



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 nº 19/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de mayo 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 CONTRA LA RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DEL MERCADO DE ACCESO (FÍSICO) AL POR MAYOR A INFRAESTRUCTURA DE RED EN UNA UBICACIÓN FIJA Y EL MERCADO DE ACCESO DE BANDA ANCHA AL POR MAYOR (MTZ 2008/626)

En relación con los recursos de reposición interpuestos por varios operadores contra la Resolución de fecha 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) 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), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 19/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución:
(AJ 2009/296)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO.- RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 2009

Con fecha 22 de enero de 2009 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución en el procedimiento MTZ 2008/626.

Por medio de la citada Resolución se resolvió lo siguiente:

“Primero. *Aprobar la definición y análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluyendo el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, tal como recoge el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución.*

Segundo. *Considerar que el mercado mayorista de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluyendo el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija en España es un mercado de referencia que puede ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Tercero. *Considerar que el mercado mayorista de banda ancha al por mayor en España es un mercado de referencia que puede ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Cuarto. *Determinar que los citados mercados de referencia no son realmente competitivos, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 4, artículo 16, de la citada Directiva Marco y en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Quinto. *Considerar que Telefónica de España, S.A.U. en los términos recogidos en los apartados II.3 y III.3 del Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución, tiene poder significativo de mercado en los citados mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo II, apartado 8 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Sexto. *Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en el Anexo 1 de la presente Resolución en relación con el acceso compartido y completamente desagregado; las obligaciones recogidas en el*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Anexo 2 de la presente Resolución en relación con el acceso mayorista a la infraestructura de obra civil; y las obligaciones recogidas en el Anexo 3 de la presente Resolución en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha.

Séptimo. *Declarar el cese de la vigencia de la Resolución de 8 de mayo de 2008 para la adopción de medidas cautelares en relación con el 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, con la excepción de la obligación de transparencia establecida en la citada Resolución, que continuará siendo aplicable hasta el momento en que se de cumplimiento a las obligaciones de transparencia fijadas en el Anexo 2 de la presente Resolución”.*

La Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 18 de febrero de 2009.

Las obligaciones impuestas a TESAU por medio de la Resolución recurrida son, de conformidad con el resuelve Sexto transcrito, a modo de resumen, las siguientes:

- 1) **Medida en relación con los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado (Anexo I)**
 - a) Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado a todos los operadores, a precios regulados

La efectividad de la citada obligación requiere:

- Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización.
- Ofrecer el servicio de acceso al bucle a precios orientados en función de los costes de producción a los operadores de red fija que así lo soliciten.
- Separar sus cuentas para sus actividades relacionadas con el acceso desagregado al bucle de abonado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado

- TESAU está obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido.
- Obligación relativa al suministro de información respecto a la transformación de la red por parte de TESAU.

c) Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso desagregado al bucle

TESAU implantará en su red de acceso los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos.

d) Determinación de las concretas condiciones de acceso al bucle de abonado

TESAU no podrá realizar prácticas de recuperación de abonado desde el momento de inicio de la tramitación de solicitud del servicio, y hasta transcurridos dos meses contados desde la fecha de entrega del servicio de prolongación del par.

2) **Medida en relación con el acceso a los recursos asociados de la infraestructura de obra civil de TESAU (Anexo II)**

a) Obligación de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil a precios regulados

La efectividad de la citada obligación requiere:

- Atender las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil lo que incluye, entre otras, las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes.
- Ofrecer el acceso a las infraestructuras de obra civil a precios orientados en función de los costes de producción a los operadores que así lo soliciten.
- Separar sus cuentas para sus actividades relacionadas con las infraestructuras de obra civil.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Obligación de transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil

- TESAU está obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a las infraestructuras de obra civil suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido.
- TESAU deberá aportar a los operadores alternativos toda la información necesaria de sus infraestructuras de obra civil para que los mismos puedan planificar sus peticiones de acceso.

c) Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil

TESAU implantará los medios necesarios para la provisión del acceso mayorista a sus infraestructuras de obra civil, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos.

Este principio implica en particular que TESAU no podrá discriminar entre terceros o respecto de sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible, plazos y demás condiciones relevantes relativas al acceso a las infraestructuras de obra civil.

3) Medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s (Anexo III)

a) Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha (con velocidad nominal hasta 30 Mbit/s) a todos los operadores

La efectividad de la citada obligación requiere:

- Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización.
- Ofrecer los servicios de acceso mayorista de banda ancha a precios orientados en función de los costes de producción.
- Separar sus cuentas en relación con las actividades de acceso mayorista de banda ancha.
- Comunicación por TESAU a la Comisión de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, así como el desglose de los precios en el caso de paquetes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Comunicación por TESAU a la Comisión de los nuevos servicios así como de la modificación de las condiciones de prestación aplicables a los servicios minoristas de banda ancha con suficiente antelación.
- b) Obligación de transparencia en la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha
- TESAU está obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido.
 - Obligación de puesta a disposición de la Comisión de los precios y condiciones aplicables a los servicios mayoristas de banda ancha no incluidos en la oferta de referencia.
- c) Obligación de no discriminación en las condiciones de los servicios mayoristas de acceso a banda ancha
- Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso.
 - Obligación de parámetros de calidad respecto a la provisión de los servicios de referencia.

SEGUNDO.- RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN MTZ 2008/626 Y ACUMULACIÓN DE LOS MISMOS

Con fecha 23 de febrero de 2009 tuvo entrada en el registro de la Comisión un escrito presentado por el representante de la entidad JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL), en virtud del cual interpuso recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el hecho anterior, dando inicio al procedimiento AJ 2009/296.

Posteriormente, con fechas de 4, 5, 6 y 13 de marzo de 2009 tuvieron entrada varios escritos de recurso contra la citada Resolución, interpuestos respectivamente por las entidades VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, VODAFONE), COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, COLT), TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (en adelante, ASTEL).

En virtud de lo establecido en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), en atención al principio de economía procesal y dada la identidad sustancial de todos los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recursos e íntima conexión entre ellos, se acordó la tramitación acumulada de los mismos en el expediente AJ 2009/296.

TERCERO.- ALEGACIONES CONTENIDAS EN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN PRESENTADOS

Para mayor claridad expositiva, a continuación se resumen por separado las alegaciones contenidas en cada uno de los recursos.

1) Recurso presentado por JAZZTEL

La entidad JAZZTEL solicita la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por entender que la misma incurre en el vicio de nulidad previsto en artículo 62.1.a) de la LRJPAC en relación con los artículos 9.3, 24.1 de la Constitución Española y artículo 54 de la LRJPAC.

1.1.- **Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado (Anexo I)**

a) Sobre la obligación relativa al suministro de información respecto a la transformación de la red por parte de TESAU

JAZZTEL considera que en lugar de especificar umbrales y plazos para cierres de centrales, debería permitirse el cierre cuando los operadores alternativos usuarios actuales y potenciales se muestren satisfechos con las soluciones ofrecidas para la central en cuestión por permitir la continuidad de los servicios minoristas.

Asimismo, señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no debe contemplar en este análisis de mercado la posibilidad de cierre de centrales en tanto en cuanto no se realice la simulación del efecto que dicho cierre tendrá para la competencia en el mercado de referencia, y mientras no se prevean soluciones alternativas o mecanismos que consigan no incrementar los costes de los competidores de manera que sean expulsados del mercado.

En relación con la condición que se establece para que TESAU pueda comunicar su voluntad de cierre de una central, es decir, la necesidad de que más del 25% de los clientes en la cobertura de la central se conecten por medios alternativos a la redes de pares de cobre, debería referirse a medios de acceso basados en fibra óptica hasta el abonado, es decir, excluyendo del cómputo los clientes conectados mediante nodos intermedios a través de VDSL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.2.- Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con el acceso a los recursos asociados de la infraestructura de obra civil de TESAU (Anexo II)

a) Sobre el acceso a los recursos asociados de la infraestructura de obra civil a precios regulados

La entidad recurrente manifiesta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debería haber realizado una auditoría técnica muy detallada con datos sobre el estado y grado de ocupación de los conductos para asegurar que los porcentajes de acceso que manifiesta Telefónica son reales.

Esta auditoría, señala, debe ser considerada como un paso previo y necesario a la puesta en marcha de las medidas y correspondiente aprobación de nuevas ofertas minoristas.

1.3.- Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s (Anexo III)

a) Sobre la medida adoptada en relación a la diferenciación de obligaciones entorno a las velocidades que superen los 30 Mbit/s

Según el operador, el hecho de que 30 Mbit/s sea mayoritariamente la velocidad máxima que se puede ofrecer mediante VDSL2 desde nodo intermedio (red de cobre), quedando fuera del ámbito de prestación de servicios a través de la desagregación del bucle de abonado, denota que de hecho se está discriminando por tecnología pues se expulsan del mercado los nuevos servicios de banda ancha basados en FTTx que ofrecen esta velocidad u otras muy superiores.

JAZZTEL entiende que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe demostrar que no hay sustituibilidad entre servicios de velocidad inferiores o superiores a 30 Mbit/s y, en consecuencia, la razón por la que considera que hay dos mercados diferentes.

Asimismo, señala que el servicio de acceso indirecto que apruebe la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe garantizar, como mínimo, la replicabilidad de todos los servicios que ofrezca TESAU con su oferta minorista, incluida en todo caso, la IPTV.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Considera que no es razonable que la alternativa a despliegues utilizando una oferta de conductos pase por un acceso indirecto con agregación a nivel regional sin pasar por niveles intermedios. Para JAZZTEL se deben establecer:

- Puntos de agregación nacional, que permitan la prestación de servicios en todo el territorio nacional.
- Puntos de agregación regional, para cubrir zonas dispersas y con baja concentración de clientes.
- Puntos de agregación local, coincidentes con las cabeceras FTTH/FTTN.

2) Recurso presentado por VODAFONE

VODAFONE solicita, al amparo del artículo 62.1.f), la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por considerar que la misma vulnera el principio del fomento de una competencia efectiva en la explotación de redes y prestación de servicios, promoviendo una inversión eficiente en infraestructuras, previsto en el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

2.1.- **Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado (Anexo I)**

a) Sobre la falta de concreción de las medidas en relación con la regulación del acceso al subbucle

La entidad recurrente señala que la obligación de acceso al subbucle no ha quedado suficientemente explicitada en el Anexo I.

Asimismo señala que la obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado, las obligaciones de no discriminación en las condiciones de acceso desagregado al bucle así como la determinación de las concretas condiciones de acceso al mismo también deben ser aplicables al subbucle.

b) Sobre la insuficiencia del periodo mínimo de garantía establecido para el cierre de centrales

VODAFONE considera que el periodo mínimo de garantía debe establecerse en 10 años desde la comunicación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y a los operadores que hacen uso del acceso desagregado, de su voluntad de cesar la prestación de los servicios en la ubicación de la misma. Un periodo menor, según la entidad recurrente, “no respetaría el principio de inversión eficiente en infraestructuras”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.2.- Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s (Anexo III)

a) Sobre la limitación de la regulación de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha a velocidades nominales de hasta 30 Mbit/s

VODAFONE señala que:

- no existen motivos tecnológicos ni de mercado que justifiquen la inexistencia de obligaciones de acceso indirecto para TESAU por encima de los 30 Mbit/s.
- aunque la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha modificado la definición del mercado, no ha eliminado la restricción de velocidad en el “*remedy*”, lo cual ocasiona, a su juicio, los mismos problemas de competencia que podían predicarse de la exclusión de las velocidades superiores a los 30Mbit/s de la definición de mercado.
- la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha aprovechado un vacío legal existente en el artículo 7 de la Directiva Marco que prevé la intervención de la Comisión Europea (en adelante, CE) cuando se analiza incorrectamente el mercado pero no cuando lo incorrecto o no ajustado a derecho comunitario es un “*remedy*”.
- la medida vulnera el principio de neutralidad tecnológica, ya que se excluyen las tecnologías FTTx.
- la desagregación del bucle no puede ser un argumento a utilizar a favor de limitar las velocidades del servicio de acceso indirecto de TESAU. Para VODAFONE “*el único instrumento que permitirá replicar las ofertas de TESAU es un servicio bitstream sin limitación de velocidad*”.
- de no optarse por la imposición de un bitstream sin velocidad limitada, la Comisión subsidiariamente, debería impedir temporalmente la comercialización por parte de TESAU de servicios minoristas de acceso de banda ancha sobre FTTH hasta que los operadores alternativos dispongan de manera real y constatada del servicio de acceso a conductos de TESAU, una vez sea aprobada la correspondiente oferta por parte de esta Comisión y una vez que el servicio funcione con unos niveles de servicio adecuados.

b) Sobre las características del servicio de acceso indirecto que TESAU está obligado a prestar

En relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha, señala que:

- el nuevo servicio de acceso bistream que ofrezca TESAU debe contemplar también la existencia de servicios con otros niveles de agregación, y en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

particular serían necesarios los dos niveles extremos: un servicio ADSL-IP nacional y uno central local.

- el nuevo servicio que ofrezca TESAU debe garantizar, tanto en términos de parámetros de calidad como de funcionalidades, la replicabilidad de todos los posibles servicios minoristas que comercialice TESAU. En particular señala que el servicio bitstream de TESAU debe permitir la prestación y replicabilidad de los servicios de televisión sobre IP.
- la obligación de orientación a costes debe ser complementada al menos en momento inicial y durante un periodo transitorio con una obligación adicional de razonabilidad de los precios.

3) Recurso presentado por COLT

3.1.- **Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s (Anexo III)**

a) Sobre la ausencia de obligaciones de acceso en velocidades superiores a 30Mbit/s

COLT considera que la Resolución recurrida adolece, de conformidad con el artículo 63.1 de la LRJPAC, de un vicio de anulabilidad por infracción de los artículos 3 y 10.4 de la LGTel.

Fundamenta su pretensión a través de las siguientes alegaciones:

- Los razonamientos de la Comisión para justificar la ausencia de regulación ex ante sobre las velocidades que excedan los 30Mbit/s carece de fundamento y de motivación.
- La exclusión de la regulación respecto de velocidades superiores a 30Mbit/s resulta insuficiente a los efectos de la prestación de servicios a clientes residenciales a nivel minorista, lo que conlleva gravísimos perjuicios a los operadores que dirigen su actividad y modelo de negocio al entorno corporativo.
- La ausencia de limitación de velocidades en la definición del mercado debe conllevar necesariamente la ausencia de dicha limitación en las obligaciones regulatorias sobre estas velocidades, ya que velocidades superiores están disponibles actualmente en el mercado, de manera que los remedios adoptados han de ser proporcionados con las condiciones de competencia existentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Sobre la inobservancia de los comentarios de la CE

COLT manifiesta que esta Comisión resolvió modificar su proyecto de medida exclusivamente en aquéllos aspectos en los que era consciente de que no podría ser cuestionada por la CE, eludiendo la posibilidad de que ésta vetara la medida propuesta y garantizándose así, su aprobación. Ello, a juicio de COLT, es una utilización fraudulenta del procedimiento de manera que vacía de contenido los comentarios de la CE al no tener ningún impacto en la regulación final del mercado.

4) Recurso presentado por TESAU

Para TESAU, las medidas relacionadas a continuación deben ser anuladas, de conformidad con el artículo 62.1 de la LRJPAC, por ser desproporcionadas, discriminatorias y no objetivas, infringiendo así los artículos 11.5 de la LGTel y 9.3 y 24 de la CE.

4.1.- Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado (Anexo I)

a) Sobre la transformación de red por parte de TESAU

TESAU considera que la obligación de preavisar con 5 años de antelación el cierre de centrales, pudiendo realizar dicho preaviso sólo en caso de que más del 25% de la planta en servicio de la central se conecte por medios alternativos al par de cobre, es una obligación desproporcionada, no se encuentra justificada, vulnera el objetivo de fomento de la eficiencia, innovación y resulta discriminatoria hacia TESAU. También supone, según la entidad, un alto coste económico por la necesidad de mantener dos redes paralelas.

Según la entidad recurrente no es proporcional la imposición de ningún tipo de umbral, y en concreto, del 25% de clientes conectados y sin cobre, para poder realizar una comunicación de abandono de una central, *“puesto que cuando una operadora toma la decisión de un cambio de tecnología, los condicionantes más importantes no simplemente los comerciales”*. Ello podría suponer, a juicio de TESAU, la infracción del principio de neutralidad tecnológica.

Asimismo señala que todas las obligaciones de despliegues en fibra son consideradas por la Comisión cuando comienza a existir un edificio como *“pasado”*, es decir, cuando se instala la caja terminal óptica o equivalente, sin que sea necesario la conexión previa de uno o más clientes. Es por ello que solicita que *“si la CMT considera inevitable y justificada la necesidad de fijar un umbral, pese a que ningún regulador los ha realizado y puede entenderse*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como una injerencia en las soluciones de red aplicadas y en la libertad de diseño de la red que ostenta el titular de la misma, dicho umbral debería aplicarse sobre hogares pasados y nunca sobre hogares conectados”.

4.2.- Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con el acceso a los recursos asociados de la infraestructura de obra civil de TESAU (Anexo II)

a) Obligación de transparencia relativa a las infraestructuras de obra civil

TESAU considera que la obligación de aportar a todos los operadores la información necesaria de sus infraestructuras de obra civil para que los mismos puedan planificar sus peticiones de acceso, es desproporcionada y no se encuentra justificada, ya que si la oferta de acceso a obra civil se extiende a todas las centrales donde los operadores pueden ubicarse, no resulta preciso desvelar a los operadores información relativa al despliegue comercial de TESAU.

Con dicha obligación, señala TESAU, se estará obligando a la entidad a poner a disposición del resto de competidores su estrategia comercial y de red. Ello, a juicio de la entidad recurrente, podría ser considerado, desde el punto de vista de la competencia, como práctica anticompetitiva.

Es por ello que TESAU solicita *“modificar la obligación de TESAU de informar a los operadores alternativos de su plan de despliegue de la red FTTH con al menos seis meses de antelación, siendo sustituida por la de simetría entre operadores o que sean los operadores alternativos los que pongan a disposición de Telefónica con suficiente antelación sus necesidades de servicios”.*

b) Obligación de TESAU de atender las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil

Para TESAU esta obligación se impone sin respetar el procedimiento legalmente establecido y sin la debida motivación, por lo que debe declararse nula de pleno derecho, de conformidad con el artículo 62.1.e) o subsidiariamente anulable.

Según TESAU la Resolución recurrida *“de forma sorprendente, sin motivación alguna, y por primera vez a lo largo del expediente, modifica y amplía las obligaciones relativas a proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil adoptada por parte de la CMT de las medidas cautelares de los mercados 4 y 5”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala TESAU que una de las principales modificaciones introducidas en la Resolución que no ha podido ser alegada por no estar incluida en la consulta pública, es la obligación de no discriminar o limitar el suministro del acceso por razones tecnológicas, de arquitecturas de red o de funcionalidad de la misma, o por la actividad del operador.

Para la entidad recurrente, el acceso a los conductos y demás infraestructura sólo debería estar disponible para aquellos operadores que deseen desplegar una red de acceso de fibra óptica. TESAU hace referencia a los posibles problemas de espacio que el acceso incondicional a los conductos podría originar.

Señala que dado que la finalidad fundamental de la medida es eliminar la barrera de entrada que pudieran tener los operadores para desplegar sus redes de acceso de fibra óptica, no tiene sentido que la medida se extienda al despliegue de redes de transporte, más aún cuando los operadores alternativos ya disponen en la actualidad de los servicios mayoristas proporcionados a través del mercado regulado de circuitos o líneas alquiladas troncales. En los mismos términos, la oferta de acceso a conductos no debería extenderse a los operadores móviles.

También manifiesta que una definición tan amplia como la propugnada por esta Comisión de *“recurso asociado”*, *“nos lleva a considerar en último extremo, que sólo habría un único mercado, el mercado de acceso, ya que el resto de los elementos, incluyendo las redes de transporte etc. serían recursos asociados al mercado de acceso y por tanto afectados por esa misma regulación”*.

Indica que la postura defendida por la Comisión en el seno de la revisión del mercado 4 es además diferente de la propugnada en la revisión de los mercados de líneas alquiladas mayoristas, donde se hace una separación entre líneas arrendadas terminales y líneas arrendadas troncales. Según TESAU, cualquier obligación de acceso a la infraestructura de obra civil para el despliegue de red troncal debería fijarse – mediando el correspondiente análisis – en el marco del mercado de líneas alquiladas troncales, y no a través de la revisión del mercado 4.

Por último critica el hecho de que el acceso a los conductos permita dar servicio a todo tipo de clientes finales, independientemente de que éstos sean clientes residenciales o empresariales. Según TESAU, estos últimos clientes presentan unas características diferenciadas que debería llevar a la no inclusión de este segmento en la oferta de acceso a la infraestructura de obra civil.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

c) Obligación subsidiaria de fibra oscura para dar acceso a la infraestructura de obra civil

TESAU considera que esta obligación de proporcionar fibra oscura debe ser eliminada como obligación subsidiaria, dejando a negociación entre las partes las posibles alternativas que permita prestar el servicio ante la falta de espacio, dado que en caso contrario, se impondría una obligación no objetiva, desproporcionada y discriminatoria.

Según TESAU, el mantenimiento de una obligación de alquiler de fibra, no es una opción viable para el despliegue de fibra ya que cuando un operador hace un despliegue de FTTH, el número de fibras que precisa es significativo, por lo que el alquiler de un número limitado de las mismas (menos de 10) no permitiría la prestación de su servicio.

Señala que la provisión de fibra oscura acarrea problemas debido al elevado número de fibras que necesita un operador para el despliegue y que puede sobrepasar la capacidad de los cables de TESAU, debido a la fragmentación que se produciría en la red de alimentación y las consiguientes ineficiencias y costes.

TESAU se compromete a buscar soluciones alternativas ante la falta de espacio en las canalizaciones, como nuevos trazados, acondicionamiento de cables etc. En caso de que no sea posible, TESAU utilizará el tendido de un cable multioperador en el tramo analizado, del mayor número de fibras que se posible tender por el conducto.

4.3.- Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s (Anexo III)

a) Sobre las obligaciones de acceso indirecto flexible

TESAU considera que la Resolución recurrida adolece, en relación con el servicio de acceso indirecto de banda ancha flexible, de nulidad de pleno derecho por imposibilidad de cumplimiento de la obligación, y por infracción de los artículos 3, 10.4 y 11.5 de la LGTel y 24.1 y 9.3 de la CE, dado que a su juicio carece de toda proporcionalidad y genera inseguridad jurídica. Subsidiariamente solicita la anulabilidad por infracción de los citados artículos.

Para la entidad recurrente, el cumplimiento de la obligación de implementar una oferta mayorista flexible supondría el incumplimiento de la obligación de no discriminación, ya que *“no existe posibilidad de proporcionar servicios*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

equivalentes en cuanto a calidad del servicio, plazos de entrada y condiciones de suministro a los que se presta para su servicio minorista”.

Señala que se impone una obligación independientemente de los servicios minoristas prestados por TESAU, que no garantizan la propia replicabilidad técnica o económica de los mismos, imponiendo una carga excesiva al operador con poder significativo de mercado al obligarle a prestar un servicio totalmente distinto al que estaría prestando a su minorista en lo relativo a determinados servicios como es la VoIP.

También considera desproporcionada la medida ya que *“proporcionar un servicio mayorista totalmente diferente al que Telefónica tiene habilitado para prestar servicios a sus clientes minoristas obliga a mi representada a incurrir en unos costes totalmente desproporcionados y a ser eficiente en la prestación de sus servicios”.*

- b) Sobre la obligación de comunicación de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha en relación con las nuevas estructuras de precios y nuevos servicios

Según TESAU la Comisión parece obviar que el mercado que pretende analizar con la consulta pública es un mercado mayorista, mientras que la obligación que en este apartado impone se refiere al mercado minorista, lo cual no es coherente con la metodología desarrollada por la CE en la Recomendación de Mercados.

Para TESAU la implicación principal de estas obligaciones de comunicación es que resta flexibilidad de actuación a la operadora e implica, en consecuencia, retrasos al lanzamiento de los productos minoristas de TESAU y finalmente se convierten en ventajas competitivas “regulatorias” para los operadores alternativos, cuando todos los operadores pueden replicar e incluso configurar ofertas comerciales diferenciales a TESAU.

Asimismo señala que resulta desproporcionado y no justificado la imposición de obligaciones de comunicación diferenciadas en el mercado de banda ancha minorista, cuando el propio servicio mayorista que se impone a TESAU permite a los operadores configurar su oferta de manera independiente de TESAU, así como establecer distintas estructuras de precios en sus servicios.

4.4.- Petición de suspensión de la Resolución MTZ 2008/626

Adicionalmente a las alegaciones referidas en el presente apartado, TESAU solicitó en su recurso de reposición la suspensión de la ejecución de las obligaciones recurridas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha solicitud de suspensión fue desestimada mediante la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 2 de abril de 2009.

5) Recurso presentado por ASTEL

5.1.- **Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado (Anexo I)**

a) Obligación relativa al suministro de información respecto a la transformación de la red por parte de TESAU

ASTEL señala que esta Comisión no ha motivado suficientemente, incurriendo en causa de anulabilidad, la razón de la limitación del plazo a 5 años de garantía para el cierre de centrales, ya que si bien se indica que se *“ha partido de la vida útil de los equipos en central”* no se proporcionan los datos concretos no confidenciales que habrían permitido a los operadores refutar tan corto periodo de tiempo, incurriendo por tanto en causa de indefensión.

Según la entidad existen razones para haber establecido un plazo superior pero no se motiva la razón para no tomar en consideración este criterio.

Por otro lado, manifiesta que la indefinición de las medidas alternativas de las que dispondrán los operadores para sustituir los servicios mayoristas dependientes de central que se desmantelen aumenta la inseguridad jurídica vulnerando sus derechos e intereses legítimos.

5.2.- **Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con el acceso a los recursos asociados de la infraestructura de obra civil de TESAU (Anexo II)**

a) Sobre las medidas para acceder a los recursos asociados de la infraestructura de obra civil de TESAU

ASTEL no considera que dichas medidas sean por si solas suficientes para competir con TESAU en los servicios basados en redes *“NGN”* por lo siguientes motivos:

- El hecho de que haya operadores que hayan desplegado una red de acceso con una cobertura relevante en términos de hogares *“pasados”* no demuestra per se que las condiciones de competencia en el mercado minorista se desarrollen en condiciones equitativas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- No se ha demostrado que la existencia de una red de acceso alternativa haya sido suficiente para producir un nivel razonable de competencia a nivel nacional.
- La razón por la que se deja el acceso al subbucle a una obligación genérica de acceso sin detallar los aspectos mínimos de la obligación.

En virtud de lo anterior manifiesta la necesidad de establecer como “*remedy*” complementario un servicio mayorista de bucle virtual FTTH/GPON en las centrales de cabecera óptica donde se encuentran operadores ya cubiertos, y que permita a los operadores replicar los servicios minoristas ofrecidos por TESAU a través de su red FTTH/GPON.

5.3.- Alegaciones contra las obligaciones contenidas en la medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s (Anexo III)

- a) Sobre la limitación de la regulación de los servicios mayoristas de banda ancha a velocidades nominales de hasta 30 Mbit/s

Considera que la exoneración a TESAU de ofrecer un servicio mayorista de banda ancha para velocidades superiores a 30 Mbit/s perjudica los intereses de terceros, y supone una infracción del artículo 48 de la LGTel en relación con el artículo 3 de la misma Ley.

Realiza dicha afirmación sobre la base de los siguientes argumentos:

- El acceso a conductos, si bien es una solución que teóricamente optimiza el uso de infraestructuras y minimiza una de las partidas importantes del coste de despliegue de red, no puede ser considerado como el único “*remedy*”.
- El hecho de que existan operadores que han desplegado infraestructura de acceso en determinadas zonas concretas del territorio nacional, no avala por sí mismo la viabilidad de una competencia para servicios de redes “*NGN*” basada únicamente en infraestructura.
- Es necesario un servicio de acceso indirecto sin limitaciones por velocidad ya que: i) los actuales servicios mayorista VDSL2 recientemente aprobados en el ámbito del antiguo mercado 12, no permiten velocidades por encima de los 30 Mbit/s y no tienen las suficientes garantías y/o capacidades técnicas para asegurar la replicabilidad de servicios de voz y TV, y ii) ya existen ofertas en el mercado minorista residencial con velocidades incluso superiores a las indicadas.
- ASTEL considera necesario que los operadores puedan contar, en el acceso indirecto, con una entrega Ethernet a nivel 2. La flexibilidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

añadida por esta posibilidad permitiría a los operadores ofrecer una mayor convergencia en su oferta de productos.

Por último señala que la Resolución definitiva omite requerimientos esenciales del servicio mayorista de acceso indirecto necesarios para el suministro de servicios a empresas. En concreto solicita que se incluyan los siguientes requerimientos:

- Que el servicio contemple un extenso número de opciones en cuanto a velocidades ascendentes y descendentes del servicio.
- Que el servicio contemple las garantías de caudal de tráfico precisadas para las conexiones de empresas.
- Que el servicio contemple las garantías de variación en el retardo, pérdidas de paquetes y tasa de error requeridas para la prestación de los servicios prestados por TESAU en el mercado minorista de referencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito

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 calificar los escritos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

presentados por los recurrentes como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de esta Comisión de 22 de enero de 2009.

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 de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento MTZ 2008/626 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a todas las entidades recurrentes para la interposición de los presentes recursos.

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.

Habida cuenta de que los recursos de reposición interpuestos 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 fundamentados en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de 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.- Consideraciones generales relativas a la estructura y contenido de la presente Resolución

Tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente Resolución, son varios los operadores que han presentado recurso de reposición ante esta Comisión. Aunque los recursos se dirigen contra la misma Resolución y existe



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

coincidencia en las obligaciones impugnadas, debemos advertir la existencia de una diversidad de argumentaciones jurídicas y técnicas, algunas coincidentes entre varios recursos.

También conviene resaltar que en alguno de los recursos se observa prima facie la inexistencia de las causas de nulidad invocadas, cuestión ésta, que hace innecesario entrar en el fondo del asunto para desestimar la pretensión.

Por lo anterior, la estructura argumental de la ratio decidendi de la presente Resolución se ha dividido en dos partes. Una primera, que analiza y da contestación a las alegaciones, principalmente de carácter técnico, vertidas por los operadores en sus recursos, para, seguidamente analizar, de conformidad, en su caso, con la contestación a dichas alegaciones y desde una perspectiva estrictamente jurídica, la existencia o no de los vicios de nulidad o anulabilidad invocados.

Las entidades recurrentes aducen un gran número de argumentos y alegaciones para fundamentar las pretensiones revocatorias, cuestión ésta que supone la imposibilidad de dar respuesta a todas y cada una de las alegaciones, sin perjuicio, claro está, de la obligación de resolver sobre el fondo de la pretensión.

A efectos de lo anterior cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional número 30/1998, de 11 de febrero de 1998 (RTC 1998/30), que establece lo siguiente:

Igualmente debe distinguirse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, siendo así que “respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho referido una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita –y no una omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino los motivos fundamentales de la respuesta tácita”.

Asimismo, muchas de las cuestiones alegadas por los interesados en los recursos ya quedaron suficientemente contestadas en la propia Resolución MTZ 2008/626, por lo que no procede volver a contestar a aquéllas que no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aportan algún elemento de debate nuevo para la resolución del presente recurso.

SEGUNDO.- Contestación a las alegaciones, de carácter técnico, contenidas en los escritos de recurso presentados

2.1.- Alegaciones contra la medida en relación con los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado (Anexo I)

2.1.1.-Contestación a las alegaciones sobre la transformación de la red por parte de TESAU

TESAU considera injustificada la obligación de preavisar con 5 años de antelación el cierre de centrales, debiendo, además, darse la condición de que más del 25% de los clientes de la planta en servicio de la central se conecte por medios alternativos al par de cobre. Asimismo señala que la *“propuesta de la CMT impone restricciones más exigentes que cualquier referencia en los países de nuestro entorno y perjudica cualquier posible evolución por motivos tecnológicos”*.

Según la entidad recurrente *“la determinación de umbral, se podría considerar una intromisión o ingerencia en la solución tecnológica aplicada por mi representada en un momento dado, para los servicios ofrecidos a los clientes”*, por lo que esta Comisión estaría incumpliendo el principio de neutralidad tecnológica.

Por otro lado considera que el umbral fijado en la resolución recurrida debería aplicarse sobre hogares pasados (cuando se instala la caja terminal óptica o equivalente, sin que sea necesaria la conexión previa de uno o más clientes) y nunca sobre hogares conectados.

En primer lugar, conviene aclarar que cuando se habla de cierre de centrales se está haciendo referencia al cese en la prestación de los servicios mayoristas impuestos como obligación en el mercado 4 (acceso a los bucles desagregados y recursos asociados). No se trata (necesariamente) del abandono del edificio en sí, sino de que ya no se presta el servicio mayorista de acceso a los bucles.

Para poder cesar la prestación de dicho servicio TESAU debe cambiar la red de tal modo que no haga uso de los bucles de cobre para sí misma, por lo que la imposición de mantener dicho servicio sólo para otros operadores sería entonces desproporcionada. Por tanto, es la evolución de la red de acceso, en el sentido de que los pares de cobre que parten del repartidor de una central ya



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no son usados por TESAU, lo que justifica el cese de la obligación de acceso a los pares de cobre en esa central.

Se considera que el establecimiento de un umbral porcentual mínimo de clientes conectados por medios alternativos es una medida adecuada para no perjudicar a la competencia que se ha fomentado durante años, basada en la inversión en infraestructura de desagregación de bucle.

Se ha estimado pertinente establecer el citado umbral mínimo de clientes conectados por medios alternativos, de modo que sólo se pueda anunciar el cese cuando el proceso de transformación esté efectivamente en marcha y sea suficientemente elevado como para que conduzca previsiblemente al cese por parte de TESAU del uso de la red de pares de la central.

Por esta misma razón, dado que el cese de la obligación de acceso estará basado en el cese efectivo de uso de los pares de cobre por parte de TESAU y no de la posibilidad técnica del mismo, no podrá haber clientes conectados a ella en el momento del cese (es decir, no podrá haber clientes que hagan uso de dichos pares de cobre en la central y por lo tanto no serán clientes susceptibles de captar por los alternativos a través de la desagregación del bucle).

Por lo tanto, el umbral establecido debe indicar que ha comenzado dicho cese real en el uso de los pares, y debe referirse a los clientes conectados a la nueva red, y no a los clientes “*pasados*” (esto es susceptibles de ser conectados a la nueva red) ya que estos últimos siguen haciendo uso del par de cobre hasta que sean conectados a la central por medio de la solución alterativa. Si el umbral se refiriera a los clientes “*pasados*”, se estaría midiendo la capacidad potencial del operador incumbente para no hacer uso de los pares de cobre, y no el cese real de su uso.

A mayor abundamiento, cabe indicar que en relación a los citados clientes “*pasados*”, TESAU parece referirse, en su recurso, exclusivamente a clientes “*pasados*” por fibra desde la central hasta el hogar, mientras que, en realidad, las condiciones impuestas son más generales y no dependen de la tecnología alternativa usada para sustituir al par de cobre desde la central hasta el hogar con que se presten servicios a los clientes. A estos clientes se les pueden prestar servicios a través de otras soluciones tecnológicas, por ejemplo, desde nodos remotos que no hacen uso de los pares de cobre desde la central hasta el hogar, y por lo tanto los bucles utilizados para darles servicios deben ser integrados en el umbral del 25%.

Tampoco podemos dar favorable acogida a la consideración que hace TESAU relativa a que el preaviso no debe venir condicionado por la oferta tecnológica sobre la que se preste servicios a los clientes en planta, ya que, como se ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indicado, la forma de prestar servicios a los clientes migrados no forma parte de las condiciones impuestas, sino que dichas condiciones sólo establecen un cierto umbral, justificado anteriormente, de clientes a los que ya no se les presten servicios mediante los pares de cobre desde la central hasta el punto de terminación de red cuya obligación de acceso se pretende abandonar.

No hay pues discriminación tecnológica alguna, y la condición de que los servicios no se presten sobre los pares de cobre de la central deriva directamente de la definición de mercado 4, que incluye la desagregación de pares de cobre. Por tanto, la determinación de un umbral no supone, como pretende TESAU, una intromisión en la solución tecnológica, muy al contrario, el umbral no depende de la solución tecnológica adoptada para dejar de prestar servicios mediante los pares de cobre.

Por esa misma razón, no se puede aceptar la petición de JAZZTEL de incluir en este umbral únicamente a los clientes conectados mediante fibra óptica excluyendo del cómputo los clientes conectados mediante nodos intermedios a través de VDSL, ya que entonces sí estaría produciendo una discriminación en cuanto a la tecnología alternativa a usar.

También considera esta Comisión justificada la duración del período de garantía de 5 años para el cierre de las centrales OBA, por los períodos de amortización de los equipos pero también en atención a los períodos de amortización de elementos de entrega de señal, como la cámara multioperador, que precisa de períodos de amortización mayores de 5 años y que se usa en la mayoría de centrales con operadores cubricados. El período de amortización de este tipo de entrega es mayor de cinco años, pero con el fin de facilitar la evolución de la red y teniendo en cuenta el tiempo hasta que se alcance el umbral del 25%, se considera adecuado mantener un período genérico de 5 años.

En este sentido, conviene poner de manifiesto que este período es también el recomendado por la CE en la respuesta a la notificación de 11 de diciembre de 2008 de análisis de mercado 4 de NITA en Dinamarca.

Otras de las alegaciones de TESAU es la relativa a la consideración de que la medida (umbral del 25% y preaviso con 5 años de antelación) implica un alto coste derivado de mantener dos redes de forma paralela. En relación con dicha afirmación, cabe contestar que el coste mensual del bucle se calculará de acuerdo a los principios de causalidad de costes y de orientación a costes, y que esta Comisión no ha establecido reglas acerca del reparto de costes cuando una cantidad significativa de pares de cobre en una central no son usados por el operador sobre el que reside la obligación de acceso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es necesario recordar en este punto que las condiciones impuestas responden a la necesidad de proteger las inversiones realizadas por los operadores alternativos y establecer una base de negociación, garantista hacia los operadores más pequeños, que supone unos máximos que los citados operadores alternativos no pueden dilatar, en contra de lo que afirma TESAU. No obstante, al igual que sucede en otros países, pueden establecerse acuerdos voluntarios entre los operadores y TESAU para reducir los plazos.

Por esta misma razón, tampoco se puede acoger la alegación de VODAFONE, que pide un período mínimo de garantía de 10 años, ya que si bien esta Comisión comparte la afirmación de que no puede darse por acabado el mercado de la desagregación del bucle de abonado, tampoco pueden generarse ineficiencias derivadas de un mantenimiento excesivamente largo de dos redes en paralelo, producto de una evolución de red beneficiosa.

En cuanto a la alegación de JAZZTEL relativa a que *“en lugar de umbrales y plazos debería permitirse el cierre de centrales cuando los operadores alternativos se muestren satisfechos con las soluciones ofrecidas para la central en cuestión por permitir la continuidad de los servicios minoristas”*, esta Comisión está de acuerdo en que debe haber soluciones alternativas que permitan la prestación de los servicios, como también se recoge en la Posición Común del “ERG”¹ sobre “NGA”.

Dichas soluciones alternativas sin embargo, son las constituidas por las obligaciones impuestas en la Resolución MTZ 2008/626, como son primariamente el acceso a los subbucles y a las infraestructuras de obra civil o también el acceso indirecto, de modo que tampoco podemos aceptar el argumento de ASTEL relativo a que *“la indefinición de las medidas alternativas de las que dispondrán los operadores para sustituir los servicios mayoristas dependientes de central que se desmantelen aumenta la inseguridad jurídica”*.

2.1.2.- Alegaciones sobre la falta de concreción de las medidas en relación con el acceso al subbucle

En relación con las obligaciones relativas al acceso al subbucle, VODAFONE plantea que las mismas adolecen de una cierta inconcreción en determinados aspectos. Asimismo solicita que esta Comisión confirme que el principio de no discriminación es también aplicable a las obligaciones impuestas en relación con el subbucle.

A este respecto, procede señalar que las obligaciones impuestas en relación con la obligación de transparencia (incluyendo las relativas al subbucle) emanan de la propia normativa sectorial de telecomunicaciones. El artículo 7.4

¹ Grupo Europeo de Reguladores



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y el Anexo II del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados), recogen la lista mínima de elementos que deben figurar en la oferta de referencia para el acceso desagregado al bucle de abonado basado en pares metálicos, que ha sido recogida en la Resolución impugnada.

La redacción es, en todo caso, la misma que la ya fijada en la anterior Resolución de 11 de mayo de 2006 por la que se aprueba la definición y el análisis 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, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Resolución del mercado 11), por lo que se garantiza la coherencia con la regulación ya existente en este mismo punto. La información prevista en la citada normativa ha sido además ampliada en la Resolución recurrida, por ejemplo incluyendo nuevas previsiones relativas al despliegue de nodos remotos por parte de TESAU.

Por otra parte, como reconoce la propia VODAFONE, la Resolución recurrida ya establece que el acceso al subbucle está sometido a las mismas obligaciones que las aplicables al bucle de abonado (aun cuando no se proceda a un desarrollo detallado reglamentario de las condiciones de acceso al subbucle). La obligación de no discriminación es, por tanto, también aplicable respecto al subbucle.

2.2.- Alegaciones contra la medida en relación con el acceso a los recursos asociados de la infraestructura de la obra civil de TESAU (Anexo II)

2.2.1.- Sobre la puesta a disposición de terceros operadores de determinada información relativa a las infraestructuras de obra civil

TESAU entiende que las obligaciones de información establecidas en relación con las infraestructuras de obra civil y el despliegue de red FTTH son desproporcionadas, y en la práctica implican que TESAU tenga que desvelar a terceros competidores información relativa a su despliegue comercial, causando un perjuicio significativo sobre el operador que ha realizado el primer esfuerzo inversor.

TESAU entiende que la información que debe suministrar por anticipado permitirá a los operadores alternativos conocer de antemano su estrategia minorista, y acudir allí donde TESAU planea comercializar sus servicios, en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

perjuicio del desarrollo normal del mercado, ya que corresponde a cada operador determinar unilateralmente su estrategia comercial.

Según TESAU, existen alternativas más apropiadas, ya planteadas por esta Comisión en su Resolución de 12 de febrero de 2009 por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios (MTZ 2008/965), y en función de las cuales, por ejemplo, podría plantearse que fueran los operadores alternativos los que anticiparan a TESAU sus necesidades de servicios, a fin de que ésta pueda planificar convenientemente su prestación.

En contestación a estas alegaciones de TESAU, es importante clarificar el contenido concreto de las obligaciones de información establecidas en relación con el mercado 4, ya que de los argumentos del operador parece desprenderse una cierta confusión entre las medidas propuestas inicialmente por esta Comisión en el Proyecto de Medida sometido a consulta pública y la Resolución finalmente adoptada.

Como señala la Resolución recurrida, la información que TESAU debe poner a disposición de los terceros operadores es la mínima imprescindible para que estos últimos puedan anticipar las consecuencias derivadas de la transformación de la red por parte del operador incumbente, sin que en ningún caso la información requerida provoque que se desvele la estrategia minorista de TESAU.

Tras efectuar un juicio de razonabilidad, en la Resolución recurrida se llega a la conclusión de que la información que TESAU debe anticipar es información imprescindible para la correcta evolución del mercado.

En relación con los planes de despliegue FTTH, la obligación se extiende exclusivamente a las centrales cabecera de TESAU, y está limitada a datos objetivos como son su situación, área de cobertura (centrales convencionales absorbidas) y momento en que dichas centrales estarán operativas. Es decir, en línea con las propias manifestaciones de TESAU, la información requerida en relación con los planes de despliegue FTTH se centra en las centrales cabecera de TESAU, elemento que la propia entidad reconoce imprescindible para que los operadores alternativos puedan ir migrando los elementos necesarios hacia las nuevas centrales.

Con respecto al área de cobertura, la información requerida no exige que TESAU deba suministrar a terceros información sobre las áreas o los usuarios concretos que van a ser servidos a través de la red “NGA²”, sino simplemente

² Redes de nueva generación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información sobre las centrales que están contenidas en dichas áreas y que van a ser absorbidas. Esta información es, de nuevo, necesaria a fin de que los operadores terceros puedan tener constancia de las centrales que tendrán áreas servidas mediante fibra óptica, y puedan planificar la transición hacia el nuevo entorno creado por el despliegue de la red “NGA” de TESAU.

Asimismo la información relativa a la propia infraestructura de obra civil es la mínima para garantizar la instrumentalización del acceso a dicha infraestructura, incluyendo aspectos básicos como son las características técnicas y físicas de la infraestructura, o el espacio disponible.

Por último, señalar, como detalla la Resolución recurrida, que la información relativa a la accesibilidad de los conductos y demás elementos de la red de TESAU debe extenderse a toda la infraestructura, precisamente a fin de garantizar la independencia por parte de terceros respecto del despliegue que pueda llevar a cabo la propia TESAU.

2.2.2.- Sobre las alegaciones respecto al acceso a la infraestructura de obra civil

TESAU critica el hecho de que, de conformidad con la Resolución MTZ 2008/626, el acceso a la infraestructura de obra civil no se encuentra limitado en función de su uso. Para la entidad recurrente, el acceso a los conductos y demás infraestructura sólo debería estar disponible para aquellos operadores que deseen desplegar una red de acceso de fibra óptica. TESAU hace referencia a los posibles problemas de espacio que el acceso incondicional a los conductos podría originar.

Desde el punto de vista sustantivo, señala que dado que la finalidad fundamental de la medida es eliminar la barrera de entrada que pudieran tener los operadores para desplegar sus redes de acceso de fibra óptica, no tiene sentido que la medida se extienda al despliegue de redes de transporte, más aún cuando los operadores alternativos ya disponen en la actualidad de los servicios mayoristas proporcionados a través del mercado regulado de circuitos o líneas alquiladas troncales. En los mismos términos, la oferta de acceso a conductos no debería extenderse a los operadores móviles.

También manifiesta que una definición tan amplia como la propugnada por esta Comisión desvaloriza el concepto de “*recurso asociado*”, y en último extremo llevaría a considerar que existe un único mercado – el mercado de acceso – ya que cualquier otro elemento de una u otra manera estaría asociado a ese mercado.

Indica que la postura defendida por la Comisión en el seno de la revisión del mercado 4 es además diferente de la propugnada en la revisión de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercados de líneas alquiladas mayoristas, donde se hace una separación entre líneas arrendadas terminales y líneas arrendadas troncales. Según TESAU, cualquier obligación de acceso a la infraestructura de obra civil para el despliegue de red troncal debería fijarse – mediando el correspondiente análisis – en el marco del mercado de líneas alquiladas troncales, y no a través de la revisión del mercado 4.

Por último critica el hecho de que el acceso a los conductos permita dar servicio a todo tipo de clientes finales, independientemente de que éstos sean clientes residenciales o empresariales. Según TESAU, estos últimos clientes presentan unas características diferenciadas que debería llevar a la no inclusión de este segmento en la oferta de acceso a la infraestructura de obra civil.

En contestación a las alegaciones anteriores, cabe decir que la Resolución recurrida recoge las causas que justifican la no limitación del acceso a la infraestructura de obra civil en función del uso. En particular, la obligación de acceso es de contenido necesariamente genérico (obligación de atender las solicitudes razonables de acceso), por lo que en principio no debe limitarse en función del uso que vaya a hacer el operador alternativo de tal infraestructura, siempre y cuando el despliegue a efectuar redunde en la prestación de servicios minoristas de banda ancha (fija o móvil).

Limitar el acceso en función del uso implicaría denegar a los operadores alternativos posibles sinergias derivadas del acceso a la integralidad de la infraestructura para el despliegue de red propia.

TESAU ha venido gozando de los mismos derechos exclusivos para la explotación de su red tanto en relación con la infraestructura de obra civil asociada a su red de acceso como en relación con la infraestructura asociada a su red troncal, por lo que la exclusión del acceso respecto a estos tramos otorgaría al operador incumbente ventajas en términos de costes y economías de escala que, en última instancia, le garantizarían alcanzar en primer lugar al usuario final. En todo caso, para el acceso a la infraestructura de obra civil – supuesto distinto del alquiler de líneas terminales o troncales – no es posible establecer una separación nítida y estable entre lo que supone una red troncal y una red de acceso, más aún en un proceso de transformación de la red hacia un entorno “NGA”.

Además, no pueden confundirse los mercados de líneas arrendadas terminales y/o troncales (donde lo que se alquila de TESAU es capacidad de transmisión simétrica y sin funcionalidades de conmutación que el usuario pueda controlar) de la infraestructura de obra civil, a través del cual se asegura el acceso al espacio y medios necesarios para que el operador alternativo pueda llevar a cabo su propio tendido de red.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con la limitación del acceso a clientes residenciales, los condicionantes que llevaron a esta Comisión a excluir a los clientes empresariales del ámbito de aplicación de la medida simétrica adoptada mediante la Resolución de MTZ 2008/965 son distintos que los tratados en la Resolución MTZ 2008/626.

En efecto, en relación con el despliegue en el interior de los edificios, la problemática está más asociada con motivos legales (tales como la gestión y obtención de permisos de las comunidades de propietarios) o la necesidad de coordinar en el ámbito residencial los despliegues de varios operadores, distintos de la problemática asociada a la existencia de un operador con peso significativo en el mercado. En todo caso, como señala la Resolución recurrida, desde una perspectiva mayorista la sustituibilidad de la oferta justifica la definición de un único mercado para los servicios de empresas y residenciales.

Dado lo que antecede, no sería coherente limitar el acceso a los recursos asociados en función de si el usuario final es residencial o empresarial, más aún cuando la distinción entre uno u otro tipo de cliente puede no resultar clara (ver a estos efectos la Resolución de esta Comisión de 5 de marzo de 2009 relativa al mercado 1, donde se define un único mercado de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales). Por otra parte, el acceso por parte de TESAU a información relativa al carácter residencial o no de los clientes no es en absoluto necesaria para que TESAU pueda asegurar la efectiva implementación del acceso a la infraestructura de obra civil.

En el mismo sentido, procede recordar que, tal como establece la Resolución objeto de recurso, y de conformidad con el principio de neutralidad tecnológica, el acceso a la infraestructura de obra civil tampoco se puede ver constreñido en función de la tecnología de despliegue, por lo que cualquier limitación en relación con la tecnología desplegada a través de la infraestructura de obra civil (por ejemplo, fibra óptica en contraposición con el cable) supondría una contravención de las obligaciones existentes.

Por último, en relación con los problemas de escasez de espacio que pueden plantearse al no estar limitado el acceso al despliegue de redes de acceso de fibra óptica, procede recordar que la Resolución recurrida ya prevé una serie de mecanismos al respecto, incluyendo la obligación, con carácter subsidiario por parte de TESAU, de ofrecer a terceros operadores alternativas que permitan el enlace entre los puntos solicitados por el operador, incluyendo en particular el alquiler de fibra oscura.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.2.3.- Sobre las alegaciones relativas a la obligación subsidiaria de fibra oscura

TESAU alega que la provisión de fibra oscura acarrea problemas debido al elevado número de fibras que necesita un operador para el despliegue y que puede sobrepasar la capacidad de los cables de TESAU, debido a la fragmentación que se produciría en la red de alimentación y las consiguientes ineficiencias y costes, y debido a la complejidad adicional en la manipulación y gestión de las cajas de empalme.

Entiende que la obligación es desproporcionada, máxime cuando se ha comprometido a proponer siempre una solución alternativa y, en el caso excepcional de no haber posibilidad de compartición de infraestructuras, propone una solución alternativa consistente en el tendido de un cable multioperador o bien la ampliación de la canalización.

Los problemas potenciales descritos por TESAU para prestar fibra oscura podrían suponer, en su caso, problemas prácticos reales (dada la fragmentación de la ocupación de las fibras ópticas en los cables) únicamente si dicho acceso a fibras oscuras fuera necesario con una cierta frecuencia. Sin embargo, la propia TESAU indica que la imposibilidad de compartir infraestructuras será excepcional.

No hay desproporción en la medida por el hecho de que la provisión de fibra oscura se configure como la salvaguarda particular prevista por la Resolución impugnada en el caso de que TESAU no pueda ofrecer acceso a los conductos ya que, la potencial aplicación de esta obligación sólo a ámbitos reducidos, como reconoce la recurrente, implica que no aparecerían a gran escala los problemas citados por TESAU, que se consideran asumibles, máxime teniendo en cuenta que TESAU está realizando actualmente el despliegue de las nuevas redes, y ello le permite planificar las necesidades que se pueden derivar de la falta de acceso a las infraestructuras de obra civil.

2.3.- Alegaciones contra la medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s (Anexo III)

2.3.1.- Sobre la velocidad máxima de descarga de 30 Mbit/s

Los operadores alternativos consideran que la limitación impuesta por la Comisión en relación con el acceso indirecto al bucle no está justificada dado que:

- a) No se asegura la replicabilidad de las ofertas de fibra del operador incumbente ya que el acceso a las infraestructuras de obra civil no es todavía efectivo. Adicionalmente, no se ha probado la viabilidad económica de una red alternativa de acceso;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) No es una medida tecnológicamente neutral;
- c) Las ofertas de velocidades superiores a 30 Mbit/s son ya una realidad en el mercado español, más aun si se consideran las velocidades típicas del mercado empresarial.

TESAU señala que es una medida desproporcionada porque en términos generales, el resto de Estados Miembros no han impuesto obligación alguna sobre los servicios soportados sobre las nuevas infraestructuras de fibra.

Antes de dar contestación a las citadas alegaciones, cabe decir que la mayor parte de los argumentos expuestos por los operadores ya fueron extensamente analizados en el seno de la Resolución recurrida, sin que los operadores hayan aportado nuevas evidencias en contra del umbral determinado en torno a los 30 Mbit/s.

En relación con la replicabilidad de las ofertas minoristas de TESAU, esta Comisión considera que las perspectivas del mercado no han cambiado sustancialmente desde que se propuso por primera vez el umbral de 30 Mbit/s ya en octubre de 2008. Efectivamente, la velocidad media de conexión dista mucho de acercarse a este umbral, siendo altamente improbable que, como señalan los operadores, las velocidades elevadas rebajen sus precios haciendo inviable el modelo competitivo basado en ofertas de banda ancha hasta 30 Mbit/s.

Por tanto, se considera que las obligaciones impuestas a TESAU garantizan la replicabilidad de las ofertas minoristas del operador histórico.

En relación con la regulación de las ofertas basadas en las nuevas redes "NGA", al contrario de lo que alegan los operadores, esta Comisión estima que las obligaciones impuestas son tecnológicamente neutrales. Ya se justificó que un enfoque más restrictivo, excluyendo de la regulación ex ante las nuevas redes de acceso, no cumpliría con los objetivos del marco regulador en el caso del mercado español.

Por este motivo, como bien señala TESAU, esta Comisión es una de las pocas Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) en la Unión Europea que ha regulado las ofertas mayoristas de acuerdo con criterios objetivos – velocidad – y no en función de la infraestructura subyacente.

Por otra parte, es evidente que las capacidades de determinados clientes empresariales superan ampliamente las velocidades analizadas en la Resolución MTZ 2008/626. Sin embargo, no es posible generalizar las necesidades del segmento empresarial, que incluye muchos perfiles de clientes, ni presuponer que el único medio de transmisión será la tecnología de acceso a Internet de banda ancha descrita en el análisis del mercado de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

referencia. Existen otros medios que para determinadas necesidades de gran ancho de banda de este tipo de clientes podrían suponer una solución más eficaz.

Finalmente, las problemáticas de despliegue y la suficiencia de las obligaciones de acceso a infraestructura de obra civil podrían ser suficientes en este caso dado que, como se estableció en la Resolución MTZ 2008/965, la problemática del acceso a los edificios es diferente.

En definitiva, esta Comisión estima que, si bien el servicio mayorista de banda ancha cuenta con una limitación en términos de velocidad en 30 Mbit/s, este umbral permite la replicabilidad de las ofertas de acceso a Internet de banda ancha de TESAU dadas las características del mercado español. Al contrario de lo apuntado por los operadores, las ofertas de velocidades superiores siguen siendo minoritarias y deben englobarse dentro de la oferta “premium”, conjunto de servicios que permite diferenciar la cartera de productos del operador con red propia.

2.3.2.- Sobre la inclusión de la TV IP

ASTEL y JAZZTEL estiman que el servicio mayorista no debería limitarse al acceso a Internet de banda ancha sino que debería permitir otros servicios, en particular, la TV-IP.

Por su parte, TESAU estima que este servicio no debería estar incluido en la oferta mayorista dado que significaría un paso atrás en la escalera de la inversión. Según la entidad, los servicios audiovisuales se están prestando actualmente bien a través de redes propias bien mediante la desagregación del bucle de abonado.

En relación con estas alegaciones, esta Comisión considera que los datos en relación con el empaquetamiento de los servicios de televisión y banda ancha se mantienen con respecto a los expuestos en la Resolución MTZ 2008/626.

En dicha Resolución se constató que los servicios de acceso a Internet de banda ancha se contrataban principalmente junto con los servicios de tráfico telefónico, siendo la contratación con la televisión todavía minoritaria. Por este motivo se considera que la extensión de las obligaciones mayoristas a estos servicios resultaría desproporcionada dado que no se ha observado ningún fallo de mercado. De hecho, la posición de TESAU en estos servicios es limitada.

En definitiva, dada la actual situación de los mercados minoristas, la extensión de la obligación de replicabilidad de las ofertas minoristas por parte de TESAU debe limitarse a los servicios de acceso a Internet de banda ancha.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.3.3.- Alegaciones sobre el nuevo servicio de acceso indirecto

TESAU considera que la medida no tiene precedentes en el ámbito regulatorio ya que *“nunca hasta la fecha se había obligado a Telefónica a realizar modificaciones en la arquitectura de su red para que el resto de competidores la puedan utilizar, no tanto para garantizar la replicabilidad (...) sino para garantizar la independencia y desvinculación de los servicios minoristas de Telefónica”*.

Indica también que la obligación de prestar un servicio como es la VoIP implica modificar la arquitectura de la red, que no se presta en minorista y supone la imposibilidad de cumplir con la obligación de no discriminación, al no poder proporcionar servicios de la misma calidad que se presta a sí misma. Igualmente, añade que dada la tendencia a la baja de los servicios mayoristas de acceso indirecto, la ausencia de proporcionalidad de la medida es más que evidente.

Esta Comisión considera que no se está obligando a TESAU a realizar modificaciones en la arquitectura de su red (es decir, en el tipo de elementos de red y los protocolos usados en su comunicación), salvo las necesarias para asegurar la prestación de servicios mayoristas adecuados, que de acuerdo a la propia Resolución recurrida deberán tener en cuenta la arquitectura de la red. Por tanto, dada la arquitectura de red existente, TESAU deberá proveer sobre ella los servicios mayoristas pedidos.

En todo caso, los cambios que se pueden dar por la introducción de una capacidad para la prestación de servicios de telefonía IP no son en la arquitectura sino en perfiles de tráfico y caracterización (es decir, sobre la arquitectura existente deben configurarse los equipos como DSLAM u OLT). A mayor abundamiento, la propia TESAU ha previsto este tipo de ofertas, pues la oferta voluntaria mayorista MIBA (comunicada en marzo de 2008) para accesos de fibra incluía una prestación de este tipo de servicios mayoristas, que también se prestan en el ámbito minorista sobre fibra y sobre accesos xDSL (en servicios como VPN IP). Por ello, la red de TESAU ya está adaptada o en proceso de adaptación a estos servicios (debe recordarse que la red de acceso y troncal es común para servicios basados en xDSL y en accesos FTTH).

Respecto a la tendencia a la baja de los servicios mayoristas de acceso indirecto y la sustitución de los accesos indirectos por el alquiler del bucle, esta Comisión considera que el acceso indirecto, si bien no es la vía fundamental para competir (dado que dicha vía son las medidas impuestas en el seno del mercado 4) sí supone un servicio mayorista complementario al despliegue de redes propias.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es de particular importancia en este punto la evolución competitiva observada en las zonas de menor competencia donde la presencia de TESAU es muy significativa. En dichas zonas, como se justificó en la Resolución objeto de recurso, se hace necesario un servicio de acceso indirecto al bucle plenamente competitivo con las ofertas minoristas de TESAU.

En conclusión, se estiman como adecuados y no intrusivos los requerimientos de permitir una configuración flexible de los productos minoristas y su independencia de las ofertas minoristas de TESAU (independencia que debe entenderse dentro de los límites marcados por la definición y análisis del mercado).

Respecto a la petición de VODAFONE y JAZZTEL de establecer, además de un acceso regional también un acceso nacional y otro a nivel de central local, si bien es cierto que un acceso cercano al cliente (a nivel central) permite una mayor diferenciación de precio o calidad, se considera que una multiplicidad de niveles de acceso puede fragmentar de manera innecesaria el uso del servicio, disminuyendo el efecto de economías de escala.

ASTEL considera necesario que los operadores puedan contar, en el acceso indirecto, con una entrega Ethernet a nivel 2. Esta Comisión considera que el mercado debe establecer los requerimientos funcionales, y que la implementación debe ser discutida en un procedimiento aparte, como se está haciendo³.

2.3.4.- Sobre la obligación de transparencia de las ofertas minoristas

TESAU estima que la imposición de la obligación de comunicación previa de las ofertas minoristas es desproporcionada dado que supone la imposición de obligaciones ex ante sobre un mercado, el minorista, cuyo análisis no ha sido llevado a cabo en la Resolución objeto de recurso.

En relación con estas alegaciones, cabe decir que la posibilidad de imponer a los operadores con poder significativo obligaciones en mercados conexos descendentes, a fin de comprobar el correcto cumplimiento de las obligaciones mayoristas, está prevista en el actual marco jurídico comunitario (artículo 5.1 de la Directiva marco⁴).

En su Nota Explicativa a la Recomendación de mercados, la CE señala expresamente que dicho precepto puede ser invocado por las ANRs a fin de obtener toda la información que consideren necesaria para garantizar el cumplimiento de las obligaciones (en particular, en casos de potenciales

³ Nueva oferta mayorista de banda ancha (DT 2009/497)

⁴ Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estrechamientos de precios y márgenes), independientemente de que la información requerida afecte a un mercado incluido o no en la Recomendación⁵. Este enfoque ha sido confirmado por la CE en el caso holandés para el mercado de banda ancha mayorista⁶ en el que precisamente cita el Proyecto de Medida notificado por la Comisión en relación con dicho mercado.

También el “*ERG*” llega a las mismas conclusiones que esta Comisión sobre la pertinencia de proceder a un análisis *ex ante* de las ofertas minoristas. Así, en relación con otro mercado mayorista objeto de regulación *ex ante*, el “*ERG*” hace referencia, en su Posición Común sobre buenas prácticas en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor⁷, a la posibilidad de imponer formas adecuadas de control *ex ante* (que pueden conducir, incluso, a la elaboración de una metodología para el análisis de las ofertas comerciales) que permitan velar por el adecuado cumplimiento de las obligaciones impuestas en el nivel mayorista⁸.

Una vez establecida la plena coherencia de la medida impuesta con el marco regulador, cabe también señalar que, al contrario de lo que alega TESAU, su imposición resulta justificada y proporcionada al fallo de mercado identificado. Así, el hecho que el servicio mayorista se modifique con el fin de incluir opciones flexibles no impide que TESAU pueda realizar prácticas anticompetitivas.

Adicionalmente, es necesario un plazo superior para el caso de nuevas modalidades o empaquetamientos dado que existen nuevos productos empaquetados que no tienen que incluir únicamente servicios de banda ancha. En estos casos, de acuerdo con la metodología de análisis de mercados, es

⁵ Nota Explicativa, pp. 18-19: “When there is regulation at wholesale and/or retail level, the possibility of price or margin squeezes can result from regulatory intervention and it should be assessed in that context. That often involves checking the structure of regulated prices or the aggregate of services over which possible margin squeezes might arise. Article 5 of the Framework Directive provides NRAs with the legal basis to obtain any and all pertinent information, regardless of whether the market is identified in the annex to the Recommendation. This applies not only to costs but also to retail pricing in order to allow the NRA to establish and monitor justified and appropriate remedies with respect to wholesale access”.

⁶ NL 2008/0827: “The Commission welcomes that OPTA envisages imposing in the framework of the non-discrimination obligations in market 5, a prohibition of any tariff differentiation which would allow KPN to charge a wholesale tariff to its downstream arm, leading to the fact that competing operators would no longer be able to provide their services under competitive conditions as a consequence of a margin squeeze on downstream markets. However, it appears to the Commission that the current wording of this prohibition will not completely address the competition problem concerned. Firstly, because the prohibition is not complemented with requirements to provide specific costing data allowing for own initiative ‘ex ante’ monitoring by OPTA. Such monitoring also implies defining the parameters to assess the costs of an efficient competitor. Other NRAs have also obliged the incumbent operator to inform the regulator ex ante of in particular the prices of new retail products to allow the NRA to verify that competitors can replicate the retail products of the SMP operator on the basis of WBA. Moreover, the prohibition does not specify the remedies – e.g. proportional retroactive reduction of wholesale prices. The Commission accordingly invites OPTA to further specify the margin squeeze prohibition when adopting its final decision”.

⁷ *ERG Common Position on best practice in bitstream access remedies imposed as a consequence of a position of significant market power in the market for Wholesale broadband access*, ERG (06) 69 Rev1.

⁸ “Where judged necessary to facilitate downstream entry, specific forms of ex ante margin control could be necessary. Suitable forms of control include advance publication of the methodology for assessment of margin squeeze (or eviction pricing)”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesario el análisis de la suficiencia del resto de servicios mayoristas, tanto desde el punto de vista técnico como económico, debiéndose analizar la competencia existente en el mercado.

2.3.5.- Sobre la orientación de los precios a los costes

VODAFONE estima que si bien el principio de orientación de los precios a los costes es un principio válido, la ausencia de referencias de costes reales de producción en el momento actual podría hacer que los precios fijados no fueran óptimos. Por tanto, propone combinar esta obligación con la razonabilidad de los precios y la ausencia de estrechamiento de márgenes. TESAU sostiene que la orientación de los costes resulta actualmente desproporcionada pero que, en caso de mantenerse, debería asegurar la recuperación completa de los costes y los incentivos adecuados para el despliegue de redes alternativas.

Es evidente que la orientación a los costes en un momento como el actual, en el que TESAU prácticamente no ha empezado a desarrollar sus servicios, podría no resultar eficiente. No obstante, esta Comisión ha utilizado diferentes fuentes para determinar los costes no ciñéndose exclusivamente a la contabilidad de costes del operador.

En cualquier caso, con independencia de la fuente para determinar estos costes, la Resolución recurrida establece los principios que deben cumplir los precios mayoristas de los servicios de acceso de banda ancha. En particular, consistencia entre los precios de las diferentes opciones mayoristas, suficiencia para replicar las ofertas minoristas de TESAU y garantía de los incentivos al despliegue de redes alternativas.

2.3.6.- Sobre la paralización temporal de la comercialización por parte de TESAU de servicios minoristas de acceso de banda ancha sobre FTTH

VODAFONE alega que de no optarse por la imposición de una bitstream sin velocidad limitada, la Comisión subsidiariamente, debería impedir temporalmente la comercialización por parte de TESAU de servicios minoristas de acceso de banda ancha sobre FTTH hasta que los operadores alternativos dispongan de manera real y constatada del servicio de acceso a conductos de TESAU, una vez sea aprobada la correspondiente oferta por parte de la Comisión y una vez que el servicio funcione con unos niveles de servicio adecuados.

Nos remitimos, para dar contestación y desestimar la presente alegación, al fundamento octavo de la Resolución de fecha 22 de enero de 2009, por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 31 julio de 2008, relativa a la modificación de la OBA



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por la introducción de nodos de acceso en el subbucle de par de cobre por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (AJ 2008/1589).

En dicha Resolución se señala que *“en particular, en lo relativo a la disponibilidad efectiva del servicio mayorista de acceso a registros y conductos de TESAU, el resultado de esta evaluación ha sido positivo, constatándose el cumplimiento de las obligaciones citadas y la existencia de peticiones de acceso por operadores”*.

TERCERO.- Análisis de las causas de nulidad invocadas por los operadores en sus respectivos recursos de reposición

Una vez analizadas y contestadas las alegaciones, de carácter técnico, incluidas en los recursos presentados, procede en el presente apartado analizar, de conformidad, en su caso, con el fundamento segundo anterior, y desde una perspectiva estrictamente jurídica, la existencia o no de las concretas causas de nulidad invocadas por las entidades recurrentes.

3.1.- Solicitud de nulidad de pleno derecho por infracción de los artículos 24.1, 9.3 de la CE y 54 de la LRJPAC

Tanto JAZZTEL como TESAU solicitan la nulidad de varias obligaciones contenidas en la Resolución MTZ 2008/626 por entender que las mismas vulneran los artículos 24.1 y 9.3 de la CE en relación con el artículo 54 de la LRJPAC. Éste último artículo también lo consideran vulnerado las entidades ASTEL y COLT.

La causa legal de nulidad que derivaría de la vulneración de los preceptos constitucionales la encontramos en el artículo 62.1.a) de la LRJPAC, que señala que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas *“que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”*.

El primero de los derechos constitucionales que JAZZTEL y TESAU entienden vulnerado en la imposición de varias obligaciones, es el derecho de defensa previsto en el artículo 24.1 de la CE que señala que *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

El artículo 24.1 de nuestra Carta Magna ampara el derecho de defensa de los ciudadanos ante los jueces y tribunales de nuestro país, derecho que se extiende a la instancia administrativa. En éste último caso supone, en términos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

generales, el derecho del interesado de alegar cuanto estime oportuno en el procedimiento administrativo de que se trate y de presentar los recursos previstos legalmente.

Para una mejor ilustración del contenido del precepto controvertido, traemos a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional número 98/1987, de 10 de junio (RTC 98/1987), que realiza una interpretación muy aclaratoria del derecho de defensa previsto en la norma constitucional:

“la doctrina reiterada de este Tribunal que entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales (STC 64/1986, de 21 de mayo) (RTC 1986\64), sin que coincida necesariamente, pese a lo anterior, una indefensión relevante constitucionalmente con un concepto de la misma meramente jurídico procesal (STC 70/1984, de 11 de junio) (RTC 1984\70), así como tampoco se produce por cualquier infracción de las reglas procesales (STC 48/1986, de 23 de abril) (RTC 1986\48), consistiendo, en esencia, en el impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, en la privación de la potestad de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses por la parte, para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias (STC 89/1986, de 1 de julio) (RTC 1986\89). Tal doctrina se sostuvo ya en la STC 28/1981, de 23 de julio (RTC 1981\28), en que se consideraba que existía indefensión cuando se sitúa a las partes en posición de desigualdad o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, indicándose ya que la indefensión ha de apreciarse en cada instancia, así como que no puede afirmarse que se haya producido indefensión si ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar alguna limitación no trascendente de las facultades de defensa, y que la segunda instancia puede suponer un desarrollo complementario de tales facultades”.

En el procedimiento MTZ 2008/626 todos los interesados han tenido la oportunidad, y así lo han hecho la mayoría de ellos, de presentar las alegaciones que han estimado oportunas, ya sea en el periodo de información pública, a lo largo del procedimiento o en el trámite de audiencia, y también han tenido la posibilidad, y así lo han hecho los recurrentes, de presentar el correspondiente recurso de reposición, sin perjuicio de que posteriormente puedan acudir a las instancias judiciales, por lo que difícilmente puede considerarse la existencia de privación del derecho constitucional invocado.

Tampoco puede prosperar la pretensión de nulidad por la alegada vulneración del artículo 9.3 CE (principio de seguridad jurídica) como consecuencia de la infracción del artículo 54 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El citado artículo 54 señala la exigencia de motivar con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, entre otros, *“los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos”*.

La motivación de los actos administrativos ha sido definida en innumerables ocasiones por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, como aquella exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan el acto adoptado por el órgano administrativo, de tal forma que las partes puedan conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justifican el acto.

El Tribunal Supremo señala que para que un acto sea motivado no se requiere una extensa exposición de razonamientos, por lo que *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no puede confundirse con su falta de motivación”* (STS de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918), sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida”* (STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819).

De la simple lectura de la Resolución impugnada se desprende que la motivación que sustenta la imposición de las obligaciones previstas en la Resolución MTZ 2008/626 es suficiente para que los interesados conozcan las razones por las cuales esta Comisión ha decidido adoptar las medidas contenidas en la citada Resolución. Es suficiente porque, al margen del contenido regulatorio, que puede resultar más o menos satisfactorio para los interesados, es innegable la extensa fundamentación de la Resolución, ya que dedica 233 páginas a definir y analizar los correspondientes mercados, identificar a los operadores con poder significatio y a motivar las obligaciones impuestas en las medidas adoptadas⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier caso, la supuesta falta de motivación alegada no les provocaría inseguridad jurídica, indefensión ni constituiría causa de nulidad, puesto que las interesadas siempre tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los correspondientes recursos que proceden de acuerdo con la legislación vigente¹⁰.

⁹ Los apartados II.4 y III.4 de la Resolución dedican 52 páginas al análisis de las obligaciones susceptibles de ser impuestas en cada uno de los mercados analizados.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3.2.- Solicitud de nulidad de pleno derecho por vulneración del artículo 62.1.f) de la LRJPAC: infracción del artículo 48 de la LGTel en relación con el artículo 3.a) de la misma Ley

VODAFONE y ASTEL solicitan, de conformidad con el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, la nulidad de la Resolución recurrida por entender que la misma o, en el caso de ASTEL, alguna de las obligaciones, infringen el artículo 48.2 de la LGTel en relación con el artículo 3 de la misma norma.

El artículo 48.2 de la LGTel señala que 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.

Por su parte el artículo 3 de la precitada Ley, indicador de los objetivos y principios de la LGTel, señala en su apartado primero que uno de los objetivos y principios de la misma es:

“Fomentar 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”.

No apreciamos el vicio de nulidad pretendido, por cuanto que la vulneración alegada por las entidades recurrentes no tendría, a nuestro juicio, cabida en el artículo 62.1.f) invocado.

El artículo 62.1.f de la LRJPAC señala que son nulos de pleno derecho *“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha 215/2003, de 24 de marzo (JUR 2003\137216), define el supuesto de hecho contemplado en el artículo como *“una ilegalidad que, en primer lugar, sólo puede concurrir en los actos que suponen una concesión de un derecho o facultad; y, dentro de ellos, ha de consistir en la carencia, por el sujeto que lo obtiene, de un requisito, requisito que no sólo ha de ser, por supuesto, determinante de la posibilidad legal de tal adquisición, sino, de entre ellos, esencial, es decir, sin el cual no sólo no sea posible la adquisición, sino que además afecte a una de las*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

características definitorias de una institución o del derecho que se pretende adquirir”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003\70783), vas más allá, al realizar una interpretación restrictiva excluyendo los supuestos generales de mera infracción del ordenamiento jurídico, que en cualquier caso quedarían amparados por el artículo 63 de la LRJPAC que regula los supuestos de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho.

“El problema lo plantea la amplitud con la que se dice en la Ley el supuesto de nulidad, que, si se entiende en sentido amplio, puede englobar a todos los supuestos de infracción del ordenamiento, previstos como supuestos de anulabilidad por el artículo 63. Ello obliga a una corrección por vía de interpretación, que excluya aquellos supuestos de mera contradicción con el ordenamiento, debiendo restringirse el supuesto, de acuerdo con el origen histórico mencionado, a aquellos actos de autorización que remueven obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho que ya estaba en el patrimonio del interesado previa comprobación de que su ejercicio no pone en peligro intereses protegidos por el ordenamiento; y, dentro de ellos, a los supuestos en los que, desde el punto de vista del interés protegido por la norma que se actúa, la facultad o el derecho previo no existen”.

De conformidad con lo anterior, esta Comisión no aprecia el vicio de nulidad invocado por las entidades recurrentes. En primer lugar, porque la Resolución MTZ 2008/626, lejos de otorgar facultades o derechos, lo que hace es analizar los mercados de referencia e imponer obligaciones específicas en aras al mantenimiento de una competencia efectiva en los mismos. Y en segundo lugar, porque no toda infracción del ordenamiento jurídico puede tener cabida en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, de lo contrario carecería de sentido la existencia del artículo 63.1 de la LRJPAC que si prevé como causa de anulabilidad cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

En cualquier caso ha quedado demostrado, de conformidad con la resolución recurrida y con el fundamento de derecho segundo en el que se desestiman la alegaciones de las recurrentes, que la Resolución MTZ 2008/626 impone unas medidas idóneas en fomento de una competencia efectiva, promoviendo, además, una inversión eficiente en materia de infraestructuras, finalidad que, como no podría ser de otra manera, persigue esta Comisión en el ejercicio de sus facultades atribuidas por la normativa sectorial.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3.3.- Solicitud de nulidad de pleno derecho por infracción del artículo 11.5 de la LGTel

TESAU alega que esta Comisión ha infringido el artículo 11 de la LGTel que regula los principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión, al imponer las siguientes obligaciones:

- Obligación de transparencia relativa a las infraestructuras de obra civil.
- Obligación en relación con la transformación de red por parte de TESAU.
- Obligación subsidiaria de fibra oscura para dar acceso a la infraestructura de obra civil.
- Obligación de acceso indirecto flexible.
- Obligación de comunicación de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha.

Advertimos que, en cualquier caso, la infracción podría suponer un supuesto de anulabilidad de los previstos en el artículo 63.1 de la LRJPAC, pero no un motivo de nulidad de pleno derecho.

El citado artículo 11 de la LGTel señala en su apartado quinto que las obligaciones y condiciones que se impongan deben ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, principios en cualquier caso, inherentes a toda actuación de esta Comisión, si tenemos en cuenta que es una administración pública que sirve intereses generales.

Analizamos, por tanto, en el presente apartado, los criterios generales a tener en cuenta para observar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la existencia o no de la infracción, que deberá pasar necesariamente por un análisis conceptual de los principios generales de objetividad, proporcionalidad y no discriminación.

1) Objetividad.

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

Nuestros tribunales han tratado en innumerables ocasiones el deber de objetividad en la actuación de las Administraciones Públicas *“como equivalente*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos”¹¹.

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

Así lo entiende el propio Tribunal Supremo cuando manifiesta que *“si la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, cual lo impone el artículo 103 de nuestra Constitución, es mediante la motivación de sus actos, pues sólo a través de ella es como se puede conocer si la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines, sin que tal motivación se pueda cumplir con fórmulas convencionales, sino dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determine la decisión”¹².*

Como conclusión, esta Comisión considera, como ya hemos señalado anteriormente, que la motivación que sustenta la imposición de las obligaciones previstas en la Resolución MTZ 2008/626 es suficiente para que los interesados conozcan las razones por las cuales ha decidido adoptar las medidas contenidas en la misma. La Resolución impugnada cumple, en consecuencia, con el principio de objetividad.

2) Proporcionalidad.

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

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

“En el Derecho Administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 1988.

¹² Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de la libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas”.

Consideramos que las medidas impuestas en los mercados analizados son del todo necesarias, en tanto que van dirigidas a evitar, tras un exhaustivo análisis de los mercados de referencia, posibles fallos que pueden producirse como consecuencia de una situación de falta de competencia en los mismos, promoviendo así, la entrada de nuevos competidores. Ello puede suponer inconvenientes en la esfera particular de TESAU, pero beneficios al interés general, un interés, éste último, más digno de protección que el del operador incumbente. En este sentido, cabe destacar que la actuación tendente a salvaguardar la competencia en el mercado, nacida de un Organismo regulador como es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, persigue, ante todo, la preservación del interés general¹³.

En su virtud, esta Comisión considera, de conformidad con la resolución recurrida y en atención a los argumentos contenidos en el fundamento segundo de la presente Resolución, que las obligaciones impuestas cumplen con el principio de proporcionalidad, es decir, son necesarias y TESAU no ha demostrado lo contrario ni en la resolución recurrida ni en el presente recurso, y persiguen fomentar una competencia efectiva en los mercados analizados en beneficio del interés general.

3) No discriminación.

Supone, en palabras de la jurisprudencia comunitaria y de nuestro país, que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente.

No puede haber discriminación en las obligaciones impuestas a TESAU, en tanto que se parte de una situación de desigualdad, es decir, TESAU parte de una situación de dominancia que lo diferencia de los demás operadores, y en base a dicha situación desigual se le imponen las medidas previstas en la Resolución de referencia.

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2007 (JUR 2007/236907)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3.4.- Solicitud de nulidad de pleno derecho por vulneración del artículo 62.1.e) de la LRJPAC: obligaciones adoptadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido

TESAU señala que la obligación relativa a que su infraestructura de obra civil pueda ser utilizada sin limitaciones en función de su uso (Anexo II), se ha impuesto sin respetar el procedimiento legalmente establecido y sin la debida motivación, por lo que debe declararse nula de pleno derecho, de conformidad con el artículo 62.1.e) o subsidiariamente anulable.

Según la entidad la Resolución recurrida *“de forma sorprendente, sin motivación alguna, y por primera vez a lo largo del expediente, modifica y amplía las obligaciones relativas a proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil adoptada por parte de la CMT de las medidas cautelares de los mercados 4 y 5”*.

Una de las principales modificaciones introducidas en la Resolución que, según TESAU, no ha podido alegada por no estar incluida en la consulta pública, es la obligación de *“no discriminar o limitar el suministro del acceso por razones tecnológicas, de arquitectura de red o de funcionalidad de la misma, o por la actividad del operador”*.

Esta decisión no había sido manifestada en ningún momento a lo largo del procedimiento y por lo tanto no ha podido alegar contra la misma, cuestión ésta, que le genera, según manifiesta, indefensión e inseguridad jurídica. Ello podría suponer, según TESAU, la nulidad de pleno derecho de la Resolución por no motivar la decisión de separarse del criterio seguido en la apertura del trámite de consulta pública.

Desestimamos la petición de nulidad, en primer lugar, por la inexistencia del concreto supuesto de hecho alegado, es decir, falta de motivación al separarse la Comisión, sin audiencia, del criterio seguido en la apertura del trámite de consulta pública.

No apreciamos tal separación de criterio, porque en realidad no hay criterios distintos entre ambos actos. Lo que en puridad se produce en la Resolución del procedimiento es un desarrollo de la obligación prevista a lo largo del mismo *“atender a las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil lo que incluye, entre otras, las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes”*. No hay por lo tanto obligaciones distintas sino simplemente el desarrollo de la obligación principal prevista y analizada a lo largo de la tramitación del expediente administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, en la hipótesis de que hubiera existido el vicio alegado, tampoco cabría estimar la revocación pretendida por tres motivos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 1º.- Porque no se produciría el supuesto de hecho previsto en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC; adopción de actos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Señala la jurisprudencia¹⁴ que para que se dé este motivo no basta que se haya incurrido en la omisión de un simple trámite del procedimiento, sino que es absolutamente necesario que se haya prescindido de alguno de los trámites esenciales o de la totalidad del procedimiento.

Es evidente, que en el presente caso, ni se hubiese producido la omisión de un trámite del procedimiento (se han respetado todos los trámites previstos legalmente), ni mucho menos la omisión de la totalidad del procedimiento de análisis de mercados, designación de operadores con poder significativo e imposición de obligaciones, previsto en la normativa vigente.

- 2º.- Por la inexistencia de indefensión, ya que TESAU ha contado y cuenta con la posibilidad de presentar los recursos que estime oportunos contra la Resolución MTZ 2008/626.

Nos remitimos a lo argumentado en el presente recurso en relación con el derecho de defensa previsto en la Constitución Española.

- 3º.- Porque la administración puede alterar o cambiar de criterio hasta la resolución final, sin necesidad de que haya un nuevo elemento de juicio que justifique el cambio¹⁵, máxime cuando, como ocurre en este caso, el cambio no es sustancial¹⁶ para la resolución del procedimiento.

- 3.5.- Sobre la anulabilidad de la resolución por infracción de los artículos 3 y 10.4 de la LGTel.

COLT considera que la ausencia de obligaciones de acceso de banda ancha por encima de velocidades de 30 Mbit/s, supone una infracción de los artículos 3 y 10.4 de la LGTel.

En concreto el artículo 10.4 señala lo siguiente:

“En aquellos mercados en que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer, mantener o modificar determinadas

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1998 (RJ 1998/7524)

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1994 (RJ 1994/4600).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 4652/2002, de 31 de mayo de 2005 (RJ 2005/4326)

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 965/2002, de 17 de octubre (RJ 2002/8966)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligaciones específicas a los operadores que, de conformidad con el apartado anterior, hayan sido identificados como operadores con poder significativo en dichos mercados. En la imposición de dichas obligaciones se otorgará preferencia a las medidas en materia de acceso, interconexión, selección y preselección frente a otras con mayor incidencia en la libre competencia.

Las obligaciones específicas a que se refieren los párrafos anteriores se basarán en la naturaleza del problema identificado, serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3 de esta Ley. Dichas obligaciones se mantendrán en vigor durante el tiempo estrictamente imprescindible.

A la hora de imponer obligaciones específicas, se tomarán en consideración, en su caso, las condiciones peculiares presentes en nuevos mercados en expansión, esto es, aquellos con perspectivas de crecimiento elevadas y niveles reducidos de contratación por los usuarios y en los que todavía no se ha alcanzado una estructura estable, para evitar que se limite o retrase su desarrollo”.

En primer lugar esta Comisión quiere manifestar la idoneidad, a su juicio, de las medidas impuestas. Dicha adecuación queda patente en la resolución MTZ 2008/626 y en el presente recurso en el que se da contestación y se desestiman los argumentos de contrario a la resolución recurrida.

La anterior afirmación supone que, a juicio de esta Comisión, las obligaciones impuestas al operador incumbente van dirigidas a evitar los fallos en el mercado detectados tras en análisis del mismo, que pueden suponer una falta de competencia, imposibilitando, entre otras, la entrada de nuevos competidores. Por lo tanto, con las obligaciones impuestas a TESAU se fomenta la competencia.

Cuestión distinta es la pretensión de COLT de querer que se impongan obligaciones en un entorno en el que, tras el análisis correspondiente, no se detectan actualmente problemas de mercado necesarios para tomar medidas ex ante. Dicha actuación pretendida por COLT, sí supondría vulnerar los artículos 10.4 y 3 de la LGTel, que exigen, para imponer obligaciones la constatación de inexistencia de un entorno de competencia efectiva.

En este sentido, la Resolución recurrida señala lo siguiente:

“Esta Comisión considera, por tanto, que la actual oferta de servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle que – en función de lo señalado en el párrafo anterior - alcanzará velocidades de hasta 30 Mbit/s (sea sobre VDSL ya en la actualidad, o sobre FTTH una vez aprobado el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado de referencia) resulta suficiente para asegurar la replicabilidad de las velocidades de referencia en el mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha de acuerdo con las previsiones planteadas anteriormente. Dadas las dudas que pesan sobre la aceptación tanto de estas ofertas como de aquéllas de mayores velocidades tanto por parte de los usuarios finales como por los operadores mayoristas, se considera desproporcionado a día de hoy extender las obligaciones a velocidades superiores. Es evidente que en otro caso se estaría imponiendo al operador con PSM obligaciones de modalidades mayoristas cuya demanda finalmente podría ser residual”.

Se desestima, por tanto, en atención a lo anterior, la solicitud de anulabilidad de la resolución recurrida por la alegada ausencia de obligaciones de acceso de banda ancha por encima de velocidades de 30 Mbit/s.

3.6.- Sobre la alegación relativa a la utilización fraudulenta el procedimiento legalmente establecido para el análisis, definición de mercados e imposición e obligaciones a los operadores con poder significativo

COLT alega una utilización fraudulenta del procedimiento al considerar que *“la inclusión de velocidades superiores a 30 Mbit/s en la definición del mercado y su exclusión de los remedios, donde la opinión de la Comisión Europea no es vinculante, no es sino la utilización fraudulenta del procedimiento de manera que vacía de contenido los comentarios de la Comisión Europea al no tener ningún impacto en la regulación final del mercado”.*

VODAFONE también se muestra disconforme con la actuación de esta Comisión.

Interpretamos que con *“utilización fraudulenta”*, COLT se está refiriendo a que esta Comisión ha eludido una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros¹⁷, o lo que es lo mismo, ha eludido las reglas procedimentales aplicables a este tipo de procedimientos.

Aplicado al derecho administrativo, que en realidad es el que resulta de aplicación, podríamos enmarcar la pretensión en la hipotética existencia de una infracción del ordenamiento jurídico (63.1 de la LRJPAC), o incluso en una petición de nulidad por dictar un acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

¹⁷ Definición de “fraude” dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El procedimiento de definición y análisis de mercados, designación de operadores con poder significativo e imposición de obligaciones es un procedimiento administrativo especial que, si bien, debe contener y respetar las normas reguladoras de los procedimientos administrativos contempladas en la LRJPAC, precisa también del cumplimiento de una regulación especial integrada en las directivas comunitarias y la normativa estatal de telecomunicaciones.

El Reglamento de Mercados, que desarrolla la LGTel, norma transponedora de las Directivas Comunitarias, regula en su Título II los *“mercados de referencia y obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en el mercado”*.

El citado Título II contiene cuatro capítulos, debiendo destacar que los dos primeros se refieren a los mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado (capítulo I), y a las obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en el mercado (capítulo II).

Con dicha apreciación queremos significar, únicamente, el punto de partida de la regulación que analizamos, que no es otro que la separación estructural y regulatoria practicada por el propio legislador entre definición de mercados y declaración de operadores con poder significativo (capítulo I) e imposición de obligaciones a dichos operadores (capítulo II).

Una *“separación”* que también alcanza al ámbito procedimental si tenemos en cuenta el artículo 4 del propio Reglamento de Mercados citado:

“Cuando, tras el análisis de mercado al que se refiere el artículo 3, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determine que un mercado no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva y, consecuentemente, declare el operador u operadores con poder significativo en dicho mercado, determinará las obligaciones específicas apropiadas que sean exigibles a dichos operadores¹⁸”

Por tanto, este tipo de procedimientos instruidos por la Comisión contienen tres fases bien diferenciadas: i) fase de definición del mercado, ii) fase de análisis del mercado, valoración de competencia efectiva en el mismo y determinación de los operadores con poder significativo e iii) imposición de obligaciones, en su caso, a los operadores declarados con poder significativo.

En este contexto, el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco), en su apartado quinto señala

¹⁸ El subrayado es nuestro



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que *“la autoridad nacional de reglamentación de que se trate tendrá en cuenta en la mayor medida posible las observaciones de otras autoridades nacionales de reglamentación y de la Comisión y , salvo en los casos contemplados en el apartado 4, podrá adoptar el proyecto de medidas resultante, en cuyo caso lo comunicará a la Comisión”*.

El citado apartado 4 señala lo siguiente:

“Cuando la medida que se piensa adoptar referida en el apartado 3 tenga por objeto:

- a) definir un mercado pertinente diferente de los que figuran en la Recomendación a los que se refiere el apartado 1 del artículo 15; o*
- b) decidir si conviene o no designar a una empresa como poseedora, individualmente o junto a otras empresas, de un peso significativo en el mercado, en virtud de los apartados 3, 4 o 5 del artículo 16”*

En estos casos, señala el artículo 4, la CE podrá hacer observaciones sobre el proyecto de medida y, en su caso, instar a la autoridad nacional a retirarlo.

Obsérvese que las medidas a las que se refiere y, en consecuencia, sobre las que la CE puede instar la retirada del proyecto, son únicamente la definición del mercado y la designación del operador con poder significativo. No contempla, por tanto, la imposición de obligaciones.

En el mismo sentido se refiere el artículo 5 de Reglamento de Mercados, al señalar lo siguiente:

“4. Las notificaciones consideradas en el apartado anterior se llevarán a cabo para que los organismos citados en él puedan, en el plazo máximo de un mes, presentar sus observaciones a los proyectos de medidas.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá en cuenta dichas observaciones en la mayor medida posible y, salvo en los casos contemplados en el apartado siguiente, podrá adoptar el proyecto de medidas resultante; en este caso, lo comunicará a la Comisión Europea”.

No existe infracción ni fraude alguno en la actuación de esta Comisión, que ha definido y analizado el mercado, de conformidad con la normativa vigente y cumpliendo escrupulosamente el procedimiento legalmente establecido, y ha decidido no imponer, tras dicho análisis, obligaciones a partir de ciertas velocidades que, como hemos señalado, es una potestad exclusiva de los estados sin que la Comisión pueda vetar sus decisiones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso, debemos advertir que la CE en ningún momento vetó las obligaciones impuestas, ya que únicamente, en cumplimiento de la normativa citada, presentó “*serias dudas y observaciones*” sobre la “*definición*” del mercado de acceso mayorista de banda ancha, una “*serias dudas y observaciones*” que retiró posteriormente, asumiendo, por tanto, la idoneidad del contenido regulatorio de la Resolución en la denominada segunda fase.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar los recursos de reposición interpuestos por las entidades JAZZ TELECOM, S.A.U., VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, contra la Resolución de fecha 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) 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 CE (MTZ 2008/626), y confirmar la Resolución impugnada en sus propios términos.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. 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, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.