

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN RELACIÓN A LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE CONDICIONES DE ACCESO EN LOS PROYECTOS DE AYUDAS AL DESPLIEGUE DE REDES DE BANDA ANCHA

CNS/DTSA/057/16/COMPETENCIAS AYUDAS JUNTA DE ANDALUCÍA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 21 de julio de 2016

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por la JUNTA DE ANDALUCÍA, en relación al alcance de las competencias en materia de acceso en el ámbito de ayudas de Estado al despliegue de redes de banda ancha.

I. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

Con fecha 7 de abril de 2016, tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito remitido por la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía (en adelante, Junta de Andalucía), en el que plantea una consulta sobre diversos extremos relacionados con la fijación de las condiciones mayoristas en el marco de un proyecto de ayudas de Estado. En concreto, la Junta de Andalucía remitió las siguientes cuestiones:

“1. Servicio mayorista:

a. ¿Cómo se articula el papel de la CNMC en el establecimiento de condiciones mayoristas a los beneficiarios? ¿Qué capacidad de decisión

tiene el órgano gestor de la ayuda al respecto? Las ofertas mayoristas propuestas, ¿son objeto de informe por parte de la CNMC?

- b. *¿Cómo se articula el papel de la CNMC en la verificación de condiciones mayoristas a los beneficiarios? ¿Con qué periodicidad se controla? ¿Qué papel tiene el órgano gestor de la ayuda en este caso?*
- c. *¿Cuáles son las condiciones de acceso mayorista exigibles para las distintas tecnologías disponibles? ¿Qué interpretación debemos hacer de la definición de Productos de Acceso Mayorista en el Anexo II de las Directrices de banda ancha? En dicha definición se enumeran los productos de acceso mayorista que pueden ser ofrecidos, ¿son obligatorios todos ellos o se trata de una lista de opciones posibles? En concreto, ¿es obligatoria la desagregación física en FTTH?*

2. *Servicio minorista:*

¿Se pueden establecer obligaciones a los beneficiarios en relación al servicio minorista? Valoramos la posibilidad de establecer obligaciones que van desde la propia prestación del servicio minorista hasta las características de éste (velocidad, precio, etc.). ¿Qué limitaciones tenemos al respecto?"

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

La competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia - en adelante, CNMC- para contestar esta consulta resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), la CNMC actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

De conformidad con lo establecido en el apartado 3 del citado artículo 5 de la Ley CNMC, entre otros mercado, en los mercados de comunicaciones electrónicas la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 6 de la misma Ley.

En este sentido, el artículo 6 del citado texto legal establece que la CNMC “supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

(...) 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”.

A tal efecto, el artículo 70.2.1) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) señala que la CNMC “podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales”.

En particular, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este informe, en virtud de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.2.j) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

III. MARCO JURÍDICO APLICABLE AL OBJETO DE LA CONSULTA

La Comisión Europea es el órgano competente en el control de las ayudas de Estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

En este contexto, a los proyectos de ayudas para el despliegue de redes de banda ancha le son de aplicación las previsiones de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha¹ y el Reglamento de Exención por Categorías². En estos textos se han establecido ciertos criterios sobre el papel que han de tener las Autoridades nacionales de reglamentación encargadas de la regulación de mercados de comunicaciones electrónicas –como la CNMC–.

A este respecto, en relación con las competencias relativas a la determinación de las condiciones de acceso, el apartado 78.h) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha establece lo siguiente:

“78.h) Precios de acceso mayorista: (...) Dada la complejidad de la evaluación comparativa de los precios de acceso mayorista, se anima a los Estados miembros a dotar de mandato y del personal necesario a la autoridades nacionales reguladoras con el fin de que puedan asesorar a las autoridades responsables de la concesión de ayudas al respecto. Deberá enviarse una descripción detallada del proyecto de ayuda a la autoridad nacional reguladora como mínimo dos meses antes de la notificación, para que dicha autoridad tenga un plazo razonable para emitir su dictamen. Cuando la autoridad nacional reguladora disponga de dicha competencia, el organismo que concede la ayuda deberá solicitar su asesoramiento con respecto a la fijación de los precios y condiciones de acceso mayorista. Los criterios de comparación deberán indicarse claramente en los documentos de licitación”.

En línea con esta previsión, el Reglamento de Exención por Categorías dispone en su artículo 52.6, para las ayudas al despliegue de redes de banda ancha que se otorguen en el marco de este reglamento, lo siguiente:

“Deberá consultarse a la autoridad nacional de reglamentación sobre las condiciones de acceso, incluido el régimen de precios, y en caso de litigio

¹ Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2013/C 25/01- DOUE 23/01/2013).

² Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE.

entre los solicitantes de acceso y el operador de la infraestructura subvencionada".

A nivel nacional, la concesión de las ayudas se regirá por lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, Ley General de Subvenciones), alguno de cuyos preceptos constituyen legislación básica, y, a nivel autonómico, por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

Asimismo, la disposición adicional decimocuarta de la LGTel atribuye al Gobierno funciones coordinadoras en este ámbito que han sido desarrolladas por el Real Decreto 462/2015, de 5 de junio, por el que se regulan instrumentos y procedimientos de coordinación entre diferentes Administraciones Públicas en materia de ayudas públicas dirigidas a favorecer el impulso de la sociedad de la información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha (en adelante, Reglamento de coordinación de ayudas). En él, se atribuye a la CNMC la función de asesoramiento en materia de condiciones de acceso y precios de los proyectos de ayudas al despliegue de redes de banda ancha en su artículo 3.2 en los siguientes términos:

“3. [la CNMC deberá emitir] informe en relación con los requisitos relativos a la fijación de los precios y condiciones de acceso mayorista a las infraestructuras que sean objeto de dichas ayudas”.

Adicionalmente, el artículo 6 del Reglamento de coordinación de ayudas asigna a la CNMC la función de resolver los posibles conflictos que surjan entre los operadores en ejecución de un proyecto de ayudas, remitiéndose al artículo 15 de la LGTel, que regula esta función con carácter general.

IV. ANÁLISIS DE LA CONSULTA

Teniendo en cuenta la normativa recogida en el apartado anterior, se procede a dar contestación a las cuestiones planteadas por la Junta de Andalucía.

Una premisa básica que ha de tomar en cuenta la Administración pública es que sus actuaciones se tendrán que ajustar a lo previsto en el Reglamento de Exención por Categorías y en las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

Si no fuera así, es decir, en el caso de que la Junta de Andalucía contemple la posibilidad de notificar ayudas fuera de esa regulación, tendrá que notificar a la Comisión Europea el proyecto para su aprobación previa a su convocatoria –tal como indica el artículo 108.3 del TFUE-.

En este caso, la Administración ha de justificar en esa notificación las razones de las desviaciones que se introduzcan en el proyecto respecto de los criterios fijados en las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha y el citado Reglamento, incluyendo las que se refieran a los servicios de acceso, sus condiciones de prestación, o a sus respectivos precios.

IV.1.- Servicios mayoristas

En primer lugar, la Junta de Andalucía pregunta acerca del papel de la CNMC y la determinación de las condiciones de acceso mayorista en los siguientes términos:

1. ¿Cómo se articula el papel de la CNMC en el establecimiento de condiciones mayoristas a los beneficiarios? ¿Qué capacidad de decisión tiene el órgano gestor de la ayuda al respecto? Las ofertas mayoristas propuestas, ¿son objeto de informe por parte de la CNMC?
2. ¿Cómo se articula el papel de la CNMC en la verificación de condiciones mayoristas a los beneficiarios? ¿Con qué periodicidad se controla? ¿Qué papel tiene el órgano gestor de la ayuda en este caso?

Se da respuesta a las dos primeras cuestiones de forma conjunta.

El diseño de un programa de ayudas al despliegue es responsabilidad de la Administración pública que lo convoca. Así, de conformidad con el artículo 32 de la Ley General de Subvenciones³, el responsable de garantizar el cumplimiento de un proyecto de ayudas es la autoridad concedente⁴.

Por ello, sería la Junta de Andalucía la autoridad responsable y en concreto, siendo una cuestión que compete resolver a la propia Junta, en función de la normativa andaluza aplicable -artículo 118 de la Ley de Hacienda Pública de Andalucía⁵-, entendemos que es la correspondiente Consejería de la Junta la que tiene atribuida la capacidad de aprobar las normas reguladoras de las subvenciones y por tanto, de determinar las condiciones mayoristas que deben asumir los futuros adjudicatarios de la ayuda.

³ El artículo 32 de la Ley General de Subvenciones no es legislación básica de conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera de ese texto legal.

⁴ Artículo 32. Comprobación de subvenciones: 1. *El órgano concedente comprobará la adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.*

⁵ Artículo 118 del Texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo (BOJA núm. 53, de 18 de marzo): Normas reguladoras: 1. *Las normas reguladoras de subvenciones se aprobarán por las personas titulares de las Consejerías correspondientes y serán publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.*

Se detalla a continuación el papel que corresponde a la CNMC en el proceso de aprobación y otorgamiento de ayudas públicas y en el establecimiento de condiciones mayoristas a los beneficiarios. En el desarrollo del procedimiento de concesión y ejecución de una subvención para el despliegue de redes de banda ancha, se pueden distinguir tres etapas:

a) Planificación

Antes de publicar la convocatoria de un programa de ayudas, se deben realizar una serie de actuaciones por parte de la administración convocante que garanticen la conveniencia, adecuación y legalidad de la intervención que se pretende.

En el caso de las ayudas al despliegue de redes de banda ancha, las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha establecen la necesidad de que se elabore un mapa para determinar las zonas de actuación. En el caso que nos ocupa, esta labor correspondería a la Junta de Andalucía.

La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) realiza a principios de cada año una consulta para conocer las zonas a lo largo de toda la geografía española en las que se hayan desplegado redes de banda ancha de alta velocidad o en las que los operadores tengan planes para su despliegue en los próximos tres años, a efectos de excluirlas de los programas de ayudas que se aprueben. La Junta de Andalucía puede utilizar esos mapas para concretar las zonas que serán objeto de sus programas de ayudas.

Una vez que se delimitan las zonas objetivo de las ayudas, corresponde a la Junta de Andalucía, en cuanto que administración que convoca la ayuda la elaboración del correspondiente proyecto de orden en el que fijarán las condiciones de la subvención que se convoque, incluidas las relativas al acceso mayorista a las redes subvencionadas y los criterios para la fijación de precios para estos servicios. En esta fase, la Junta de Andalucía debería examinar la situación competitiva y valorar las medidas que contribuyan a minimizar el impacto que supone en la competencia cualquier intervención en el marco de ayudas de Estado.

Elaborado el mapa y el proyecto de orden de convocatoria, el artículo 3 del Real Decreto de coordinación de ayudas exige que se remitan a la SETSI, solicitando un informe⁶ en los siguientes términos:

⁶ Artículo 3 del Real Decreto coordinación de ayudas: “*Junto con la solicitud acompañarán una descripción de la medida y el proyecto de instrumento jurídico que fije las bases para la concesión de las ayudas, donde deben estar incluidas las zonas de actuación, como mínimo tres meses antes de su notificación a la Comisión Europea*”.

“3. El informe de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información se pronunciará sobre la compatibilidad de la medida de ayuda promovida en relación con el régimen jurídico de las telecomunicaciones y con los planes de banda ancha del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, donde, entre otros aspectos, se valorará la compatibilidad con el mapa de cobertura de banda ancha a que se refiere el artículo 2 y la complementariedad con las medidas de ayuda de dicho Ministerio. El informe tendrá carácter vinculante para la Administración pública solicitante que pretenda conceder dichas ayudas en todo lo que se refiere a lo señalado en este párrafo”.

Por otra parte, en referencia a la fijación de las condiciones de acceso mayorista y sus precios, el Reglamento de coordinación de ayudas señala en su artículo 3.2 que la CNMC emitirá un informe sobre estos extremos. Este informe es solicitado por la SETSI y la CNMC tiene un plazo de 2 meses para emitirlo.

Así, el último párrafo del artículo 3.3 del Real Decreto de coordinación de ayudas señala lo siguiente:

“En dicho informe [en referencia al elaborado por la SETSI y previsto en el artículo 3.1] se podrá incluir asimismo una evaluación (...) recogiendo el tenor literal de los requisitos relativos a la fijación de los precios y condiciones de acceso mayorista que hayan sido comunicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el informe que emita a solicitud de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información”⁷.

b) Convocatoria y concesión

La convocatoria y concesión de la subvención corresponde al órgano que establezca la normativa de subvenciones aplicable, como se ha señalado con anterioridad. En la convocatoria, deberán recogerse necesariamente los puntos indicados en el informe que remita la SETSI en ejecución del artículo 3.3 primer párrafo del Real Decreto de coordinación de ayudas.

⁷ La CNMC ha dictado numerosos informes en ejercicio de esta competencia, entre otros, los siguientes: Acuerdo de 23 de julio de 2015 por el que se emite informe relativo al proyecto de orden por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas destinadas a la realización de proyectos de redes de acceso de nueva generación en castilla-la mancha y al proyecto de resolución de convocatoria de estas ayudas por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (INF/DTSA/004/15/AYUDAS AL DESPLIEGUE NGA CASTILLA-LA MANCHA); Acuerdo de 17 de diciembre de 2015 por el que se emite informe relativo al borrador de convocatoria de subvenciones a proyectos de redes de banda ancha de nueva generación de muy alta velocidad en Galicia (INF/DTSA/007/15/AYUDAS AL DESPLIEGUE NGA GALICIA).

c) Ejecución del programa de ayudas

Con carácter general la supervisión de la ejecución de un proyecto de ayudas corresponde al órgano que la normativa de subvenciones, en el presente caso, autonómica, designe. En este informe se detallan únicamente los instrumentos de intervención de la CNMC, en relación con las condiciones de acceso y precios ofrecidos por el operador adjudicatario a terceros operadores que deseen acceder a la infraestructura y redes de comunicaciones electrónicas subvencionadas.

La CNMC tiene reconocidas las siguientes funciones:

- Supervisión y promoción del correcto funcionamiento del mercado.

De conformidad con el artículo 5 de la Ley CNMC, este organismo es el encargado de velar por el mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos, y en este contexto tiene una función consultiva muy amplia, y en particular sobre los programas de ayudas públicas.

De forma adicional, en el ámbito de las telecomunicaciones, tal y como dispone el artículo 12.5 de la LGTel, la CNMC ha de intervenir cuando razones de interés público lo aconsejen. La intervención de la CNMC se justificaría con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

- Asesoramiento sobre las condiciones de acceso mayorista y precios después de que se ha concedido la ayuda.

Una vez otorgada la ayuda, pueden surgir durante la ejecución del proyecto diferencias de interpretación sobre el alcance de las obligaciones mayoristas de acceso o la determinación de los precios de estos servicios entre el operador beneficiario y la Administración Pública o el operador que solicita el acceso. En este supuesto, se puede plantear una consulta a la CNMC para que realice sus consideraciones sobre estos extremos.

También se pueden plantear otras cuestiones conexas con ellas. A modo de ejemplo, en el marco de un programa de ayudas del Gobierno de Aragón se planteó si eran adecuados los precios mayoristas de

acceso a las torres del operador público dependiente de la comunidad autónoma que deseaba poner a disposición del adjudicatario⁸.

Dentro de la labor de asesoramiento, pregunta la Junta de Andalucía específicamente si son objeto de informe por parte de la CNMC las ofertas mayoristas propuestas, se entiende que por el adjudicatario. En principio, la CNMC no examina las ofertas mayoristas que se realicen por los beneficiarios de las ayudas. Únicamente, si hubiera una solicitud expresa se podrían analizar dentro de la función general de asesoramiento antes comentada.

- Resolución de conflictos entre el titular de la infraestructura y red subvencionada y terceros operadores que soliciten el acceso a estos elementos.

Además de la función anterior, hay un supuesto en el que podría producirse un pronunciamiento expreso de la CNMC sobre las ofertas mayoristas del adjudicatario que resultaría vinculante para este último. Se trataría de aquellos casos en que se plantee un conflicto entre un solicitante del acceso a las nuevas redes y el adjudicatario que afecte a algún punto del contenido de la oferta mayorista del proyecto. Esta función de resolución de conflictos se reconoce expresamente en el artículo 6 del Real Decreto de coordinación de ayudas, dentro de la atribución general del artículo 15 de la LGTel en esta materia.

En conclusión, la Junta de Andalucía será quien deba comprobar que se cumplen las condiciones previstas en los pliegos incluidas las relativas a la prestación de los servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas, entre otras, la publicación de las ofertas mayoristas, la inclusión de los servicios establecidos en la convocatoria, etc. Por su parte, la intervención de la CNMC se ceñirá a las actividades anteriormente detalladas. Las dos últimas se producirán a instancia de parte.

3. ¿Cuáles son las condiciones de acceso mayorista exigibles para las distintas tecnologías disponibles? ¿Qué interpretación debemos hacer de la definición de Productos de Acceso Mayorista en el Anexo II de las Directrices de banda ancha? En dicha definición se enumeran los productos de acceso mayorista que pueden ser ofrecidos, ¿son obligatorios todos ellos o se trata de una lista de opciones posibles? En concreto, ¿es obligatoria la desagregación física en FTTH?

⁸ Acuerdo de la CNMC de 22 de enero de 2015 por el que se emite informe relativo al plan de precios de los servicios de alojamiento para operadores mayoristas de banda ancha de nueva generación de Aragonesa de Servicios Telemáticos (expediente nº INF/DTSA/2289/14).

A nivel comunitario, tanto las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha como el Reglamento de Exención por Categorías determinan que los beneficiarios de la ayuda deberán ofrecer todo tipo de acceso mayorista a sus redes.

El artículo 52.5 del Reglamento de Exención por Categorías establece lo siguiente:

“El operador de la red deberá ofrecer acceso mayorista activo y pasivo, lo más amplio posible, con arreglo al artículo 2, punto 139, del presente Reglamento, en condiciones equitativas y no discriminatorias, con inclusión de la desagregación física en el caso de las redes NGA. Este acceso mayorista deberá ofrecerse como mínimo durante siete años y el derecho de acceso a conducciones o postes se otorgará por tiempo ilimitado. En el caso de las ayudas a la construcción de conducciones, estas serán lo suficientemente grandes para dar cabida a varias redes de cable y diferentes topologías de red”.

La determinación de ese acceso se concreta en el apartado 139 del artículo 2 del Reglamento de Exención por Categorías en los siguientes términos:

*“«**acceso mayorista**»: acceso que permite a un operador utilizar las instalaciones de otro operador; el acceso más amplio posible que debe ofrecerse a través de la red de que se trate incluirá, sobre la base del Estado actual de la técnica, al menos los siguientes productos de acceso: para las redes FTTH/FTTB: acceso a conducciones, acceso a fibra oscura, acceso desagregado al bucle local y acceso indirecto; para las redes de cable: acceso a conducciones y acceso indirecto; para las redes FTTC: acceso a conducciones, acceso desagregado al bucle local y acceso indirecto; para la infraestructura de red pasiva: acceso a conducciones, acceso a fibra oscura o acceso desagregado al bucle local; para las redes de banda ancha mediante ADSL: acceso desagregado al bucle local, acceso indirecto; para las redes móviles o inalámbricas: acceso indirecto, uso compartido de mástiles y acceso a las redes de retorno; para las plataformas vía satélite: acceso indirecto”.*

Por su parte, el anexo II de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha contempla los mismos servicios mayoristas⁹.

⁹ Anexo II Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha: “**Productos de acceso mayorista**: acceso que permite a un operador utilizar las instalaciones de otro operador. Los productos de acceso mayorista que pueden ser ofrecidos a través de redes subvencionadas son los siguientes:

- Red FTTH/FTTB: acceso a conducciones, acceso a fibra oscura, acceso desagregado al bucle local (multiplicación por división de la longitud de onda, WDM,-red óptica pasiva, PON, o desagregación ODF) y acceso indirecto.
- Redes de cable: acceso a conducciones y acceso indirecto.
- Redes FTTC: acceso a conducciones, acceso desagregado al bucle local y acceso indirecto.

El apartado 80.a) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha matiza el alcance de la obligación de acceso completamente desagregado de la fibra en los siguientes términos:

“La red subvencionada deberá ofrecer, por consiguiente, acceso en condiciones equitativas y no discriminatorias a todos los operadores que lo soliciten y les ofrecerá la posibilidad de desagregación total y efectiva¹¹⁸”.

La nota al pie 118 recogida en el párrafo anterior aclara el alcance de la obligación de desagregación señalando que:

“(…) Si el licitador seleccionado implanta una topología de red punto a multipunto, tendrá una obligación clara de proporcionar una separación efectiva a través de WDM tan pronto como el acceso esté normalizado y sea comercialmente disponible. Hasta que la desagregación WDM10 no sea efectiva, el licitador seleccionado deberá ofrecer acceso a los solicitantes con un producto de desagregación virtual lo más cercano posible a la desagregación física”.

Este mismo apartado de las Directrices también prevé en relación con las redes NGA que el beneficiario no incluya en un primer momento todos los tipos de accesos y sólo se ofrezcan cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Se trate de una intervención pública para las redes de acceso de nueva generación; se excluyen proyectos de ayudas al despliegue de redes de banda ancha básica.
- *“Puede darse el caso de que en zonas rurales con baja densidad de población, donde los servicios de banda ancha son limitados, o para pequeñas empresas locales, la imposición de todos los tipos de productos de acceso aumente de forma desproporcionada los costes de inversión¹²³, sin ofrecer ventajas significativas en términos de mayor competencia¹²⁴. En tal situación, puede preverse que los productos de acceso que requieran intervenciones caras en la infraestructura subvencionada no previstas (por ejemplo, instalación de puntos de distribución intermedios) solo sean ofrecidos en caso de que exista una*

- *Infraestructura de red pasiva: acceso a conducciones, acceso a fibra oscura o acceso desagregado al bucle local. En caso de un operador integrado: las obligaciones de acceso (distintas del acceso a la infraestructura pasiva) se establecerán de conformidad con las disposiciones de la Recomendación relativa al acceso a las redes de nueva generación.*

- *Redes de banda ancha mediante ADSL: acceso desagregado al bucle local, acceso indirecto.*

- *Redes móviles o inalámbricas: acceso indirecto, uso compartido de mástiles y acceso a las redes de retorno.*

- *Plataformas satélite: acceso indirecto”.*

¹⁰ WDM: Acceso por multiplicación por división de la longitud de onda.

demanda razonable de un tercer operador. La demanda se considera razonable si:

- i) el demandante de acceso establece un plan de negocios coherente que justifique el desarrollo del producto en la red subvencionada;*
- ii) en la misma zona geográfica ningún otro operador ofrece ningún producto de acceso comparable a precios equivalentes a los de las zonas más densamente pobladas^{125,11}.*

En conclusión, el principio general es que se deben ofrecer todos los productos mayoristas de acceso por los beneficiarios de la ayuda, incluida la desagregación física de las redes FTTH. No obstante, este criterio permite excepciones, como señalan las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha -habrá que estar al proyecto concreto (tomando en consideración sus costes, demanda de la zona y de los operadores mayoristas, dificultades de inversión, etc.-¹².

IV.2.- Servicios minoristas

La Junta de Andalucía plantea en último lugar las siguientes cuestiones sobre la posible inclusión de servicios minoristas en el proyecto:

“¿Se pueden establecer obligaciones a los beneficiarios en relación al servicio minorista? Valoramos la posibilidad de establecer obligaciones que van desde la propia prestación del servicio minorista hasta las características de éste (velocidad, precio, etc.). ¿Qué limitaciones tenemos al respecto?”

¹¹ Nota al pie 125: “La Comisión podrá aceptar otras condiciones como parte del análisis de proporcionalidad habida cuenta de las características del caso y el procedimiento general de sopesamiento. Véanse, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto N 330/10 — Francia, Programa nacional de red de muy alta velocidad y en el asunto SA.33671 — Reino Unido, Broadband Delivery UK. Si se cumplen las condiciones se deberá otorgar el acceso en un plazo que sea habitual en el mercado concreto. En caso de conflicto, la autoridad que concede la ayuda puede solicitar el asesoramiento de la autoridad nacional reguladora o de cualquier otro organismo nacional competente”.

¹² Los dos últimos informes aprobados han sido los siguientes, ambos de fecha 21 de junio de 2016: Acuerdo por el que se emite informe relativo al borrador de bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de proyectos de redes de acceso de nueva generación en Castilla y León Cofinanciados con fondos FEDER (INF/CNMC/011/16/AYUDAS AL DESPLIEGUE REDES CASTILLAY LEÓN) y Acuerdo por el que se emite informe relativo al borrador de bases y la convocatoria, para el ejercicio 2016, del programa de ayudas a la extensión de redes de banda ancha de nueva generación en polígonos empresariales de Euskadi (INF/CNMC/013/16/AYUDAS AL DESPLIEGUE REDES EUSKADI).

En el ámbito de ayudas públicas, las autoridades comunitarias inciden en la necesidad de priorizar actuaciones a nivel mayorista. Éstas son obligatorias en todo proyecto que se notifique en el marco del Reglamento de Exención por Categorías. De esta manera, el operador que reciba la ayuda tendrá incentivos para permitir e incluso fomentar el acceso a su red por terceros operadores.

Si además el proyecto se limita a proporcionar exclusivamente servicios mayoristas, las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha destacan su mayor idoneidad en los siguientes términos:

“Siempre que los Estados miembros opten por un modelo de gestión según el cual la infraestructura de banda ancha subvencionada ofrezca a terceros únicamente servicios de acceso mayorista, y no servicios minoristas, los probables falseamientos de la competencia se reducen aún más, puesto que este modelo de gestión de redes contribuye a evitar cuestiones potencialmente complejas relacionadas con precios predatorios y formas encubiertas de discriminación en el acceso”¹³.

Esta Sala considera que no es aconsejable disciplinar los servicios minoristas en los proyectos de ayudas al despliegue de redes de banda ancha, sino que en principio se deben impulsar intervenciones en el ámbito mayorista que favorecerán en mayor medida la competencia en servicios finales y tendrán un carácter más neutro. Cualquier intervención a nivel minorista tendrá un carácter más intrusivo para el mercado. No obstante, la Administración ha de poder tener los instrumentos necesarios para que si el operador adjudicatario ofrece servicios minoristas, la ayuda se utilice correctamente en la fijación de las condiciones del servicio –por ejemplo, no se establezcan precios por encima de precios comerciales comparables, aspecto que persigue el otorgamiento de la ayuda-.

Teniendo en cuenta cuáles son las prioridades a juicio de la CE, es posible que adjudicatario ofrezca servicios minoristas y puede haber proyectos en los que las características de la zona –baja densidad de población, diseminada-, las previsiones de futura demanda -que incluso con precios para los servicios mayoristas más competitivos se estime que no existirán operadores interesados en ofrecer y comercializar servicios minoristas sobre las redes desplegadas en el marco de un proyecto de ayudas-, u otros elementos a considerar, justifiquen que la intervención se realice también a nivel minorista.

Por ello, si se señalan razones que explican que la situación en la zona en la que se va a llevar a cabo el proyecto de ayudas existen dudas de que a pesar de los incentivos haya operadores interesados en ofrecer servicios minoristas, podrían contemplarse obligaciones a ese nivel con las salvaguardas que se señalarán más adelante.

¹³ Nota al pie 104 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

En efecto, la CE no excluye la posibilidad de que el adjudicatario ofrezca servicios minoristas, salvo para proyectos de ayudas de servicios de interés económico general¹⁴. Por ejemplo, en el apartado 78.g) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha las contempla en paralelo a los accesos mayoristas cuando señala que *“el acceso mayorista efectivo de terceros a una infraestructura de banda ancha subvencionada es un componente indispensable de toda medida estatal de apoyo a la banda ancha. En particular, permite a operadores terceros competir con el licitador elegido (cuando éste también actúe a nivel minorista), reforzando con ello la oferta y la competencia en las zonas afectadas por la medida y evitando, al mismo tiempo, la creación de servicios regionales monopolísticos”*¹⁵.

Limitaciones

Por lo que se refiere a las limitaciones por las que pregunta la Junta de Andalucía y aunque en principio no parece que éste vaya a ser el caso, es necesario señalar que las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha recogen un supuesto de exclusión clara de los servicios minoristas. En el caso de que el beneficiario sea una entidad pública, éste sólo podrá ofrecer servicios mayoristas. Así se desprende de la nota al pie 97 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha que dispone que:

“Para garantizar los resultados en materia de competencia logrados desde la liberalización del sector de las comunicaciones electrónicas en la Unión y, en particular, la competencia que existe actualmente en el mercado minorista de banda ancha, en el caso de una red subvencionada gestionada públicamente:

- 1) los operadores de la red de propiedad pública deberán limitar su actividad en las zonas destinatarias previamente definidas y no expandirse a otras regiones comercialmente atractivas;*
- 2) la autoridad pública deberá limitar sus actividades a mantener la infraestructura pasiva y a conceder acceso a ella, pero no deberá competir en el sector minorista con operadores comerciales; y*
- 3) presentará una separación contable entre los fondos utilizados para el funcionamiento de las redes y otros fondos a disposición de la autoridad pública”.*

Otro de los puntos que la Junta de Andalucía deberá tener en cuenta para que la ayuda encaje en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías, en concreto, en su artículo 52.2, que establece los costes subvencionables, es que éstos deberán limitarse siempre a los servicios mayoristas sin que puedan extenderse a las actuaciones minoristas que

¹⁴ Vid apartado 24 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

¹⁵ El subrayado es nuestro.

deberán ofrecerse en condiciones similares a las de cualquier tercero que desee acceder a la nueva red desplegada.

Recomendaciones

Fuera de estas limitaciones, se recogen a continuación una serie de previsiones que la Junta de Andalucía podría tener en cuenta en el diseño del proyecto para limitar la posible incidencia negativa que pudiera tener la prestación de servicios minoristas por el adjudicatario en el mercado y la competencia:

- Para evitar la aparición de precios predatorios, sería aconsejable que en las bases se establezca de forma precisa la obligación de que los precios mayoristas permitan replicar los precios minoristas del operador adjudicatario en zonas más competitivas. De esta forma, se asegurará que los precios minoristas finales que ofrezcan los distintos operadores que accedan a las infraestructuras subvencionadas sean similares a los de otras zonas más competitivas. Esta obligación en ocasiones –dado las características del proyecto- podría obligar al adjudicatario a ofrecer precios para los servicios mayoristas más bajos que los establecidos en el marco regulatorio de mercados. Sin embargo, si se establece con carácter previo los operadores que participen en la convocatoria sabrán que tienen que tenerla en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la ayuda que necesitan para cumplirla.
- Las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha aconsejan que, en el caso de que el operador beneficiario ofrezca servicios minoristas, espere seis meses para ofrecer éstos. En concreto, señala que *“con arreglo a lo establecido en la Recomendación sobre redes de nueva generación, cuando el operador de la red también ofrece servicios minoristas, habitualmente esto implica conceder acceso al menos seis meses antes de la puesta en marcha de tales servicios minoristas”*¹⁶.

Por tanto, sería aconsejable imponer en el caso de que el adjudicatario deba ofrecer servicios minoristas, sería la de establecer un periodo de carencia de, al menos, 6 meses para que los operadores que solicitan el acceso tengan un margen que les permita realizar su labor comercial y las adaptaciones necesarias en sus redes.

¹⁶ Nota al pie 108 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.