puedan ostentar ambas partes en los distintos tramos de la red de dispersión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.2 Obligación de transparencia.

Sostiene TELEFÓNICA que la provisión de información sobre edificios pasados que debe facilitarse de acuerdo con lo establecido en la obligación de transparencia, permite a sus competidores conocer la estrategia de planificación y desarrollo de la red de la operadora, y especialmente su estrategia comercial, a la que pueden adaptar sus propios planes de despliegue para aprovechar el esfuerzo comercial ya realizado por Telefónica.

En este sentido, alega que las obligaciones impuestas no son objetivas, son desproporcionadas y discriminatorias y vulneran del principio de competencia efectiva (artículos 11.5 de la LGTel, 9.3 y 24.1 de la Constitución Española).

Frente a ello, debe señalarse, en primer lugar, que la obligación de transparencia impuesta, resulta de aplicación a todos los operadores que desplieguen su red de fibra óptica en el interior de los edificios, de forma que no solamente TELEFÓNICA debe facilitar dicha información, sino también sus competidores, siempre que todos ellos sean los primeros en desplegar la red en un edificio.

Resulta cierto que la información relativa a los edificios en los que se haya realizado el cableado óptico por parte de los operadores puede resultar relevante para la estrategia comercial de los demás operadores, puesto que el despliegue de fibra por parte de los operadores constituye un elemento fundamental para conocer las zonas en las que existe mayor interés comercial por los servicios de fibra óptica. Replicar la estrategia de otro operador implica llegar siempre como segundo oferente y, por tanto, puede suponer la captación de clientes allí donde el otro ya lo ha hecho, y es, precisamente, por ello, por lo que podría suponer una amenaza para el primer operador el hecho de que se facilitara la información sobre los edificios en los que éste ha desplegado su red.

No obstante, es precisamente la utilización comercial de la información que se obliga a suministrar a los operadores la que pretende evitarse cuando en la Resolución impugnada se impone a los operadores la prohibición de emplear la información por parte de los departamentos distintos de los directamente involucrados en los procedimientos de gestión, ni tampoco a otros departamentos distintos o a otra entidad ajena al operador, de modo que la información pueda emplearse en beneficio de los servicios comerciales del operador encargado del despliegue de cableado óptico, o de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva.

En todo caso, son varios los intereses que deben ponderarse a la hora de imponer una obligación como la expuesta. Por un lado, ha de tenerse en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuenta el posible daño que se ocasionaría a la operadora que ha desplegado la fibra por dar a conocer la información sobre los despliegues efectuados y, por otro, el fomento de la competencia que permita que todos los usuarios puedan disponer de distintas alternativas de precio y calidad de los diferentes servicios que se presten a través de la fibra óptica. En este sentido, las obligaciones de provisión de información impuestas en la Resolución impugnada constituyen una herramienta indispensable para fomentar un escenario eficiente de compartición de recursos de red óptica entre todos los operadores.

Por su parte, en relación con la obligación de transparencia impuesta, la entidad FRANCE TELECOM solicita que se incluya una base de datos de edificios con infraestructuras FTTH, detallando una serie de campos de información, de contenido esencialmente técnico, que los operadores deberían intercambiar: viviendas conectadas a las cajas terminales, croquis mostrando el cableado de dispersión, tipos de conectores y otros puntos que ya han sido incluidos, tales como tipología de edificios o tipo de caja terminal.

Sostiene que la Comisión debería mantener su propuesta inicial sometida a audiencia de incluir una base de datos de edificios con infraestructuras FTTH (con caja terminal óptica) sobre la que todos los operadores deberían informar, puesto que sólo de este modo, conociendo los despliegues de TELEFÓNICA, es posible garantizar que el marco regulatorio sobre redes de acceso de nueva generación resulte suficiente y proporcionado a los efectos de garantizar la emulabilidad de ofertas minoristas y, en definitiva, la igualdad de condiciones para competir en el mercado.

También considera que este organismo debe intervenir en el intercambio de información sobre despliegues FTTH entre operadores, elaborando, gestionando y manteniendo la citada base de datos.

Sobre dichas alegaciones, debe reiterarse que la falta de inclusión de una base de datos, así como la previsión de su gestión por este Organismo, como contenido de la obligación de transparencia no constituye en ningún caso causa de nulidad o anulabilidad que pueda llevar a la estimación del recurso interpuesto por FRANCE TELECOM.

La Resolución impugnada no ha modificado el alcance y tipo de información a suministrar con respecto a lo especificado en el proyecto de medida sometido a consulta pública en el marco del expediente de origen, y referenciado por FRANCE TELECOM. Únicamente se ha procedido a excluir la intervención de este Organismo como intermediario en el proceso de suministro de datos, estableciéndose que sean los propios operadores quienes intercambien la información prevista en aquélla. Solo en caso de que se detecte alguna deficiencia o carencia en el suministro de estos datos, ocasionadas por cualquiera de las partes implicadas, en el proceso de intercambio cuyas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

características han sido claramente definidas en la Resolución impugnada, será cuando este Organismo deba intervenir.

2.3 Obligación de precios razonables.

FRANCE TELECOM considera justificado el cargo al segundo operador por los costes incrementales derivados de la compartición, pero no otros costes adicionales (“resto de costes”) a los que se hace referencia en la Resolución,

En relación con dicho motivo de impugnación, ha de señalarse que la alusión por la Resolución impugnada al “resto de costes” hace referencia a costes distintos de los directamente relacionados con las actuaciones de adecuación para la compartición, pero que puedan surgir y causar una desventaja competitiva para el operador que lidera el despliegue y facilita la compartición, lo que obviamente debe evitarse ante el riesgo de provocar un efecto disuasorio en los operadores que lideren el despliegue de redes NGA.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, tal y como se remarca en la Resolución, que los precios ofrecidos a terceros no pueden ser excesivos, de forma que supongan de facto una negativa de acceso y constituyan una barrera a la entrada para el operador que solicite la compartición. Asimismo, se señala que por falta de acuerdo en cuanto a las condiciones económicas las partes podrán interponer conflicto ante la Comisión, aplicándose, en su caso, los precios acordados o decididos a posteriori por esta Comisión de modo retroactivo.

Por su parte, JAZZTEL considera que el modelo de reparto de costes ya incurridos debería basarse en lo que le hubiera costado al segundo operador un despliegue eficiente en base a su expectativa de clientes, imputándose por separado los diferentes elementos que finalmente se utilicen: coste por acceso a edificio (hasta RITI o bien cajas terminales óptica a nivel de edificio), costes por acceso a verticales concretas en cada planta, etc.

A este respecto, ya se incidió en la Resolución impugnada en el hecho de que el desarrollo actual de las redes de nueva generación supone un elevado riesgo tanto para el primer operador como para los que llegan posteriormente. Este riesgo es inherente a la actividad y no depende de las cuotas de mercado genéricas del operador, por lo que se estima que el reparto de los costes debe ser objetivo y dependiente únicamente del número de operadores presentes. Esta cantidad es cierta por lo que no puede suponer la supuesta inseguridad que alega JAZZTEL.

Por el contrario, un reparto en función de las expectativas de clientes sí supondría una importante inseguridad propia del desconocimiento inicial de los elementos que deben tener en cuenta en toda negociación de acuerdos, ya que el conocimiento de aquéllos no sería posible *a priori* cuando se acuerdan los precios, lo que podría conllevar que los operadores tuvieran que pagar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

injustamente un precio mayor en el caso de que los clientes con los que hubieran contratado finalmente no se correspondiera con los que en un principio se estimaron.

Por todo lo anterior,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por JAZZ TELECOM S.A.U, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., contra la Resolución de 12 de febrero de 2009, recaída en el expediente MTZ 2008/965, 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 edificios.

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

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES