



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), 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 número 27/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 11 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se adoptan medidas cautelares en el conflicto interpuesto por France Telecom España, S.A.U. y Vodafone España, S.A.U. en relación con el acceso a las infraestructuras verticales (MTZ 2013/692).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de abril de 2013 tiene entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) y Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone), en virtud del cual interponen un conflicto de acceso frente a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en relación con las infraestructuras verticales de este operador.

En su escrito, Orange y Vodafone detallan las negociaciones mantenidas hasta la fecha con Telefónica para el despliegue compartido de redes de fibra en edificios. Según estos operadores, los resultados infructuosos de dichas negociaciones justifican la intervención de la CMT, a fin de asegurar la firma en el menor plazo posible de un acuerdo recíproco de acceso a verticales entre Telefónica, de una parte, y Orange y Vodafone, de otra parte.

En particular, Orange y Vodafone solicitan de la CMT la imposición de una serie de condiciones a Telefónica que garanticen la consecución de un acuerdo de compartición en un plazo razonable, incluyendo:

- la obligación inmediata de dar acceso a las verticales, ya sean propias o compartidas con otros operadores;
- la obligación de remitir información detallada (a nivel de edificio) sobre los despliegues de FTTH (tanto propios como en colaboración con Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel));
- la obligación de suscribir antes del 1 de junio de 2013 un acuerdo económico de compartición de verticales;



- la obligación de respetar los procedimientos técnicos de compartición incluidos en el acuerdo técnico alcanzado en 2010 entre los operadores, y
- la obligación de garantizar el correcto suministro de los servicios englobados en la oferta MARCo.

SEGUNDO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 24 de abril de 2013 se comunicó a Orange, Telefónica, Vodafone y Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel) el inicio del presente conflicto solicitándose, igualmente, determinada información necesaria para la instrucción del procedimiento.

En relación con Jazztel, a la hora de declarar su condición de interesado en el procedimiento se atendió entre otros factores a la existencia de un acuerdo de compartición con Telefónica relativo a determinadas infraestructuras en el interior de los edificios en el ámbito del despliegue de redes de fibra. Se concluyó en consecuencia que las cuestiones planteadas en el seno del procedimiento, relativas esencialmente al marco y condiciones aplicables a la negociación de acuerdos de acceso para la compartición de infraestructuras en el interior de edificios, podrían afectar también a este operador.

TERCERO.- Con fecha 29 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Orange y Vodafone en el que se precisa la naturaleza jurídica del escrito de 16 de abril de 2013 y se solicita la adopción de medidas cautelares para garantizar el acceso a las infraestructuras verticales de Telefónica hasta la fecha en la que la CMT resuelva el presente conflicto. Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 8 de mayo de 2013 se dio traslado a Jazztel y Telefónica de este escrito.

CUARTO.- Mediante escrito de 9 de mayo de 2013, Vodafone dio cumplimiento al requerimiento de información formulado por esta Comisión. Orange, por su parte, remitió su escrito con fecha 13 de mayo de 2013 mientras que Telefónica lo hizo con fecha 16 de mayo de 2013 y Jazztel con fecha 17 de mayo de 2013.

QUINTO.- Mediante escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 28 de mayo de 2013, y a raíz de la solicitud a tal efecto de todas las partes del presente procedimiento, se procedió a declarar confidenciales una serie de elementos de los escritos de Jazztel, Orange, Telefónica y Vodafone anteriormente referidos, por contener información que afectaba al secreto comercial e industrial de estos operadores.

SEXTO.- Con fecha 4 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Orange y Vodafone en el que comunican el acuerdo alcanzado entre estos operadores con Telefónica en relación con las condiciones técnicas y operativas a aplicar en el uso compartido de infraestructuras verticales y cesión de acometidas de fibra óptica en edificios. En este escrito se señala que las condiciones económicas de este acceso no han sido pactadas, siendo los precios incluidos en el acuerdo provisionales en tanto que esta Comisión no resuelva el conflicto de referencia. Finalmente, Orange y Vodafone solicitan, dado que en su opinión, los precios incluidos en el citado acuerdo son excesivos y discriminatorios, que esta Comisión adopte unas medidas cautelares en relación con los mismos.

SÉPTIMO.- Con fecha 4 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone por el que notificaba el Acuerdo alcanzado junto con Orange con Telefónica con fecha 1 de julio de 2013 en relación con las condiciones técnicas y operativas a aplicar en el uso compartido de infraestructuras verticales y cesión de acometidas de fibra óptica en edificios.



OCTAVO.- Con fecha 8 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que notificaba el Acuerdo alcanzado junto con Orange y Vodafone con fecha 1 de julio de 2013 en relación con las condiciones técnicas y operativas a aplicar en el uso compartido de infraestructuras verticales y cesión de acometidas de fibra óptica en edificios.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I OBJETO DE LA MEDIDA CAUTELAR

El objeto de la presente medida cautelar es concretar las condiciones de acceso a las redes de fibra en el interior de los edificios de Telefónica¹. Después de varios meses de negociaciones entre las partes, Orange, Vodafone y Telefónica han suscrito un acuerdo de compartición de estas infraestructuras, si bien, en su cláusula Novena, se establece que las partes *“no han alcanzado un acuerdo en relación con los precios aplicables a los servicios objeto de este Acuerdo [el uso compartido de infraestructuras verticales y la cesión de acometidas de fibra óptica en edificios]”*. Por este motivo, el Anexo V del mismo acuerdo recoge unos precios pactados entre las partes de carácter provisional que serán de aplicación en tanto que esta Comisión no *“resuelva formalmente estableciendo los precios a los que quedará sujeto este Acuerdo”* señalando, asimismo, que *“[U]na vez la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resuelva acerca de los precios aplicables, si hubiera diferencia entre éstos y los precios provisionales ya aplicados, las Partes acuerdan regularizar tal diferencia”*.

En su escrito, Orange y Vodafone estiman que es *“urgente y crítico”* que esta Comisión se pronuncie, adoptando una medida cautelar en el marco del presente procedimiento, en relación con los precios que según estos operadores han *“tenido que aceptar (...) como mal menor”* dado que Telefónica habría *“condicionado la conclusión del acuerdo operativo a la inclusión de precios provisionalmente fijados unilateralmente por dicho operador y que ni Orange ni Vodafone pueden aceptar al resultar excesivos y discriminatorios, no teniendo sin embargo otro remedio que firmar el acuerdo para poder empezar sus despliegues”*.

Estos operadores argumentan que la finalización de un acuerdo de compartición de verticales es crítica para realizar el despliegue de fibra óptica acordado entre ellos, lo que *“requiere inequívocamente de la inclusión de unos precios conocidos al mismo tiempo que razonables (...)”*.

En este contexto, esta Comisión considera necesario determinar, a través del establecimiento con carácter provisional de los precios relativos al uso compartido de infraestructuras verticales y cesión de acometidas, los criterios que deben guiar la fijación de los precios para el acceso a la infraestructura de fibra en el interior de los edificios, al objeto de que Orange y Vodafone cuenten con los elementos mínimos necesarios para planificar sus despliegues.

¹ Aún cuando Jazztel ha sido declarada parte interesada en el procedimiento, el conflicto planteado por Orange y Vodafone se refiere exclusivamente a las condiciones en que tendrá lugar el acceso a la red de fibra de Telefónica.



II HABILITACIÓN COMPETENCIAL

II.1 COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.4 d), atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso a recursos o servicios e interconexión de redes.

Asimismo, entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.4 e), la de “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. [...]”.

Por otra parte, según establece el artículo 13.2 de la LGTel, “en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previo sometimiento al mecanismo de consulta previsto en la disposición adicional octava, podrá imponer obligaciones relativas al acceso o a la interconexión que no se limiten a las materias enumeradas en el apartado anterior, así como a operadores que no hayan sido declarados con poder significativo en el mercado”.

En uso de la habilitación competencial precitada, la CMT adoptó la Resolución de 12 de febrero de 2009², 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, y en virtud de la cual se establecen una serie de obligaciones (incluyendo la obligación de acceso) a los operadores que desplieguen redes de fibra en el interior de los edificios (en adelante, Resolución de verticales).

Según sienta la Resolución, los acuerdos que se puedan suscribir entre los operadores deberán ser formalizados entre las partes interesadas, en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación, y sin perjuicio de la facultad de esta Comisión de intervenir en la resolución de los conflictos que puedan surgir.

A estos efectos, el artículo 11.4 de la LGTel determina que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que, de conformidad con lo establecido en el presente capítulo, se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*. Igualmente, el artículo 14 de la LGTel dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones conocerá *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivados de esta Ley y de sus normas de desarrollo”*.

En el ejercicio de sus funciones en el ámbito de interconexión y acceso, esta Comisión está por tanto plenamente habilitada para supervisar la actuación de los operadores, entre otras cuestiones para garantizar el equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar la protección de un interés general como es el de la interconexión y al acceso. A este respecto,

² Expediente MTZ 2008/965.



la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008³ especifica que en la resolución de conflictos “*el órgano regulador se atiene a lograr el «equilibrio justo entre los intereses de las partes», con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios*”.

II.2 HABILITACIÓN LEGAL PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

La LGTel contempla, de forma específica, la habilitación de la CMT para adoptar medidas cautelares con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas a la resolución de conflictos de acceso. En concreto, en el artículo 14.1 de esta Ley se indica que:

“[La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones], previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”.

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, habilita a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, “*las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello*”.

Según el mismo artículo 31 del Reglamento, dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento.

Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Según establece el artículo 72 de la LRJPAC, “*iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello*”.

En definitiva, esta Comisión está habilitada para adoptar medidas cautelares en los procedimientos que tienen por objeto la resolución de conflictos de acceso entre operadores, como sucede en el presente caso.

³ RJ 2008\4601.



III ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con el artículo 72.1 de la LRJPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”* y *“si existen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 3 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela cautelar. Tales requisitos son básicamente los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (*“periculum in mora”*) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación necesaria que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se adopten sin audiencia de las partes, siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (ver STC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero).

De igual modo, el Tribunal Supremo ha señalado en su Sentencia de 17 de julio de 2000⁴ que *“[...] la posibilidad de adopción de medidas cautelares sin oír previamente a la persona a la que afectan, no vulnera en sí misma, aquellos derechos constitucionales, pues encuentra justificación en su propia naturaleza, ante la hipótesis no descartable de situaciones urgentes en que sea necesaria su adopción para prevenir la lesión de los bienes jurídicos en peligro, salvaguardándose los referidos derechos en los trámites procedimentales posteriores, en donde deben ser satisfechos los principios de presunción de inocencia y proscripción de la indefensión [...]”*.

En este sentido, la adopción de una medida cautelar *inaudita parte* no implica indefensión, por cuanto que la medida cautelar supone una verdadera llamada al interesado para que en la tramitación del procedimiento en curso pueda manifestar lo que a su derecho e interés convenga y, en cualquier caso, siempre está abierta la posibilidad de interponer el correspondiente recurso administrativo o contencioso-administrativo. La adopción de la presente medida cautelar *inaudita parte* está además plenamente justificada, dado que (como se expondrá a continuación), Telefónica está procediendo ya al despliegue de forma intensiva de su red de fibra, mientras que Vodafone y Orange precisan conocer los criterios

⁴ RJ 2000/6163.



que guiarán la determinación de los precios del acceso para poder llevar a cabo sus propios despliegues en condiciones de igualdad con Telefónica.

En todo caso, debe reiterarse que las medidas aquí recogidas tienen carácter provisional, y deberán ser sometidas al trámite de audiencia recogido en el artículo 84 de la LRJPAC en el procedimiento principal, antes de poder ser adoptadas con carácter permanente.

Se examina a continuación la concurrencia, en relación con las medidas cautelares solicitadas por Orange y Vodafone, de los requisitos anteriores.

III.1 EXISTENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA QUE PERMITA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL MARCO DEL PRESENTE EXPEDIENTE

Como ya se ha señalado anteriormente, esta Comisión está plenamente facultada para la adopción de medidas cautelares aplicadas al presente caso.

III.2 APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Con esta expresión se alude a la verosimilitud o apariencia de que el derecho asiste al eventual beneficiario de la medida, de manera que la Administración lleva a cabo un ejercicio de predicción sobre la pretensión de fondo, debiendo tomarse en todo caso con cautela dicho presupuesto, pues no se trata de conocer sobre el fondo del asunto, tal y como se ha pronunciado en sucesivas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 27 de febrero de 2001, STS de 16 de octubre de 2000).

En el presente apartado se examinan las obligaciones vigentes y su alcance para el presente procedimiento, sin prejuzgar la resolución de fondo que recaiga a la finalización de la tramitación correspondiente.

III.2.1 Resolución de 12 de febrero de 2009

La Resolución de 12 de febrero de 2009 analizaba la problemática relacionada con el despliegue de infraestructura de red en las viviendas, llegándose a la conclusión de que el acceso al interior de los edificios para el despliegue de redes de fibra superpuestas podría erigirse como una barrera de entrada, que debía ser resuelta a través de la regulación.

La Resolución alertaba del riesgo de que el primer operador que realizase un despliegue de fibra óptica en un determinado edificio pudiera convertirse en el operador único del edificio y monopolizara la prestación de servicios basados en la red de fibra, ya fuera por la solución técnica adoptada, o por las reticencias entre los vecinos afectados a que se procediera a una segunda instalación de cables de fibra óptica adicional a la ya existente, para la provisión de idénticos servicios a los ofrecidos por el primer operador.

A fin de solucionar esta problemática, las medidas adoptadas por la CMT en la Resolución de 12 de febrero de 2009 tienen carácter simétrico. Según establece la Resolución, el primer operador en efectuar la instalación de equipos o cableado óptico en el interior de los edificios debe atender las solicitudes razonables de acceso de terceros operadores, acordando los procedimientos de actuación, condicionantes técnicos, así como precios y plazos de provisión asociados, que permitan hacer efectiva la compartición de los recursos de red instalados.

La Resolución contempla adicionalmente una serie de obligaciones en materia de transparencia de la información y precios, a fin de asegurar la efectividad del acceso a la red de terceros.



III.2.2 Marco en que debe analizarse el conflicto interpuesto por Vodafone y Orange

El conflicto interpuesto por Orange y Vodafone relativo al acceso a la red de fibra de Telefónica en el interior de las edificaciones, así como la posible adopción en el seno del procedimiento incoado a tal efecto de una medida cautelar, debe enmarcarse en el contexto descrito anteriormente.

Como queda acreditado en los documentos obrantes en el expediente, Orange y Vodafone han venido negociando la posible firma de acuerdos de compartición con Telefónica, ya sea de manera independiente o posteriormente de manera conjunta, durante un período dilatado de tiempo. En efecto, las negociaciones entre Orange y Telefónica se remontan al mes de junio de 2012 (Orange) y octubre de 2012 (Vodafone)⁵.

Como queda reflejado con la interposición de este conflicto, las negociaciones entre las partes han culminado en la firma, el pasado día 1 de julio de 2013, de un acuerdo de compartición de la red de fibra de Telefónica en el interior de los edificios en relación con sus condiciones técnicas y operativas. Sin embargo, y si bien dicho acuerdo incluye las condiciones económicas del acceso, éstas no han sido consensuadas y están supeditadas a la intervención de esta Comisión (cláusula Novena del acuerdo).

Como la propia Resolución de 12 de febrero de 2012 señalaba, las condiciones técnicas del acceso no resultan suficientes para poner fin por sí solas a los problemas planteados en relación con el acceso a la red de fibra en el interior de los edificios. Como se ha indicado, estas infraestructuras podrían convertirse en un cuello de botella insalvable en caso de que las condiciones económicas no fueran razonables. A tal objeto, la citada Resolución impuso, de forma complementaria a la obligación de acceso, la obligación de ofrecer el mismo a precios razonables.

La imposición unilateral por el propietario de las infraestructuras de red en el interior de los edificios de unos precios no razonables podría configurarse como una negativa constructiva de suministro, contraria a la regulación establecida, que podría redundar en beneficio exclusivo del primer operador que desplegara un edificio o una zona determinada. Efectivamente, este operador podría, mediante la fijación de unos precios excesivos, hacer económicamente inviable a terceros operadores el acceso a potenciales clientes de la zona, estableciéndose de facto múltiples monopolios geográficos.

Estas consideraciones son especialmente importantes en el momento actual cuando, como se desprende de la tabla adjunta, las ofertas basadas en redes NGA en España son ya una realidad, habiéndose asimismo incrementado sustancialmente el número de accesos instalados desde el año 2009.

⁵ La posibilidad de concluir acuerdos de compartición se planteó ya en el momento de la adopción de la Resolución de la CMT de 12 de febrero de 2009, hasta el punto de que en marzo de 2010 Telefónica, Vodafone y Orange (a los que posteriormente se uniría Jazztel) notificaron a la CMT la existencia de un acuerdo técnico que recogía las soluciones técnicas y los procedimientos de compartición previstos entre los tres operadores.

**Tabla 1. Evolución de las redes NGA en España (accesos instalados y en servicio)**

	2010	2011	2012
Instalados			
FTTH	524.370	1.607.108	3.237.431
FTTN	668.724	691.435	700.193
HFC (DOCSIS 3.0)	6.789.566	9.049.964	9.517.552
Total	7.982.660	11.348.507	11.348.507
En servicio (con velocidades de conexión superior a 30 Mb/s)			
FTTH	17.144	133.224	313.280
% s/ instalado	3,3%	8,3%	9,7%
VDSL	2.472	98.617	149.336
% s/ instalado	0,4%	14,3%	21,3%
HFC (DOCSIS 3.0)	149.263	480.457	703.586
% s/ instalado	1,9%	4,2%	6,2%
Total	168.879	712.298	1.166.202
% s/ banda ancha total	1,6%	6,4%	10,3%

Fuente: CMT.

III.2.3 Apariencia de buen derecho

Dado el marco actual, y ante la falta de acuerdo entre las partes en relación con las condiciones económicas del acceso, la CMT considera imprescindible adoptar una serie de medidas que aseguren la eficacia de la Resolución de 12 de febrero de 2009. La falta de actuación inmediata por parte de la CMT podría afectar a los despliegues de red de terceros operadores si, como señalan Orange y Vodafone, los precios establecidos en el acuerdo de 1 de julio de 2013 fueran irrazonables, haciendo inviable el acceso en la práctica. Como se ha dicho, la fijación por parte del operador al que se solicita el acceso de unas condiciones no razonables podría tener efectos equivalentes a una negativa constructiva de acceso. En este sentido, es función de la CMT – tal y como reconocen las partes en la citada cláusula Novena del acuerdo – fijar los principios y las referencias de precios que permitan concluir los acuerdos objeto de la Resolución de 12 de febrero de 2009.

A este respecto, es importante señalar que en sus alegaciones al presente procedimiento, Telefónica no cuestiona el derecho que asiste a Orange y Vodafone a solicitar el acceso a su red de fibra en el interior de los edificios, existiendo exclusivamente discrepancias en relación con el régimen de precios aplicable, pero no en cuanto a la existencia de un derecho de acceso reconocido a estos dos operadores⁶.

⁶ Telefónica sí cuestiona, sin embargo, la competencia de la CMT para tramitar el presente procedimiento en este momento temporal concreto, dado que – según este operador – el plazo de cuatro meses fijado por la Resolución de 12 de febrero de 2009 para llevar a cabo la negociación de acuerdos de acceso no habría expirado (según este operador, las negociaciones formales con Orange y Vodafone no habrían tenido lugar hasta el mes de abril de 2013). A este respecto, y sin entrar a valorar el hecho de que los documentos aportados por las partes acreditan el mantenimiento de conversaciones relativas al acceso a la red de fibra de Telefónica desde junio de 2012 (Orange) y octubre de 2012 (Vodafone), cabe indicar que la redacción de la cláusula Novena del acuerdo de 1 de julio de 2013 establece de forma clara que el acuerdo entre las partes no es posible en relación con los precios de acceso a las redes de fibra en el interior de los edificios por lo que no cabría, al contrario de lo señalado por Telefónica, dilatar más la actuación de esta Comisión. En relación con la intervención de la CMT en la resolución de un conflicto de interconexión antes del agotamiento del plazo de cuatro meses, la Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de enero de 2009 (JUR/2006/123575) refrendó la legitimidad de dicha actuación, concluyendo que *“las rotundas posiciones de las partes, y la inexistencia de posteriores intentos en tal sentido,*



Como se observa en la tabla siguiente⁷, las diferencias entre los precios propuestos por Orange y Vodafone en el marco de la negociación en relación con el acceso a la infraestructura de red vertical interior (y comunicados a esta Comisión en su escrito de 16 de abril de 2013) son muy superiores a los finalmente incluidos en el Anexo V del Acuerdo suscrito con Telefónica el 1 de julio de 2013.

Tabla 2. Comparativa de los precios incluidos en el Anexo V del acuerdo y los propuestos por Orange y Vodafone en relación con la compartición de verticales (euros/vivienda)

[CONFIDENCIAL]

Estas diferencias se ven incluso acrecentadas en los precios de transmisión de la propiedad en relación con las acometidas.

En definitiva, esta Comisión estima que en el procedimiento de referencia existen indicios razonables para entender que concurre el suficiente *fumus boni iuris*. Telefónica debe, de acuerdo con el contenido de la Resolución de 12 de febrero de 2009, ofrecer el acceso a su red de fibra en el interior de los edificios a precios razonables. La solicitud de Orange y Vodafone relativa a la determinación de las condiciones económicas del acceso, a fin de garantizar que el mismo se lleva a cabo a precios no excesivos es, por tanto, consistente con la actual situación regulatoria, con lo que las medidas propuestas en sede cautelar no vienen sino a dar contenido concreto a las obligaciones ya existentes, con el objetivo último de garantizar la posibilidad del despliegue de redes de fibra por terceros operadores.

Telefónica ha incluido en el citado Anexo V del acuerdo de 1 de julio de 2013 unos precios de acceso a su red que Orange y Vodafone no consideran razonables dado que, como se ha visto, son sensiblemente superiores a su propuesta, por lo que piden la intervención de esta Comisión. Estas discrepancias fundamentales podrían poner en peligro la viabilidad del acuerdo técnico, en perjuicio de los operadores entrantes que se ven imposibilitados de iniciar la planificación de sus despliegues de red de fibra.

Cabe por tanto estimar la solicitud de intervención de la CMT en sede cautelar, al estar dicha intervención plenamente justificada por las obligaciones que Telefónica debe asumir a día de hoy, y al no suponer las medidas propuestas más que el cumplimiento de tales obligaciones. Todo ello sin perjuicio de las conclusiones que se puedan alcanzar en la Resolución definitiva que la CMT deba adoptar.

III.3 NECESIDAD Y URGENCIA DE LA MEDIDA

III.3.1 Necesidad de la medida cautelar

La Resolución de 22 de enero de 2009⁸ identificó *“dos cuellos de botella que podrían limitar los despliegues de red de nueva generación por parte de los operadores alternativos: (i) las*

evidenciaban la falta de consenso entre dichas entidades y permitió a la CMT concluir motivadamente la falta de voluntad negociadora entre las partes que, junto al escrito de Telefónica de 1 de agosto de 2003 instando el conflicto de interconexión sirve de fundamento a la intervención de la CMT”.

⁷ Para construir la tabla y hacer comparables los precios propuestos por Orange y Vodafone y los incluidos en el acuerdo de 1 de julio de 2013 se ha supuesto un número medio de viviendas por finca para cada uno de los rangos establecidos en dicho acuerdo.

⁸ Resolución de 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.



infraestructuras de obra civil – consideradas de difícil duplicación en términos económicos y temporales – y (ii) el acceso a los edificios – dada la problemática práctica y los costes asociados al cableado en el interior de los mismos –“.

A la vista de ello, esta Comisión impuso obligaciones asimétricas para el acceso a las infraestructuras de obra civil de Telefónica, en tanto que operador designado con poder significativo de mercado (PSM) en el mercado 4 (mediante la Resolución de 22 de enero de 2009), y simétricas para garantizar el acceso recíproco en el contexto de la citada Resolución de 12 de febrero de 2009.

Una vez eliminados estos cuellos de botella, garantizado un acceso regulado a los mismos, esta Comisión consideró que no resultaba proporcionado imponer obligaciones asimétricas adicionales sobre los despliegues de fibra de Telefónica al objeto de incentivar las inversiones eficientes, duplicando aquellos elementos de red allí donde fuera técnica y económicamente viable.

Así, esta Comisión optó por limitar el acceso mayorista de banda ancha en el marco del mercado 5 a 30 Mb/s, al objeto de promover la inversión eficiente sobre la base de un *“conjunto de medidas más exhaustivas para la regulación de las redes NGA, creándose un marco jurídico estable que garantiza la seguridad jurídica al tiempo que promueve la inversión eficiente en las nuevas redes de fibra óptica, de conformidad con lo previsto en el marco comunitario. En efecto, junto a las obligaciones impuestas en el seno del mercado 4, relativas en particular al acceso a la infraestructura de obra civil, es importante recordar que la CMT ha previsto también los mecanismos necesarios para estructurar el acceso en el interior de los edificios (expediente MTZ 2008/965) así como el establecimiento de una oferta de acceso indirecto (incluyendo el acceso sobre fibra) hasta 30 Mbit/s que el resto de ANRs no han estimado oportuno regular para accesos en fibra en el momento actual”.*

Por tanto, dado que las obligaciones asimétricas impuestas en la Resolución de 22 de enero de 2009 se limitaron sobre la base de la suficiencia de las obligaciones existentes en materia de infraestructuras de obra civil de Telefónica y acceso a las redes de fibra en el interior de los edificios, resulta esencial adoptar aquellas medidas que aseguren el acceso efectivo a estas infraestructuras puesto que son, a día de hoy, la única forma que permite a los operadores alternativos competir en el mercado minorista de acceso de banda ultra-ancha.

En línea con lo señalado en el escrito de Orange y Vodafone, el acceso efectivo a los elementos de red en el interior de los edificios requiere de la fijación de unas condiciones económicas razonables. Sin perjuicio de las condiciones económicas que se fijen en la Resolución definitiva, a continuación esta Comisión justificará los criterios que deberían regir la fijación de las mismas y determinará un precio provisional al objeto de dar mayor certidumbre a los agentes en la elaboración de sus planes de despliegue.

III.3.1.1 Consideraciones preliminares en relación con la determinación de las condiciones económicas para el acceso a las redes en el interior de los edificios

Los precios de acceso a las infraestructuras verticales cuentan con dos elementos principales sobre los que las partes han mostrado posturas diferentes:

- Compartición de las verticales en el interior de los edificios, dado que en fachada no existen elementos compartibles;
- Transmisión de la acometida de los clientes.

Si bien existen discrepancias entre las partes en relación con los importes a satisfacer en contrapartida por el acceso, tanto Telefónica como Orange y Vodafone optan, de acuerdo con sus ofertas, por una fórmula común para la compartición de las infraestructuras en el



interior de los edificios. Por una parte, el acceso a las verticales⁹ se instrumentaría mediante un Derecho Irrevocable de Uso (IRU) cuyo precio no incluiría los costes de mantenimiento. En el caso de las acometidas, tanto de interior¹⁰ como de exterior¹¹, las partes plantean el traspaso de su propiedad una vez el cliente conectado opte por cambiar de operador de acceso.

Al objeto de determinar si los precios propuestos por Telefónica son consistentes con la regulación vigente, cabe analizar el alcance de las obligaciones impuestas por esta Comisión en su Resolución de 12 de febrero de 2009 así como los desarrollos en el mercado que se han sucedido desde entonces.

III.3.1.1.1 Obligaciones relativas al acceso a las redes de fibra en el interior de los edificios

Como se ha dicho anteriormente, el presente conflicto debe evaluarse a la luz de las obligaciones impuestas en la Resolución de 12 de febrero de 2009 que contempla, además de la obligación de acceso, obligaciones adicionales en materia de transparencia de la información y precios, a fin de asegurar la efectividad del acceso a la red de terceros.

En particular, esta Comisión estableció que los precios fijados a terceros debían ser razonables, de forma que no supongan *“de facto una negativa de acceso y constituyan una barrera a la entrada para el operador que solicite la compartición”*. Los precios fijados deben permitir *“cubrir al primer operador que alcance un determinado edificio tanto los costes incrementales derivados de la compartición con un segundo y subsecuentes operadores como el resto de costes, de forma que los precios ofrecidos para el acceso no supongan una desventaja competitiva para el operador que facilita la compartición”*. Tampoco, obviamente, pueden suponer tal desventaja competitiva para el operador que demanda la compartición como para que llegue a suponerle una barrera de entrada. Finalmente la Resolución señala que la falta de acuerdo en relación con las condiciones económicas no podrá ser óbice para la efectividad del acceso, *“aplicándose en su caso los precios acordados o decididos a posteriori por esta Comisión de modo retroactivo”*.

De acuerdo con lo anterior, esta Comisión considera que, al contrario de lo señalado por Orange y Vodafone, Telefónica no está obligada a ofrecer unos precios para el acceso a las infraestructuras en el interior de los edificios orientados a los costes, al ser la obligación de precios vigentes una obligación de precios razonables.

III.3.1.1.2 Condiciones de despliegue vigentes en el mercado

Esta Comisión considera que, además de los principios genéricos fijados en la Resolución de 2009, cabe considerar otros elementos relevantes para determinar los precios del acceso a las redes de fibra en el interior de los edificios, derivados de la evolución del mercado desde entonces. En particular, el hecho de que con fecha 8 de octubre de 2012, Jazztel y Telefónica firmaran un acuerdo para la compartición de estas infraestructuras en un contexto de despliegue simétrico es un elemento que debe tomarse en consideración a la hora de resolver el presente conflicto.

⁹ Red de fibra óptica en el interior de un edificio, entre la Caja Terminal Óptica (CTO) y las cajas de derivación, ambas incluidas. No incluye el módulo de terminación del cable si es de uso exclusivo de un operador pero sí el módulo común de la CTO.

¹⁰ Tramo de cable monofibra entre el módulo común o la caja de derivación y el punto de terminación de red óptica (PTRO) en el interior del inmueble.

¹¹ Tramo de cable monofibra entre la CTO o caja remota de la red de distribución y el PTRO del cliente del operador.



III.3.1.1.2.1 Relevancia de las condiciones económicas fijadas en el acuerdo entre Jazztel y Telefónica

Orange y Vodafone estiman, de acuerdo con sus alegaciones, que los precios fijados en el acuerdo entre Jazztel y Telefónica *“fueron fijados deliberadamente altos por la conveniencia estratégica de Telefónica y Jazztel para dificultar los despliegues de sus competidores”*. Esto es así, según estos operadores, porque, en primer lugar, estos precios *“no impactan en los resultados de Jazztel y Telefónica por estar equilibrados en el número de hogares a compartir”*. En segundo lugar, estos operadores estiman que *“[U]n precio deliberadamente alto, muy por encima de los costes de despliegue, sin afectar a Telefónica y Jazztel, sí que supone un freno al despliegue de los demás operadores. Al imponer un precio excesivo a operadores como Orange y Vodafone, se detraen recursos de dichos operadores, dificultando su despliegue, mientras que se financian los despliegues de los operadores que han desplegado antes”*.

Por los motivos anteriores, Orange y Vodafone estiman que *“la CMT no debe tomar como referencia el precio del contrato entre Telefónica y Jazztel ya que con ello estaría haciendo buena esta estrategia de intento de excluir del mercado a Orange y Vodafone”*.

En relación con el acceso a las verticales, Vodafone señala que *“[A] no tener experiencia en el despliegue de FTTH y verticales”* los *“precios propuestos [por Vodafone] se fundamentan en los precios de las ofertas recibidas por los suministradores (Vendors) en la RFQ [Request for Quotations] lanzada por Vodafone para la construcción de una red FTTH”*. Así pues, los supuestos costes sobre los que Orange y Vodafone evalúan los precios pactados entre Jazztel y Telefónica no son costes reales de despliegue afrontados por ellos sino una estimación basada en la oferta de determinados proveedores.

Además, de los escritos aportados por Orange y Vodafone en el marco del presente procedimiento no es posible determinar si las estimaciones de costes aportadas incluyen todos los costes relevantes y necesarios para el despliegue de las infraestructuras en el interior de los edificios. Así, el escrito de Vodafone justifica los precios propuestos sobre los costes haciendo referencia a las partidas de la RFQ que parecen incluir únicamente los costes de materiales e instalación. Orange, por su parte, indica que los precios propuestos incluirían tanto los costes de materiales e instalación como los de la oficina técnica (dedicada a la obtención y gestión de los permisos).

La obtención de los permisos así como los costes internos relativos a la planificación del despliegue pueden ser elevados y deben ser, en opinión de esta Comisión, imputados, al menos en parte, a los precios de acceso a las infraestructuras en el interior de los edificios. De acuerdo con la información que obra en poder de esta Comisión, no es posible determinar sin embargo si estos conceptos están incluidos en los precios propuestos por Orange y Vodafone en sus escritos y, en caso de estarlo, si han sido calculados sobre la base de la información obtenida en el contexto de la RFQ o bien si han sido objeto de estimación por parte de estos operadores. En este último caso es importante destacar que estos operadores han reconocido su falta de experiencia en el despliegue de una red de fibra, por lo que aceptar sus estimaciones podría suponer desviaciones importantes con respecto a los costes reales que afrontan los operadores que construyen verticales. Por el contrario, el acuerdo entre Jazztel y Telefónica se encuentra ya plenamente operativo, habiendo ambos operadores iniciado los despliegues.

Por otra parte, como se observa en la tabla siguiente, los costes aportados por Orange y Vodafone son similares a los estimados por el modelo de WIK que únicamente incluyen los costes de materiales e instalación:

Tabla 3. Comparativa de los costes de las verticales estimados por Orange y Vodafone y los costes calculados por el modelo de WIK

**[CONFIDENCIAL]**

En cualquier caso, esta Comisión no puede juzgar en sede cautelar si el acuerdo Jazztel-Telefónica fija o no unos precios excesivamente altos como estrategia de exclusión, ya que ello requiere un análisis pormenorizado de todos los costes realmente incurridos. Lo cual no quiere decir, como ya se ha señalado, que los precios de acceso deban estar orientados a estos costes, pero tampoco que una estimación de los mismos no sea una referencia a tener en cuenta a la hora de juzgar la razonabilidad de los precios.

Por otra parte, para considerar la relevancia de los precios acordados entre Jazztel y Telefónica a la hora de adoptar una medida cautelar, esta Comisión considera, que es conveniente evaluar el impacto que la compartición de las infraestructuras verticales en el interior de los edificios tiene sobre los costes totales de despliegue en los edificios.

A este respecto, en primer lugar, los despliegues por fachada que suman, aproximadamente, un 60% de los edificios no tienen elementos susceptibles de ser compartidos por lo que solo se verían afectados por los precios de las acometidas.

En segundo lugar, de acuerdo con la cláusula Primera del acuerdo de 1 de julio de 2013, los edificios con ICT estarían excluidos del mismo, en línea con el alcance de la Resolución de 12 de febrero de 2009. Estos edificios podrían suponer un tercio de los edificios con verticales de interior. Por tanto, en términos generales los precios de acceso a las infraestructuras verticales en el interior de los edificios afectarían en torno al 25% del total de edificios a cubrir en un despliegue de FTTH.

En la tabla siguiente se presenta una estimación¹², de acuerdo con los datos anteriores, del impacto de aplicar los precios pactados por Jazztel y Telefónica a los planes de cobertura de Orange y Vodafone, y los precios propuestos por estos operadores si únicamente desplegaran estos dos operadores. Estas estimaciones han supuesto dos escenarios en función de si en el edificio está presente o no Jazztel.

Tabla 4. Impacto en los costes de despliegue de aplicar los precios acordados por Jazztel y Telefónica en el plan de despliegue de Orange y Vodafone

	UUll por operador	Edificios con verticales en interior (40%)	Edificios sin ICT (65%)	Con compartición - Precios acuerdo Jazztel (3 operadores)			Con compartición - Precios acuerdo Jazztel (4 operadores)			Coste despliegue verticales según costes Orange y Vodafone	Coste total de la inversión
				Con actualización CTO (30%)	Solución modular (70%)	Total	Con actualización CTO (30%)	Solución modular (70%)	Total		
[CONFIDENCIAL]											

Ver en la nota a pie de página la explicación de la tabla¹³

¹² Para realizar la estimación anterior se ha supuesto un coste por UUll en cada uno de los escenarios igual a la media simple del precio fijado para cada uno de los tamaños de los edificios. El coste total de la inversión se ha calculado sobre la base del coste calculado en el modelo de WIK por UUll pasada sin incluir los costes de conectar al cliente, que aumentaría sensiblemente el importe total de la inversión.

¹³ El número de UUll (columna 2) así como las fechas de despliegue (columna 1) se ha obtenido del acuerdo entre Orange y Vodafone.

El % de edificios con despliegue por fachada y con ICT (columnas 3 y 4) son aproximaciones que se han utilizado en el modelo y que han aportado los operadores en diferentes ocasiones.

Para calcular los costes de despliegue con compartición (columnas 7 y 10) se han utilizado los precios del acuerdo entre Jazztel y Telefónica:

[CONFIDENCIAL] x (Precio medio por vivienda del Acuerdo con actualización CTO x Nº UUll en edificios con despliegue de interior sin ICT (las de la 4ª columna)) + **[CONFIDENCIAL]** (Precio medio por vivienda del Acuerdo sin actualización CTO x Nº UUll en edificios con despliegue de interior sin ICT



Como se observa en la tabla anterior, los precios del acuerdo de Jazztel y Telefónica, en un escenario de compartición de 4 operadores, son menores que los costes que afrontarían Orange y Vodafone en un escenario de no compartición. Asimismo, en caso de considerar que en el edificio no está Jazztel, esto es, que hubiera 3 operadores presentes en el edificio, el impacto de aplicar estos precios sería menor del 0,5% comparado con el coste total del despliegue. Todo lo cual es coherente con el hecho de que cuanto mayor es el número de operadores a compartir los costes, más beneficiosa es para todos la compartición.

Estos cálculos pueden interpretarse de formas distintas pero no permiten concluir taxativamente que los precios fijados en el acuerdo Jazztel-Telefónica sean o no excesivos por cuanto unos precios inferiores darían los mismos resultados cualitativos. Además, a la hora de valorar las ventajas competitivas que obtienen unos y otros de la compartición, hay que tener en cuenta que la entrada de Orange y Vodafone también reduce los costes que han de soportar Telefónica y, en su caso, Jazztel.

Finalmente, en relación con los precios de transferencia de las acometidas, gran parte de la diferencia entre los precios propuestos por Orange y Vodafone y los de Telefónica no se basa en los costes de construcción sino en la metodología para su estimación. Orange respondió al requerimiento de información de esta Comisión reconociendo que *“(…) ha defendido en todas sus negociaciones que el traspaso de la titularidad de las mismas se realice de manera gratuita. (...) No obstante lo anterior, (...) se decidió incluir en la propuesta común con Vodafone un mecanismo de compensación, que sin ser tan simple como lo sería la transferencia gratuita, al menos suponía un compromiso entre simplicidad (no se tiene en cuenta la antigüedad de las acometidas) y orientación a costes”*.

Por tanto, en el caso de las acometidas, Orange y Vodafone consideran que el precio incluido en el Acuerdo de 1 de julio de 2013 es excesivo sobre unas estimaciones que no se basan en los costes sino en una metodología de estimación al objeto de simplificar los procesos entre las partes, por lo que no puede ser utilizado como referencia por esta Comisión, sin disponer de un mejor conocimiento acerca de los costes reales de los diversos tipos de acometidas.

En definitiva, esta Comisión considera que, aun cuando no puede pronunciarse en sede cautelar acerca de la razonabilidad de los precios pactados entre Telefónica y Jazztel, y ante la imposibilidad de contrastar, en este momento, los datos de costes facilitados por Orange y Vodafone, para la adopción de medidas cautelares, por tratarse de las condiciones en las que se están realizando los despliegues actuales, las condiciones fijadas entre Jazztel y Telefónica en el marco de su acuerdo de compartición sí suponen una referencia válida para la adopción de medidas cautelares, por tratarse de las condiciones en las que se están realizando los despliegues actuales.

(las de la 4ª columna)).

El precio medio por vivienda se obtiene haciendo la media del precio del IRU por vivienda de los diferentes tamaños de edificios incluidos en el acuerdo. A su vez, el precio medio por vivienda se obtiene dividiendo el precio del IRU de cada tamaño dividido entre el número de viviendas medias por categoría (en la tabla 5 de la Resolución se detalla este número medio).

El resultado anterior se ha dividido por el número de operadores presentes en el edificio considerando un número de 3 (Telefónica, Orange y Vodafone) y 4 (los anteriores más Jazztel).

Para calcular los costes de despliegue de Orange y Vodafone (columna 11) se ha considerado la media del precio del IRU por vivienda incluido en el Anexo 1 de la propuesta de acuerdo de compartición aportada por estos operadores en su escrito de 18 de abril dividido entre dos operadores que estarán compartiendo estos costes. Este es el escenario base para estos operadores que han optado por desplegar. Este importe se ha multiplicado por el número de UUII en edificios sin ICT con despliegue por interior (columna 4).

El coste total de la inversión (columna 12) se ha aproximado multiplicando las UUII que Orange y Vodafone han acordado cubrir multiplicado por 171 euros que es el CAPEX por usuario pasado estimado en el modelo de WIK.



III.3.1.1.2.2 Posible discriminación derivada de aplicar precios de acceso diferentes a los precios acordados entre Jazztel y Telefónica

Orange y Vodafone consideran que la oferta de Telefónica tampoco sería razonable en la medida en que es discriminatoria, dado que los precios fijados para el acceso *“superarían notablemente los acordados entre Telefónica y Jazztel según ha podido conocer Orange y Vodafone. Este hecho, además de suponer una clara discriminación en perjuicio de Orange y Vodafone, supone incorporar un concepto de prima de riesgo o similar, que no ha sido incorporado en el caso de Jazztel (...)”*.

En relación con estas alegaciones, esta Comisión debe señalar, en primer lugar, que las obligaciones fijadas en la Resolución de 12 de febrero de 2009 no incluyen una obligación de no discriminación.

Además, en el epígrafe precedente se han establecido los motivos por los que los precios pactados entre Jazztel y Telefónica son pertinentes en el marco del presente procedimiento. Cabe considerar asimismo, a la hora de analizar las alegaciones de Orange y Vodafone, las condiciones y compromisos asumidos por las partes en el marco de dicho acuerdo.

En este sentido, Jazztel y Telefónica se comprometen a construir un número equivalente de accesos para obtener el acceso a las infraestructuras del otro operador. En estas condiciones, y sin entrar a valorar el incremento de precios propuesto por Telefónica, que será objeto de un análisis posterior, esta Comisión entiende que la fijación de precios para el acceso a las redes en el interior de los edificios en el contexto del acuerdo entre Orange, Vodafone y Telefónica, distintos a los que rigen entre Jazztel y Telefónica no resultaría, *per se*, discriminatorio.

Así, es preciso recordar que el acuerdo entre Jazztel y Telefónica supone un despliegue recíproco, en el que ambas partes se comprometen a construir las redes en el interior de los edificios hasta 1,5 millones de UUII. El acuerdo entre Orange, Vodafone y Telefónica no es análogo. Así, si bien la propuesta de Orange y Vodafone es en teoría recíproca, lo cierto es que en su escrito en ningún momento se han propuesto compromisos concretos de despliegue en zonas en las que Telefónica no esté presente por lo que, en principio, podrían optar por extender su red a las mismas zonas en las que ya lo ha hecho Telefónica, siendo el acceso asimétrico.

Esta Comisión considera que todos los despliegues de red NGA suponen una asunción relevante de riesgo inversor, tanto si se aporta una cobertura adicional de la red como si no. Sin embargo, es también preciso considerar que un despliegue en que el operador construya las infraestructuras en el interior de los edificios supone unos riesgos mayores que deben reconocerse. Efectivamente, los operadores que optan por desplegar sus redes en zonas donde ya se encuentra otro operador, accediendo a sus redes en el interior de los edificios, reducen su incertidumbre, en plazos y costes, como Orange y Vodafone reconocen¹⁴. Por el contrario, aquel operador que despliega su red en primer lugar se enfrenta a mayores incertidumbres.

En este contexto resulta coherente que los precios negociados entre Jazztel y Telefónica no incluyeran una prima de riesgo en la medida en que los riesgos afrontados por ambos operadores son equivalentes, y las zonas complementarias han sido mutuamente

¹⁴ Tal y como Orange y Vodafone han alegado, conocer el despliegue de las infraestructuras en el interior de los edificios facilita la elaboración del *“business case”* dado que los costes del despliegue de las verticales son significativamente menores si éstas se comparten. Además, de cara a la planificación del despliegue, conocer las zonas donde es posible la compartición facilita e incrementa la eficiencia del despliegue dado que es posible conocer los plazos de despliegue, la necesidad de permisos, etc.



acordadas. Por el contrario, los compromisos asumidos por Orange y Vodafone en el citado acuerdo de 1 de julio de 2013 no son comparables a los asumidos por Jazztel.

Conclusiones

De acuerdo con lo anterior, esta Comisión concluye que, a la hora de establecer de forma cautelar los precios para el acceso a las redes de fibra en el interior de los edificios en el marco del presente conflicto, deberá considerarse:

- Que la Resolución de 12 de febrero de 2009 no impone una obligación de orientación a costes sino una obligación de que los precios sean razonables;
- Que los precios acordados entre Jazztel y Telefónica son una referencia válida para determinar la razonabilidad de los precios de acceso a estas infraestructuras en el mercado español;
- Que la fijación de unos precios diferentes a los precios pactados en este acuerdo en un contexto de acuerdos de despliegue que no son recíprocos no supone, *per se*, una discriminación (obligación que, por otra parte, no se encuentra recogida entre las obligaciones fijadas por esta Comisión en su Resolución de 12 de febrero de 2009).

III.3.1.2 Precio del IRU sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior

III.3.1.2.1 Descripción de la oferta presentada por Telefónica

La oferta presentada por Telefónica a Orange y Vodafone se estructura de forma similar al acuerdo suscrito entre este operador y Jazztel. Este acuerdo fija los precios del IRU en relación con los tramos de infraestructuras verticales de interior construidas por Telefónica en función de si se requiere la actualización o no de la caja terminal óptica (CTO). El precio del IRU cuando Telefónica debe actualizar la CTO es superior, en hasta un **[CONFIDENCIAL]**, al fijado en el caso en que se construya una solución modular desde un inicio. Además, el acuerdo fija los precios del IRU por edificio, en función del tamaño de la finca donde se comparten estas infraestructuras.

En la tabla siguiente se presentan los precios propuestos por Telefónica en función del número de operadores presentes en el edificio. Para obtener el precio del IRU por UU11 y hacerlo comparable con los precios propuestos por Orange y Vodafone, se ha supuesto un número medio de UU11 por edificio para cada uno de las categorías definidas en el acuerdo.

Tabla 5. Precio del IRU propuesto por Telefónica en función del número de operadores en el edificio

[CONFIDENCIAL]

III.3.1.2.2 Descripción de la propuesta de Orange y Vodafone

Por su parte, Orange y Vodafone justifican los precios propuestos en su escrito sobre la base de un modelo que está en función, como en el caso anterior, del número de hogares por edificio. Estos precios están basados, como se ha dicho, en las ofertas recibidas por los suministradores en la RFQ lanzada por Orange y Vodafone de forma independiente.

El cálculo de estos operadores está basado, además de en los datos de los suministradores, en las siguientes hipótesis dado que los datos obtenidos en la RFQ incluían el coste total de las infraestructuras en el interior de los edificios (y no sólo las verticales):

- **Definición de los geotipos.** Este modelo aporta el coste de las infraestructuras verticales de interior en función de **[CONFIDENCIAL]** geotipos que difieren entre sí



en la densidad de población por Km² (que va desde [CONFIDENCIAL]) así como en el número de hogares por edificio ([CONFIDENCIAL]).

- **Dimensionamiento de la red.** El modelo especifica determinados aspectos de dimensionamiento de la red si bien, en relación con las verticales, se ha supuesto que el dimensionamiento es del [CONFIDENCIAL] de los hogares.
- **Coste por hogar de la vertical.** En función de estos parámetros, se aporta un coste por hogar suponiendo que no se requieran trabajos en el interior de la finca, que estos trabajos sean limitados o que sean relevantes.

Una vez se ha calculado el precio de la infraestructura vertical de interior de acuerdo con los parámetros anteriores, se segmentan los edificios de acuerdo con el número de UUII y se realizan estimaciones sobre la distribución de los edificios en función de los trabajos necesarios. Vodafone y Orange asignan cada tipología de edificio a un geotipo de los anteriores al objeto de calcular el coste total.

El coste calculado se corresponde con el coste de construir las infraestructuras verticales sin compartición, por lo que cabría dividirlo entre cuatro para asimilarlo al cálculo anterior. Vodafone y Orange proponen unos precios de acceso iguales a los costes así calculados.

En la tabla siguiente se presentan los precios propuestos por estos operadores que, al contrario de los precios propuestos por Telefónica, se presentan por UUII en función del tamaño de la finca:

Tabla 6. Precio del IRU propuesto por Orange y Vodafone
[CONFIDENCIAL]

III.3.1.2.3 Comparación de las propuestas de las partes

La tabla siguiente muestra las diferencias en los precios propuestos para el IRU sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior. Como se observa, la diferencia entre ambas propuestas es sustancial, siendo el precio ofrecido por Telefónica al menos un 131% superior al planteado por Orange y Vodafone para los edificios en los que se requiere actualización de la CTO y al menos un 93% superior para aquellos escenarios con solución modular.

Tabla 6. Comparativa del precio del IRU propuesto por las partes en el escenario de compartición entre 4 operadores¹⁵

[CONFIDENCIAL]

III.3.1.2.4 Valoración de las propuestas de precios en relación con el IRU sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior

En relación con las propuestas de precios del IRU para las infraestructuras verticales, la primera apreciación que cabe realizar es que la propuesta de Telefónica diferencia entre aquellos edificios donde se puede realizar una actualización y aquellos en los que la solución modular es construida desde un principio. Así, de acuerdo con el escrito de Telefónica, el IRU, cuando la vertical requiere de actualización incluye, además del coste de construcción inicial, *“el coste de actualización (“upgrade”) necesario para convertir la solución no modular en una solución modular según el tipo de unidad inmobiliaria*

¹⁵ Esta proporción se mantiene con independencia del número de operadores presentes en el edificio.



construida". Este es el motivo de que en las fincas en las que se requiere la actualización de la CTO, el precio del IRU sea superior.

En relación con este punto, la Resolución de verticales preveía que los precios debían ser razonables, permitiendo *"cubrir al primer operador que alcance un determinado edificio tanto los costes incrementales derivados de la compartición con un segundo y subsecuentes operadores como el resto de costes (...)"*.

De esta forma, esta Comisión considera que la diferencia de precios cuando deben actualizarse las infraestructuras ya instaladas es en principio conforme con las previsiones establecidas en la citada Resolución.

Por otra parte, como señalan Orange y Vodafone, el precio propuesto por Telefónica incluye un *mark up* con respecto a los precios pactados entre este operador y Jazztel en su acuerdo de compartición. En este punto cabe recordar, en línea con lo establecido anteriormente, que dicho acuerdo con Jazztel supone un incremento de cobertura así como un acceso simétrico a las infraestructuras verticales. Por tanto, esta Comisión considera que este precio debe ser una referencia a la hora de establecer el precio del IRU para el acceso de Orange y Vodafone.

En la tabla siguiente se presenta la diferencia entre los precios del acuerdo entre Jazztel y Telefónica y los incluidos en el Anexo V del acuerdo de 1 de julio de 2013 entre Orange, Vodafone y Telefónica:

Tabla 8. Comparativa del precio del IRU entre Jazztel y Telefónica y los del Anexo V del acuerdo de 1 de julio de 2013

[CONFIDENCIAL]

Si bien esta Comisión reconoce que es apropiado incluir una prima de riesgo en el contexto de acuerdos de compartición no recíprocos, también es preciso señalar que el *mark up* fijado en los precios a aplicar a Orange y Vodafone, y que, como se observa en la tabla anterior, oscila entre el **[CONFIDENCIAL]** no parece estar justificado sobre la base del riesgo inversor adicional que afronta un operador que despliega una huella adicional de red de fibra.

Esta Comisión considera por tanto, de forma cautelar, que para remunerar el riesgo más elevado que asumen los operadores que están desplegando sus propias infraestructuras en el interior de los edificios, los precios de los IRU acordados entre Telefónica y Jazztel deben incrementarse en un **15,29%** de acuerdo con las Resoluciones de 13 de diciembre de 2012¹⁶ y de 28 de febrero de 2013¹⁷.

La prima de riesgo establecida por esta Comisión se considera una referencia apropiada dado que, como se ha dicho, el acuerdo no es simétrico. Por tanto, no serían de aplicación las previsiones incluidas en la citada Resolución de 28 de febrero de 2013 respecto de que dicha prima de riesgo se *"circumscribe a los servicios de acceso a servicios de infraestructuras horizontales, puesto que las de los verticales poseen regulación específica y simétrica"*.

¹⁶ Resolución del procedimiento sobre el establecimiento de la nueva metodología de cálculo del coste del capital medio ponderado (WACC) de los operadores declarados con poder significativo de mercado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como la estimación del WACC regulado para el ejercicio 2012 de los operadores obligados (MTZ 2012/1616).

¹⁷ Resolución sobre el procedimiento de cálculo de la prima de riesgo en la tasa de retorno nominal para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación (MTZ 2012/2155).



Por otra parte, esta Comisión considera que Telefónica no asume riesgo alguno por los importes derivados de adaptar las infraestructuras verticales en el interior de los edificios ya desplegadas. Por tanto, no cabe aplicar la prima de riesgo al importe que supone la actualización de las cajas terminales ópticas en los edificios.

De acuerdo con lo anterior, los precios del IRU sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior se configurarán como siguen, en función del número de operadores que compartan estas infraestructuras, esto es, en presencia o no de Jazztel:

Tabla 9. Precio del IRU sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior (euros)

[CONFIDENCIAL]

(*) El precio del IRU para la categoría de 160 o más UUll por finca se expresa por unidad inmobiliaria y no por edificio como el resto, en línea con las condiciones del acuerdo entre Jazztel y Telefónica.

Los precios provisionales anteriores suponen una reducción con respecto a los precios incluidos en el Anexo V del acuerdo de 1 de julio de 2013 de entre el 18 y el 24%. Como se observa en la tabla siguiente, la aplicación de los precios fijados en la presente medida cautelar podría significar, considerando una media simple de los precios del IRU de todas las categorías de edificios, un ahorro para Orange y Vodafone de entre 7,8 y 13,8 millones de euros en el total del despliegue.

Tabla 10. Reducción en los costes del despliegue previsto por Orange y Vodafone derivado de aplicar los precios de la presente medida cautelar

[CONFIDENCIAL]

III.3.1.2.5 Consistencia de los precios propuestos con las obligaciones vigentes

Los precios provisionales fijados mediante las presentes medidas cautelares son razonables y consistentes con las obligaciones fijadas por esta Comisión en la Resolución de 12 de febrero de 2009, en la medida en que no suponen una barrera a la entrada para Orange y Vodafone.

En primer lugar, como se ha dicho, el número de edificios afectados por este acuerdo, esto es, los edificios que cuentan con infraestructuras de interior sin ICT, es limitado. De esta forma, en el contexto de un despliegue como el previsto por Orange y Vodafone, la diferencia entre los precios provisionales establecidos en la tabla anterior y los propuestos por estos operadores es muy limitada y no puede configurarse como un obstáculo al despliegue.

En segundo lugar, el impacto de estos precios en la capacidad de competir de estos operadores en el mercado minorista es también reducido. Así, debe considerarse que el precio del IRU no es recurrente sino que es un pago único durante la vigencia del IRU que, de acuerdo con el contrato entre Jazztel y Telefónica, sería de al menos **[CONFIDENCIAL]** años. De forma ilustrativa y suponiendo una penetración de la banda ancha del 40% así como una cuota de mercado del operador del 15%¹⁸, los costes por vivienda del precio del IRU ascenderían, de acuerdo con los precios anteriores, y en función del tipo de edificio y de la solución técnica, a entre **[CONFIDENCIAL]** euros por conexión en servicio y mes.

¹⁸ El precio del IRU por vivienda propuesto por Orange y Vodafone o el estimado a partir del acuerdo entre Jazztel y Telefónica se refiere a viviendas pasadas. Los parámetros de cuota de mercado y penetración de banda ancha son necesarios para calcular el impacto del precio del IRU sobre las viviendas efectivamente conectadas.



Tabla 11. Comparativa precios de los IRUs de las propuestas y adoptado en sede cautelar (euros/mes/UUII conectada)

[CONFIDENCIAL]

En definitiva, de forma cautelar, esta Comisión considera que los precios del IRU sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior fijados anteriormente permiten remunerar de forma adecuada el mayor riesgo que afrontan Telefónica y Jazztel al adoptar compromisos en su acuerdo en relación con el incremento de la cobertura de la red de fibra. Estos incentivos no suponen por otra parte un incremento significativo de los costes con respecto a las propuestas realizadas por Orange y Vodafone resultado, por tanto, razonables y en línea con las obligaciones vigentes.

III.3.1.3 Precio de transferencia de acometidas

III.3.1.3.1 Descripción de la oferta presentada por Telefónica

Telefónica ha propuesto a Orange y Vodafone **[CONFIDENCIAL]**. Estos precios dependen de si el despliegue es de interior o exterior:

Tabla 12. Precio de transferencia de la propiedad de las acometidas (euros)

[CONFIDENCIAL]

III.3.1.3.2 Descripción de la propuesta de Orange y Vodafone

Como en el caso de las verticales, la propuesta de Orange y Vodafone se basa en la RFQ, considerando los costes calculados en el ítem **[CONFIDENCIAL]**¹⁹. Los costes de este concepto son:

Tabla 13. Coste aportado por Orange y Vodafone para la acometida (euros)

[CONFIDENCIAL]

Al contrario del caso de las infraestructuras verticales de interior, la propuesta de Orange y Vodafone no asimila este coste al precio de la transmisión de la acometida dado que, según estos operadores, estos costes son de adquisición por lo que deben soportarse por los ingresos generados durante la vida media del cliente.

Vodafone considera que la vida media del cliente es de **[CONFIDENCIAL]** años. Según este operador, el precio a pagar por el “re-uso” de esta infraestructura serían los costes correspondientes únicamente al último año:

Tabla 14. Coste anual de las acometidas (euros)

[CONFIDENCIAL]

De esta forma, el precio propuesto por estos operadores es **[CONFIDENCIAL]**.

III.3.1.3.3 Valoración de las propuestas de precios en relación con la transmisión de la propiedad de las acometidas

Esta Comisión considera que, en primer lugar, los precios propuestos por Vodafone y Orange podrían estar infravalorando los costes de construcción que afronta un operador a la

¹⁹ **[CONFIDENCIAL]**.



hora de conectar un nuevo cliente de acuerdo con el estudio de WIK (ver tabla siguiente). Cabe considerar que el acuerdo de Orange y Vodafone no incluye edificios con ICT.

Tabla 15. Comparativa precios/costes de la transmisión de propiedad de las acometidas (euros)

[CONFIDENCIAL]

Además, esta Comisión considera que la fórmula elegida por estos operadores para aproximar el coste de las acometidas no es adecuada. Así, la fórmula elegida tanto en el marco del acuerdo entre Jazztel y Telefónica como en la propuesta de Orange y Vodafone supone la transmisión de la propiedad del activo. En este contexto, el cálculo realizado por Orange y Vodafone, considerando únicamente el último año de amortización según la vida del cliente para determinar este precio, no parece justificado.

Así, por una parte, en el citado modelo de costes de WIK, el cálculo del coste de los servicios mayoristas de fibra se basa en la amortización de estos elementos de red en un periodo de 20 años, metodología que no fue cuestionada por estos operadores en el marco de la consulta pública a que se sometió dicho modelo. Esta Comisión considera que el precio de transmisión de la propiedad de las acometidas debería ser consistente con este periodo y no con el propuesto por Orange y Vodafone.

Por otra parte es preciso recordar que para la mayor parte de las conexiones actualmente activas no habrían finalizado los **[CONFIDENCIAL]** años que fijan Orange y Vodafone para establecer su precio de transmisión de la propiedad. La tabla siguiente muestra la distribución de las altas netas de las conexiones de fibra de Telefónica de acuerdo con el periodo en que se produjeron.

Tabla 16. Distribución de las altas netas en los últimos ejercicios

	Ultimo año	Entre 1 y 2 años	Entre 2 y 3 años	Más de tres años	Total planta
Líneas	178.255	127.658	47.563	45.567	399.043
% s/ total	45%	32%	12%	11%	100%

Si bien es cierto que las altas netas no son equivalentes a las altas brutas, que sería la variable relevante para determinar la antigüedad de la planta, lo cierto es que su distribución supone la antigüedad mínima de la planta. Efectivamente, la evolución de las altas netas estaría infravalorando el hecho de que durante este periodo se han podido producir bajas, por lo que los clientes actualmente activos no tendrían por qué corresponderse con los inicialmente conectados.

En cualquier caso, incluso considerando este escenario más favorable a las posiciones de Orange y Vodafone, hay que destacar que casi el 80% de las altas netas se han producido en los últimos dos años mientras que una mínima proporción tendrían una antigüedad de más de **[CONFIDENCIAL]** años. En este contexto, aplicar la metodología propuesta por Orange y Vodafone en el contexto de la presente medida cautelar supondría que, con una probabilidad muy elevada, la acometida cuya propiedad se transmitiera no estaría rentabilizada ni por el primer cliente.

Por tanto, el periodo mínimo que Orange y Vodafone han determinado para justificar sus precios de las acometidas no ha transcurrido para la mayoría de las conexiones en servicio. Fijar en este momento los precios que proponen supondría que los operadores que las han construido no habrían recuperado su inversión, incluso dando por buena la fórmula que se propone que, como se ha dicho, es contraria a la utilizada por esta Comisión para calcular los costes de acuerdo con el modelo de WIK.

III.3.1.3.4 Consistencia de los precios propuestos con las obligaciones vigentes



Finalmente, a la hora de valorar los precios propuestos en relación con las acometidas, esta Comisión considera necesario recordar que estos precios únicamente son relevantes en caso que un cliente ya adscrito a una oferta de fibra decida cambiar a su operador de acceso. De lo contrario, el operador deberá construir la acometida del cliente que se da de alta.

Este aspecto es relevante a la hora de valorar la importancia de estos precios, dados los niveles actuales de penetración de las redes de fibra. Así, considerando los municipios prioridad 1 del Acuerdo entre Vodafone y Orange, la distribución de las líneas de banda ancha así como el despliegue de fibra y cable es el siguiente:

Tabla 17. Situación competitiva y despliegue por municipio

[CONFIDENCIAL]

Como se observa en la tabla anterior, los accesos de fibra en servicio no alcanzan el 10% de los accesos instalados por lo que cabe esperar que la actividad de Orange y Vodafone se centre, no tanto en competir por los clientes ya conectados con fibra de Telefónica, sino en migrar a sus clientes basados en el acceso desagregado al bucle y en capturar clientes actualmente conectados a accesos de cobre, ya sean de Telefónica o desagregados.

En definitiva, esta Comisión considera que, al menos en sede cautelar, no cabe modificar la oferta de Telefónica en relación con los precios de transmisión de la propiedad de las acometidas dado que, por una parte, la fórmula alternativa propuesta por Orange y Vodafone no resulta consistente con la metodología utilizada por esta Comisión ni con la antigüedad actual de las conexiones de red de fibra. Por otra parte, se considera que los actuales niveles de penetración de los servicios de fibra permiten avanzar que los esfuerzos de los operadores no se centrarán en los clientes ya conectados sino en la conexión de nuevos clientes, por lo que la importancia de este precio es limitada no suponiendo, al menos en el momento actual, una barrera a la entrada.

III.3.2 Urgencia de la medida cautelar

En relación con la urgencia de la presente medida cautelar, esta Comisión considera necesario recordar que las obligaciones mayoristas actualmente impuestas en relación con los servicios basados en la red de fibra están limitadas a velocidades inferiores a 30 Mb/s, al objeto de incentivar, de acuerdo con la Resolución de 22 de enero de 2009, las inversiones eficientes en redes NGA. Por tanto, en ausencia de servicios mayoristas alternativos, los despliegues de red propia resultan indispensables para replicar las ofertas de fibra y cable módem ya presentes en el mercado.

Sin embargo, en tanto no se asegure el acceso a las infraestructuras en el interior de los edificios a precios razonables, Orange y Vodafone no pueden comenzar su despliegue dado que, como se ha dicho, estas infraestructuras se configuran como un cuello de botella difícilmente superable para el segundo y subsecuentes operadores en desplegar.

Esta Comisión ha concluido, de forma provisional, que los precios incluidos en el Anexo V del acuerdo suscrito entre Orange, Vodafone y Telefónica no son razonables dado que suponen un incremento no justificado con respecto a los precios pactados entre Jazztel y Telefónica. En este contexto cabe reconocer que las condiciones económicas que afrontarían Orange y Vodafone en caso de tener que ceñirse a la propuesta de Telefónica no son las apropiadas para acometer un plan de inversión realista.

En este sentido, Orange y Vodafone han alegado que conocer las condiciones económicas de este acceso resulta indispensable para configurar sus planes de despliegue. Así, de cara a elaborar el “*business case*”, unos precios *a priori* no razonables como los fijados en el Anexo V podrían hacer inviables determinados despliegues de forma artificial, resultando en



coberturas ineficientes. Por tanto, dados los precios incluidos en el acuerdo notificado, resulta urgente que la actuación de esta Comisión, de forma cautelar y provisional, fije unos precios razonables (sin perjuicio de las conclusiones que se alcancen en la Resolución definitiva), así como determinados criterios que faciliten a Orange y Vodafone una correcta planificación de sus despliegues.

La urgencia se justifica asimismo en la velocidad prevista del despliegue de Telefónica y Jazztel según recoge su acuerdo, así como atendiendo a los planes comunicados a esta Comisión por el primero y que se han resumido en la tabla siguiente.

Tabla 18. Despliegues previstos de fibra por parte de Telefónica y Jazztel (unidades inmobiliarias)

[CONFIDENCIAL]

Dado lo anterior, y en ausencia de servicios mayoristas que permitan replicar las ofertas basadas en redes NGA, cabe concluir que la desventaja que estos operadores afrontan al no poder iniciar el despliegue, o bien hacerlo de forma ineficiente, como consecuencia de los precios no razonables incluidos en el Acuerdo de 1 de julio de 2013 podría afectar a su capacidad de competir de forma efectiva en el mercado minorista.

III.3.3 Proporcionalidad de la medida

La fijación de las condiciones anteriores se considera idónea y plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad²⁰, habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que se trata de satisfacer y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la medida cautelar. En este sentido, la medida cautelar que se acuerda por medio de la presente Resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC).

Telefónica está ya en la actualidad sometida a una serie de obligaciones en relación con la compartición de las infraestructuras en el interior de los edificios, en virtud de la citada Resolución de esta Comisión de fecha 12 de febrero de 2009. Las medidas aquí propuestas no hacen más que concretar, de forma provisional, las condiciones de este acceso al objeto de proveer las garantías mínimas a los operadores que ahora pretenden iniciar el despliegue de redes NGA.

Las medidas aquí consideradas resultan además prudentes dado que no interfieren en modo alguno en el acuerdo suscrito entre Jazztel y Telefónica en relación con el acceso recíproco y simétrico a estas infraestructuras. Efectivamente, y sin perjuicio de las medidas finalmente adoptadas en el marco del presente procedimiento, en sede cautelar resultaría desproporcionada cualquier medida que colocara en una situación de desventaja competitiva a los operadores que, en virtud de un acuerdo de coinversión, han optado por incrementar la cobertura de redes de fibra en España.

III.4 CONCLUSIONES

Esta Comisión considera que concurren los presupuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar.

²⁰ El principio de proporcionalidad exige que los medios adoptados sean adecuados para lograr el objetivo perseguido y no rebasen los límites de lo que resulta necesario para su logro, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos, ver asunto C-331/88, *Fedesa*, sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990.



En primer lugar, la CMT está habilitada legalmente para la adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento como el presente.

En segundo lugar, existen indicios razonables para entender que concurre el suficiente *fumus boni iuris*, siendo la solicitud de intervención de la CMT por parte de Orange y Vodafone plenamente consecuente con la situación regulatoria existente en virtud de la Resolución de 12 de febrero de 2009. En particular, según dispone la citada Resolución, Telefónica debe ofrecer el acceso a los segmentos de terminación de su red de fibra a precios razonables, lo que justifica la concreción, en sede cautelar, de las condiciones económicas en que debe tener lugar dicho acceso.

En tercer lugar, en relación con la necesidad de las medidas adoptadas, las redes de fibra en el interior de los edificios suponen un cuello de botella que impide el despliegue de las redes por parte de los operadores que alcanzan los edificios en segundo y subsecuentes lugares. Por tanto, el acceso efectivo resulta necesario en la situación competitiva actual, donde los servicios mayoristas sobre las redes de fibra están limitados a 30 Mb/s, por lo que la única forma de replicar las ofertas de banda ultra-ancha es mediante el despliegue de red propia. Además, la adopción de esta medida, encaminada a eliminar los precios no razonables fijados en el acuerdo suscrito por las partes es urgente dado que es necesario para que Orange y Vodafone puedan configurar e iniciar sus despliegues.

Por último, la medida es proporcionada al limitarse a recoger el conjunto de condiciones estrictamente necesarias para garantizar la efectividad del acceso en unas condiciones de precio razonables, y sin afectar a los derechos de terceras partes como podrían ser los beneficiarios de otros acuerdos de acceso.

Conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- En relación con el reconocimiento de un derecho irrevocable de uso sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior, Telefónica deberá aplicar los siguientes precios (en euros) en función del número de operadores compartiendo las mismas:

[CONFIDENCIAL]

En relación con el precio de compraventa de las acometidas, Telefónica aplicará los precios siguientes (en euros):

[CONFIDENCIAL]

Dichos precios serán aplicables hasta el momento en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dicte una Resolución definitiva poniendo fin al presente procedimiento.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de



su notificación o, directamente, 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 la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107, 116 y 117 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 Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.