



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 29/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 31 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCION DE FECHA 8 DE MAYO DE 2008 PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO PARA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DEL MERCADO DE ACCESO (FÍSICO) AL POR MAYOR A INFRAESTRUCTURA DE RED (INCLUIDO EL ACCESO COMPARTIDO O COMPLETAMENTE DESAGREGADO) (AJ 2008/1006).

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades Telefónica de España, S.A.U., Euskatel, S.A., France Telecom España, S.A., Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A., Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), Jazz Telecom, S.A.U. y Colt Telecom España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 8 de mayo de 2008 para la adopción de medidas cautelares en relación con el procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija, la designación del operador con peso 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), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 29/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1006):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO.- OBLIGACIONES IMPUESTAS A TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN LA RESOLUCIÓN DE 8 DE MAYO DE 2008

Con fecha 8 de mayo de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución mediante la cual se adoptaron una serie de medidas cautelares en el marco 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 del operador con peso 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 (en adelante, MTZ 2008/626).

El resuelve de la precitada resolución dispone en sus apartados Primero y Segundo lo siguiente:

“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

..”

Las obligaciones que figuran en el Anexo al que se refiere el Resuelve Primero anterior, sin perjuicio de la concreción que de las mismas se hace en el propio Anexo, son las siguientes:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Para la efectividad de este acceso mayorista se le impone a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU), las siguientes obligaciones:

- a) Atender las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil lo que incluye, entre otras, las canalizaciones, cámaras, conductos y postes.
- 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 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y 11 del Reglamento de Acceso¹; art. 13 de la Directiva de Acceso²) a los operadores que así lo soliciten.
- 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), que 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), que supone la obligación de 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, y en particular aquella información relacionada en el propio Anexo.

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

¹ 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.

² Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) Atender, las solicitudes razonables de bucle virtual FTTH/GPON.

Dicha obligación 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 autopresta TESAU para la realización de las ofertas minoristas que comercialice, bien directamente o bien a través de otras empresas de su mismo grupo.

- b) Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de bucle virtual FTTH/GPON a los accesos FTTH.

c) Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso virtual a los servicios de bucle virtual FTTH/GPON 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.

TESAU deberá remitir a la Comisión 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.

SEGUNDO.- RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR TESAU

Con fecha 19 de junio de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la entidad TESAU por el que interpone recurso de reposición contra la resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada solicitando la nulidad de pleno derecho de la misma, o subsidiariamente,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modificar la resolución cautelar en el sentido de mantener únicamente la obligación de proporcionar acceso a las infraestructuras instaladas en el dominio público adaptando dicha obligación a los términos del servicio descrito en el recurso, sobre la base de las siguientes alegaciones:

1. **Que se ha vulnerado el procedimiento habilitador de la adopción de la medida cautelar**

a) **Falta de motivación**

TESAU señala que de conformidad de los artículos 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 (en adelante, Reglamento de Mercados) y 7.6 de la Directiva Marco³ la adopción de una medida cautelar de esta naturaleza requiere “*un régimen reforzado que endurece los requisitos o presupuestos exigibles ordinariamente para dictar medidas provisionales*”, exigiendo por tanto un plus de motivación que va más allá de la impuesta en el artículo 54.1 d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) para cualquier medida provisional del artículo 72 de la misma Ley.

Según la entidad recurrente la Comisión no ha ponderado, “*siquiera indiciariamente*”, las razones por las que las pretendidas razones de urgencia han imposibilitado la tramitación del procedimiento ordinario de publicación y notificación previsto en el artículo 5 del Reglamento de Mercados.

b) **Ausencia del trámite de audiencia preliminar**

TESAU manifiesta que nos encontramos ante una medida dictada “*inaudita parte*”, siendo el trámite de audiencia preliminar un trámite necesario para valorar los elementos de juicio suficientes para la adopción de la medida.

Según la entidad recurrente la omisión de este trámite “*afecta nuclearmente a la legalidad de la decisión cautelar*”.

2.- **Que no se dan los requisitos necesarios para la válida adopción de la medida cautelar**

a) **Ausencia de apariencia de buen derecho**

TESAU alega que esta Comisión trata de justificar la concurrencia de este requisito en la posición de liderazgo del operador en el mercado minorista de

³ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

banda ancha durante el año 2007 y como elemento agravante, el alcance de la prueba piloto efectuada por la misma aún a pesar de que esta Comisión conoce que el alcance de la prueba piloto es ciertamente limitada tanto en el caso del VDSL2 como en el de FTTH.

Asimismo, la recurrente señala que viene suscribiendo voluntariamente acuerdos para el uso de sus infraestructuras.

b) Ausencia de necesidad y urgencia para garantizar la eficacia de la decisión que pudiera recaer

Vuelve a señalar que esta Comisión conoce que ya ha firmado con otros operadores de cable acuerdos para la compartición de sus infraestructuras lo que *“es algo más que un mero indicio de la inexistencia del requisito de urgencia en la adopción de la medida cautelar”*.

A lo anterior añade que *“la regulación de las nuevas redes NGA es tan importante y tiene tantas implicaciones para el futuro que necesita de un detallado análisis de mercado que tenga en cuenta todos los aspectos e implicaciones. Es precipitado tomar en este momento inicial del análisis, medidas cautelares de tanto calado y consecuencias a tan largo plazo como las tomadas por la CMT”*.

c) Vulneración del principio de proporcionalidad

Señala que no se respeta el principio de proporcionalidad cuando la decisión está desconectada de la finalidad a la que aparentemente se orienta, que tratándose de un acto cautelar esa finalidad es siempre provisional respecto de la que vaya a recaer en el procedimiento y que de ello se desprende que la decisión cautelar está limitada en el sentido de no prejuzgar el fondo del asunto.

Asimismo, considera que *“nos encontramos ante una decisión con una clara vocación de permanencia que choca con la temporalidad derivada de la nota de provisionalidad de toda decisión cautelar. Dicho con otras palabras, el resultado del análisis de fondo se está predeterminando de antemano, valga la redundancia, por la vía de imposición de las obligaciones controvertidas, lo que contraviene la prohibición de prejuzgar en sede cautelar el fondo de la cuestión a decidir en el seno del procedimiento”*.

3.- Que la obligación de proporcionar el servicio de bucle virtual FTTH/GPON es de imposible cumplimiento

TESAU invoca la nulidad parcial de la resolución cautelar por la imposibilidad de implementar la obligación del bucle virtual.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha imposibilidad se manifiesta, según TESAU, en las siguientes causas:

- No existe experiencia previa en la provisión de servicios mayoristas de difusión de IPTV a nivel mundial.
- En relación a la implementación de protocolos, las iniciativas existentes para definir una arquitectura mayorista se están analizando en la actualidad en foros y siempre de manera teórica. No existe ningún antecedente de llevar estas arquitecturas a modelos y equipos reales.
- Existen limitaciones en los equipos de acceso. En el caso del tráfico multicast es compartido por todos los usuarios, mientras que el unicast es independiente por usuario. Esto complica el control de ancho de banda por cliente. Los fabricantes de OLT no ofrecen la posibilidad de control de capacidad por usuario.

Esto, señala TESAU, implica que la calidad del servicio de un usuario puede verse afectada por los otros clientes que cuelgan de esa misma fibra.

- Existen limitaciones de gestionabilidad del servicio mayorista de IPTV por los siguientes motivos:
 - No existe ningún estándar a nivel mundial que permita medir la calidad de la señal de TV que recibe un cliente.
 - No existen sistemas que permitan monitorizar extremo a extremo la calidad de una red de distribución de televisión a usuarios finales.
 - No existen Herramientas de Explotación a nivel de cliente.

4.- Que la medida es nula de pleno derecho al establecerse obligaciones al margen del procedimiento establecido en la normativa legal y reglamentaria

En su escrito de recurso la entidad TESAU señala que el servicio mayorista de Bucle virtual FTTH/GPON es un servicio similar al que en la actualidad tienen disponible a través de la desagregación de bucle y que le permite al operador alternativo replicar todos los servicios minoristas de ésta, incluyendo los servicios audiovisuales o de TV mediante la colocación de sus equipos en las centrales de Telefónica.

Según TESAU dicho servicio se encontraría incluido en el mercado 5 de la Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*⁴ (en adelante, Recomendación 2007) y no en el mercado 4 de la misma Recomendación. Ello implica, a juicio

⁴ 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de TESAU, la adopción de una medida cautelar al margen del procedimiento legal, ya que la apertura del procedimiento de análisis del mercado 5 todavía no se habría producido.

5.- Sobre la obligación de transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil.

TESAU indica que la información sobre previsiones de despliegue no puede tomarse como definitiva y cerrada pues concurren una serie de factores que hacen que las previsiones sean meramente aproximadas.

Asimismo señala que dicha información no debería ser puesta a disposición de terceros por formar parte del plan de negocio de la entidad.

6.- Sobre la necesidad de una reserva de capacidad vacante (labores de mantenimiento, asegurar el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal, futuras necesidades, etc.)

Señala que es notorio que las infraestructuras de telecomunicaciones de las que dispone, especialmente en ámbitos urbanos, constituyen un recurso escaso y que en las infraestructuras de TESAU ya existentes dimensionadas y construidas únicamente para su uso, nos encontramos con evidentes limitaciones de espacio, por lo que se considera imprescindible: i) un conducto para actuaciones de reserva operacional para uso común de los operadores que, en su caso, comparten la infraestructura, ii) un conducto para que pueda hacer frente al cumplimiento de las obligaciones del servicio universal a las que sigue sujeta y iii) un conducto para el despliegue previsto por TESAU de sus propias redes de fibra óptica, de cara a la prestación de nuevos y más avanzados servicios de telecomunicación.

7.- Sobre el ámbito territorial y temporal de aplicación de las medidas cautelares de compartición de infraestructuras

TESAU propone que la obligación genérica de compartición no se extienda sobre aquellas infraestructuras cuya fecha de inicio de ejecución sea posterior a la implantación efectiva del servicio, entendiéndose por tal la de 16 de octubre de 2008, *“en la que está previsto que se encuentren operativos, aunque sea en fase de contingencia, los procedimientos que se están preparando por Telefónica para la atención efectiva de solicitudes razonables de compartición que puedan formular terceros operadores”*. Y señala que, si no se realizara lo anterior, se correría el riesgo de que *“con motivo de la dotación de infraestructuras de telecomunicaciones en nuevas actuaciones urbanísticas, los operadores optasen indefinidamente por no mostrar interés en el despliegue inicial para, inmediatamente después de su diseño y ejecución sólo por Telefónica (y en ocasiones con algunos operadores de cable), solicitar a ésta su compartición, con las consiguientes ineficiencias prácticas en su operación y*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mantenimiento, y posibilidad de inexistencia de recursos vacantes, además de pervertir así claramente los principios generales de la cautelar que, en aras a la promoción de la inversión eficiente, orientan la legislación sectorial”.

8.- **Sobre la obligación de orientación a costes de los precios que Telefónica de España deberá negociar con los operadores para la compartición de infraestructuras**

Señala que la obligación mencionada en el epígrafe también supone un claro desincentivo a que los operadores se comprometan a invertir a largo plazo en el nivel más bajo posible ya que *“siempre será más rentable alquilar a costes”* las infraestructuras que vayan necesitando que arriesgarse a invertir pensando en el largo plazo.

Señala que es preciso que esta Comisión realice un análisis coste- beneficio de las medidas propuestas tratando de cuantificar el coste que supone para el operador obligado y el beneficio que se genera para los usuarios finales y que, en atención al principio de proporcionalidad, esta Comisión debería favorecer aquellas obligaciones menos intervencionistas, de manera que, si éstas son suficientes para subsanar el fallo, no se impondrán las obligaciones que implican un mayor grado de intervención.

Por lo anterior señala que, dado que en el mercado ya existen acuerdos de acceso a las infraestructuras de obra civil, *“parece justo suponer que una obligación a precios razonables bastaría para garantizar la razonabilidad en las condiciones económicas de acceso a estas infraestructuras”.*

Señala que la existencia de estos acuerdos demuestra que el posible mercado de conductos funciona en condiciones de competencia efectiva, en el que sin necesidad de una oferta regulada se alcanzan acuerdos que permiten el desarrollo de la infraestructura de diferentes agentes.

TERCERO.- RECURSO PRESENTADO POR EUSKALTEL, S.A.

Con fecha 23 de junio de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por la entidad EUSKALTEL, S.A. (en adelante, Euskatel) por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente Resolución.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la resolución recurrida sobre la base de las siguientes alegaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.- Las medidas cautelares han sido adoptadas prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido

Señala que, dado que la propia Comisión ha previsto que los mercados relevantes deberían estar regulados a finales de año y que la importancia cuantitativa del despliegue de la nueva tecnología es relativa, le sorprende la “*perentoriedad apreciada por esta Comisión*” tanto más cuando la efectividad de las medidas adoptadas se puede demorar hasta bien entrado el tiempo en que la regulación definitiva del mercado entre en vigor.

Asimismo manifiesta que si a esta Comisión le preocupaba el efecto del despliegue de la NGA⁵ de TESAU, ya había tenido ocasión bastante antes de comenzar el procedimiento de regulación del mercado. Por lo tanto, a juicio de ESUKALTEL, la Resolución resulta nula de pleno Derecho por haber resuelto unas medidas cautelares sin concurrir el requisito de la urgencia para su adopción, prescindiendo en consecuencia del procedimiento legalmente establecido para su actuación.

2.- La resolución quiebra el principio de proporcionalidad

Señala que esta Comisión únicamente contempla los efectos de la medida en TESAU ignorando al resto de operadores y se “*está obligando al incumbente a ofrecer al resto de operadores sus infraestructuras de obra civil a precios orientados en función de los costes de producción. La consecuencia directa de tal medida es que se está valorando la red de Euskaltel, cuyo trazado físico es muchas veces paralelo al de la red de TESAU, con un método que, en una primera aproximación habrá de dar un valor extraordinariamente bajo al referirse al coste de construcción que históricamente ha tenido la red de TESAU, con lo que ello supone la desvalorización de la red de Euskaltel, lo cual no se ajusta a derecho.*”

A lo anterior añade que: i) en relación a los costes de producción de las infraestructuras de acceso de TESAU, la inversión inicial es meramente simbólica en un gran número de casos, ii) TESAU carecía de riesgos al realizar la inversión y que iii) la única competencia real y a largo plazo de TESAU es la de los operadores de cable por depender éstos de sus propias redes.

3.- La resolución contraviene el principio de neutralidad tecnológica

Señala que dispone de una red de acceso instalada recientemente para transmitir simultáneamente diferentes señales de televisión que le obliga a disponer de un mayor ancho de banda de partida (hasta 900 MHz) lo que le permite hoy en día, además de los múltiples canales de video, ofrecer simultáneamente acceso a Internet a alta velocidad sin merma de rendimiento pero que además, Cablelabs (organismo que engloba a los diferentes

⁵ Redes de acceso de nueva generación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores de cable norteamericanos) enmarca como solución NGNA para éstas varias evoluciones tecnológicas ya disponibles como son Docsis 3.0, M-CMTS y PacketCable 2.0.

Señala que mediante las evoluciones expuestas los operadores de cable pueden seguir incrementando las velocidades de acceso que puedan requerir nuevos servicios de telefonía, televisión y banda ancha, incluso llevando todos ellos sobre un único acceso IP. Por lo que, las redes de cable están dejando obsoleta la red de pares de cobre tradicional y compitiendo con garantías con otras tecnologías como puede ser FTTH-GPON.

Señala que, del cuerpo de la Resolución podría existir la duda de si el referido acceso se permitiría a un operador que desplegara una NGA distinta en sus características técnicas y no en sus prestaciones fundamentales a las de TESAU señalando que sería contrario al principio de neutralidad tecnológica que se condicionara a través de la regulación la tecnología a aplicar por los operadores y además adaptándola a la del dominante.

4.- Sobre la no exigibilidad de título jurídico a TESAU respecto a las infraestructuras objeto de compartición

La entidad recurrente señala que en lo que se refiere a la obligación de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil instaladas en el dominio público, contenida en el apartado 1.a) del Anexo, parece entenderse que todas las infraestructuras existentes en el dominio público, por el hecho de estarlo, son titularidad de TESAU y quien pretenda utilizarlas deberá llegar a un acuerdo económico con TESAU y pagar a ésta por el uso de tales infraestructuras.

Sin embargo señala que dada la magnitud de la atribución de infraestructuras que esta Comisión realizaría con la interpretación genérica de dicha redacción, EUSKALTEL considera que a lo que en realidad se refiere dicho párrafo es únicamente a las infraestructuras que son titularidad de TESAU instaladas en el dominio público, esto es, canalizaciones, cámaras, conductos y postes sobre cuya titularidad TESAU acredite el título jurídico correspondiente que le habilite para ponerlos a disposición de un tercero y percibir un precio por ello.

Según EUSKALTEL con la redacción actual podría concluirse que TESAU puede hacer disposición de todas las infraestructuras de obra civil ubicadas en dominio público, infraestructuras muchas de ellas que habrían pasado a ser titularidad de la Administración correspondiente en el proceso urbanístico, por lo que, a la obligación impuesta habría que añadir la precisión "*titularidad de TESAU*" o "*sobre las que TESAU acredite título jurídico correspondiente*".

En virtud de lo anterior solicita la nulidad de las medidas adoptadas ya que si no se considera nula la falta de exigencia a TESAU de la acreditación de un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

título jurídico válido para posibilitar el acceso a un tercero a su red, nos encontraremos ante una asignación de infraestructuras a TESAU genérica y sin determinar en virtud de una Resolución administrativa que infringe la legislación civil y administrativa aplicable.

CUARTO.- RECURSO PRESENTADO POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.

Con fecha 25 de junio de 2006 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de la entidad France Telecom España, S.A. (en adelante, ORANGE) por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente Resolución.

ORANGE solicita la modificación, nulidad y anulación de aquéllos aspectos de la resolución que resulten contrarios al ordenamiento jurídico sobre la base de las siguientes alegaciones:

1.- No concurren los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar

En concreto la entidad recurrente señala la existencia de las siguientes irregularidades:

a) Omisión del trámite de audiencia

ORANGE se muestra disconforme con las medidas adoptadas *“inaudita parte”*, argumentando que el procedimiento de definición de mercados incluye la audiencia pública como una parte fundamental del mismo, por lo que debería haber sido garantizado dicho trámite por la autoridad regulatoria.

b) La medida cautelar es desproporcionada

La entidad recurrente considera que la resolución recurrida resulta *“totalmente desproporcionada”* al condicionar el acceso a la oferta del bucle virtual FTTH/GPON a la negociación de compartición de conductos en cada área local.

Según la entidad, con ello la Comisión está directamente obligando a los operadores alternativos a replicar el despliegue de FTTH que realice TESAU, lo que es *“a todas luces es desproporcionado y cuestiona la eficiencia requerida de las inversiones a acometer por los alternativos”*.

Asimismo, señala, las medidas acordadas no ofrecen un marco regulatorio continuista con el vigente y adelantan las conclusiones que deberán adoptarse tras el análisis del mercado 4 de la Recomendación 2007. El hecho de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condicionar el acceso a la oferta del bucle virtual FTTH/GPON a la negociación de conductos con TESAU tanto en términos de tiempo como de cobertura y desde el principio, resulta desproporcionado.

Es por ello, que solicita a esta Comisión una flexibilización de la vinculación establecida entre la oferta de bucle virtual FTTH/GPON y la compartición de conductos. Dicha flexibilización debería fijarse atendiendo a las inversiones realizadas en acceso al bucle, las cuotas de mercado, el necesario plazo temporal para realizar los despliegues progresivos etc.

c) La falta de definición de las medidas no garantiza sus efectos

En lo que se refiere al acceso a los conductos, ORANGE señala que poner a TESAU simplemente la obligación de permitir el acceso a aquellos en condiciones transparentes, no discriminatorias y con precios orientados a costes, resulta claramente insuficiente y por ende, desproporcionada.

Alega que esta Comisión en su Resolución establece un plazo de 4 meses para la negociación del acceso a los conductos sin haber regulado con detalle el contenido mínimo que deberán tener los futuros acuerdos de compartición.

Asimismo considera que teniendo en cuenta que el marco aprobado por esta Comisión no supedita el lanzamiento de ofertas FTTH al consumidor final por TESAU a la existencia de soluciones mayoristas para los alternativos, es difícil pensar que el calendario indicado por esta Comisión puede cumplirse.

En lo que se refiere a la oferta de bucle virtual FTTH/GPON, ORANGE entiende que la falta del desarrollo mínimo que debe tener para constituirse como oferta mayorista válida, hace inviable su contratación deviniendo por tanto la resolución de imposible cumplimiento.

Señala que la Resolución recurrida omite el hecho de que para TESAU, FTTN es un paso previo inmediato y táctico a FTTH, lo que se evidencia con el hecho de que TESAU ha iniciado al mismo tiempo y ha comunicado de manera conjunta y no aislada su intención de realizar pruebas piloto precomerciales utilizando tanto tecnología FTTX/VSL2 como tecnología FTTH y que precisan de medidas regulatorias comunes en lo que respecta a infraestructuras desplegadas sobre dominio público.

Por lo anterior, las medidas cautelares que se adoptan son discriminatorias por no garantizar el derecho de los operadores alternativos a evolucionar su tecnología afrontando así un escenario de "obsolescencia tecnológica (ADSLX) en el 40% de su cobertura sin que se prevean unas condiciones que garanticen el reemplazo tecnológico por parte de los operadores alternativos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo anterior solicita que se de un tratamiento conjunto a los dos expedientes que se encuentran actualmente en tramitación en esta Comisión sobre ofertas bitstream de VDSL2 con entrega en central OBA y de FTTH (DT 2007/709) y el (MTZ 2008/626) y que cuando TESAU haya realizado un despliegue mixto será el operador alternativo quien decida qué oferta bitstream desea contratar, si la de VDSL2 o la de FTTH, no pudiendo TESAU imponer una en perjuicio de otra, análisis de ambas ofertas que debe realizarse en el mercado 4.

Sobre las características técnicas de la oferta de bucle virtual FTTH/GPON, señala que a efectos de conseguir la diferenciación lograda por los operadores que actualmente han desagregado el bucle con respecto a otros operadores que acceden en puntos más elevados a la red de TESAU mediante ofertas mayoristas de acceso indirecto tipo GigADSL o ADSL- IP, considera que la solución técnica debe basarse en tecnología Ethernet de nivel 2, transparente hasta el usuario y con soporte de servicio multicast, permitiendo de esta forma al operador mantener la continuidad competitiva replicando su actual portafolio de servicios ofrecidos sobre bucle de cobre desagregado a la vez que innovar en su oferta de servicios IP de forma independiente al tipo de acceso, debiendo así soportar diferentes tipos de ofertas a cliente final, desde sólo acceso a Internet alta velocidad, a ofertas dual play y triple play.

2.- Necesidad de que esta Comisión condicione la comercialización minorista de ofertas FTTH a la disponibilidad previa y contrastada de las medidas acordadas

La entidad recurrente considera que se debería condicionar la comercialización minorista de TESAU de ofertas FTTH a la disponibilidad previa de las medidas regulatorias acordadas que permitan a los alternativos replicar dichas ofertas dentro de un proceso de migración continuista y cierto.

3.- La resolución recurrida es ineficiente al no incluir medidas que eliminen la barrera de entrada identificada en relación al cableado interno de edificios

Orange señala en su escrito de recurso que resulta fundamental que esta Comisión apruebe medidas *ex ante* regulando el acceso a los edificios de clientes (definiendo los puntos de desagregación óptica-splitters) así como los cableados internos (tanto tendidos verticales como horizontales) y que sino se incluyera esto último, quedarían invalidadas el resto de las medidas.

QUINTO.- RECURSO PRESENTADO POR LAS ENTIDADES CABLEEUROPA, S.A.U. Y TENARIA, S.A.

Con fecha 25 de junio de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de las entidades



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CABLEEUROPA, S.A.U. y TENARIA, S.A. (en adelante, ONO) por el que interponen recurso de reposición contra la Resolución referida en el antecedente de hecho primero de la presente Resolución.

Fundamentan el citado recurso de reposición sobre la base de las siguientes alegaciones:

- 1.- **No se dan los elementos necesarios para adoptar, a través de una medida cautelar, la imposición a TESAU de la obligación de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil así como la imposición de orientación a costes de los precios de dicho servicio**

ONO señala que si bien es cierto que el lanzamiento de servicios minoristas por parte de TESAU es inmediato y no requiere mayor desarrollo por parte de éste operador, el despliegue de redes FTTH/GPON es un proceso más largo que requerirá un mayor tiempo de desarrollo por su parte. De ahí que ONO aprecie la urgencia de imponer cautelarmente la obligación de ofrecer un servicio mayorista que garantice la replicabilidad inmediata de los servicios y, sin embargo, no considere que exista esa misma urgencia para justificar que se adopte también de forma cautelar la imposición de la obligación de acceso.

Asimismo señala que la propia Comisión reconoce que no dispone de una contabilidad de costes ni de mecanismos adecuados para verificar en este periodo de tiempo la aplicación de la obligación de orientación a costes, por lo que parece injustificada la imposición cautelar de esta obligación.

Señalan que teniendo en cuenta el tiempo de desarrollo exigido para llevar a cabo este despliegue no se aprecian elementos de riesgo suficientes que obliguen a esta Comisión a adelantar cautelarmente la obligación referenciada.

En atención a lo anterior, las entidades recurrentes consideran que una obligación de acceso a infraestructura y orientación a costes a través de una medida cautelar es desproporcionada.

- 2.- **No considera apropiado condicionar, a través de una medida cautelar, la prestación del servicio mayorista de bucle virtual por parte de TESAU a la necesidad de haber solicitado acceso a su infraestructura de obra civil**

ONO muestra su conformidad con la obligación de ofrecer un servicio mayorista de bucle virtual sobre redes FTTH/GPON pero, discrepa de la Resolución en el sentido de que, a juicio de ONO, dicha obligación debería haberse impuesto de forma individualizada y no, como medida complementaria y, por tanto, condicionada a la obligación de haber solicitado acceso a la infraestructura civil de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, ONO manifiesta su plena disconformidad con la vinculación que hace la Resolución recurrida de la obligación de ofrecer el servicio de bucle virtual al hecho de que se haya requerido previamente por el operador solicitante el acceso a las infraestructuras de obra civil de TESAU y, más concretamente, con el hecho de que tal vinculación se haya impuesto de forma cautelar. La disconformidad de ONO se manifiesta por las siguientes razones:

a) Inexistencia de periculum in mora

La medida cautelar no es un instrumento para introducir seguridad y certidumbre regulatoria sino que su carácter instrumental hace que la misma deba estar exclusivamente orientada a evitar que la medida definitiva sea ineficiente. Para introducir esa seguridad, la Comisión puede valerse de otros instrumentos como, en este caso las líneas maestras.

b) La medida genera gran incertidumbre regulatoria que desincentiva la inversión

La medida por la que se vincula la oferta del bucle virtual al despliegue del operador solicitante, genera un situación de incertidumbre tal que dificultará y, en muchos casos, impedirá a los operadores alternativos embarcarse en sus proyectos de inversión sobre nuevas redes, contraviniendo el objeto que parece perseguir la Comisión a través de la medida cautelar.

c) Nada obsta para que la vinculación entre la oferta mayorista de bucle virtual y el despliegue de red de acceso pueda, en su caso, realizarse en las medidas definitivas

ONO considera que es innecesario adelantar en el tiempo vincular la oferta mayorista de bucle virtual al acceso a la infraestructura civil, sino que la Comisión, en su caso y tras un previo análisis, puede establecer dicha medida en la resolución que finalmente se adopte consiguiendo el mismo objetivo que ha pretendido ahora. ONO considera que la implementación del servicio de bucle virtual y la resolución definitiva del expediente coincidirán en el tiempo.

3.- Sobre la medida relativa a la apertura de canalizaciones y la orientación a costes de los precios que se ofrezcan por este servicio

Según ONO en caso de que finalmente se imponga sobre TESAU la obligación de dar acceso a las canalizaciones, esta parte considera que el precio de acceso más congruente con el fomento de la competencia entre infraestructuras y tecnologías alternativas sería un precio razonable.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- RECURSO INTERPUESTO POR LA ENTIDAD JAZZ TELECOM, S.A.U.

Con fecha 25 de junio de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de la entidad JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL) por el que interpone recurso de reposición contra la resolución a la que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente Resolución, sobre la base de las siguientes alegaciones.

1.- Sobre la necesidad y urgencia de las medidas cautelares

JAZZTEL se muestra disconforme con el momento en el que se ha llevado a cabo la adopción de las medidas. Según la entidad recurrente, la Comisión debió adoptar las medidas cautelares en el momento en que TESAU comenzó a desarrollar su prueba piloto y a realizar ofertas precomerciales de sus servicios FTTN/VDSL2 y FTTH/GPON.

Asimismo considera que las medidas si bien pueden tener sentido a largo plazo *“no tienen cabida alguna dentro de un entorno de adopción de medidas cautelares”*. Adoptar medidas que *“garanticen el acceso de los competidores de Telefónica a la infraestructura de obra civil es una medida que implica un detallado estudio por parte de esta Comisión, que deberá contemplar casuísticas muy variadas, lo que implicaría demoras sustanciales hasta que tal regulación detallada pudiese entrar en vigor y ser eficaz, por lo que no es una solución regulatoria de aplicación inmediata”*.

2.- Sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida

Alega que en el supuesto de que no se obligue a TESAU a ofrecer el servicio de bucle virtual a todos los operadores que lo soliciten con independencia de que no hayan solicitado el acceso a la infraestructura civil de TESAU se estaría obligando a los operadores a invertir en una medida cautelar sin poder asegurar la inversión efectuada de cara al futuro.

Por último señala que esta Comisión debería distinguir los servicios FTTH/GPON y los FTTN/VDSL2 estableciendo con claridad que los despliegues de TESAU sobre la red de cobre deben efectuarse en todo caso garantizando la continuidad metálica de esta red, de manera que los despliegues de fibra deben llevarse a cabo de forma paralela sin afectar ni de manera directa ni indirecta a la red de cobre existente y que esta Comisión no debería haber adoptado una medida de estas características sin haber solicitado un informe específico de una auditora independiente para analizar la viabilidad técnica y económica sobre la utilización de infraestructuras de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- RECURSO INTERPUESTO POR ASTEL

Con fecha 25 de junio de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de la entidad Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente primero de la presente Resolución.

De modo preliminar alega que la Resolución de fecha 8 de mayo de 2008 es nula de pleno Derecho por: haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para la adopción de medidas cautelares, por no haber sido debidamente motivado causando con ello indefensión, que tiene un contenido imposible debido a la indefinición y condicionamiento de las obligaciones impuestas y que es contraria al ordenamiento jurídico por conculcar el principio del debido fomento de una competencia efectiva en la explotación de redes y prestación de servicios promoviendo una inversión eficiente en infraestructuras.

Como fundamento de lo anterior realiza las siguientes alegaciones:

1.- **Que no concurre la característica de urgencia que justifique la medida cautelar aprobada**

Respecto a lo manifestado por esta Comisión en relación a que TESAU se encuentra en disposición de lanzar de manera casi inmediata y de forma masiva servicios basados en las nuevas redes FTTH/GPON, señala que dicha situación ha sido *“desencadenada y provocada por una falta de respuesta adecuada por esta Comisión a una situación que, como acreditan los ejemplos aportados, era pública y notoria desde hace tiempo”*.

2.- **Que no concurren los requisitos de proporcionalidad e idoneidad por obligar a los operadores a acceder a la infraestructura de TESAU como trámite previo para disponer de un servicio de acceso indirecto al bucle virtual**

En lo que respecta a la medida relativa al acceso a infraestructuras señala que una obligación de tanta trascendencia y complejidad no puede abordarse en una Resolución cautelar sino en el marco del análisis del mercado donde debería estudiarse la conveniencia o no de su imposición y en caso que se optara por esto último, las condiciones técnicas, operativas y económicas necesarias que la hicieran eficaz para resolver el fallo de mercado detectado.

No obstante lo anterior señala que, aunque se admitiera como hipótesis la conveniencia de imponerla por vía cautelar sería imposible su materialización práctica ya que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- exigiría compromisos previos de inversión de los operadores que asumirían “a ciegas”, afrontando enormes riesgos pues estos no conocen el coste final que tendrá el acceso a dichas infraestructuras.
- Implicaría pasar por unos plazos de información previa que ha de proporcionar TESAU lo que sería muy propicio para conflictos por inexactitud o defectos en la información proporcionada.
- Que aún en el caso de que no se produjeran obstáculos previos, los operadores deberían afrontar el complejo proceso consistente en cerrar un acuerdo de acceso con TESAU en el que se desconocería el aspecto esencial relativo al precio que el operador habría de pagar por el acceso a los distintos elementos de dichas infraestructuras.
- Que la medida es incompleta al no haber previsto mecanismos de solución eficaces y ágiles ante las limitaciones de capacidad para atender las solicitudes de espacio de varios operadores.

Por último señala que resulta inaceptable que la medida de acceso condicione la efectividad de la medida de acceso mayorista bitstream, medida que sí consideran urgente y necesaria para que los operadores puedan competir en igualdad de condiciones frente a los servicios FTTH de TESAU.

3.- Sobre la medida de acceso mayorista indirecto (bucle virtual)

En la regulación de este servicio mayorista ASTEL entiende que debería tenerse en cuenta que:

- No cabe condicionar la disponibilidad efectiva del bucle virtual sólo a las zonas competitivas ya que dicho servicio asimismo es necesario en aquellas zonas no competitivas.
- No se han previsto las condiciones necesarias para que sea viable con la urgencia que tal medida requiere por lo que resulta necesario que esta Comisión convoque un Foro Técnico con participación de TESAU, los operadores alternativos y esta Comisión con el mandato de acordar la oferta en todos sus términos dentro del plazo de cuatro meses establecido en la Resolución de 8 de mayo de 2008.

OCTAVO.- RECURSO DE REPOSICION DE COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.U.

Con fecha 26 de junio de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de la entidad COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, COLT) por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución referenciada en el antecedente de hecho primero de la presente Resolución, escrito en el que realiza las siguientes alegaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.- No concurren los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar

a) Inexistencia del *fumus boni iuris*

Señala que respecto al requisito de *fumus boni iuris*, los argumentos dados por esta Comisión se ciñen a sugerir la necesidad de regulación pero no existe justificación de ningún tipo sobre el por qué de la medida concreta que se impone, ni qué ocurriría en el mercado mayorista y minorista si no se adoptara.

b) *Periculum in mora*

Respecto al requisito de *periculum in mora* señala que esta Comisión está centrando la urgencia en la imposibilidad de retrasar el lanzamiento de un servicio minorista sin atender las consecuencias que el lanzamiento sin las adecuadas medidas regulatorias puede tener en la competencia a medio plazo.

c) Proporcionalidad e idoneidad de la medida

Que en la justificación de la proporcionalidad olvida que al no garantizarse la replicabilidad de los servicios minoristas por los operadores alternativos y al no existir servicios mayoristas equivalentes, los perjuicios son de imposible reparación porque TESAU se situará en una situación de monopolio de facto durante un tiempo, lo que tendrá efectos irreparables en el mercado.

2.- Ausencia de requisitos necesarios para la utilización del procedimiento de urgencia o excepción al procedimiento general de análisis de mercado previsto en la Directiva Marco y en el Reglamento de Mercados

Señala que si esta Comisión consideraba tan urgente la adopción de las medidas impugnadas debería haber iniciado el procedimiento de análisis con anterioridad. Según COLT, los planes de despliegue de TESAU vienen anunciándose desde, por lo menos, principios del año 2007, por lo que ha existido un plazo más que suficiente para completar el análisis del mercado o los mercados, garantizando la total transparencia y consulta a las autoridades que han de estar involucradas así como a los operadores interesados y afectados.

3.- Inexistencia de definición de mercado y falta de coherencia con la Recomendación

Manifiesta que esta Comisión, en la Resolución relativa a las líneas maestras aludió a que la Comisión Europea había aconsejado el análisis conjunto de los mercados 4 y 5 de la Recomendación 2007, consejo con el que esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estaba plenamente de acuerdo y que sin embargo, continua señalando, en la Resolución recurrida únicamente se ha referido al mercado 4, contradiciendo las recomendaciones de la Comisión Europea.

A lo anterior añade que, debido a la inexistencia de definición de mercado en la Resolución recurrida no sólo se está incumpliendo el procedimiento establecido en la Directiva Marco sobre los trámites necesarios para la imposición de cualquier medida *ex ante* al obviar toda definición de un mercado tan controvertido como el de las redes de nueva generación sino que también *“existe incongruencia entre el objeto de la medida (procedimiento para la definición y análisis del mercado, designación de operador con PSM e imposición de obligaciones específicas) y el resultado (no se realiza ni la definición ni el análisis del mercado, sino que se adoptan medidas sobre un análisis previo cuya definición excluía las NGN).”*

4.- Falta de concreción de las medidas acordadas: inseguridad jurídica: ausencia de proporcionalidad y transparencia

Señala que no se detallan suficientemente las obligaciones impuestas a TESAU, haciendo difícil su efectividad y dejando un amplio margen de discrecionalidad en manos del operador incumbente lo que implica una gran inseguridad jurídica para sus competidores.

Añade que existe opacidad absoluta en los planes de despliegue de TESAU así como en el proceso de migración de topologías de cobre existentes hacia nuevas topologías y pares de fibra, sin haber precisado a qué tipo de infraestructuras civiles ha de darse acceso (nuevas desplegadas para NGN o todas las existentes).

NOVENO.- ALEGACIONES A LOS RECURSOS PRESENTADOS

De conformidad con el artículo 112.2 de la LRJPAC, se les dio traslado de los escritos de recurso referenciados anteriormente a todos los interesados, a los efectos de que alegasen cuanto estimasen oportuno.

Finalmente han presentado alegaciones ORANGE, JAZZTEL Y TESAU.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

Primero.- Calificación del acto.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos en el Registro de esta Comisión, como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que 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, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 8 de mayo de 2008.

Segundo.- Admisión a trámite.

Los recursos de reposición han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, todos ellos se han interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede su admisión a trámite.

De conformidad con el artículo 73 de la LRJPAC se ha acordado la acumulación de los recursos interpuestos por Euskaltel, Orange, ONO, JAZZTEL, ASTEL y Colt al interpuesto por TESAU por existir identidad sustancial entre todos ellos al haberse interpuesto contra la misma Resolución, a saber, contra la Resolución de 8 de mayo de 2008.

Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver los presentes recursos corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del primero de ellos, esto es, el 19 de junio de 2008, 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.

Cuarto.- 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. En lo que respecta a TESAU, procede reconocerle legitimación por ser la destinataria de las obligaciones impuestas en la Resolución impugnada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que respecta al resto de las recurrentes, asimismo procede reconocerles legitimación por ser las destinatarias de las consecuencias que se derivan de las obligaciones impuestas a TESAU en el marco de la resolución recurrida.

II. Fundamentos jurídicos materiales.

Preliminar.- Sobre la naturaleza jurídica de los recursos de reposición interpuestos.

El procedimiento administrativo que ha dado lugar a la presente Resolución deriva de la interposición de varios recursos potestativos de reposición contra la Resolución de fecha 8 de mayo de 2008.

Tal y como se señaló anteriormente, el artículo 107 de la LRJPAC prevé la posibilidad de interponer los citados recursos, por las entidades que ostenten la condición de interesadas y contra las Resoluciones y actos de trámite enumerados taxativamente en el citado artículo, cuando concorra alguno de los supuestos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

De acuerdo con lo establecido en los citados artículos, el objeto del presente procedimiento deberá limitarse a comprobar la conformidad a Derecho de la medida adoptada y en concreto, si en la misma concurrían los requisitos exigidos tanto legal como jurisprudencialmente para poder adoptar una medida cautelar.

Por la razón señalada en el párrafo anterior es preciso poner de manifiesto que, todas las alegaciones formuladas en los recursos interpuestos que no se refieran a la supuesta nulidad o anulabilidad de la Resolución recurrida deberán ser analizadas en el marco del procedimiento administrativo pertinente para ello, a saber, en el procedimiento administrativo iniciado por esta Comisión con expediente de referencia MTZ 2008/626 cuyo objeto consiste en la revisión del mercado de acceso mayorista a la red fija a la luz del desarrollo experimentado en los dos años transcurridos desde su primer análisis y de la nueva Recomendación aprobada por la CE con fecha 17 de diciembre de 2007⁶ y en cuyo seno se han adoptado las medidas cautelares objeto del presente recurso.

Primero.- Sobre el procedimiento tramitado para la adopción de las medidas cautelares obrantes en la Resolución de 8 de mayo de 2008.

Las recurrentes manifiestan que no se cumplen los requisitos exigidos para que esta Comisión haya podido utilizar el procedimiento establecido en el artículo 7.6 de la Directiva Marco con su consiguiente incorporación en el artículo 5.6 del Reglamento de Mercados, relativos a la adopción de medidas regulatorias

⁶ 2007/879/CE.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sin tramitar previamente el pertinente procedimiento de análisis y definición de mercados. Asimismo manifiestan que la omisión del preceptivo trámite de audiencia para la adopción de las citadas medidas les ha causado indefensión.

TESAU alega que la utilización del procedimiento previsto en el artículo 5.6 del Reglamento de mercados exige un plus de motivación que va más allá de la que dispone el artículo 54.1.d) de la LRJPAC.

Pues bien, aun cuando la Resolución recurrida lo explica suficientemente, es preciso, de nuevo, insertar el procedimiento previsto en el citado Reglamento, y utilizado por la CMT, en el marco jurídico comunitario del que deriva.

En efecto, el conjunto normativo comunitario para las comunicaciones electrónicas tiene una de sus piezas esenciales en el sometimiento de las ANRs, para la adopción de sus decisiones de imposición de obligaciones, a los procedimientos de consulta y notificación- a la CE y a las otras ANRs además de a los interesados-, previstos para garantizar una aplicación uniforme de sus previsiones, procedimientos que vienen, así, a imponerse sobre los procedimientos ordinarios internos de cada Ordenamiento nacional.

Sin embargo, consciente el legislador comunitario de la extensión de plazos que dichos procedimientos entrañan previ6, consecuentemente, los casos y la capacidad de las ANRs de actuar al margen de ellos.

Así, no puede obviarse que la posibilidad, excepcional desde luego, de adoptar medidas “provisionales y proporcionadas” está íntimamente vinculada con las características de los procedimientos de definición y análisis de mercados y de establecimiento de obligaciones impuestos por las normas comunitarias, cuyos plazos de tramitación pueden implicar, en mercados tan dinámicos como los de comunicaciones electrónicas, la imposibilidad material de atender, en tiempo real, las situaciones planteadas y susceptibles de afectar al desarrollo competitivo a las que la regulación ex ante debe dar respuesta.

Y es en este contexto en el que debe analizarse la habilitación que el artículo 7.6 de la Directiva marco otorga a las ANRs para actuar *“en derogación al procedimiento de 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”*, imponiendo, en todo caso, la observancia del procedimiento de consulta ordinario para su elevación a definitivas o su prórroga.

La adopción de medidas *“inmediatamente”* exige, así, la concurrencia de una condición: que la necesidad de actuar para preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios no permita la observancia de los plazos del procedimiento específico de adopción de medidas previsto en las propias normas comunitarias.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tienen, por tanto, estas medidas un fundamento concreto y vinculado a la propia especificidad de los procedimientos impuestos por el marco comunitario, que debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar su incorporación a la legislación interna.

En este sentido, el artículo 5.6 del Reglamento de mercados recoge la misma especificidad de las medidas cautelares previstas para estos casos, al vincular la posibilidad de su adopción a que la necesidad de preservar la competencia y los intereses de los usuarios *“no hagan posible actuar de acuerdo con los procedimientos de información pública y de notificación previstos en los apartados anteriores”* dotando a las medidas cautelares, en este caso, de características propias y, de alguna manera, diferenciadas de las medidas cautelares para cuya adopción está habilitada genéricamente la CMT, ex artículo 48.12 de la LGTel, en los procedimientos administrativos ordinarios que tramita.

Características que, indudablemente, concurren en el caso de la Resolución analizada.

La necesidad de actuar en derogación del procedimiento de información pública y notificación impuestos y por tanto, en plazos mucho más cortos, es tratada más adelante; no obstante, es preciso realizar ahora la consideración de algunas alegaciones de los interesados en cuanto a la justificación del recurso al procedimiento excepcional.

El artículo 10 de la LGTel, desarrollado por el artículo 7 del Reglamento de mercados, prevé que la revisión se realice, como mínimo, cada dos años.

Forzoso es recordar, frente a la alegación de los interesados en cuanto a la posibilidad de que la CMT hubiera optado por iniciar antes el procedimiento de revisión, que la Resolución de la primera revisión del mercado concernido es de fecha 11 de mayo de 2006⁷, por lo que la revisión bianual prevista en la LGTel y el Reglamento de mercados, había de arrancar justo a partir del 11 de mayo de 2008.

Ahora bien, consciente de que el mercado de acceso mayorista a la red fija es uno de los mercados clave para el modelo de desarrollo de la competencia en estos mercados para los próximos años, como reconoce el propio marco comunitario y la totalidad de la ANRs, la CMT, con fecha 10 de mayo de 2007, inició un procedimiento de consulta para la definición de las líneas estratégicas de su tratamiento regulatorio que involucra, por primera vez desde la liberalización del sector, un importante proceso de renovación de las redes de

⁷ AEM 2005/1451.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceso, procedimiento concluido en enero de 2008 mediante su documento de Líneas maestras⁸, uno de los primeros en el conjunto de la UE.

Al tiempo, y con vistas al inicio del procedimiento formal de consulta y notificación del análisis del mercado, la CMT puso en marcha el proceso de acopio de la información -mediante exhaustivos requerimientos que los propios operadores interesados en este procedimiento conocen bien⁹ -, necesaria para abordar, con suficientes elementos de juicio, la definición de los mercados mayoristas de producto y geográficos, la identificación de las empresas con PSM y, lo más importante, la propuesta de obligaciones a someter a información pública en un entorno en el que la evolución de la competencia en los mercados finales exige de una muy cuidadosa consideración de todos los elementos en juego.

Y forzoso es recordar también que el otro supuesto de inicio necesario del proceso de revisión, esto es, la aprobación de nuevas Recomendaciones por la CE se produce con fecha 17 de diciembre de 2007, con posterioridad por tanto, al inicio por la CMT del conjunto de actuaciones necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

Carecen así de toda base las alegaciones en cuanto a un supuesto inicio tardío del procedimiento de revisión o a la posibilidad de la CMT de tramitarlo más rápidamente, como argumento de razón para poner en tela de juicio la utilización, legítima y adecuada a las circunstancias, del procedimiento excepcional del artículo 7 de la Directiva marco y 5 del Reglamento de mercados. Ni ha existido inicio indebidamente retardado del proceso de revisión, ni el interés del mercado en que las decisiones sean las ajustadas a la situación concreta, permiten una tramitación más superficial de los análisis, por lo que el recurso al procedimiento de adopción de medidas provisionales aparece como plenamente legítimo y conforme a Derecho, habida cuenta de la concurrencia de los requisitos de necesidad y urgencia que se analizan a continuación.

Resta por considerar la alegación en cuanto a que las medidas adoptadas son, en realidad, medidas definitivas indebidamente anticipadas. Frente a ello, preciso es señalar que las medidas cautelares no tiene necesariamente que resultar diferentes de las que puedan acordarse con carácter definitivo. El requisito, ex artículos 7 de la Directiva marco y 5 del Reglamento de mercados, es que sean proporcionadas para la consecución de su objetivo de proteger la competencia y los intereses de los usuarios, y provisionales, en el sentido de que la derogación del procedimiento ordinario de notificación opera sólo transitoriamente, debiendo seguirse en todos sus pasos para otorgar a las medidas adoptadas una duración superior a la inicialmente prevista o, sencillamente, dotarlas de carácter definitivo.

⁸ MTZ 2007/358.

⁹ Requerimientos de información con referencia AEM- INF 2008/95.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De nuevo, carecen de fundamento las alegaciones que pretenden asignar a las medidas adoptadas cautelarmente una suerte de naturaleza y/o contenido propio y necesariamente distinto de las que sean adoptadas finalmente, ignorando que, en multitud de ocasiones, las medidas cautelares son elevadas a definitivas en las Resoluciones que ponen fin al procedimiento principal confirmando el carácter anticipatorio de las mismas sin que ello sea objeto de reproche jurisdiccional alguno siempre que su justificación cautelar se haya considerado adecuada.

En consecuencia, si bien esta Comisión coincide plenamente con las alegaciones de las recurrentes relativas a la excepcionalidad con la que debe observarse el procedimiento que ha dado lugar a las medidas cautelares impugnadas, lo que en modo alguno puede admitirse es que dicha excepcionalidad deba determinar la imposibilidad de la utilización de este instrumento previsto en la Ley, contraviéndose así la voluntad, tal y como se señaló anteriormente, no sólo del legislador comunitario sino también del español.

En definitiva, como asimismo ha establecido el I/ERG¹⁰, la facultad prevista en el artículo 7.6 de la Directiva Marco es fundamental a efectos de permitir que las ANRs puedan responder en el momento oportuno a las circunstancias del mercado, circunstancias que tal y como se irá acreditando a lo largo de la presente Resolución, sí que concurrieron en aquel .

Por otra parte, en lo que respecta al supuesto *“plus de motivación”* alegado por TESAU cabe señalar que, la utilización del procedimiento previsto en el artículo 5.6 del Reglamento de Mercados constituye, tal y como se infiere de su propia redacción, un procedimiento excepcional que únicamente podrá ser utilizado cuando se acredite la concurrencia de unos requisitos determinados, cuya justificación constituye el cuerpo de la Resolución recurrida permitiendo a los operadores interesados conocer los elementos de la decisión adoptada, como demuestran los recursos interpuestos. Ahora bien, el hecho de que se requiera la concurrencia de unos requisitos determinados no implica que su acreditación deba encontrarse revestida de unas exigencias de motivación diferentes de las establecidas con carácter general en el artículo 54.1.d) de la LRJPAC. En relación con la citada motivación procede recordar que el Tribunal Supremo¹¹ ha establecido que se considerará que un acto se encuentra suficientemente motivado cuando *“el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”*.

¹⁰ Group Response to Call for Input On the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services including review of the Recommendations on relevant markets.

¹¹ Sentencia de 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En atención a lo anterior, dado que la Resolución impugnada fue motivada suficientemente por esta Comisión, que expuso y desarrolló correctamente, tal y como quedará demostrado en los siguientes fundamentos de Derecho, las circunstancias que justificaron la adopción de la medida adoptada, siendo además muestra de la existencia de tal motivación, los recursos de reposición interpuestos que han dado lugar a la presente Resolución, en los que se discute ampliamente sobre los planteamientos de la Resolución impugnada, procede desestimar la alegación realizada.

En segundo lugar, en lo que respecta a la omisión del trámite de audiencia es preciso recordar que el Tribunal Supremo ha establecido que¹²:

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

Tal y como tiene manifestado el Tribunal Supremo, la omisión de la realización del citado trámite únicamente genera la indefensión que podría quedar amparada en el apartado a) del artículo 62.1 de la LRJPAC en el marco de un procedimiento sancionador, pero en los demás únicamente podría conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa, enmarcándose, en consecuencia, dicha anulabilidad en el ámbito del artículo 63.2 de la LRJPAC.

Por lo anterior, dado que en modo alguno puede estimarse que dicha indefensión haya podido producirse por cuanto que, los distintos recurrentes han podido alegar lo que han estimado pertinente en defensa de sus intereses en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de referencia, procede desestimar la alegación relativa a la supuesta indefensión causada a las recurrentes por la omisión del citado trámite.

Segundo.- Sobre los requisitos exigidos en el artículo 72 de la LRJPAC para la adopción de una medida cautelar.

Las recurrentes en defensa de sus alegaciones invocan distintos argumentos relativos a la inexistencia de los requisitos necesarios para la adopción de las medidas cautelares objeto de la presente Resolución, a saber, apariencia de

¹² Sentencia de fecha 17 de julio de 2000 (RJ 2000/6163).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

buen derecho, la necesidad y urgencia de la medida y la proporcionalidad de la medida adoptada.

1) Sobre la apariencia de buen derecho.

TESAU, respecto al argumento invocado por esta Comisión para justificar la apariencia de buen Derecho consistente en la posición de liderazgo en el mercado minorista de banda ancha existiendo como elemento agravante el alcance de la prueba piloto que se encuentra realizando actualmente, señala que no se ha tenido en cuenta que el alcance de la citada prueba es limitado y que viene suscribiendo voluntariamente acuerdos para el uso de sus infraestructuras.

Euskaltel manifiesta que no existe apariencia de buen derecho por cuanto las medidas adoptadas son contrarias a los principios de neutralidad tecnológica y al fomento de la competencia efectiva.

Colt manifiesta que los argumentos esgrimidos por esta Comisión para justificar la citada apariencia se ciñen a sugerir la necesidad de regulación sin existir justificación de ningún tipo sobre el por qué de la medida concreta que se impone ni qué ocurriría en el mercado mayorista y minorista si no se adoptara.

En primer lugar es preciso traer a colación lo señalado por el Tribunal Supremo¹³ en relación con la acreditación de dicho requisito:

“...se ha matizado la aplicación del «fumus boni iuris», en relación con las alegaciones de nulidad de pleno derecho, exigiendo que la apariencia de buen derecho derivada de esa aducida nulidad sea clara y manifiesta, esto es, inmediatamente apreciable sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto, lo que en este caso tampoco sucede, siendo en la sentencia que ponga término al proceso donde se podrá resolver, con todos los datos relevantes, sobre la pretensión del demandante”.

También y con relación a la apariencia de buen derecho y a las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión para el fomento de la competencia sectorial, se ha pronunciado favorablemente la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2008¹⁴, referida a la Resolución de esta Comisión de 29 de abril de 2002¹⁵ adoptando medidas cautelares con respecto a la "oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios" de Telefónica Telecomunicaciones Públicas (TTP). Efectivamente, en el Fundamento Cuarto de su sentencia, el citado Tribunal desestima la tesis de la recurrente acerca de la presunta inexistencia de apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) y de

¹³ Sentencia de fecha 26 de junio de 2002. (RJ 2002/9466)

¹⁴ Sala 3ª, Sección Tercera, recurso de casación 7208/2005.

¹⁵ OM 2002/6634.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

peligro de mora en el procedimiento (periculum in mora) así como de una presunta infracción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la materia.

En el mismo sentido favorable a esta Comisión, se pronunció la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2006¹⁶ (JUR 2006\170939), estableciendo en su Fundamento Quinto que las medidas cautelares adoptadas:

“son coherentes con la habilitación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para proteger la competencia (...)”

Precisamente, en el Fundamento Segundo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27 de diciembre de 2006¹⁷ se confirma la potestad de esta Comisión para adoptar medidas cautelares con el fin de defender la presencia de operadores alternativos en el mercado, en relación con el interés general del fomento de la competencia en el sector de las telecomunicaciones:

“(...) de no ser adoptada la suspensión cautelar redundaría un perjuicio para las empresas competidoras de TNE, S.A.U. y un beneficio para la entidad recurrente, y, de mantener la situación en el mercado, el resultado se produciría a la inversa.

Ante esta situación la decisión ha de inclinarse a favor de la posición que resulte más beneficiosa para el interés general, dada la concurrencia de intereses privados contrapuestos.

Y desde esta perspectiva la permanencia en el mercado de operadores concurrentes ha de prevalecer, para evitar las situaciones más o menos estables propiciadas por el estrechamiento de márgenes que podrían determinar la eliminación del mercado de otros competidores. Así en definitiva y a largo plazo serían mayores los perjuicios derivados del mantenimiento de la situación derivada del estrechamiento de márgenes que los provocados por una medida cautelar que favorece la situación de concurrencia y el mantenimiento en el mercado de otras empresas competidoras, incluso para los competidores y usuarios.”

Con relación al contenido de la sentencia que se acaba de transcribir, en la propia Resolución¹⁸ recurrida se declara que

“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

¹⁶ JUR 2006/170939.

¹⁷ JUR 2007/37987

¹⁸ Página 8ª.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

En relación con lo anterior procede recordar que tanto el ERG como la Comisión Europea y esta propia Comisión han considerado que las infraestructuras de obra civil suponen una barrera al despliegue de las redes de nueva generación. Efectivamente la propiedad de estas infraestructuras otorga una ventaja competitiva sustancial a los operadores históricos en términos de costes y plazos.

Por una parte, como se citaba en la propia Resolución, “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 despliegue. 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 históricos”.

Por otra parte, los trámites legales que se requieren para ocupar el dominio público refuerzan esta ventaja en costes debido al horizonte temporal que resulta necesario para el despliegue de redes alternativas. Así, como se estimó en 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 ventaja que otorga la propiedad de las infraestructuras se ve acentuada por la alta cuota de mercado de TESAU en el mercado minorista de banda ancha siendo en España de un 56'2% de las conexiones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, es necesario recordar también, que los recursos de obra civil cuyo suministro se impone en las medidas recurridas, son recursos asociados a la infraestructura de la red fija tradicional- legada- de TESAU y afectados, por tanto, de la misma calificación de posición de dominio derivada de ella, de manera que la obligación impuesta, necesariamente limitada cuanto a su alcance en sede cautelar, no es sino ampliación de las ya establecidas en los mercados correspondientes.

En definitiva, la medida cautelar adoptada tiene la clara finalidad de garantizar los objetivos de fomento de la competencia contenidos tanto en el artículo 3 a) de la LGTel como en el artículo 8.2.b) de la Directiva Marco.

Precisamente, y de no tomarse la medida adoptada, según se ha razonado anteriormente y en la propia Resolución impugnada, podría verse restringida de forma efectiva la competencia. Por ello, y de todo lo dicho, se deriva que esta Comisión, al adoptar la medida recurrida, ha actuado en cumplimiento de las disposiciones legales y comunitarias reguladoras del sector de las comunicaciones electrónicas, y en cumplimiento de su propio objeto según establece el artículo 48 de la LGTel.

En segundo lugar, en relación a la alegación de Euskatel relativa a la vulneración del principio de neutralidad tecnológica en el que supuestamente ha incurrido la Resolución recurrida, principio establecido en el artículo 3 de la LGTel en virtud del que se permite a los operadores la posibilidad de ofrecer los servicios a través de las tecnologías que consideren más convenientes, no impidiendo la introducción y desarrollo de las nuevas tecnologías en el ámbito del libre mercado, procede señalar que, del contenido de la citada Resolución en modo alguno cabe entender que el acceso a las infraestructuras de TESAU únicamente se está permitiendo a una tecnología determinada, debiendo en consecuencia otorgarse el acceso a aquellos operadores que formulen una solicitud razonable en los términos establecidos en la Resolución de 8 de mayo de 2008 y ello con independencia de la tecnología que utilicen.

Euskatel también considera que se limita la información accesible en relación con el acceso a infraestructuras a las zonas de despliegue de TESAU. Sin embargo, cabe diferenciar la información que el operador incumbente debe suministrar de forma genérica y con un plazo fijado de aquélla que podrán demandar de forma individual los operadores alternativos. Resulta proporcionado imponer a TESAU la obligación de suministrar información en un plazo relativamente corto sobre aquellas infraestructuras sobre las que ya ha realizado los estudios de viabilidad pertinentes para ella misma. Por el contrario, en la medida que en otras zonas esta información podría no estar disponible ni para la propia TESAU, estos plazos resultan desproporcionados. En definitiva, los requerimientos de información a TESAU resultan más estrictos en las zonas en las que ella misma ha utilizado la información relevante que ahora se le exige. Por el contrario, se deja a peticiones concretas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el suministro de la información sobre las infraestructuras de obra civil en otras zonas sin que la medida las excluya en ningún momento.

Por último cabe señalar que contrariamente a lo alegado por Colt, constituye un pronunciamiento constante de la Resolución recurrida que la finalidad de aquélla es que en modo alguno, la ventajas de las que dispone TESAU para realizar el despliegue de FTTH permitan excluir de modo definitivo a operadores que quisieran ser agentes en el mismo, produciéndose en consecuencia una restricción de la competencia con los consiguientes perjuicios que dicha restricción tendría en los usuarios finales.

2) Sobre la necesidad y la urgencia de la medida adoptada.

TESAU muestra su disconformidad con la existencia del requisito del epígrafe teniendo en cuenta que ya ha firmado con otros operadores de cable acuerdos para la compartición de infraestructuras y que la regulación de las NGA tiene tantas implicaciones para el futuro que necesita de un detallado análisis del mercado.

Euskatel, ONO y ASTEL señalan que no existe la urgencia invocada por esta Comisión debido a lo incipiente del despliegue de la FTTH de TESAU. En este mismo sentido Jazztel manifiesta que si bien las medidas adoptadas pueden tener sentido a largo plazo, la adopción de las mismas por esta Comisión debería haberse producido en la Resolución final del análisis y definición del mercado objeto de la presente Resolución.

Por último Colt manifiesta que esta Comisión ha centrado la urgencia en la imposibilidad de retrasar el lanzamiento de un servicio sin atender a las consecuencias que el lanzamiento sin las correspondientes adecuadas medidas regulatorias puede tener en la competencia a medio plazo.

En relación con lo que se expondrá a continuación sobre el requisito objeto del presente apartado es preciso señalar que la doctrina científica considera que éste constituye el verdadero fundamento de la medida cautelar ya que el objetivo de ésta es tratar de evitar un daño que podría producirse por la duración del proceso, haciendo ineficaz la Resolución que finalmente pueda recaer.

En lo que respecta concretamente a la adopción de medidas cautelares por esta Comisión procede volver a traer a colación la Sentencia citada anteriormente del Tribunal Supremo de fecha 10 de julio de 2008 en la que se establece que:

“El motivo de casación, fundado en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, en relación con la regulación legal y reglamentaria de las medidas provisionales o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*cautelares de naturaleza administrativa, no puede ser acogido, al apreciarse que la Sala de Instancia no ha realizado una aplicación irrazonable o arbitraria del artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni del artículo 31 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al entender que está justificada, **por razones de salvaguarda de los intereses públicos, la adopción de medidas cautelares por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones** respecto de las compañías TTP y TS, para asegurar la eficacia de la resolución que, en su caso, pudiera recaer, en relación con la oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios, que ofrece la referida compañía filial del grupo TA, en la medida que constituye la realización de una actividad de reventa del servicio telefónico disponible al público, para lo que carece de título habilitante, **que tiene el riesgo de producir efectos anticompetitivos, dada la posición de dominio del grupo TA en el mercado relevante afectado y que la contratación de este servicio está produciendo abusos que perjudican a una competencia efectiva y no distorsionada.***

*(...) la ratio decidendi de la decisión jurisdiccional se basa en el examen de las razones que motivó al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a adoptar dos medidas cautelares, **aceptando la fundamentación jurídica del órgano regulador en lo que concierne a la necesidad y urgencia de la decisión, debido al interés en prevenir los efectos lesivos de la competencia y prácticas discriminatorias a favor de TTP, que refuerzan al posición de dominio de TS y sus filiales, con el objeto de salvaguardar intereses públicos vinculados al buen funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones.***

*(...) La Sala de instancia realiza un juicio ponderado de los elementos fácticos acreditados indiciariamente, que **evidenciaban el riesgo de producción de resultados anticompetitivos**, derivados de la aplicación de cláusulas tipo de los contratos formalizados entre TTP y clientes ajenos, y a la **efectiva realización de prácticas abusivas y discriminatorias** que reclamaron la intervención aseguradora de los intereses públicos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”*

Sentado lo anterior y tal y como sucedía con la acreditación del requisito de *fumus boni iuris*, si bien no procede reiterar en la presente Resolución la extensa argumentación esgrimida en la recurrida sobre la efectiva concurrencia de la necesidad y de la urgencia de la medida adoptada, sí que procede resaltar que la citada urgencia proviene de la propia comunicación, efectuada por TESAU, sobre su intención de pasar de la fase de prestación en pruebas a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

otra de comercialización abierta y generalizada, de los servicios que se prestarán al amparo de las nuevas redes allí donde disponga de ellas, a más tardar, en octubre del presente año.

Y es que, el hecho de que los operadores alternativos tengan la posibilidad de prestar servicios minoristas basados en las nuevas redes de continua referencia es imperativa, ya que, tal y como se señaló en la Resolución recurrida, *“la provisión de servicios minoristas de forma independiente es esencial para mantener la presión competitiva sobre el operador tradicional en el nivel minorista”*, siendo la única forma de preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios.

En el mismo sentido de lo señalado en el párrafo anterior, en la Resolución sobre líneas maestras se estableció que *“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 híbrida/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 eliminación de las redes de cobre y de conmutación de circuitos hagan este proceso inevitable y necesario”*.

En consecuencia, dadas las limitaciones que los operadores alternativos pueden encontrar actualmente para prestar servicios minoristas basados en redes FTTH, y que por el contrario, TESAU sí que cuenta con los medios disponibles para ello, medios que le permitirán, tal y como ella misma ha reconocido prestar los mismos a partir de octubre resulta tanto urgente como necesario la adopción de una medida que permita a los operadores alternativos emular dichos servicios en el menor plazo de tiempo posible.

Y es preciso destacar, en este punto, que las alegaciones realizadas por los recurrentes en cuanto a que la imposición de las medidas requeriría de la tramitación del correspondiente procedimiento de análisis y definición de los mercados mayoristas de acceso a las infraestructuras de red fija y de posiciones de dominio en ellos, lejos de debilitar la razón de ser de las medidas adoptadas, vienen a confirmar su necesidad y urgencia en la medida en que, efectivamente, la definición de las condiciones concretas y definitivas que hayan de regular estos mercados, exige de un proceso durante el cual la falta de reacción cautelar es susceptible de poner en riesgo la continuidad competitiva para los operadores competidores de TESAU.

Por otra parte, frente a las alegaciones de TESAU relativas a que ya estaba trabajando con el objetivo de ofrecer un servicio mayorista comercial similar al impuesto por vía regulatoria para la infraestructura de obra civil, es preciso señalar que esta Comisión no ha tenido constancia en el momento de adopción



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de las medidas de ninguna comunicación oficial de TESAU en virtud de la cual el servicio mayorista – y la información asociada a dicho servicio - fuera a ser ofrecido en los plazos que establece la Resolución impugnada, y que permiten alinear, en la medida de lo posible, las condiciones de partida de terceros operadores con las de TESAU. Tampoco la suscripción de acuerdos puntuales de compartición, bien de manera voluntaria o por el procedimiento previsto en el artículo 30 de la LGTel, pueden considerarse suficientes como para concluir que la medida adoptada no es urgente. Procediendo además poner de manifiesto que los recursos de reposición de los operadores potencialmente demandantes de estos servicios mayoristas inciden en la falta absoluta de información hasta el momento en relación con las infraestructuras susceptibles de acceso en virtud de la Resolución de 8 de mayo.

Como afirma TESAU, efectivamente esta Comisión conocía que este operador *“estaba ya desarrollando procedimientos (...) para agilizar y facilitar de forma transparente y no discriminatoria la consecución de acuerdos de compartición de infraestructuras con otros operadores”*. Ahora bien, TESAU obvia el dato sobre los plazos propuestos por este operador en relación con estos servicios mayoristas. Es ya un logro de la medida cautelar objeto de recurso que estos servicios estén operativos en el plazo de 4 meses dado que supone un recorte sustancial con el horizonte temporal que podía haber manejado el operador incumbente. De hecho, esta Comisión no tiene constancia de que TESAU fuera a ofrecer este servicio mayorista en fase de contingencia, como ahora plantea en su escrito.

Pero, además, es necesario resaltar uno de los elementos esenciales de la medida adoptada, cual es que las obligaciones relativas al acceso a las infraestructuras en dominio público no se limitan a la obligación de dar acceso, sino que inciden, de manera esencial en la provisión por parte de TESAU de información suficiente para que los operadores alternativos empiecen a valorar la viabilidad o no del despliegue de red propia en función del acceso a la obra civil del operador histórico. En efecto, en relación con la red legada de TESAU, como señala algún operador (Colt), se considera que es imprescindible que los operadores alternativos se encuentren desde el momento inicial en condiciones de partida similares a TESAU por lo que respecta a la posible planificación de la nueva red. De nuevo, aquí, la urgencia y necesidad de la puesta a disposición de los operadores de la información sobre el despliegue de TESAU, que sea relevante para su propia toma de decisiones, resultan palmarias.

Así, a través de las medidas cautelares se busca dotar a los operadores alternativos de suficiente información como para poder valorar el posible despliegue de la nueva red NGA, así como dar reconocimiento inmediato a su derecho de acceso a fin de que puedan valorar la posibilidad de entablar negociaciones que deberían culminar en la compartición de las canalizaciones, conductos, arquetas, postes, etc. de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, al contrario de lo expuesto en los diferentes recursos de reposición, no es incompatible con la urgencia de la medida el hecho obvio y reconocido que el acceso a las infraestructuras es un proceso que requiere del sometimiento a una serie de plazos. La imposición de este acceso mayorista, ha supuesto el avance de la disponibilidad del servicio en varios meses con respecto a los planteamientos manejados por TESAU permitiendo a los operadores alternativos acceder a la información relevante en relación con los planes de despliegue y las infraestructuras disponibles.

Por último, es importante señalar que esta Comisión coincide con las alegaciones de Colt y Orange, que señalan que existe una vertiente práctica – derivada del inevitable proceso de negociación entre los operadores – que también deberá ser tenida en cuenta. Sin embargo, dado que las medidas se adoptan en sede cautelar, no hubiera tenido sentido proceder a una regulación tan detallada de la obligación de acceso a las infraestructuras como propugna Orange (identificando, por ejemplo, las posibles reglas de ingeniería aplicables), siendo en el marco de una medida cautelar preferible dejar este tipo de cuestiones a la libre negociación entre las partes. Sin perjuicio de que esta cuestión se deba dilucidar en el proceso definitivo de revisión del mercado 4, interesa en todo caso recordar las reflexiones contenidas en la Resolución de 17 de enero de 2008 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)), y donde se destacaba que *“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 más inmediata”*.

Por lo anterior, esta Comisión entiende que las medidas cautelares adoptadas están plenamente justificadas.

3) Sobre la inexistencia de proporcionalidad en la medida adoptada:

En sus manifestaciones, varios operadores cuestionan directa o indirectamente la proporcionalidad de las medidas adoptadas por esta Comisión. Así, TESAU alega que se está adoptando una medida de tal calado que está prejuzgando el resultado del proceso de análisis del mercado subsiguiente. En particular, según TESAU, en relación con el bucle virtual se estaría imponiendo una obligación de muy difícil cumplimiento, dada la ausencia de disponibilidad técnica de un servicio mayorista de las características requeridas en la Resolución de 8 de mayo de 2008. En relación con el acceso a las infraestructuras, TESAU cuestiona el ámbito territorial y temporal en que se enmarcan las medidas adoptadas, así como la razonabilidad de un criterio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

orientación de precios a costes para el acceso a las infraestructuras. Valoración esta última que también es efectuada por los operadores ONO y Euskaltel.

Euskaltel manifiesta que esta Comisión únicamente ha contemplado los efectos de las medidas adoptadas en TESAU, ignorando los legítimos intereses del resto de los recurrentes.

Por su parte, Orange señala que la vinculación establecida por esta Comisión entre el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle virtual, y que fuerza a los operadores alternativos a realizar el mismo despliegue FTTH que el incumbente, es desproporcionada. En el mismo sentido se manifiestan ONO y Astel. Por último, varios operadores (ONO, Astel, Orange) cuestionan el hecho de que la comercialización minorista de las ofertas de TESAU basadas en FTTH no se condicione a la efectiva disponibilidad del servicio mayorista de acceso virtual FTTH.

En atención a las alegaciones efectuadas por las recurrentes y a efectos de disponer de ciertas directrices que permitan aplicar un concepto jurídico tan indeterminado como es el principio de proporcionalidad procede hacer alusión a lo establecido en relación al mismo por la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria.

Así, en lo que respecta al principio de proporcionalidad como principio general del derecho comunitario el TJCE¹⁹ ha establecido que *“es necesario comprobar no sólo que los medios elegidos sean aptos para la realización del objetivo pretendido sino también que no vayan más allá de lo que es necesario para lograrlo”*.

En relación con el mismo el Tribunal Constitucional²⁰ ha manifestado que el juicio de proporcionalidad debe concentrarse sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

En lo que respecta al concreto ámbito de telecomunicaciones procede recordar que en las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas²¹, se establece que la proporcionalidad y legalidad de las decisiones propuestas por las ANR se deberán tener en cuenta los objetivos políticos establecidos en el artículo 8 de la Directiva Marco.

De manera que, cuando se impone una determinada obligación a un operador, se deberá en todo caso ponderar que esa obligación sea apropiada y relativa al

¹⁹ TJCE 2006/253

²⁰ RTC 2003/152.

²¹ (2002/C 165/03)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

problema identificado y, tal y como ha manifestado el ERG²², en lo que respecta en concreto al despliegue de NGA la imposición del conjunto de medidas regulatorias deberá realizarse con la intención de evitar una sobrerregulación²³.

Atendiendo a estas premisas, se procede a dar contestación a las alegaciones relativas a la falta de proporcionalidad de la medida cautelar, tanto para el acceso a las infraestructuras de TESAU, como para el acceso al bucle virtual.

3.1) Acceso a las infraestructuras de TESAU

- **En relación con la limitación temporal y territorial del servicio mayorista de acceso a infraestructuras**

TESAU alega que las obligaciones relativas a la infraestructura de obra civil deberían fijar un momento temporal a partir del cual los operadores no tendrían un derecho incondicional de acceso a la infraestructura de TESAU, dado que según este operador no tendría sentido extender *sine die* las obligaciones de compartición en los futuros nuevos desarrollos. TESAU propone la fecha de 16 de octubre de 2008 – momento en que TESAU tiene previsto que estén disponibles, aun en fase de contingencia, los procedimientos relativos a la compartición de infraestructuras – como punto de corte para la aplicación de la obligación genérica de compartición. TESAU también se refiere a la existencia de experiencias de compartición en nuevos desarrollos, así como al despliegue llevado a cabo por los operadores de cable en infraestructuras pasivas (lo cual según TESAU puede tener incidencia sobre la segmentación geográfica de los mercados), como elementos relevantes que deben ser valorados por esta Comisión a la hora de estructurar las obligaciones de acceso a la infraestructura de obra civil.

En relación con estas alegaciones, es importante señalar que esta Comisión es consciente de la diferente dinámica en que debería enjuiciarse el acceso a infraestructura preexistente de TESAU frente a nuevos despliegues. Sin embargo, es preciso recordar que las medidas aquí consideradas se han adoptado en sede cautelar, por lo que necesariamente tienen carácter provisional, hasta el momento en que se proceda a la adopción de las medidas definitivas una vez culminado el proceso de revisión de mercados. El objeto de las medidas cautelares debe ser el de asegurar la efectividad de las obligaciones que puedan recaer sobre TESAU una vez culminado el procedimiento, sin que ello implique que esta Comisión deba proceder a hacer determinaciones sobre elementos que son ajenos al aseguramiento de dichas medidas definitivas. En conclusión, las consideraciones relativas al ámbito de las obligaciones aplicables a la infraestructura de obra civil, deberán ser

²² ERG Opinion on Regulatory Principles of NGA. ERG (07) 16 rev2.

²³ La traducción es nuestra.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tratadas, en su caso, en el marco del procedimiento principal, ya iniciado por esta Comisión.

- **Orientación a costes de los precios del servicio mayorista de acceso a infraestructuras**

ONO, TESAU y Euskaltel consideran desproporcionada la imposición de una obligación de proveer el servicio mayorista de acceso a infraestructuras orientadas a costes.

ONO y Euskaltel consideran que esta obligación supone una desventaja competitiva importante para ellos en la medida que estos operadores sí han desarrollado sus propias redes mediante inversiones propias. La orientación de los precios a los costes de estas infraestructuras traspasará unas economías de escala a los nuevos entrantes que los operadores de cable no disfrutaban ni han disfrutado. Por este motivo alegan que la obligación de precios razonables sería más coherente con el objetivo de fomentar la competencia en infraestructuras.

Euskaltel también considera desproporcionada la medida dado que únicamente se valora el coste de producción del operador incumbente que desplegó sus infraestructuras en un entorno completamente distinto al que lo han hecho los operadores de cable.

Por su parte TESAU considera que la orientación de los precios a los costes es una medida muy intrusiva que debe ser sometida a un análisis coste beneficio en la medida que existe una multiplicidad de operadores en el mercado que sí han desplegado sus propias infraestructuras. Unos precios excesivamente bajos no solo desincentiva el desarrollo de nuevas redes sino que quita valor a las nuevas inversiones realizadas e incluso convierte en costes hundidos las redes de los operadores de cable – en la medida que el input que requieren para competir se puede adquirir ahora en el mercado a un precio mucho más atractivo que los costes que soportan –.

En relación con estas alegaciones, cabe destacar que esta Comisión ha reconocido en multitud de ocasiones la importancia de mantener los incentivos al despliegue de redes en consonancia con la Posición Común sobre obligaciones adecuadas del ERG²⁴. En dicha Posición Común se diferencian dos tipos de situaciones. Aquéllas en las que es improbable una competencia en infraestructuras, dados los costes de despliegue de las mismas, y cuando es factible una replicación de los elementos de redes necesarios para prestar los servicios analizados. En estas últimas, a la hora de imponer las obligaciones sobre el operador dominante, esta Comisión deberá observar lo previsto en el considerando 19 de la Directiva 2002/19/CE de Acceso respecto a la

²⁴ Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06) 33, mayo de 2006



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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”*.

Esta Comisión considera que la obligación de orientación a los costes no es incompatible con la consecución de los objetivos anteriores. La orientación a los costes es un criterio objetivo válido para la fijación de los precios mayoristas de las infraestructuras que, como se ha justificado, son un recurso esencial para garantizar la competencia en el mercado minorista. Sin embargo, a la hora de fijar los precios mayoristas se deben mantener los incentivos al despliegue de redes alternativas cuando sea posible la duplicación de la infraestructura. Y en este punto, es preciso tener en cuenta la existencia en España de redes de acceso alternativas ya desplegadas por los operadores de cable, lo que habrá de ser tenido en cuenta a la hora de fijar los precios mayoristas

Al mismo tiempo, es importante destacar que la obligación de acceso debe ser compatible e incentivar los procedimientos simétricos de compartición desarrollados en el marco del artículo 30 de la LGTel. La obligación de acceso a las infraestructuras de TESAU podría tener un efecto no deseado sobre los incentivos de los operadores a participar en los procedimientos ordinarios de compartición en la misma medida que se venían produciendo hasta el momento.

En este sentido, esta Comisión, en aplicación de la jurisprudencia comunitaria en el caso Arcor²⁵, fijará los precios mayoristas a partir de una estimación de los costes que incorpore una adecuada valoración de los activos de que se trata en protección de los objetivos descritos.

En cualquier caso, estos aspectos deberán ser tratados en detalle en el marco del análisis definitivo del mercado o en los conflictos que, en su caso, se susciten.

3.2) Acceso mayorista al bucle virtual FTTH/GPON

En relación con el acceso al bucle virtual FTTH/GPON, TESAU no sólo alega la imposibilidad de la prestación del citado servicio con los requisitos exigidos por esta Comisión, sino que además la prestación de aquél resulta innecesaria por cuanto que en el momento en el que éste se encuentre efectivamente implantado en el mercado, los operadores ya contarán con el servicio mayorista de acceso a sus infraestructuras.

TESAU hace especial hincapié en los problemas técnicos y de implementación que implica un servicio como el propuesto, indicando que no existe experiencia previa en la provisión de servicios mayoristas de difusión de IPTV a nivel

²⁵ C 55/06.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mundial y que las iniciativas existentes para definir una arquitectura se están analizando en la actualidad en foros y de manera teórica.

Asimismo alega la inexistencia de estándares que definan las medidas y parámetros para garantizar que la señal que está recibiendo un usuario tiene una calidad tal que no va a provocar reclamaciones. Por ello, según TESAU, el único mecanismo existente para ofrecer un servicio de IPTV aceptable es el ajuste de todos los elementos que conforman la plataforma de TV siendo fundamental la interacción entre ellos. Alega dificultades insalvables en la actualidad para la provisión de un servicio mayorista para soportar IPTV debido a la pérdida de control y gestionabilidad extremo a extremo al utilizar equipamiento de diferentes operadoras.

Respecto a lo expuesto cabe señalar que la propuesta de esta Comisión consistía en una arquitectura general que dejaba abierta la implementación concreta y cuyas líneas generales han sido confirmadas (en cuanto a viabilidad y ajuste a las necesidades) por los escritos de alegaciones de varios operadores haciendo uso de funcionalidades habitualmente disponibles en los equipos y recogidas en estándares.

Ahora bien, lo anterior no impide reconocer la verosimilitud de la argumentación realizada por TESAU, en cuanto a la falta de experiencias prácticas efectivas de implementación de servicios mayoristas como el descrito, lo que hace evidente que pueden surgir problemas durante su especificación que, en todo caso, afectarán a los plazos de disponibilidad del servicio, incompatibles con el aseguramiento cautelar pretendido.

Y ello reviste una importancia esencial para la evaluación de las dificultades alegadas como elemento del juicio de proporcionalidad, esto es, para la valoración de la adecuación de las medidas al fin pretendido, en sus términos temporales que, en este caso, resultan de relevancia especial en la medida en que el servicio previsto fue concebido como transitorio y complementario de la apertura de canalizaciones.

De acuerdo con la Resolución recurrida²⁶, el bucle virtual había de resultar operativo sólo durante el tiempo necesario para la disponibilidad de la apertura de las infraestructuras de obra civil de TESAU *“dado el plazo de tiempo que, inevitablemente transcurrirá hasta que se instrumentalice el efectivo acceso a la infraestructura de obra civil”*.

Indica la operadora a este respecto que, dadas las dificultades de implementación del servicio de bucle virtual y, habida cuenta de *“las fechas en que el procedimiento de compartición de infraestructuras estará operativo (dada la ausencia de ninguna imposibilidad, ajena a mi representada, que lo impida), éste último entraría en servicio mucho antes de que el hipotético servicio de bucle virtual estuviese mínimamente desarrollado(...)”*.

²⁶ Página 17.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y aparece aquí el segundo elemento, determinante en la valoración de proporcionalidad, cual es, el adelantamiento de la disponibilidad del servicio de acceso a las infraestructuras de obra civil respecto de los plazos inicialmente manejados por la propia TESAU que vienen a privar de la condición de necesidad al servicio de bucle virtual.

Por escrito de fecha 28 de julio, TESAU ha comunicado a esta Comisión las actividades, tareas e implementaciones realizadas hasta la fecha en ejecución de la medida cautelar impuesta en los siguientes términos:

“1.-Estudio, desarrollos en sistemas y trabajos para la disponibilidad del servicio mayorista de compartición de infraestructuras (Marco) de Telefónica de España. Este servicio cumplirá con la obligación incluida en la Cautelar de proporcionar a los operadores acceso a las infraestructuras de obra civil de mi representada instaladas en el Dominio Público.

2.-Información de los planes de cobertura hasta el 2010 (16/06/08), indicando la relación de centrales cabecera óptica FTTH/GPON que mi representada tiene previsto constituir. La información se encuentra publicada en TOL.

3.-Comunicación a los operadores de la inminente apertura del servicio. Se preguntó a los mismos sobre quien estaba interesado en recibir la información detallada del servicio (15/07/08)

4.-Apertura del Sistema de información (16/0708). Se accede a la información de infraestructuras en todas las zonas en las que mi representada tiene previsto desplegar FTTH en los 14 meses siguientes a la publicación de la Cautelar, tal y como indicaba ésta.

Se ha dado acceso gratuito al mismo hasta la apertura del servicio de compartición para que los operadores puedan familiarizarse con el servicio y realizar pruebas, en modo piloto, con solicitudes ficticias en número razonable para consolidar el sistema y proveer al equipo de respuesta de entrenamiento en entorno real.

5.-Remisión de la documentación de referencia a los operadores que lo habían solicitado (18/07/08) incluyendo la siguiente información que se adjunta como anexo:

- Descripción del servicio MARCo (Anexo 1)*
- Normativa Técnica (NOTECO) (Anexo 2)*
- Manual de usuario de NEON (Anexo 3)*
- Manual de usuario de CARPE (Anexo 4)*
- Contrato tipo sobre el sistema de Información SICO (Anexo 5).*

6.-Sesión informativa y demostración del servicio SICO con los operadores que aceptaron la invitación (24/07/08)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se invitó a los operadores que tienen usuario de SGO y/o NEON. Los operadores asistentes a la sesión fueron: BT, Colt, DTI2, Grupalia, Ibercom, Idecnet, Jazztel, Orange, Telecable y Vodafone.

Tras esta sesión, mi representada va a analizar las peticiones y sugerencias realizadas por los operadores, al objeto de incorporarlas en la medida de lo posible a la definición del servicio”.

Igualmente, comunica formalmente la fecha de efectiva disponibilidad del servicio, fijada para el 16 de septiembre del año en curso.

Con ello, la posibilidad de los operadores competidores de TESAU de mantener, en plazos de tiempo adecuados, la continuidad competitiva, queda suficientemente garantizada, habida cuenta del alcance aún limitado a ciertas centrales que la comercialización prevista tendrá en las primeras fases de su lanzamiento, tal y como los interesados han reconocido en sus alegaciones.

Tal y como se ha señalado anteriormente, la finalidad de las medidas adoptadas es evitar los perjuicios que para la continuidad competitiva resultarían de la falta de disponibilidad, en tiempo del efectivo acceso de los operadores alternativos a las infraestructuras de obra civil de TESAU en coherencia con la doctrina mantenida por esta Comisión consistente en que *“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”.*

Por lo anterior, dada la disponibilidad del servicio mayorista más acorde con los principios establecidos tanto en la LGTel como en la Directiva Marco, en relación con la promoción de una inversión eficiente en materia de infraestructura, a saber, el acceso a las infraestructuras de TESAU, el servicio complementario a este último consistente en la prestación del bucle virtual no se considera ya necesario para complementar al anterior, esto es, para asegurar la efectividad de la medida cautelar principal de acceso a las infraestructuras de obra civil de TESAU.

Sin menoscabo de lo anterior, y entendiendo asegurada la efectividad de la medida cautelar principal de acceso a las infraestructuras de obra civil de TESAU por parte de aquellos operadores alternativos que así lo soliciten, en el periodo que transcurre hasta la adopción por esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la Resolución que ponga fin al procedimiento de análisis y definición del mercado 4, no obsta para que en el supuesto de que por parte de TESAU se vieran incumplidos los compromisos de disponibilidad del servicio de acceso a las infraestructuras de obra civil, esta Comisión pudiera estimar en dicha Resolución la necesidad del servicio complementario al anterior consistente en la prestación del bucle virtual y siempre que ello resultara técnicamente posible.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, siendo la real disponibilidad del servicio de acceso a la infraestructura de obra civil de TESAU el fundamento esencial de esta estimación, el cumplimiento efectivo de los plazos señalados se constituye en condición esencial para garantizar la continuidad competitiva, objeto éste de la medida adoptada, de manera que debe, en todo caso, condicionarse la posibilidad de comercialización por TESAU de sus servicios minoristas, al efectivo cumplimiento de los plazos señalados en su escrito de fecha 28 de julio.

De esta manera se garantiza el objetivo de la imposición cautelar de obligaciones, esto es, que estos servicios mayoristas estén efectivamente disponibles para terceros en el menor tiempo posible de forma que los operadores alternativos puedan configurar su propia oferta minorista.

En virtud de lo expuesto procede suprimir la obligación obrante en el Anexo de la Resolución recurrida relativa a la obligación de la prestación del bucle virtual a los operadores alternativos

4) Contestación a otras alegaciones de los operadores

- **En relación con la alegación de Euskaltel relativa a la no exigibilidad de título jurídico a TESAU respecto a las infraestructuras objeto de compartición**

Euskaltel afirma que la obligación impuesta a TESAU de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil instaladas en el dominio público es una asignación genérica e indeterminada, debiendo exigirse a TESAU un título jurídico válido que acredite la titularidad de la infraestructura de obra civil como condición previa a la instrumentalización o no del acceso.

En contestación a esta afirmación de Euskaltel, y a modo preliminar, es necesario señalar que en sus alegaciones Euskaltel también invoca pretensiones formuladas por este operador en el marco del conflicto de compartición con TESAU concerniente a la ocupación de determinados conductos y arquetas situados en el dominio público de varios municipios del ámbito territorial del País Vasco, que actualmente se está tramitando por esta Comisión con número de expediente RO 2007/46. Deberá ser en el marco del citado procedimiento donde se dé respuesta a las consideraciones formuladas por Euskaltel en relación con el mencionado conflicto.

Ya en relación con el contenido de la obligación de acceso a las infraestructuras de TESAU impuesta en el seno de la medida cautelar recurrida, en reiteradas ocasiones esta Comisión se ha pronunciado sobre el hecho de que a través de la actuación regulatoria no se pretende en modo alguno prejuzgar acerca de la titularidad de las infraestructuras que pueden ser objeto de uso compartido. Es ésta una cuestión que en todo caso debe ser



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dilucidada por los tribunales competentes²⁷. La obligación impuesta a TESAU de acceso a las infraestructuras de obra civil ha de ser por tanto necesariamente de contenido genérico, incluyendo en principio toda infraestructura en posesión de TESAU o que pueda ser usada por TESAU. Posición que es congruente con la normativa sectorial vigente²⁸, y es también consecuente con la postura mantenida por esta Comisión en relación con otros procedimientos relativos al derecho de acceso en mercados donde se ha impuesto tal obligación al operador declarado con PSM²⁹.

Todo ello sin perjuicio de que – tal como establece la Resolución impugnada – siempre sea posible para los operadores de comunicaciones electrónicas interponer el correspondiente conflicto ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en aquellos casos en que sea necesaria la intervención administrativa para instrumentalizar el correcto acceso a las infraestructuras.

- **Extensión de las obligaciones impuestas a TESAU al acceso en el interior de los edificios (obligaciones “verticales”). Migración de la red de cobre a la red de fibra.**

Orange y Colt cuestionan la suficiencia de las medidas adoptadas, y defienden que toda obligación de dar acceso a la infraestructura de obra civil de TESAU debe extenderse al despliegue de red en el interior de los edificios. En otro orden de cosas, Colt y Orange también cuestionan la falta de información contenida en la Resolución de medidas cautelares sobre el proceso de migración de la red de cobre a la red NGA por parte de TESAU.

En contestación a las alegaciones de Orange y Colt, esta Comisión es consciente de la problemática que el despliegue de red en el interior de los edificios puede plantear para los operadores que aspiren a implantar una nueva red NGA hasta el usuario final.

En la Resolución de las Líneas Maestras se estimaba que *“se hace evidente el riesgo de que el primer operador que realice el despliegue de verticales y acometidas de fibra óptica en un determinado edificio, pueda convertirse en*

²⁷ Ver por ejemplo Resolución de 21 de abril de 2005, por la que se resuelve el conflicto de compartición presentado por Cableuropa, S.A.U. frente a Telefónica de España, S.A.U. concerniente a la ocupación de determinados conductos y arquetas situados en el dominio público del municipio de Jerez de la Frontera (Cádiz).

²⁸ En línea con lo dispuesto en la propia LGTel en relación con la definición de acceso (Anexo II), entendida como *“la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”*, ver también artículo 12 de la Directiva 2002/19/CE de acceso.

²⁹ Ver Resolución de 25 de octubre de 2007 por la que se incluyen los derechos de uso y los recursos de red que dispone Abertis Telecom, S.A.U. en el complejo de telecomunicaciones de Torre Collserolla en las infraestructuras de difusión de televisión cuyo acceso a terceros Abertis Telecom, S.A.U. debe garantizar a precio orientado a costes conforme lo dispuesto en la Resolución de 2 de febrero de 2006 (RO 2007/356).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador único del edificio, ya sea porque utiliza elementos que resultan de ocupación exclusiva o bien por las lógicas reticencias de los vecinos afectados a que se proceda a otra instalación de cables de fibra óptica adicional a la ya existente, a la de pares telefónicos, o incluso de cable siamés para servicios de cable, generando así un verdadero cuello de botella". Por tanto, no es el ámbito de una Resolución como la que es objeto de recurso, que se impone de forma asimétrica sobre un operador, el marco en el que analizar estos problemas de competencia.

Por ello, en aras de evitar el evidente riesgo que supone que el primer operador que realice el despliegue de una red NGA (por ejemplo, de fibra óptica) en un edificio pueda convertirse en el único prestador de servicios soportados sobre estas, esta Comisión ha iniciado con fecha 19 de junio de 2008 (publicado en BOE con fecha 28 de junio de 2008) el correspondiente procedimiento para la posible imposición de obligaciones simétricas a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con los elementos que constituyen la infraestructura en el interior de los edificios para el despliegue de redes NGA (MTZ 2008/965). Las alegaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con la posible imposición de medidas "verticales" de carácter simétrico deberán dilucidarse por tanto en el marco de dicho procedimiento.

En relación con las alegaciones sobre la falta de información en la medida cautelar sobre el proceso de migración desde la red de cobre a la red NGA, es preciso recordar que las medidas aquí consideradas se han adoptado en sede provisional. Las consideraciones relativas a los efectos de la migración hacia una red NGA de TESAU sobre su planta tradicional deberán ser objeto de un procedimiento específico, debiendo entenderse que las obligaciones actualmente vigentes relativas a las obligaciones de acceso a los elementos y recursos específicos de la red de TESAU, tal como vienen configuradas en la Resolución del mercado 11, siguen estando plenamente vigentes.

RESUELVE

Primero.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 8 de mayo de 2008 (MTZ 2008/626), en lo relativo a la obligación de proporcionar el servicio bucle virtual FTTH/GPON y, en consecuencia, eliminar la obligación establecida en el apartado 2 del Anexo de la Resolución.

Segundo.- La comprobación por esta Comisión del cumplimiento de los plazos comunicados por TESAU mediante escrito de fecha 28 de julio, será condición previa para la comercialización de sus servicios minoristas.

Tercero.- Desestimar el resto de los motivos de impugnación alegados por Telefónica de España, S.A.U. en su recurso, así como los recursos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interpuestos por las entidades Euskaltel, S.A., France Telecom España, S.A., ASTEL, Jazz Telecom, S.A.U, Cableuropa, S.A.U y Tenaria, S.A. y Colt Telecom España, S.A.U. contra la Resolución de 8 de mayo de 2008.

Cuarto.- 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 B.O.E., de conformidad con lo previsto en el artículo 59.6.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición 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 SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera