



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 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), y por tanto en uso de las competencias que le otorga al Secretario el artículo 25 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo y el artículo 6.1 del citado Reglamento de Régimen Interior,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 34/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 26 de septiembre de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por Jazztel, Vodafone, Orange y Telefónica contra la Resolución de 11 de julio de 2013 por la que se adoptan medidas cautelares en relación con el acceso y compartición de las infraestructuras verticales en edificios (AJ 2013/1575 y acumulados).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 11 de julio de 2013.

Con fecha 11 de julio de 2013 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número MTZ 2013/692, 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.

La mencionada Resolución acuerda en su parte dispositiva fijar provisionalmente los precios de los servicios de acceso a las infraestructuras verticales en edificios (derechos de uso y compraventa de acometidas) de titularidad de Telefónica de España, S.A.U.; y dispone que dichos precios provisionales serán aplicables hasta el momento en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dicte una Resolución definitiva poniendo fin al procedimiento.



SEGUNDO.- Recurso de reposición de JAZZTEL.

Con fecha 12 de agosto de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL) mediante el cual presentó un recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 11 de julio de 2013 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando fundamentalmente lo siguiente:

- La falta de necesidad de la medida cautelar adoptada, al existir ya unos precios provisionales vigentes acordados por Telefónica de España, S.A.U. con los operadores Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A.U., y al existir un precedente similar con los precios provisionales de las acometidas.
- La no concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la adopción de la medida cautelar, al carecer de objeto válido, haberse adoptado inaudita parte, y no darse ni apariencia de buen derecho, ni ser necesaria ni urgente, ni existir riesgo de que se produjesen perjuicios irreparables.
- La medida cautelar adoptada es desproporcionada, por haberse adoptado sin información suficiente y sin valorar adecuadamente el impacto de la medida en el mercado y en los planes de inversión en red de los operadores.

Sobre la base de las alegaciones antes expuestas, JAZZTEL solicita que se estime su recurso y se consideren como precios provisionales vigentes los provisionalmente acordados por Telefónica de España, S.A.U. con Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A.U., y previa audiencia a los demás interesados.

TERCERO.- Recursos de reposición de VODAFONE y ORANGE.

Con fecha 12 de agosto de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de las entidades Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE) y France Telecom España, S.A.U. (en adelante, ORANGE) mediante el cual presentaron de manera conjunta sus recursos potestativos de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 11 de julio de 2013 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando fundamentalmente lo siguiente:

- La utilización de los precios del Acuerdo entre TESAU y JAZZTEL como única referencia para fijar cautelarmente los precios de acceso a las infraestructuras verticales en edificios iría contra la obligación regulatoria de establecer precios razonables, ya que los mismos serían precios excesivos de acuerdo con los criterios y las variables económicas, contables y regulatorias vigentes.
- La aplicación de una prima de riesgo sobre los precios de compartición de infraestructuras verticales del Acuerdo entre TESAU y JAZZTEL supondría un trato discriminatorio para otros operadores, al permitir a TESAU cobrar a otros operadores precios diferentes –más elevados- por el mismo servicio.
- Los precios de las acometidas incluyen conceptos adicionales de manera no razonable, de manera que llegan a superar los precios de despliegue de una infraestructura propia.
- La Resolución recurrida contendría varios errores materiales en el reparto de costes CTO –a los que no se aplicaría el WACC NGA- y costes no CTO –a los que se aplicaría



el WACC NGA-, con el resultado de que se sobrevaloraría la parte no CTO y resultarían unos precios finales más elevados.

Sobre la base de las alegaciones antes expuestas, VODAFONE y ORANGE solicitan que se estimen sus recursos y se establezcan como precios provisionales de acceso a las infraestructuras verticales en edificios los que proponen las recurrentes –más bajos que los aprobados por la Resolución impugnada-.

CUARTO.- Recurso de reposición de TESAU.

Con fecha 14 de agosto de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) mediante el cual presentó un recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 11 de julio de 2013 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando fundamentalmente lo siguiente:

- La medida cautelar se ha adoptado inaudita parte sin que se dieran las circunstancias de excepcionalidad que exige la Ley, ya que a juicio de TESAU la medida no era ni necesaria ni urgente.
- La medida cautelar contraviene lo previamente pactado por las partes en un contrato privado celebrado previamente, y por lo tanto sería contrario al principio de intervención mínima y a la regulación sectorial, ya que se interviene ante un caso de acuerdo contractual previo entre operadores y no de desacuerdo.
- No concurrirían los requisitos legalmente establecidos para la adopción de la medida cautelar, al no haber necesidad ni urgencia por existir ya unos precios pactados previamente con VODAFONE y ORANGE, y a su juicio sería además una medida desproporcionada.

Sobre la base de las alegaciones antes expuestas, TESAU solicita que se estime su recurso y se anule la Resolución de 11 de julio de 2013 y la medida cautelar adoptada.

QUINTO.- Notificación del inicio de la tramitación de los recursos de reposición y de su acumulación.

El Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó en fecha 20 de agosto de 2013 un acto por el que se informó a las entidades recurrentes y al resto de interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de los recursos de reposición antes citados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

En los mismos escritos se les informaba de la acumulación de la tramitación de los recursos en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, habida cuenta de la íntima conexión e identidad sustancial del objeto de los mismos.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, se dio traslado a los interesados de una copia no confidencial de los escritos de interposición de los recursos de reposición, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento.



SEXTO.- Resolución de 5 de septiembre de 2013 declarando la confidencialidad de parte del escrito conjunto de interposición de los recursos de VODAFONE y de ORANGE.

VODAFONE y ORANGE solicitaban en el Solicito Segundo de su escrito conjunto de interposición de sus recursos que fuese declarada la confidencialidad de determinadas informaciones, datos y de un gráfico contenidos en el mismo y señaladas expresamente como confidenciales, por tratarse de información relativa al secreto comercial de las entidades recurrentes.

El Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó en fecha 5 de septiembre de 2013 un acto por el que se notificó a las recurrentes y a los demás interesados que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC y en el artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), se había resuelto declarar la confidencialidad absoluta frente a terceros de los datos y el gráfico sobre la comparativa de precios de compartición de verticales, y para los datos y la tabla sobre la comparativa de precios de las acometidas (contenidos en las páginas 12, 22 y 23 del escrito de interposición de los recursos de VODAFONE y ORANGE), todos ellos señalados expresamente como confidenciales por la recurrente.

SÉPTIMO.- Alegaciones de los interesados.

7.1.- Alegaciones de TESAU.

TESAU efectuó alegaciones al recurso conjunto de VODAFONE y ORANGE mediante un escrito cuya entrada en el Registro General de esta Comisión fue registrada el día 3 de septiembre de 2013, en el cual manifestaba su conformidad con el recurso de JAZZTEL, y en cuanto al recurso conjunto de VODAFONE y ORANGE alegaba fundamentalmente lo siguiente:

- Que los precios cautelares fijados en el Acuerdo entre TESAU y JAZZTEL son razonables, al estar dentro de los umbrales mínimos (costes incurridos y específicos) y máximos (precios excesivos que supongan una barrera de entrada), por lo que permiten competir a otros operadores, y como ejemplo está el caso de JAZZTEL.
- Que los precios del Acuerdo entre TESAU y JAZZTEL no se han fijado intencionadamente altos sino orientado a costes reales, ni es un acuerdo simétrico al 100 por 100 sino que los costes de cada vertical compartida difieren y no cabe compensar totalmente los costes de las verticales compartidas por ambos operadores.
- Que no existe discriminación para otros operadores, ya que los precios pueden ser diferentes para cada operador en función de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, y pone como ejemplo el Mercado 15 y los precios específicos aplicados a cada Operador Móvil Virtual (OMV) por un mismo operador de red. Además afirma que en la Resolución de 12 de febrero de 2009 por la que establecen obligaciones simétricas de acceso en edificios¹ no existe la obligación regulatoria de no discriminación.

¹ Resolución del Consejo de la CMT de 12 de febrero de 2009 por la que 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 se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2008/965).



- Que en el despliegue de nuevas redes la decisión inversora corresponde en exclusiva a cada operador, y en este sentido los demás operadores siempre han conocido los planes de TESAU para despliegue de fibra en las grandes ciudades desde el año 2009, así como que la única manera de replicar ofertas de velocidades superiores a 30 Mbps es invirtiendo en redes propias.

TESAU finaliza sus alegaciones solicitando que se desestime íntegramente el recurso de reposición conjunto de VODAFONE y ORANGE.

7.2.- Alegaciones de VODAFONE y ORANGE.

VODAFONE y ORANGE efectuaron alegaciones conjuntas a los recursos de JAZZTEL y de TESAU mediante un escrito cuya entrada en el Registro General de esta Comisión fue registrada el día 10 de septiembre de 2013, en el cual manifestaban su conformidad con la intervención de esta Comisión de manera cautelar por las siguientes razones:

- Por existir en el mercado la necesidad y urgencia de que se cumpla lo dispuesto en la Resolución de 12 de febrero de 2009 y de garantizar el acceso al mismo en condiciones competitivas.
- Por ajustarse a Derecho la medida cautelar adoptada al cumplirse todos los requisitos legales: apariencia de buen derecho, necesidad y urgencia de la medida, inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación, y proporcionalidad e idoneidad de la medida.

VODAFONE y ORANGE finalizan sus alegaciones solicitando que se desestimen íntegramente los recursos de reposición de JAZZTEL y de TESAU y que se estime su recurso conjunto.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos de interposición de los recursos.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

Los escritos presentados por JAZZTEL, VODAFONE y ORANGE, y TESAU cumplen con los requisitos establecidos en los antes citados artículos 107.1 y 116.1 de la LRJPAC, ya que:

- El acto impugnado, la Resolución del Consejo de 11 de julio de 2013 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), es firme en vía administrativa, dado que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículos 107.1 y 116.1 de la LRJPAC)

- Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición, e invocan expresa o genéricamente varias causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC (fundamentalmente JAZZTEL y TESAU alegan que la medida cautelar adoptada no se ajusta a Derecho por incumplir los requisitos legales para su adopción y por ser desproporcionada, mientras que VODAFONE y ORANGE alegan que la medida era necesaria pero que es insuficiente y errónea y no se ajusta al ordenamiento jurídico, en especial a la regulación sectorial).
- Y los recursos han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos presentados por JAZZTEL, VODAFONE y ORANGE, y TESAU presentados los días 12 y 14 de agosto de 2013 como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 11 de julio de 2013 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).

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición.

Las entidades recurrentes ostentan todas ellas la condición de interesados, por cuanto que ya lo eran en el procedimiento número MTZ 2013/692 en el marco del cual se dictó la Resolución objeto de impugnación, y además se ven directamente afectadas por las disposiciones regulatorias adoptadas en la Resolución recurrida, ya que TESAU está obligada aplicar los precios provisionales fijados de manera cautelar en el acceso a sus infraestructuras verticales en los edificios, y el resto de operadores están obligados a abonar esos precios para poder tener acceso a esas infraestructuras.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a JAZZTEL, VODAFONE, ORANGE, y TESAU para la interposición de los recursos potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Los recursos de reposición interpuestos por JAZZTEL, VODAFONE y ORANGE, y TESAU cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se han



presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y vienen fundamentados en varios motivos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley:

- Los recurrentes alegan fundamentalmente que determinados aspectos del acto recurrido incumplirían la normativa y el procedimiento vigentes en materia de adopción de medidas cautelares, así como la regulación sectorial en materia de telecomunicaciones.
- Los hechos y fundamentos alegados constituirían causas de nulidad de pleno derecho por ser contrarios al ordenamiento jurídico (artículo 62.1.f) de la LRJPAC); y de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite de los recursos de reposición de JAZZTEL, VODAFONE y ORANGE, y TESAU.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición de JAZZTEL, VODAFONE y ORANGE, y TESAU objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Los citados recursos de reposición deberán ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del primero de los mismos, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos para la adopción de la medida cautelar impugnada.

JAZZTEL y TESAU cuestionan en sus recursos que se cumplan los presupuestos legales que, de conformidad con la normativa vigente, justificarían la adopción de una medida cautelar.

JAZZTEL y TESAU entienden que la medida cautelar no resulta necesaria para garantizar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento principal, puesto que la Resolución de 12 de febrero de 2009 ya establece en su Anexo de Obligaciones que la falta de acuerdo sobre las condiciones económicas no debe ser óbice para la efectividad del acceso, así como que esta Comisión puede decidir –en el caso de que sea requerida su intervención– acerca de la aplicación retroactiva de los precios fijados por el órgano administrativo. Para JAZZTEL no concurría el requisito relativo a la apariencia de buen derecho ya que los objetivos que la medida persigue deberían haberse alcanzado a través de la adopción de la Resolución definitiva que pueda recaer en el expediente, y no en sede cautelar. A mayor abundamiento, según JAZZTEL, las medidas adoptadas parecen buscar asegurar la eficacia de la Resolución de 12 de febrero de 2009, y no de la Resolución que pudiera recaer a resultas del conflicto interpuesto por VODAFONE y ORANGE, lo que también contravendría los principios que rigen la adopción de medidas en sede provisional.



Por otra parte, JAZZTEL y TESAU afirman que la medida adoptada por la Resolución impugnada no contribuye a que otros operadores cuenten con los elementos mínimos necesarios para poder planificar sus despliegues, teniendo en cuenta que los precios aprobados por esta Comisión son igual de provisionales que los precios acordados transitoriamente entre TESAU por una parte, y VODAFONE y ORANGE por otra, y que las partes habían pactado expresamente regularizar los precios en el caso de que, a través del correspondiente conflicto, esta Comisión decidiera acerca de la aplicación de unos precios diferentes a los inicialmente fijados. Para JAZZTEL los precios resultantes del acuerdo entre las partes ya resultaban suficientes para dotar a los despliegues de VODAFONE y ORANGE de las necesarias garantías, lo que confirmaría la falta de necesidad de la medida controvertida y la ausencia de urgencia pues la propia Comisión habría reconocido no disponer de los elementos de juicio suficientes para poder pronunciarse, con carácter definitivo, acerca del carácter razonable de los precios de acceso a las infraestructuras de TESAU, y una vez adoptada la medida provisional ha formulado un requerimiento de información a los operadores a tal efecto.

Según TESAU la medida cautelar adoptada sería innecesaria porque contravendría además el principio de intervención mínima de las Administraciones, puesto que la eficacia de la Resolución definitiva estaba perfectamente asegurada, dado el carácter provisional de los precios pactados por las partes (que en todo caso, serían sometidos a regularización cuando se dictase la Resolución definitiva). Además la Resolución recurrida se adoptó tan sólo unos días después de que las partes interesadas llegaran a un acuerdo sobre las condiciones técnicas y económicas (aun en sede provisional) que debían regir el acceso a las infraestructuras de TESAU. Y asimismo sería muy probable que los precios cautelares ni siquiera se lleguen a aplicar en la práctica, puesto que dados los trámites y trabajos necesarios para el acceso a las infraestructuras verticales es posible que las primeras entregas se realicen una vez se haya dictado ya la Resolución definitiva.

Y en relación con la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen vulneración de derechos amparados por las leyes, JAZZTEL alega que los precios fijados en sede cautelar no reflejan adecuadamente la prima de riesgo que debería tomarse en consideración, lo cual situaría a TESAU en una situación de indefensión ante la imposición de unos precios que no resultarían “razonables” en la práctica.

Frente a estas alegaciones hay que responder lo siguiente:

1.1.- Sobre la necesidad y urgencia de la medida cautelar adoptada.

En primer lugar, la medida provisional adoptada era necesaria y urgente para poder garantizar la creación inmediata de un marco jurídico estable, que otorgue a los operadores entrantes, y en particular a VODAFONE y ORANGE, la posibilidad de llevar a cabo con carácter inmediato sus despliegues y poder ofertar servicios competitivos de banda ancha. Dicha actuación era imprescindible dado el carácter abierto de la Resolución de 12 de febrero de 2009, que fija genéricamente los principios y obligaciones que deben imperar en la negociación de acuerdos de acceso entre las partes, pero que ha de ser objeto de concreción a la luz de los acuerdos concretos que se puedan suscribir.



Como señala repetidamente la Resolución recurrida, la urgencia de la medida adoptada se debe a que la posibilidad de llevar a cabo el tendido de fibra óptica en un breve lapso de tiempo es un elemento crítico, en un entorno en el que otros operadores (en particular TESAU y JAZZTEL) se encuentran en disposición de prestar servicios soportados sobre las nuevas redes de fibra óptica ultra-rápida a un número creciente de usuarios.

Por otra parte hay que afirmar que la medida cautelar adoptada es necesaria para salvaguardar la efectividad de la Resolución definitiva que pueda recaer en el procedimiento sobre el conflicto de acceso suscitado entre VODAFONE y ORANGE y TESAU, cuyo objeto central es precisamente establecer las condiciones económicas que deberán regir el acceso a las infraestructuras de TESAU. Ello no impide que, a los efectos de adoptar las medidas apropiadas, resulte inevitable tomar en consideración los postulados y principios fijados en la Resolución de 12 de febrero de 2009 y las obligaciones regulatorias contenidas en la misma como base para la resolución del conflicto planteado por VODAFONE y ORANGE, pero sin que dicha toma en consideración de la citada Resolución suponga una contravención de las normas jurídicas aplicables para la resolución de conflictos.

Por lo tanto la medida cautelar de fijar unas condiciones económicas competitivas para el acceso a las infraestructuras verticales era necesaria y urgente, ya que ni la posibilidad expresamente prevista en la Resolución de 12 de febrero de 2009 de aplicar con carácter retroactivo los precios definitivos que se fijen a posteriori, ni el acuerdo entre las partes acerca de la futura regularización de los precios provisionalmente acordados en caso de que esta Comisión proceda a su revisión, constituyen garantías suficientes para que los operadores entrantes puedan acometer una decisión tan relevante como es la decisión de invertir en el despliegue de redes NGA. Y la prueba de ello es la decisión de VODAFONE y ORANGE de solicitar la intervención regulatoria para fijar los precios aplicables al acuerdo alcanzado con TESAU inmediatamente después de suscribir dicho acuerdo (en concreto, el mismo día en que se firmó el acuerdo), solicitando que se fijen cautelarmente unos precios provisionales que *“asienten las garantías mínimas necesarias para poder iniciar nuestros despliegues”*. En efecto, aún cuando los precios fijados con carácter provisional serán susceptibles de revisión y regularización una vez se adopte la resolución definitiva, la Resolución recurrida ya sienta los principios y criterios que regirán la fijación de los precios de acceso a las infraestructuras de TESAU, dotando así al sector de un marco jurídico suficientemente previsible y claro.

1.2.- Sobre los precios no razonables del Acuerdo y la necesidad de condiciones competitivas para fomentar la inversión en redes.

La Resolución recurrida concluye que los precios provisionales incluidos en el Acuerdo entre TESAU y VODAFONE y ORANGE no son razonables, lo que supone, al contrario de lo que sugieren las alegaciones de JAZZTEL y de TESAU, un cambio sustancial para los operadores que están confeccionando sus planes de despliegue, dado que cuentan con una información sobre los costes subyacentes con la que hasta ese momento no contaban.

La Resolución recurrida también se refiere a la importancia que tiene poder elaborar un plan de negocio para el despliegue de red sobre la base de unos criterios y unos precios razonables y predecibles, que aseguren una correcta adecuación entre las inversiones a acometer y el nivel de cobertura que se pretende alcanzar a través de dicha inversión. En efecto, la aplicación de unos precios no razonables (como podrían ser los precios propuestos por TESAU) podría hacer inviable el despliegue en determinadas zonas de



cobertura que sin embargo quedarían cubiertas en el caso de que los precios se fijaran respetando escrupulosamente los criterios sentados en la Resolución de 12 de febrero de 2009.

Esta conclusión también se desprende de la propia lectura de la letra del Acuerdo suscrito en fecha 1 de julio de 2013, donde en materia de precios (Cláusula Novena) se señala expresamente que ante la falta de acuerdo sobre los precios aplicables a los servicios de acceso, se pactan provisionalmente unos precios hasta que esta Comisión resuelva formalmente sobre los precios definitivos aplicables al Acuerdo. Es decir, del conflicto de acceso planteado por VODAFONE y ORANGE se desprende que los precios incluidos en dicho Acuerdo eran provisionales y fijados unilateralmente por TESAU, y no libremente acordados entre las partes, como parecen querer indicar las alegaciones de JAZZTEL y de TESAU.

No obstante todo lo anterior, y una vez fijados los precios provisionales de manera cautelar, la fijación definitiva de los precios deberá producirse a través de la correspondiente Resolución definitiva del procedimiento, hecho que justifica que esta Comisión continúe con la instrucción del procedimiento y formule los requerimientos de información que estime necesarios para la instrucción del procedimiento.

1.3.- Sobre la adopción de la medida cautelar inaudita parte.

Frente a la alegación de JAZZTEL y TESAU criticando la adopción de las medidas cautelares inaudita parte hay que responder que la Resolución recurrida destaca la importancia que el acceso a las infraestructuras verticales tiene para el despliegue de redes NGA en España (habiéndose constituido dicho acceso simétrico, junto con el acceso a la infraestructura pasiva de TESAU, en el eje de la regulación de las redes de fibra óptica hasta el momento), lo que justifica por sí mismo la necesidad de dar contenido con carácter inmediato a las obligaciones establecidas en la Resolución de 12 de febrero de 2009.

Todo ello, junto con la urgencia antes señalada, justifica la rápida adopción de la medida cautelar y que se haga inaudita parte, lo cual se hace al amparo de la normativa vigente al respecto (el artículo 72 de la LRJPAC), y sin que se produzca indefensión alguna pues las partes pueden recurrir en vía contenciosa la Resolución cautelar, y asimismo a posteriori pueden presentar alegaciones en el procedimiento y, cuando se dicte la Resolución definitiva, recurrirla igualmente.

SEGUNDO.- Sobre los precios provisionales fijados cautelarmente.

En relación con los precios fijados en la Resolución recurrida, VODAFONE y ORANGE estiman que esta Comisión no puede adoptar como referencia los precios acordados entre TESAU y JAZZTEL porque éstos únicamente pueden aplicarse en un contexto de acceso simétrico, en el que los importes a pagar se compensan simétricamente al acceder al mismo número de hogares, y no resultaría un saldo deudor para ninguna de las partes, lo cual incentivaría a fijar precios elevados para evitar la entrada de terceros operadores. Pero por el contrario en un contexto asimétrico, como en el que accederían estos operadores, los precios resultarían excesivos y supondrían una barrera a la entrada, y como ejemplo de que los precios de este acuerdo no son razonables señalan que les resultaría más costoso compartir a 3 que desplegar compartiendo solo a 2.



Así, VODAFONE y ORANGE consideran que, frente a los precios excesivos del Acuerdo entre TESAU y JAZZTEL, su propuesta de precios *“reflejarían la realidad competitiva actual, y constituyen una referencia inexcusable de los costes (...)”*. Sin perjuicio de lo anterior, estos operadores consideran que esta Comisión también podría haber utilizado los resultados del modelo de costes desarrollado por la consultora WIK.

En respuesta a esta alegación hay que rebatir algunas de las afirmaciones que realizan VODAFONE y ORANGE en relación con la razonabilidad de los precios acordados entre TESAU y JAZZTEL:

Si bien el razonamiento de VODAFONE y ORANGE de que existen incentivos para fijar precios de acceso elevados puede ser válido para TESAU, existen más dudas que también lo fuera desde la perspectiva de JAZZTEL, ya que este operador se encuentra en una situación muy diferente a la TESAU pues si bien en el momento actual accede de forma simétrica, es muy probable que la huella que alcance con el actual acuerdo, de 3 millones de hogares, resulte insuficiente para mantener una oferta competitiva a medio y largo plazo. En este contexto, JAZZTEL podría requerir de un acceso asimétrico en el medio y largo plazo, viéndose obligada a pagar los precios supuestamente excesivos que ha acordado con TESAU, por lo que los supuestos incentivos a fijar precios elevados no son tan claros.

Por otro lado hay que criticar las continuas referencias de VODAFONE y ORANGE a los costes (ya sean los de la RFQ realizada por estos operadores o por los costes del modelo de WIK) para analizar y juzgar los precios del acuerdo entre TESAU y JAZZTEL. Es preciso recordar que la Resolución de 12 de febrero de 2009 no impuso la orientación de los precios a los costes en el acceso a las infraestructuras verticales en el interior de los edificios, por lo que no se puede concluir que los precios de dicho acuerdo no sean razonables únicamente sobre la base de que son superiores a los costes, dado que no es ese el estándar a utilizar. Por este motivo, esta Comisión analizó el impacto que tendría sobre los costes de despliegue aplicar los precios fijados cautelarmente, siendo éste reducido y en ningún caso configurándose como una barrera a la entrada como pretenden estos operadores.

TERCERO.- Sobre el carácter presuntamente discriminatorio de la medida cautelar adoptada.

Según VODAFONE y ORANGE la medida cautelar adoptada, y en particular, la aplicación de una prima de riesgo sobre los precios del acuerdo entre TESAU y JAZZTEL, supone un tratamiento discriminatorio, lo cual resultaría contrario a lo establecido en el artículo 11.5 de la LGTel y al criterio de la Comisión Europea en su Recomendación sobre la regulación de los mercados de banda ancha², en virtud del cual la decisión por parte de una Autoridad Nacional de Reglamentación de no orientar los precios de acceso a insumos mayoristas en función de los costes sino atendiendo a criterios de razonabilidad (como ocurriría en el presente caso) debe venir acompañada de la adopción de una serie de medidas de salvaguardia, incluyendo en particular una aplicación estricta del principio de no discriminación.

² En particular, en la carta de comentarios de la CE de 27 de junio de 2013 en los asuntos ES/2013/1465-6 (revisión de precios de los servicios regulados en los mercados de acceso (físico) al por mayor en una ubicación fija y acceso de banda ancha al por mayor en España).



Frente a las alegaciones antes enumeradas hay que responder en primer lugar que, en relación con las alegaciones de VODAFONE y ORANGE sobre una eventual fijación de precios discriminatorios es preciso considerar, en primer lugar, que las referencias utilizadas relativas a la Recomendación de la Comisión Europea no tienen relación con el principio de no discriminación en precios, objeto del presente procedimiento, sino con las condiciones de acceso. Por tanto, no cabe considerar como válida la vinculación entre el principio de no discriminación y la obligación de precios razonables realizada por VODAFONE y ORANGE en su recurso.

Además la citada Recomendación de la Comisión Europea alude al marco normativo que debe regular el acceso mayorista a los insumos de fibra óptica que un operador con poder significativo de mercado ha de poner a disposición de terceros en el ámbito de la regulación de los Mercados 4 y 5, por lo que dichos pronunciamientos no son de aplicación al presente caso, donde las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión tienen carácter simétrico (independientemente de la condición de operador con poder significativo en el mercado de TESAU) y se aplican a todo agente que sea el primero en instalar recursos de red de fibra en el interior de los edificios.

Finalmente debe recordarse que esta Comisión decidió en su Resolución de 12 de febrero de 2009 no imponer a los operadores la obligación regulatoria de no discriminación (al igual que no lo hizo, por ejemplo, en el marco de la Resolución de 2 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil-Mercado 15), por lo que nada impide a TESAU o a cualquier operador fijar condiciones diferentes de acceso.

En relación con la consideración del principio de no discriminación como un principio general que debe guiar toda la actuación regulatoria, el artículo 11.5 de la LGTel establece que *“Las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo [acceso a las redes y recursos asociados e interconexión] serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias”*.

Es decir, de la lectura del precepto se desprende que los criterios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y carácter no discriminatorio de las medidas que pueda adoptar esta Comisión son criterios que indudablemente deben guiar la actuación de la Administración, y a través de los cuales se busca garantizar el carácter equitativo y proporcionado de las resoluciones que este organismo debe dictar. Sin embargo, no puede concluirse la existencia de un principio general y absoluto de no discriminación que vincularía a todos los operadores en sus relaciones con otros agentes económicos, y que se manifestaría en aquellas instancias en que el Regulador debiera pronunciarse a través de la resolución del correspondiente conflicto o de las materias objeto de un procedimiento concreto.

De hecho una interpretación conforme a la cual el principio de no discriminación fuera de aplicación general e incondicional sería difícilmente conciliable con las previsiones contenidas en el artículo 10 de la Directiva 2002/20/CE de Acceso y en el artículo 13 de la LGTel (así como en el artículo 8 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), preceptos en virtud de los cuales la imposición de una obligación de no discriminación debe ser el resultado de un análisis de mercados (o de un procedimiento equivalente de imposición de obligaciones simétricas) que determine la existencia de una



empresa con poder significativo de mercado o de un fallo en la dinámica del mercado, quedando al criterio de la Autoridad Nacional de Reglamentación la decisión acerca de las medidas concretas que se entiende son más apropiadas para remediar dichos problemas (incluyendo, o no, la obligación de no discriminación, según las circunstancias concretas de cada caso).

Por otra parte no pueden considerarse tampoco válidas las alegaciones de VODAFONE y ORANGE en relación con el hecho de que haya sido TESAU la operadora que haya impedido un acceso, y que ahora sea prácticamente imposible un acceso simétrico dado que TESAU ya cuenta con cobertura en las zonas más rentables. En este sentido es preciso destacar que esta Comisión ya en 2008 fijó cautelarmente las condiciones necesarias para permitir los despliegues de los operadores alternativos, y de forma definitiva en su Resolución de 12 de febrero de 2009, por lo que tanto VODAFONE como ORANGE pudieron empezar a desplegar sus propias infraestructuras hace ya 4 años. Por lo tanto, si ambos operadores han decidido esperar a 2013 para iniciar el despliegue de sus redes de acceso de fibra habrá sido el resultado de una decisión empresarial, ya que los instrumentos regulatorios para que pudieran hacerlo desde 2009 ya existían (y existen).

Por último hay que señalar que, por definición, una situación discriminatoria supone tratar de forma diferente situaciones análogas, o tratar de forma similar situaciones diferentes. La Resolución recurrida estableció los motivos por los que el hecho de realizar un despliegue simétrico, incrementando la huella de cobertura de la red de fibra, no podía considerarse una situación análoga a la petición de acceso realizada por VODAFONE y ORANGE, que no cuenta con compromiso alguno sobre despliegues adicionales a los despliegues verticales realizados por TESAU. Por este motivo, esta Comisión aplicó situaciones económicas diferentes, reflejadas en la aplicación de una prima de riesgo sobre los precios del Acuerdo entre TESAU y JAZZTEL.

CUARTO.- Sobre el nivel de la prima de riesgo fijada en la resolución recurrida.

VODAFONE y ORANGE consideran que no puede aplicarse una prima de riesgo sobre los precios acordados entre JAZZTEL y TESAU dado que fue este último operador el que no permitió un acuerdo simétrico entre las partes, siendo el operador que cuenta con mayor número de accesos instalados.

En cuanto al nivel concreto de la prima de riesgo, JAZZTEL considera que la prima de riesgo aplicada es demasiado reducida dado que es la misma que la aplicada al servicio NEBA que permite menores prestaciones, y no refleja adecuadamente los riesgos enfrentados por los operadores que están desplegando redes y aportando una cobertura adicional; mientras que por el contrario VODAFONE y ORANGE consideran que el 15,29% aplicado como aproximación a la prima de riesgo es excesiva porque los precios fijados por el acuerdo entre TESAU y JAZZTEL deberían ya considerar los costes de capital.

Frente a las alegaciones antes citadas hay que responder que la prima de riesgo adoptada de manera cautelar, considerando los costes de capital y otros factores conexos, es la más proporcionada y conveniente por las siguientes razones:

- Esta Comisión pretendía valorar, con el diferencial impuesto, las diferentes modalidades del acceso que supone un acuerdo simétrico y asimétrico. Por tanto, el hecho de que potencialmente los precios del Acuerdo entre TESAU y JAZZTEL ya incluyeran el coste



de capital -hecho que no ha sido comprobado ni probado por las entidades recurrentes- no es relevante, dado el objetivo del *mark up* adoptado en la Resolución recurrida.

- Por otra parte, la comparación directa con un servicio mayorista tampoco es posible dado que, si bien es cierto que NEBA permite unas menores opciones de diferenciación, como es la limitación en 30 Mb/s, también lo es que los riesgos e inversiones asociadas al proyecto de despliegue de VODAFONE y ORANGE tampoco son comparables al escenario de acceso mayorista.

En definitiva, y sin perjuicio de la decisión que se adopte en la Resolución definitiva, esta Comisión estima que la prima de riesgo fijada, basada en Resoluciones anteriores de esta Comisión, es la aproximación más justificada en sede cautelar.

QUINTO.- Sobre el presunto error material existente en la resolución recurrida.

VODAFONE y ORANGE observan en la Resolución recurrida un error material derivado de que esta Comisión, al fijar los precios, “*considera que el precio del acuerdo provisional incorpora solo el mark up del 52,09% sobre la parte no CTO*”. Esto sobrevaloraría, según estos operadores, la cuantía asignable a la parte no CTO y resultaría en un precio final más elevado.

En relación con estas alegaciones, esta Comisión considera que los precios fijados en la Resolución son consistentes con el razonamiento que ésta contiene. Así, los precios que se han tomado como referencia, de acuerdo con lo establecido por la Resolución recurrida, son los del Acuerdo entre TESAU y JAZZTEL (y no como pretende VODAFONE y ORANGE, los del acuerdo provisional entre TESAU y ambos operadores).

A partir de estos precios se ha calculado el importe asignable a la actualización de la CTO por diferencia entre el precio con actualización y sin actualización. A estos importes se le aplica la prima de riesgo fijada de la forma siguiente:

$Precio\ sin\ actualización\ CTO_{Cautelar} =$	$1,1529 \times Precio\ sin\ actualización\ CTO_{Acuerdo\ Jazztel\ Telefónica}$
$Precio\ con\ actualización\ CTO_{Cautelar} =$	$(Precio\ con\ actualización\ CTO_{Acuerdo\ Jazztel\ Telefónica} - Precio\ sin\ actualización\ CTO_{Acuerdo\ Jazztel\ Telefónica}) + Precio\ sin\ actualización\ CTO_{Cautelar}$

Por tanto, no existen los errores materiales alegados por VODAFONE y ORANGE.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones



RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades Jazz Telecom, S.A.U., Vodafone España, S.A.U., France Telecom España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de julio de 2013 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.

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 por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo 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, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en 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.

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.