



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, en sustitución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 nº 14/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 20 de abril de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2006/282, se aprueba la siguiente

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR LA ENTIDAD SERVICIOS FERROVIARIOS DE MALLORCA, EMPRESA PÚBLICA, SOBRE LA POSIBILIDAD DE NEGOCIAR LIBREMENTE LOS PRECIOS DE ALQUILER DE FIBRA OSCURA.

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA

Con fecha 23 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por la entidad Servicios Ferroviarios de Mallorca, Empresa Pública (en adelante S.F.M.) mediante el que plantea una consulta relativa a la posibilidad de negociar libremente precios de alquiler de fibra oscura con los operadores interesados a los que presta servicio.

S.F.M. es una empresa pública adscrita a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes del Gobierno autonómico Balear, a la que fue otorgada una licencia individual del tipo C1 mediante acuerdo adoptado por el Consejo de esta Comisión de fecha 24 de enero de 2002.

La consulta ha sido planteada en los siguientes términos:

“...En particular se solicita aclaración en relación a si S.F.M. puede rebajar el precio por par de fibras que tiene suscrito con sus operadores en los contratos de alquiler de fibra, para aquel caso de que un operador le oferte



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alquilar más pares pero a un precio inferior por par (lo que daría lugar a un nuevo contrato que modificase el anterior ya firmado), y ello en el bien entendido de que S.F.M. dispone de fibra suficiente para poder alquilar ese mayor número [de] pares a otros operadores interesados, en esas mismas condiciones.”

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 32/2003, Ley General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre, (en adelante LGTel), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Concretamente, el artículo 29.2 a) del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, señala que es función de esta Comisión la resolución de las consultas que pueden formularle los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Con carácter general, y conforme a lo señalado por esta Comisión en diversas resoluciones, ha de entenderse que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del mencionado Reglamento pueden referirse, principalmente, a los siguientes ámbitos:

- las normas que han de ser aplicadas por la Comisión;
- los actos y disposiciones dictados por la Comisión;
- las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

La consulta planteada se refiere a un aspecto relacionado con las condiciones de explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas por una Administración Pública, cuestión ésta regulada en la LGTel, en el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por RD 424/2005, de 15 de abril (en adelante Reglamento del Servicio Universal), y en el resto de la normativa de desarrollo de la citada Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se formula por tanto, al amparo del artículo 29.2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por tratarse de normas cuya aplicación corresponde a esta Comisión, conforme a las competencias que le son atribuidas.

III. CONTESTACIÓN A LA CONSULTA

1. Explotación de una red pública (fibra oscura) de comunicaciones electrónicas

A la entidad S.F.M. le fue otorgada una licencia individual de tipo C1 mediante acuerdo de esta Comisión de fecha 24 de enero de 2002 (exp. 2001/5573), conforme al anterior régimen de títulos habilitantes, hoy ya derogado.

La LGTel en su Disposición Transitoria Primera apartado primero establece que:

“Las normas dictadas (...) en relación con las autorizaciones y licencias individuales continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta ley, hasta que se apruebe la normativa de desarrollo prevista en el artículo 8 [y que sería el Reglamento del Servicio Universal].”

Asimismo, los títulos previamente otorgados para la explotación de redes quedarían extinguidos desde la entrada en vigor de la LGTel, y sus titulares habilitados para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, siempre que reuniesen los requisitos del artículo 6.1 en su párrafo primero. En particular, declara extinguidos entre otros, las licencias individuales.

Por tanto en la actualidad, S.F.M. está amparada por la autorización general prevista en el artículo 5 de la LGTel para realizar la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas, siendo concretamente una red de fibra oscura.

La citada actividad deberá llevarse a cabo de conformidad con la normativa de aplicación, siendo de especial relevancia las condiciones recogidas en el Reglamento del Servicio Universal: artículo 15 (sobre los derechos de los operadores), artículo 16 (condiciones que deben cumplir los operadores), artículo 17 (condiciones generales), artículo 21 (obligaciones de suministro de información) y artículo 18. Este último hace referencia a las condiciones exigibles a los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, entre las que hay que destacar el permitir la coubicación y el uso compartido cuando así sea preciso conforme a lo dispuesto en la Ley.

Según manifiesta la interesada, *“el mercado de las telecomunicaciones y en particular, el número de operadores interesados en alquilar fibra [oscura] a S.F.M.”* ha evolucionado en los últimos años, por lo que se haría necesaria una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

revisión de las condiciones de los contratos suscritos entre S.F.M. y los operadores a los que presta el servicio.

En concreto, S.F.M. quiere saber si puede negociar libremente los precios de alquiler con los operadores interesados o si por el contrario, debe solicitar autorización a la CMT.

2. Obligaciones específicas de las Administraciones Públicas

De acuerdo con el artículo 5 de la LGTel, la explotación de redes de comunicaciones electrónicas se realizará en régimen de libre competencia, sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y su normativa de desarrollo, con especial atención a la protección de los usuarios finales, como apunta el artículo 8.1.

Más allá del régimen al que está sometido todo explotador de una red pública de comunicaciones (vid supra), el artículo 8.4 de la LGTel recoge que la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en dicha Ley y se realizará con la debida separación de cuentas, y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

Teniendo en cuenta que S.F.M. es una empresa pública, estaría sometida a las obligaciones antes mencionadas destacando a los efectos que nos interesan, la obligación de no discriminación. El objeto de la presente consulta es determinar si S.F.M. puede alquilar a un precio inferior para aquellos casos en que el volumen de pares alquilados sea superior, sin que ello implique vulnerar alguna de las obligaciones a las que se halla sujeta, en especial la obligación de no discriminación.

El principio de no discriminación conforme al artículo 10.2 de la Directiva 19/2002, de Acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y su interconexión (Directiva de Acceso), supone que el operador “aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes”. En el caso que nos ocupa, dado que S.F.M. propone aplicar diferentes precios a volúmenes de compras también diferentes, en consecuencia, las circunstancias de compra no serían semejantes, lo que haría posible aplicar precios desiguales sin vulnerar el principio de no discriminación. Todo ello sin perjuicio de la obligación de no incurrir en prácticas anticompetitivas.

En segundo lugar, el artículo 38 de la Constitución Española alude al “marco de la economía de libre mercado”, y el artículo 128.2 contempla la iniciativa pública en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dicho marco, estando la iniciativa pública en pie de igualdad con los demás operadores privados. Ya el “Informe sobre la Actividad de las Administraciones Públicas en el Sector de las Telecomunicaciones. Catálogo de Buenas Prácticas” (en adelante el “Informe”), aprobado por esta Comisión en Octubre de 2004, en su introducción al apartado 4 (página 21) reconocía que:

“La interpretación conjunta de los artículos 38 y 128 CE nos lleva (...) a la aceptación de un modelo mixto que permite la cohabitación en el mercado de empresas públicas y privadas en un plano de igualdad.”

Y en su página 8 recuerda que:

“Cuando la Administración actúa como un operador más en el mercado, debe sujetarse a las mismas reglas que el resto de los operadores, lo que implica que no podrá entrar en acuerdos colusorios ni abusos de posición de dominio ni (...) incurrir en actuaciones discriminatorias contrarias a la competencia.”

Por tanto, si bien una empresa pública debe tener especial diligencia en el respeto al principio de no discriminación, ello no significa que dentro de las restricciones del artículo 8.4 LGTel no pueda comportarse como un operador más. De este modo, dado que el descuento sobre volumen de ventas o *rappel sobre ventas* es práctica habitual en la gestión de una actividad económica, una Administración Pública puede estar facultada para hacer uso del mismo si las circunstancias lo aconsejan.

Más allá incluso, el principio de eficiencia y la búsqueda del interés general permitirían que S.F.M. pueda perseguir la óptima administración económica de sus recursos. Así también lo señaló el mencionado informe en su introducción al apartado 4 (página 21):

“La vinculación de la Administración al servicio objetivo de los intereses generales, conforme al artículo 103 de la Constitución, obliga a que cualquier decisión empresarial pública venga justificada desde la perspectiva del interés público y, en la medida de lo posible para la consecución del objetivo anterior, a la eficiencia en el gasto conforme al artículo 31 CE. Pero además en un ámbito de economía de mercado, la iniciativa empresarial de los poderes públicos ha de desenvolverse, al menos, con igualdad de condiciones respecto a las empresas privadas que compiten en el mismo mercado.”

La igualdad de condiciones entre operadores privados y públicos (aunque éstos últimos con las salvaguardas antes mencionadas) debe por tanto permitir alcanzar una gestión eficiente de sus recursos, acentuada todavía más, en el caso de las entidades públicas pues el art 103 de la Constitución impone la búsqueda del interés



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

general. Ello conlleva por ejemplo que los gastos estén impregnados de eficiencia, la gestión de ingresos sea la óptima, se promueva la competencia etc.

El Informe hacía alusión a este aspecto en el apartado 4.1 (página 27) en los siguientes términos:

“...el interés público en este sector no se termina en el hecho de procurar el acceso a los servicios (...) sino que puede haber (y los hay) otros indicadores de este interés público, como por ejemplo, propiciar el incremento de las ofertas, promover la inversión eficiente en nuevas infraestructuras, el fomento de la innovación tecnológica y, en definitiva, los beneficios para los ciudadanos derivados del régimen de libre competencia (todos estos (...) contemplados en el artículo 3 de la LGTel).”

En tercer lugar, los operadores de telecomunicaciones cuentan, para establecer su red troncal, con tres opciones principalmente: desplegar en solitario su propia red (mediante su propio tendido de fibra oscura); alquilar fibra óptica a las entidades que ofrecen fibra oscura e invertir en los equipos necesarios para iluminar la fibra; o contratar líneas alquiladas que otros operadores alquilaron previamente. De ello se desprende que S.F.M. tan sólo está ofreciendo una de las alternativas de inversión en infraestructuras que los operadores mayoristas pueden emplear para entrar en el sector.

En otro orden de cosas, no parece que S.F.M. *a priori* tenga capacidad para alterar las condiciones de mercado y además, con el *rappel por volumen de líneas alquiladas* no crea barreras de entrada dado que S.F.M. *“dispone de fibra suficiente para poder alquilar ese mayor número de pares a otros operadores interesados, en las mismas condiciones”*.

Por otra parte, el artículo 3 de la Directiva de Acceso establece que los Estados miembros velarán porque no existan restricciones que impidan a las empresas negociar entre sí acuerdos sobre mecanismos técnicos y comerciales de acceso y/o interconexión. De modo que si el mercado no presenta problemas de competencia ni existe trato discriminatorio, S.F.M. debe poder negociar libremente con los operadores interesados en el alquiler de sus pares. Más aún cuando puede ser un acicate para promover la competencia y el beneficio de los usuarios finales.

Concretamente, el artículo 3.2 de la Directiva de Acceso establece que los Estados miembros no mantendrán medidas legales o administrativas que, a la hora de conceder el acceso o la interconexión, obliguen a los operadores a ofrecer condiciones distintas a empresas diferentes por servicios equivalentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, el artículo 5.1 de la Directiva de Acceso recoge que las autoridades nacionales de reglamentación, -para la consecución de los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco), entre los que se encuentran garantizar una competencia efectiva, fomentar la competencia en el suministro de redes, garantizar que no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios, y promover los intereses de los ciudadanos-, fomentarán y garantizarán la adecuación del acceso, y ejercerán sus responsabilidades de modo que se promueva la eficiencia, la competencia sostenible y el máximo beneficio para los usuarios finales.

Por último, es oportuno mencionar que el nuevo marco regulador hace hincapié en la mínima intervención reguladora. Como ya se apuntó en el Informe *“la nueva filosofía aparece recogida en la exposición de motivos de la propia LGTel, cuando declara que la regulación de las comunicaciones electrónicas se inspirará en profundizar en los objetivos ya logrados bajo el régimen anterior y, concretamente, mantener el régimen de libre competencia a la par que asegurar una mínima intervención de la Administración en el sector. Tales principios se traducen en una clara disminución de la regulación específica en las telecomunicaciones y el consecuente aumento del control en el sector mediante la aplicación horizontal de defensa de la competencia.”*

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, aplicar un descuento por volumen de líneas alquiladas es una práctica habitual en el sector privado, y de la que una entidad pública también debe poder hacer uso en pie de igualdad, siempre que se respeten las limitaciones que impone el artículo 8.4 de la LGTel, y guiada por el principio de eficiencia, la promoción de la competencia y en última instancia, el beneficio de los consumidores.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión informa de que **SERVICIOS FERROVIARIOS DE MALLORCA**, como entidad pública que desarrolla la explotación de una red de fibra oscura, puede acometer prácticas comerciales habituales tales como aplicar un descuento al precio en caso de alquiler de un número superior de pares siempre y cuando se respeten las obligaciones impuestas, en particular la no discriminación y la de no incurrir en prácticas anticompetitivas. Todo ello en el marco de una gestión económica eficiente y beneficiosa para los consumidores.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL DIRECTOR DE
ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº EL PRESIDENTE

Miguel Sánchez Blanco
P.S. art. 7.2 O.M. de 9 de abril de 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera