



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 17/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de mayo de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN 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 (MTZ 2008/626).

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, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 17/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

Primero.- Con fecha 11 de mayo de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la definición y 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 (en adelante, Resolución del Mercado 11). En el Resuelve de dicha Resolución se establece que TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. tiene individualmente poder significativo de mercado, y se le imponen determinadas obligaciones.

Segundo.- Con fecha 17 de diciembre de 2007, la Comisión Europea adoptó la Recomendación relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, la Recomendación) Entre los mercados que, de acuerdo con la citada Recomendación, pueden ser objeto de regulación *ex ante*, se encuentra el mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija.

Tercero.- Con fecha 17 de enero de 2008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se aprueban las conclusiones a la consulta pública sobre las redes de acceso de nueva generación ("Principios y Líneas Maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA), en adelante las Líneas Maestras).

Cuarto.- Con fecha 7 de mayo de 2008 se ha acordado el inicio del procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y la revisión del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas que constituyen el nuevo marco normativo en materia de comunicaciones electrónicas. La LGTel establece en su artículo 48.2 que *"la Comisión del Mercado de las*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones [...].”

Por su parte, el artículo 13.1 de la LGTel regulador de las obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, establece lo siguiente:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 6 del artículo 10, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones en materia de:

- a) *Transparencia, en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, y precios. En particular, cuando se impongan obligaciones de no discriminación a un operador, se le podrá exigir que publique una oferta de referencia.*
- b) *No discriminación, que garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcionen a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.*
- c) *Separación de cuentas, en el formato y con la metodología que, en su caso, se especifiquen.*
- d) *Acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización.*
- e) *Control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales”.*

Con carácter general, en cuanto al procedimiento a seguir para la imposición de obligaciones, establece el artículo 5.3.1 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), incorporando así lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva Marco), que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones notificará los proyectos de medidas que pueden tener repercusiones en los intercambios entre Estados miembros, junto a sus motivaciones, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda, así como a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de reglamentación de los otros estados miembros de la Unión Europea...”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, no siempre es preciso seguir el anterior procedimiento, existiendo la posibilidad de, ante razones de urgencia, adoptar de modo inmediato las medidas oportunas.

Así, con carácter general, y en línea con lo previsto en el artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC¹) el artículo 48.12 de la LGTel dispone que *“en el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

Más específicamente, en el marco del procedimiento de revisión de mercados, el artículo 7.6 de la Directiva Marco prevé que *“En circunstancias excepcionales, cuando una autoridad nacional de reglamentación considere que es urgente actuar, en derogación al procedimiento establecido en los apartados 3 y 4, con objeto de preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios, podrá adoptar inmediatamente medidas proporcionadas y provisionales. Deberá comunicar cuando antes dichas medidas, debidamente motivadas, a la Comisión y a las otras autoridades nacionales de reglamentación. La decisión de la autoridad nacional de reglamentación de hacer permanentes dichas medidas o de prolongar el período de aplicación de las mismas estará sujeta a las disposiciones de los apartados 3 y 4”*

Este precepto ha sido incorporado por medio del 5.6 del Reglamento de mercados que dispone que *“excepcionalmente, cuando existan razones de urgencia para preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios que no hagan posible actuar de acuerdo con los procedimientos de información pública y de notificación establecidos en los apartados anteriores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá adoptar inmediatamente medidas cautelares proporcionadas, que deberán comunicarse cuanto antes, junto a su motivación, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda, a la Comisión Europea y a las otras autoridades nacionales de reglamentación de los demás Estados miembros de la Unión Europea. La decisión correspondiente de hacer permanentes dichas medidas, o de prolongar su periodo de aplicación, estará sujeta a las disposiciones de los apartados anteriores de este artículo”*.

En definitiva, existiendo razones de urgencia, esta Comisión está habilitada para adoptar medidas cautelares con el objetivo de preservar la competencia y proteger los

¹ *“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”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

intereses de los usuarios, asegurando así el resultado del procedimiento abierto de definición y análisis del mercado reseñado.

II CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y MEDIDAS A ADOPTAR

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 cautelar². Tales requisitos son 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.
- Proporcionalidad e idoneidad de la medida. Es decir, la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales 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

²Requisitos que son equivalentes a los existentes a nivel comunitario para la adopción de medidas provisionales, ver artículos 83(2) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y artículo 104(2) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, así como asunto C-364/98 P(R), auto de 17 de diciembre de 1998, *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Comisión*, 1998 ECR I-8815; asunto C-149/95 P(R), auto de 19 de julio de 1995, *Comisión c. Atlantic Container Line AB* y otros, 1995 ECR I-2165, para. 22: *“el Juez de medidas provisionales podrá ordenar la suspensión de la ejecución y las medidas provisionales si se demuestra que su concesión está justificada a primera vista de hecho y de Derecho (fumus boni iuris) y que son urgentes, en el sentido de que para evitar que los intereses de la parte demandante sufran un perjuicio grave e irreparable es necesario que tales medidas sean acordadas y surtan efectos desde antes de que se resuelva sobre el procedimiento principal. Deben, además, ser provisionales, en el sentido de que no prejuzguen las cuestiones de hecho y de Derecho objeto del litigio ni neutralicen de antemano las consecuencias de la resolución que posteriormente se dicte en el procedimiento principal”*.

Además de los requisitos relativos a la apariencia de buen derecho y urgencia, según jurisprudencia reiterada será también necesario sopesar los diferentes intereses que concurren en el procedimiento, ver por ejemplo asunto T-191/98 R II, auto de 15 de diciembre de 1999, *Cho Yang Shipping Co. c. Comisión*, 1999 ECR II-3909.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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).

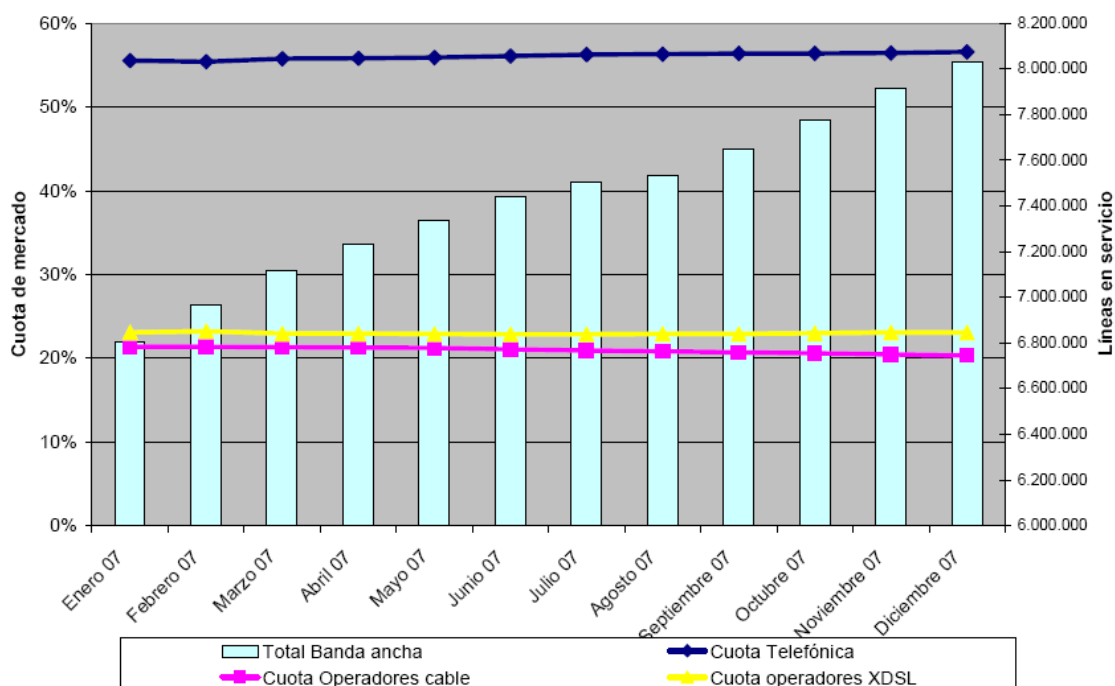
Se examina a continuación la concurrencia, en relación con el procedimiento de referencia, de los requisitos anteriores.

II.1 Apariencia de buen derecho

II.1.1 Situación en el mercado minorista

TESAU es el operador que ostenta una posición de liderazgo en los servicios de banda ancha minorista como se comprueba en el gráfico siguiente. Las principales fuentes de competencia que afronta este operador provienen de los operadores de cable (que disponen de red de acceso propia) y de los operadores que usan los servicios mayoristas de TESAU (en particular, a partir del bucle desagregado).

Ilustración 1. Evolución de la cuota de mercado de los operadores en 2007 (líneas en servicio)



TESAU mantiene una cuota estable de mercado superior al 55% y dispone de una red propia capilar que cubre todo el territorio nacional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El resto de operadores tienen una cobertura más restringida o bien sus capacidades son diferentes en función de su despliegue. Así, los operadores de cable han alcanzado con red propia el 45% de los hogares españoles³ y los otros operadores alternativos si bien alcanzan la totalidad del territorio nacional a través de los servicios mayoristas de banda ancha de TESAU, llegan de forma conjunta, al 61% de los bucles a través del acceso desagregado⁴.

En términos de las estrategias desarrolladas por los operadores en el mercado minorista, cabe poner de manifiesto la agresividad de los operadores alternativos en las zonas con cobertura LLU y ello tanto en precios como en la variedad y amplitud de sus servicios que incluyen servicios audiovisuales (TV y vídeo bajo demanda). Adicionalmente, ya sea a partir de sus propias redes o a través de cooperación con terceros, han comenzado la comercialización de paquetes de cuádruple oferta.

En definitiva, los operadores alternativos con red propia o con acceso directo se han convertido en un elemento esencial para el desarrollo y sostenibilidad de la situación competitiva en el mercado minorista de banda ancha en España, y el despliegue de nuevas redes de acceso puede producir efectos en este marco competitivo. Como se reconocía en las Líneas Maestras, este despliegue supone un reto para la actividad reguladora en tanto que *“surge la paradoja de que uno de los objetivos de la introducción de competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, como es el de fomentar la innovación y la inversión en beneficio de los usuarios, pudiera llevar aparejado un riesgo de expulsión del mercado de una parte significativa de los competidores existentes”*⁵.

En este contexto, tal y como posteriormente desarrollaremos, TESAU ha venido realizando a lo largo del 2007 y 2008 una prueba piloto en relación con sus servicios FTTN/VDSL2 y FTTH/GPON. El 3 de marzo de 2008 comunicó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones su intención de llevar a cabo, como proceso que superaba el marco de la prueba piloto mencionada, una experiencia precomercial FTTH/GPON⁶, con efectos a partir del 31 de marzo de 2008 y hasta el 30 de septiembre de 2008. La experiencia precomercial contaría con un alcance aproximado de 200.000 hogares pasados en doce ciudades españolas⁷, buscando llegar a los 5.000 hogares conectados, a los que se ofrecerían los servicios previstos bajo condiciones comerciales (incluyendo el posible desarrollo de ofertas promocionales).

³ Informe Anual 2006.

⁴ Con un total de 678 centrales habilitadas.

⁵ Resolución de 17 de enero de 2008, Anexo I, página 11.

⁶ Mediante Resolución de fecha 27 de marzo de 2008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la realización de la prueba FTTH/GPON comunicada por TESAU, pero restringió a 5.000 el número máximo de clientes que podían ser cubiertos por la citada prueba.

⁷ Las Palmas, Tenerife, Barcelona, Valencia, Madrid, Valladolid, Ávila, Guipúzcoa, Vizcaya, Zaragoza, Málaga y Sevilla.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dentro de la gama de servicios a comercializar, se incluyen en su mayoría ofertas de doble y triple paquete, con velocidades de hasta 30 Mbit/s.

Este despliegue de nueva red de acceso, sustitutiva de la de cobre, puede producir efectos en el mercado de provisión mayorista de acceso desagregado y, consecuentemente, en el mercado minorista de banda ancha, en la medida en que el producto regulado- el acceso desagregado a los bucles y subbucles metálicos-, empaquetado con sus recursos asociados, resultaría inadecuado para que los operadores alternativos pudieran hacer frente a las ofertas que TESAU esté en condiciones de comercializar en el mercado final sobre sus nuevos bucles.

II.1.2 Situación legal

Por Resolución de fecha 11 de mayo de 2006, la CMT definió y analizó el mercado de acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos a los efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales, identificando a TESAU como empresa con Poder Significativo de Mercado (en adelante PSM) en el mismo e imponiéndole, en consecuencia, la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización.

De acuerdo con la citada Resolución, dicha obligación, implica, entre otras, la de *"a)Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art. 12 de la Directiva de Acceso)"*

La Directiva 2002/19/CE, de acceso establece en su artículo 2 a) que la definición de acceso *"abarca, entre otros, el acceso a elementos de redes y recursos asociados (en particular(...)acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local);el acceso a las infraestructuras físicas, como(...)conductos..."*

En su artículo 12.1, y en cuanto a las obligaciones de acceso a imponer a los operadores PSM, dispone que las ANRs están facultadas para exigir a los operadores *"que satisfagan las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a recursos asociados así como las relativas a su utilización, entre otros casos en aquellas situaciones en las que dichas ANRs consideren que la denegación de acceso o unas condiciones no razonables de efecto análogo pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado sostenible a escala minorista o que no benefician a los usuarios finales "*; e incluye entre estas obligaciones, en el apartado a) conceder acceso *" a terceros a elementos y/o recursos específicos de las redes"* y en el f), facilitar la ubicación *"u otras modalidades de compartición de instalaciones, como conductos, edificios o mástiles"*.

El artículo 12.2 en sus letras a), b) y d) exige que, en esa tarea, las ANR tengan en cuenta, en particular, la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí, a la vista del desarrollo del mercado, la posibilidad de proporcionar el acceso propuesto, en relación con la capacidad disponible, y la necesidad de salvaguardar la competencia a largo plazo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como señala el Grupo de Reguladores Europeos (ERG) y recogen las Líneas Maestras, *“la competencia debe promoverse en el nivel jerárquico más bajo de la red en el que probablemente pueda ser efectiva y sostenible, procurando siempre mantener el nivel de competencia en infraestructuras alcanzado e incentivar su profundización”*.

TESAU, como operador tradicional, controla la red de acceso sobre par de cobre con mayor capilaridad en España, cuyo despliegue supone una inversión importante en términos económicos y de tiempo. De acuerdo con todo ello, TESAU está declarada dominante en el mercado de acceso desagregado al bucle de abonado.

Las infraestructuras de obra civil que permiten el tendido de cableados pertenecen en su mayor parte a la red de acceso basada en el uso del par de cobre e infraestructuras civiles asociadas (edificios de centrales, canalizaciones, cámaras, conductos y postes, entre otros) constituyendo recursos asociados en el sentido de la Directiva de acceso.

Por tanto, el acceso a las infraestructuras de obra civil que permiten el tendido de redes entre las centrales y los edificios o viviendas, y concretamente a las cámaras, arquetas, canalizaciones, postes o conductos del incumbente puede ser impuesto en tanto que su denegación podría suponer un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista.

II.2 Necesidad y urgencia de la medida

II.2.1 Necesidad

Para que se mantenga y aumente la competencia alcanzada en el mercado minorista de banda ancha, resulta esencial que los operadores desplieguen su propia red. Sin embargo, como se señalaba en las Líneas Maestras, constituyen *“potenciales cuellos de botella para el despliegue de redes de fibra óptica, (...); por un lado, las infraestructuras que permiten el tendido de cableados entre las centrales y los edificios o viviendas, (...)”*.

Es preciso, por tanto, tal y como pasamos a exponer, establecer medidas que garanticen el acceso de los competidores de TESAU a la infraestructura de obra civil.

a) Carácter esencial del acceso a la infraestructura de obra civil

Tal y como se afirma en las Líneas Maestras *“es esencial que la competencia alternativa y cada vez mayor que vienen forjando los operadores que contratan los servicios mayoristas del acceso al bucle desagregado del incumbente no se vea obstaculizada de forma abrupta por el despliegue de las nuevas tecnologías de fibra, tanto en sus modalidades híbridas fibra/cobre como mediante la fibra hasta el hogar, permitiendo a estos agentes la necesaria continuidad competitiva en el futuro inmediato y facilitando su migración a nuevos soportes cuando la progresiva*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*eliminación de las redes de cobre y de conmutación de circuitos hagan este proceso inevitable y necesario*⁸.

Dicha continuidad de la capacidad competitiva de los operadores alternativos, incluyendo la provisión de servicios minoristas de forma independiente, es esencial para mantener la presión competitiva sobre el operador tradicional en el nivel minorista.

En relación con esta voluntad de permitir la continuidad competitiva, debe partirse, como señaló esta Comisión en las Líneas Maestras de que *“extender las obligaciones del acceso desagregado a la fibra óptica plantearía serios inconvenientes técnicos y podría provocar un serio desincentivo a la velocidad de su despliegue”*. Dado que la obligación de desagregación de los pares de fibra óptica no es ni factible⁹ ni deseable según los objetivos que las ANRs tienen impuestos de acuerdo con el marco regulador, es necesario plantearse obligaciones *ex ante* alternativas que favorezcan las inversiones eficientes tanto del operador histórico como de los alternativos en un horizonte temporal adecuado.

En este escenario, el acceso a la infraestructura de obra civil resulta absolutamente esencial para garantizar la continuidad competitiva, máxime si tenemos en cuenta que dicha infraestructura opera como una auténtica barrera de entrada, dado que los costes de desplegarla suponen entre un 50 y un 80% del total de costes del despliegue¹⁰. De acuerdo con el ERG, la importancia de estos costes supone una barrera estructural que podría limitar fuertemente el desarrollo de redes alternativas (fuera de las áreas más pobladas) otorgando una ventaja competitiva sustancial a los operadores históricos¹¹.

En esta línea, se apuntaba también en las Líneas Maestras que *“no puede pasarse por alto que al igual que es posible que las redes NGA contribuyan a generar una competencia sostenible en determinadas zonas del país, las innumerables infraestructuras de obra civil y las elevadas inversiones que requieren podrían seguir suponiendo, en ausencia de una regulación adecuada, unos retos muy asimétricos para los nuevos entrantes.”*

⁸ Resolución de 17 de enero de 2008, Anexo I, página 24.

⁹ El sistema de despliegue adoptado por TESAU, basado en el despliegue de fibra tipo punto multi-punto (GPON - *Gigabit-capable Passive Optical Network*) conlleva importantes dificultades técnicas para su desagregación desde central. En el contexto de despliegue GPON, no existiría una fibra única desde el usuario a la central, lo que obligaría bien a desagregar conjuntos de usuarios simultáneamente (ramas GPON), o bien a disponer de complicadas preinstalaciones en el último nivel de la división óptica.

¹⁰ Ver Nota Explicativa de la Comisión Europea a la Recomendación de mercados, página 17.

¹¹ ERG *Common Position on Regulatory Principles of NGA*, páginas 40-41.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como señala el Grupo de Reguladores Europeos (ERG)¹² y recogen las Líneas Maestras, *“la competencia debe promoverse en el nivel jerárquico más bajo de la red en el que probablemente pueda ser efectiva y sostenible, procurando siempre mantener el nivel de competencia en infraestructuras alcanzado e incentivar su profundización”*.

En su Resolución de fecha 11 de mayo de 2006, la CMT en cuanto a las barreras a la entrada y de la competencia potencial en el mercado 11 realizaba especial mención a los *Obstáculos legales*, señalando que *el “establecimiento de redes, en general, y de las redes de acceso necesarias para la prestación del servicio incluido en el mercado de referencia, afrontan obstáculos legales y reglamentarios a la hora de obtener las autorizaciones necesarias para realizar su despliegue”,* añadiendo que *“los procedimientos legales para el ejercicio de los derechos de ocupación por parte de los operadores implican incertidumbre en cuanto al tiempo y condiciones en los que dicha ocupación podrá producirse, y por lo tanto, afecta a la capacidad de los operadores para tender sus redes conforme a la planificación y tiempo previstos. Por ello, en esencia, suponen una barrera de entrada legal a este mercado, cuya importancia depende de numerosos factores, pero principalmente del área geográfica en que se desea realizar la prestación del servicio.”*

Esta situación resulta especialmente relevante en un entorno en el que, no siendo ni factible ni deseable la desagregación de la fibra, resulta necesario para los operadores alternativos tender fibra, para lo cual la imposibilidad de acceso a las canalizaciones resulta una clara barrera.

A estos efectos, la presente Resolución está encaminada a asegurar la efectividad del procedimiento ya iniciado 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.

Se responde así a un objetivo doble. Por una parte, como se señalaba en las Líneas Maestras, las obligaciones impuestas deben encaminarse a *“eliminar las barreras aún existentes que impiden o dificultan el desarrollo de la inversión eficiente por parte de todos los operadores”*. Por otra parte, se debe incentivar, como forma de garantizar

¹²ERG Opinion on Regulatory Principles of NGA: *“In those instances where replication of access is not considered feasible, promoting service competition is an important goal for the NRA [...] NRAs will therefore strive to maintain the level and balance of infrastructure competition achieved”*. [“En aquellas circunstancias en las que no se considere viable la réplica del acceso, la promoción de la competencia en servicios es un objetivo importante para la ANR [...] las ANRs procurarán por tanto mantener el nivel y el equilibrio alcanzado en la competencia en infraestructuras”]



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una competencia efectiva sostenible y de forma consistente con el artículo 3.a) de la LGTel, la inversión eficiente.

En definitiva, debe imponerse el acceso a las infraestructuras de obra civil que permiten el tendido de redes entre las centrales y los edificios o viviendas, y concretamente a las cámaras, arquetas, canalizaciones, postes o conductos.

b) Concreción de las obligaciones a imponer

Las obligaciones que se imponen en la presente resolución son las detalladas en el Anexo a la misma, y consisten en:

Obligación de acceso a las infraestructuras de obra civil

En cuanto a la concreción de la obligación de acceso, como se señalaba en las Líneas Maestras *“La inclusión de un conjunto de servicios mayoristas de acceso a infraestructuras detallados en la OBA requeriría de la realización de costosos y largos estudios, que habrían de contemplar casuísticas muy variadas, lo que implicaría demoras sustanciales hasta que tal regulación detallada pudiese entrar en vigor y ser eficaz, lo que lleva a buscar inicialmente soluciones regulatorias de aplicación mas inmediata”*.

Por tanto, la obligación que se impone consistirá en atender solicitudes razonables de acceso, permitiendo así la utilización de la infraestructura.

Esta obligación se complementará con la de no discriminación, para evitar las posibles tácticas dilatorias y de discriminación de la calidad. Así, la obligación de no discriminación consiste en que los operadores con PSM en el mercado de referencia deben aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a los operadores que presten servicios equivalentes, y proporcionar a terceros servicios e información de la mismas condiciones en que los proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales. En particular, la no discriminación debe referirse tanto a la provisión del servicio, como su calidad, plazos de entrega y demás condiciones del suministro.

Igualmente, se impone también la obligación de transparencia, concretada en la obligación de TESAÚ de comunicar a los operadores alternativos que presenten una solicitud razonable toda la información necesaria de sus infraestructuras de obra civil para que los mismos puedan planificar sus peticiones de acceso. Todo ello en los términos previstos en el anexo de la resolución.

Finalmente, es necesario fijar las condiciones económicas conforme a las cuales se prestarán los servicios mayoristas anteriores. Como se ha justificado anteriormente, las infraestructuras de obra civil son recursos asociados actualmente, en su mayor parte, a la red legada (las canalizaciones son las utilizadas para los servicios soportados sobre el par de cobre). La imposición de unos precios excesivos podría suponer, *de facto*, una negativa de suministro. Por tanto, los precios que cobre TESAÚ habrán de estar orientados a costes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Bucle virtual FTTH/GPON

En un momento como el actual, en el que la oferta mayorista de acceso a la obra civil no es todavía efectiva, no sería posible replicar los servicios soportados por infraestructuras FTTH, con lo que, en la práctica, la presente medida cautelar devendría ineficaz.

En efecto, los operadores alternativos que decidan efectuar despliegue de redes de acceso, no podrán realizarlo de modo inmediato en tanto que, una vez hayan establecido sus previsiones, habrán de negociar con TESAU y, una vez acordado el acceso, habrán de realizar efectivamente el despliegue lo cual requerirá de unos plazos de tiempo relevantes.

Todo lo anterior supone que, de facto, la obligación de dar acceso a la infraestructura de obra civil de TESAU sería inicialmente ineficaz, y que por tanto TESAU no tendrá competencia en servicios de alta capacidad durante un período de tiempo ciertamente no desdeñable, lo cual en definitiva podría suponer un perjuicio para los usuarios.

Ante esta situación, y como complemento de la obligación de acceso a la infraestructura, resulta necesario establecer la obligación de TESAU de proporcionar transitoriamente un servicio que permita a los operadores acogidos a la obligación de acceso a la infraestructura de obra civil impuesta a TESAU y hasta tanto ésta no esté efectivamente disponible, y dicha disponibilidad haya sido contrastada, emular las capacidades de la red FTTH/GPON que se autopresta TESAU para la realización de sus ofertas en el mercado minorista.

Por tanto, se considera necesario que la obligación de acceso anterior se concrete al menos en un servicio mayorista que denominamos bucle virtual FTTH/GPON entregado en las centrales de cabecera óptica desde las que TESAU accede a los usuarios residentes en edificios conectados a redes locales FTTH/GPON. Esta medida, de carácter necesariamente provisional, ha de permitir, al igual que los bucles completamente desagregados y compartidos, la capacidad de diferenciación conseguida por los operadores que actualmente han desagregado bucle, con respecto a otros operadores que acceden en puntos más elevados de la red de TESAU, en tanto que aquéllos ya están presentes en las centrales en que se ofrecerá este servicio.

Adicionalmente, las funcionalidades que son capaces de ofrecer los operadores alternativos también pueden verse modificadas. En efecto, un operador que hace uso hoy del servicio de desagregación de bucle puede replicar todos los servicios minoristas de TESAU, incluyendo en particular servicios audiovisuales o de TV mediante la colocación de sus equipos en las centrales de TESAU y su conexión a los correspondientes pares metálicos. Igualmente, los operadores que hagan uso de la oferta de acceso a infraestructuras estarán en condiciones de replicar cualquier servicio minorista a través de su propia red de acceso. Dado el objetivo de asegurar la continuidad competitiva de estos operadores, el nuevo servicio de bucle virtual FTTH/GPON debe asimismo poner a los operadores en disposición de replicar las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

capacidades subyacentes de la red FTTH/GPON a cualquier servicio minorista, incluyendo las utilizadas por los servicios audiovisuales.

Así, en tanto que medida complementaria a la imposición de la obligación de permitir el acceso a las canalizaciones, este bucle virtual sólo podrá ser solicitado por quienes efectivamente pretendan desplegar su propia red, lo que implica que TESAU sólo tendrá que prestarlo a aquellos operadores que efectivamente soliciten el acceso a su infraestructura de obra civil, y sólo respecto de aquellas centrales cabecera en cuyo ámbito estén las infraestructuras cuyo acceso pretendan los operadores.

Dado que se trata de un servicio que requiere ser implementado y comprobado, se concede a TESAU un plazo de 4 meses para su puesta en funcionamiento. Transcurrido el mismo, TESAU tendrá obligación de prestarlo a todos aquellos operadores que, habiéndole solicitado acceso a su infraestructura de obra civil, requieran este servicio. En este caso, y una vez transcurridos los 4 meses señalados, TESAU habrá de ofrecerlo, en la central cabecera en cuyo ámbito esté la infraestructura, en el plazo de un mes desde la solicitud formal.

La ligazón de esta medida con la efectividad de la solicitud de acceso determinará que la falta de formalización del acuerdo de acceso, por renuncia o falta de voluntad efectiva de llegar a un acuerdo por parte de un solicitante de acceso, constatada por esta Comisión, suponga la cancelación del servicio, sin perjuicio de las medidas que deban adoptarse para evitar los perjuicios a los usuarios finales que ya estuvieran recibiendo servicios en base a este producto mayorista.

En relación con los precios, el servicio propuesto está encaminado a resolver los problemas competitivos que afrontarían los operadores alternativos en la medida que no cuenten con los servicios mayoristas de acceso a las infraestructuras de obra civil y en el interior de los edificios. Este aspecto es importante dado que, a la hora de imponer las obligaciones sobre el operador dominante, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debería observar lo previsto en el considerando 19 de la Directiva de Acceso respecto a la compatibilidad entre el incremento de la competencia en el corto plazo y el mantenimiento del *“incentivos de los competidores a invertir en instalaciones alternativas que garantizarán una mayor competencia en el largo plazo”*.

En este sentido, una vez asegurado un acceso a todos los elementos de red necesarios para replicar las ofertas minoristas de TESAU, el precio que debe fijar este operador habrá de ser razonable en términos de no discriminación, esto es, el precio fijado por el operador designado con PSM de su servicio de bucle virtual FTTH/GPON deber ser compatible con la Metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de TESAU¹³.

¹³Resolución MTZ 2006/1486, de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. y cualquier modificación semestral relevante para los servicios de banda ancha.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las obligaciones de no discriminación invocadas en relación con el acceso a la infraestructura de obra civil son también de aplicación en relación con el bucle virtual FTTH/GPON. Se justifica por tanto la imposición de la obligación adicional de no discriminación, que consiste en que los operadores con PSM en el mercado de referencia deben aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a los operadores que presten servicios equivalentes, y proporcionar a terceros servicios e información de la mismas condiciones en que los proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales.

Adicionalmente, para asegurar el cumplimiento de la obligación de no discriminación, se impone a TESAU la obligación de transparencia debiendo comunicar, en el plazo máximo de 10 días desde su consecución, cualquier contrato que suscriba con terceros en relación del servicio mayorista de referencia. Adicionalmente, por ser necesario para que los operadores dimensionen sus infraestructuras de red y conozcan las zonas y clientes donde efectivamente dispondrán de este servicio mayorista, en el marco de dicha obligación de transparencia, TESAU deberá aportar determinada información sobre su despliegue.

Finalmente, y aun cuando la presente obligación es necesariamente transitoria, no parece oportuno fijar una fecha concreta de desaparición de la misma, en tanto que será en la resolución que ponga fin procedimiento de definición y análisis comenzado, cuando habrá de abordarse esta cuestión.

II.2.2 Urgencia de la medida

II.2.2.1 Despliegue de Telefónica

Como señalábamos anteriormente, TESAU ha venido realizando a lo largo del 2007 y 2008 una prueba piloto en relación con sus servicios FTTN/VDSL2 y FTTH/GPON. El 3 de marzo de 2008, TESAU comunicó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones su intención de llevar a cabo, como proceso que superaba el marco de la prueba piloto mencionada, una experiencia precomercial FTTH/GPON¹⁴, con efectos a partir del 31 de marzo de 2008 y hasta el 30 de septiembre de 2008. La experiencia precomercial contaría con un alcance aproximado de 200.000 hogares pasados en doce ciudades españolas¹⁵, buscando llegar a los 5.000 hogares conectados, a los que se ofrecerían los servicios previstos bajo condiciones comerciales (incluyendo el posible desarrollo de ofertas promocionales). Dentro de la gama de servicios a comercializar, se incluyen en su mayoría ofertas de doble y triple paquete, con velocidades de hasta 30 Mbit/s.

¹⁴Mediante Resolución de fecha 27 de marzo de 2008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la realización de la prueba FTTH/GPON comunicada por TESAU, pero restringió a 5.000 el número máximo de clientes que podían ser cubiertos por la citada prueba.

¹⁵Las Palmas, Tenerife, Barcelona, Valencia, Madrid, Valladolid, Ávila, Guipúzcoa, Vizcaya, Zaragoza, Málaga y Sevilla.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 14 de marzo de 2008, TESAU comunicó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones su intención de llevar a cabo el lanzamiento de un servicio comercial mayorista de acceso indirecto FTTH/GPON a partir del 30 de junio de 2008. El servicio, denominado MIBA, es un servicio de acceso indirecto adaptado para la prestación de servicios finales sobre nuevos accesos FTTH/GPON, y su transporte y agregación mediante una red IP/MPLS, ofreciéndose en dos ámbitos geográficos: nacional (Madrid, Barcelona) y regional (en proceso de definición).

Estos recientes desarrollos vienen a confirmar la intensidad del despliegue FTTH/GPON llevado a cabo por TESAU, en función del cual este operador se encuentra en disposición de llevar a cabo el lanzamiento masivo a nivel minorista de servicios basados en las nuevas redes FTTH/GPON de manera casi inmediata. La propia TESAU ha hecho referencia al mes de junio de 2008 o (a más tardar) el mes de octubre de 2008 como posibles fechas tentativas para comenzar a prestar el servicio comercial a nivel minorista.

A mayor abundamiento, según los planes de TESAU, este operador estaría en disposición de desplegar 3 millones de bucles de fibra óptica para finales de 2010. Ello supone, en los 33 meses que restan hasta esa fecha (abril-2008/diciembre-2010), una tasa media de hogares pasados al mes de más de 90.000. Estas cifras suponen un impacto potencial importante para los operadores alternativos tanto para los que cuentan con infraestructuras en aproximadamente 700 centrales, lo que supone más de 8 millones de bucles (el 66% de la planta) como para los que han desplegado redes de cable. Los bucles de fibra óptica anunciados por TESAU supondrían un 40% de los accesos potenciales de estos operadores.

II.2.2.2 Existencia de razones de urgencia para preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios

La situación descrita es sumamente positiva en lo que tiene de innovación, y de hecho coloca a España en la vanguardia europea en lo que concierne a despliegue de redes de nueva generación, por lo que esta Comisión no adoptará medidas que entorpezcan artificialmente el despliegue.

Sin embargo, siendo como anteriormente describíamos esencial que todos los operadores puedan utilizar la infraestructura de obra civil de TESAU, resulta evidente que la adopción de medidas en este sentido no puede demorarse hasta la resolución del procedimiento de definición y análisis del Mercado, recién iniciado, so pena de que no exista competencia efectiva y resulten finalmente perjudicados por ello los usuarios.

En efecto, de conformidad con lo previsto en la Directiva marco y en la LGTel, el proceso de revisión de mercados está sometido a una serie de trámites procedimentales de necesario cumplimiento, incluyendo el procedimiento de consulta a nivel nacional de las medidas regulatorias propuestas, y el procedimiento de cooperación con la Comisión Europea y las demás ANRs. En el caso concreto del mercado aquí descrito, cuyo análisis podría ser conjunto con otros, el procedimiento de análisis viene también determinado por la importancia de proceder a un estudio detallado acerca de la potencial existencia de condicionantes geográficos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diferenciados para el operador declarado con PSM, como podría ocurrir en caso de que se detecten diferentes niveles de competencia en infraestructuras o a nivel de servicios. En este sentido, las Líneas Maestras señalan la importancia de llevar a cabo el análisis de mercados atendiendo a variables que permitan identificar, en su caso, zonas potencialmente competitivas. Así por ejemplo, una amplia cobertura de la desagregación del bucle, en combinación con la existencia de redes alternativas, podría suponer que en determinadas zonas se considerasen medidas regulatorias diferenciadas.

Adicionalmente, es postura de esta Comisión la de proceder al análisis con los datos más recientes de que se pueda disponer, lo que determina que, hasta que no se hayan recibido y validado todos los datos requeridos para la elaboración del informe anual (aproximadamente junio), no podrá comenzar aquel análisis.

En conclusión, esta Comisión ha comenzado un análisis de mercado que por sus propias características requiere de un período de tiempo no despreciable. La normativa existente hasta la fecha, plasmada en la resolución del mercado 11 proporciona, en principio, un marco regulatorio estable que garantiza el correcto funcionamiento del sector en tanto se procede a la revisión, tal como establece la normativa sectorial comunitaria y española, pero dado el nuevo escenario que plantean las NGAs, dicho marco debe ser inmediata y cautelarmente complementado, en los términos detallados en la presente resolución.

De no adoptarse esta medida, las obligaciones que esta Comisión termine en su caso imponiendo como consecuencia del análisis iniciado podrían resultar inoperantes, en tanto en cuanto TESAU estaría en disposición de lanzar al mercado sus productos minoristas sobre fibra antes de que se le hubiera impuesto ninguna obligación, lo cual, unido al tiempo que necesariamente conllevará la efectiva implementación de cualquier medida que se imponga, determinaría un grave riesgo para la competencia, y por ende para los intereses de los usuarios.

En efecto, cualquier retraso en la puesta a disposición de información relativa a la infraestructura de obra civil de TESAU y a su acceso tendría efectos desfavorables inmediatos para competidores que tengan previsto un proceso de inversión, y que por tanto precisan conocer a la mayor brevedad posible las posibilidades que ofrece la obra civil de TESAU a fin de estar en condiciones de realizar despliegues similares a los del operador histórico.

En el mismo sentido, y dado el plazo de tiempo que inevitablemente transcurrirá hasta que se instrumentalice el efectivo acceso a la infraestructura de obra civil, la puesta a disposición de terceros con carácter urgente de un servicio mayorista de bucle virtual FTTH/GPON que permita replicar desde las propias centrales las condiciones minoristas que TESAU está en condición de ofrecer también se asevera como una medida necesaria para permitir que el proceso innovador iniciado por TESAU sirva de acicate a su emulación por otros operadores y no provoque un retroceso en el desarrollo del mercado en condiciones de competencia efectiva.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión, la adopción de medidas cautelares resulta imprescindible por los términos y plazos en que TESAU tiene previsto llevar a cabo el lanzamiento de sus servicios sobre fibra óptica; por la importancia de dar predictibilidad a los operadores terceros en el desarrollo de sus planes de inversión; y por la necesidad de que en el más breve plazo posible existan unos servicios mayoristas sobre cuya base los operadores alternativos puedan progresar avanzando por la escalera de inversión a fin de desarrollar ofertas competitivas a las de TESAU. Cumpliéndose así el doble objetivo de fomento de la inversión eficiente en materia de infraestructuras, tanto por parte de TESAU como por parte de operadores terceros - quienes a través de las medidas propuestas podrán contar con posibilidades similares a las que se le presentan en la actualidad al operador histórico respecto al desarrollo de servicios basados sobre fibra.

II.3 Proporcionalidad de las medidas

Las medidas cautelares propuestas son idóneas y plenamente respetuosas con el principio de proporcionalidad¹⁶, habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma. En este sentido, las medidas cautelares que se acuerdan por medio de la presente Resolución no violan derechos amparados por las leyes ni ocasionan perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC).

TESAU, como operador con PSM en el mercado cuya revisión se inicia, está ya en la actualidad sometida a una serie de obligaciones regulatorias, en virtud de la resolución de esta Comisión de fecha 11 de mayo de 2006. Las medidas aquí propuestas no hacen sino garantizar la regulación que en su caso se imponga adaptándola al nuevo entorno de mercado originado a raíz del desarrollo de las redes de acceso de nueva generación y de la inminente prestación de servicios minoristas basados en FTTH por parte de TESAU. El hecho de que TESAU haya considerado de manera tentativa la prestación comercial de los servicios mayoristas aquí recogidos (acceso a la infraestructura de obra civil), o de servicios cercanos (en el caso del bucle virtual FTTH/GPON) confirma que las medidas propuestas difícilmente pueden ocasionar perjuicios de difícil o imposible reparación o implicar una violación de derechos amparados por las leyes. Efectivamente, su prestación mayorista no supone costes incrementales relevantes con respecto a sus servicios minoristas por lo que TESAU no incurre en costes irrecuperables en el caso que no se confirmen las presentes medidas. Adicionalmente, TESAU recibirá una compensación económica por la prestación de los servicios mayoristas que preste a terceros, que le permitirá obtener un margen razonable.

¹⁶El 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las medidas aquí consideradas resultan además prudentes al limitarse al acceso a las infraestructuras de obra civil y de modo complementario, al bucle virtual FTTH/GPON) y al permitir a las partes, mediante el correspondiente proceso negociador y en su caso el recurso a la capacidad de esta Comisión para la resolución de conflictos, ir ajustando su proporcionalidad.

Teniendo en cuenta lo que antecede, puede concluirse que las medidas adoptadas en sede cautelar son plenamente consecuentes con el principio de proporcionalidad, y tienen también carácter idóneo para cumplir con el objetivo perseguido (preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios, a través del establecimiento de mecanismos provisionales que permitan desde un primer momento a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con TESAU en el marco del nuevo entorno NGA).

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 5.6 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, imponer a Telefónica de España S.A.U. las obligaciones que figuran en el Anexo.

SEGUNDO.- Establecer que las obligaciones referidas en el Resuelve PRIMERO permanecerán en vigor hasta el momento en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones culmine 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,

TERCERO.- Acordar la notificación del presente acto al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda, a la Comisión Europea y a las otras Autoridades Nacionales de Reglamentación de los demás Estados Miembros de la Unión Europea. Asimismo, la presente resolución se notificará mediante su publicación en el BOE, de conformidad con lo previsto en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANEXO: OBLIGACIONES IMPUESTAS TESAU SOBRE LOS RECURSOS ASOCIADOS A LA RED DE ACCESO

1. Obligación de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil instaladas en el Dominio Público.

La efectividad de este acceso mayorista requiere la imposición de las siguientes obligaciones a TESAU:

- a) Atender las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil lo que incluye, entre otras, las canalizaciones, cámaras, conductos y postes (de conformidad con lo dispuesto en los art. 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Acceso, y en el art. 12 de la Directiva de Acceso).

Los acuerdos de acceso se deberán formalizar en el plazo máximo de cuatro meses, contados desde la fecha de solicitud iniciación de la negociación. En virtud de lo previsto en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, la CMT conocerá de los conflictos que en relación con estos accesos se planteen entre los operadores, tanto durante la negociación de los mismos como durante su ejecución. Los conflictos que se produzcan en relación con dichos acuerdos se resolverán por la CMT, en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la LGTel, en el plazo máximo de cuatro meses.

- b) Ofrecer el acceso a las infraestructuras de obra civil a precios orientados en función de los costes de producción (arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Acceso; art. 13 de la Directiva de Acceso) a los operadores que así lo soliciten

La carga de la prueba de que las condiciones económicas ofrecidas están determinadas en función de los costes corresponde a TESAU. En caso de conflicto esta Comisión fijará las condiciones económicas atendiendo, entre otros medios a los acuerdos de compartición ya firmados a día de hoy entre TESAU y otros operadores y a las resoluciones que, en relación con los conflictos sobre esta materia, ya ha dictado esta Comisión.

En todo caso, la falta de acuerdo en cuanto a las condiciones económicas no será óbice para la efectividad del acceso, aplicándose en su caso los precios acordados o decididos a posteriori por esta Comisión de modo retroactivo.

- c) No discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil (arts. 13.1 b) de la LGTel y 8 del Reglamento de Acceso (art. 10 de la Directiva de Acceso)

El artículo 10 de la Directiva de acceso detalla el alcance de la aplicación de este principio en los siguientes términos: "*el operador aplique condiciones*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones".

Este principio implica que TESAU no podrá discriminar entre terceros o respecto de sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible.

- d) Transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil (arts. 13.1.a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso).

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. En particular, y entre otros elementos, TESAU deberá comunicar la siguiente información en los plazos que a continuación se indican:

- En el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la presente Resolución, la relación de centrales cabecera óptica FTTH/GPON que haya previsto constituir hasta el año 2010, su área de cobertura y el momento previsto para que las mismas estarán operativas.
- En el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la presente Resolución, información suficiente en relación con las infraestructuras de obra civil, incluyendo el espacio disponible en sus canalizaciones, cámaras, conductos o cualquier otra instalación relevante en aquellas zonas en las que TESAU pretenda desplegar FTTH en los próximos catorce meses.
- Para el resto de su despliegue, TESAU habrá de comunicar con un año de antelación al mismo, información suficiente en relación con las infraestructuras de obra civil, incluyendo el espacio disponible en sus canalizaciones, cámaras, conductos o cualquier otra instalación relevante en aquellas zonas en las que TESAU pretenda desplegar FTTH.

Si el operador alternativo considera que la información aportada por TESAU es insuficiente para poder planificar su propio despliegue podrá plantear la cuestión ante la CMT.

Adicionalmente TESAU deberá remitir a la CMT en el plazo de 10 días desde su formalización, los acuerdos de acceso que suscriba a este respecto con terceros.

2. Obligación de proporcionar el servicio bucle virtual FTTH/GPON

En relación con las centrales cabeceras óptica FTTH/GPON en cuyo ámbito exista infraestructura de obra civil respecto de la cual algún operador haya realizado una solicitud razonable de acceso, TESAU deberá ofrecer a los operadores que habiendo realizado dicha solicitud razonable así lo requieran,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un servicio mayorista de bucle virtual FTTH/GPON que satisfaga las siguientes obligaciones:

- a) Atender, las solicitudes razonables de bucle virtual FTTH/GPON (de conformidad con lo dispuesto en los arts. 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Acceso, y en el art. 12 de la Directiva de Acceso)

La obligación anterior implica que TESAU estará obligada a facilitar un servicio mayorista de bucle virtual suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de las capacidades de la red FTTH/GPON que se auto presta TESAU para la realización de las ofertas minoristas que comercialice, bien directamente o bien a través de otras empresas de su mismo grupo.

Este servicio mayorista deberá estar disponible a terceros en las centrales cabecera óptica FTTH/GPON desde las que TESAU accede a los edificios conectados a redes locales FTTH/GPON.

TESAU tendrá plenamente operativo este servicio mayorista y deberá haberlo comunicado a la CMT y a los operadores que lo soliciten, en el plazo de 4 meses desde la publicación de la presente resolución. Transcurrido este plazo, habrá de prestarlo en cada una de las centrales cabecera en que se le solicite en los términos anteriormente expuestos, en el plazo de 1 mes desde la solicitud.

La renuncia de un operador al despliegue de su propia red, bien explícita, bien tácita a través de su constatada falta de voluntad negociadora, significará, previa resolución de esta Comisión, la cancelación del servicio de bucle virtual FTTH/GPON como servicio de acceso regulado. En ese caso se garantizará el servicio en las condiciones acordadas para los clientes existentes. Todo ello sin perjuicio de los posibles acuerdos que pudieran alcanzar libremente las partes.

- b) Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de bucle virtual FTTH/GPON a los accesos FTTH (arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Acceso; art. 13 de la Directiva de Acceso)

En ningún caso los precios ofrecidos a terceros por TESAU podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente. La CMT tendrá en cuenta a estos efectos, entre otras referencias, los criterios establecidos en la Metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de TESAU¹⁷.

En caso de no haberse llegado a un acuerdo en materia de precios, éstos se liquidarían con carácter retroactivo una vez resuelta la discrepancia.

¹⁷Resolución MTZ 2006/1486, de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. y cualquier modificación semestral relevante para los servicios de banda ancha.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso virtual a los servicios de bucle virtual FTTH/GPON (arts. 13.1 b) de la LGTel y 8 del Reglamento de Acceso; art. 10 de la Directiva de Acceso)

El artículo 10 de la Directiva de acceso detalla el alcance de la aplicación de este principio en los siguientes términos: "*el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones*".

Por tanto, TESAU implantará los medios necesarios para la provisión de los servicios mayoristas de acceso a que se refiere el apartado a) anterior, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones, incluyendo los plazos de provisión.

- d) Transparencia en las condiciones de suministro del bucle virtual FTTH/GPON (de conformidad con lo dispuesto en los arts. 13.1.a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso).

TESAU deberá remitir a la CMT en el plazo de 10 días desde su formalización, los acuerdos de acceso que suscriba con terceros.

Adicionalmente, y con el fin de permitir la contratación de los servicios mayoristas de bucle virtual FTTH/GPON, TESAU deberá poner a disposición de los operadores alternativos al menos la siguiente información:

- Estimaciones sobre las coberturas previstas por central cabecera óptica FTTH/GPON (incluyendo el porcentaje de hogares pasado por central o cualquier otra unidad relevante de cobertura). La actualización de esta información será mensual y se entregará con una antelación mínima de 12 meses.
- Información de los edificios conectados a redes locales FTTH/GPON. Esta base de datos se actualizará diariamente y se entregará con una antelación mínima de 1 mes.