



## 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 num. 03/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de enero de 2009, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN DE FECHA 31 JULIO DE 2008, RELATIVA A LA MODIFICACIÓN DE LA OBA POR LA INTRODUCCIÓN DE NODOS DE ACCESO EN EL SUBBUCLÉ DE PAR DE COBRE POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicación (ASTEL), France Telecom España, S.A., Jazz Telecom, S.A.U., y Vodafone España, S.A.U. contra el acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 31 de julio de 2008, relativo a la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) por los efectos de la introducción de nodos de acceso al subbucle de par de cobre (DT 2007/709) por parte de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), el Consejo de la Comisión ha adoptado, en su sesión número 03/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1589):

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de julio de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución relativa a la modificación de la OBA por la introducción de nodos de acceso en el subbucle de par de cobre (DT 2007/709) que afecta a dos cuestiones interrelacionadas: el cambio gradual de red que está llevando a cabo TESAU al introducir nuevos nodos de acceso y los efectos inmediatos de la introducción de nuevos nodos de acceso para servicios VDSL2.

En el Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió lo siguiente:

*“Primero.- TESAU deberá adaptar la información proporcionada en la “Base de datos de edificios y repartidores” de la OBA para incluir información diferenciada para cada nodo remoto instalado acerca de su situación y área de cobertura, en un plazo de cuatro meses.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Segundo.-** TESAU deberá comunicar a los operadores coubicados y a esta Comisión, en un plazo de dos meses los despliegues de nuevos nodos ya iniciados. Igualmente, deberá comunicar previamente a su inicio y con una antelación de seis meses sus previsiones de despliegues futuros.

**Tercero.-** TESAU deberá proporcionar, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la presente Resolución, información suficiente en relación con las infraestructuras de obra civil, incluyendo el espacio disponible en sus canalizaciones, cámaras, conductos o cualquier otra instalación relevante en aquellas zonas en las que TESAU ofrezca servicios minoristas de banda ancha desde nodos remotos.

**Cuarto.-** TESAU deberá proporcionar, a los operadores que estén coubicados en una central donde haya bucles que hayan sido interceptados por un nodo remoto en los cuales ya no es posible la desagregación desde la central, cualquier modalidad de acceso indirecto solicitada sobre esos bucles y susceptible de ser suministrada desde el nodo con un descuento en la cuota mensual por conexión del 23,5% en GigADSL y del 40,6% en ADSL-IP. TESAU deberá incluir la información sobre los bucles afectados en su base de datos de demarcaciones y centrales donde se ofrece acceso indirecto.”

**SEGUNDO.-** Con fecha 26 de septiembre de 2008, tuvieron entrada en el Registro de la Comisión dos escritos presentados en nombre y representación de France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) y de Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel) por los que interponen sendos recursos potestativos de reposición contra la mencionada Resolución de 31 de julio de 2008.

Orange impugna la Resolución DT 2007/709 por considerar que la misma adopta una decisión desproporcionada y perjudicial para el fomento de la competencia en el mercado del acceso de banda ancha además de que, para la adopción de la misma, no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido. Al amparo de esta impugnación, solicita que esta Comisión inste a TESAU a ofrecer un servicio de desagregación virtual (en adelante, SDV) por el que se garantice la replicabilidad de los servicios ofrecidos por TESAU desde los nodos remotos y que, hasta que la anterior solicitud no sea atendida por la Comisión, se paralice la comercialización por parte de TESAU de sus servicios minoristas de VDSL2.

Orange fundamenta los anteriores motivos de impugnación en las siguientes alegaciones:

1. Según Orange, esta Comisión llega a las conclusiones erróneas que se relacionan a continuación dentro de los argumentos utilizados por ella para motivar la adopción de la Resolución recurrida.
  - *En ningún caso la implementación de los nodos remotos imposibilita la prestación de un servicio IPTV ahí en donde, previa aquella implantación, fuera posible.*

A juicio de Orange, con la implementación de los nodos remotos sobre infraestructuras de red legadas en condiciones de exclusividad, TESAU se constituye en el único operador capaz de ofrecer coberturas suficientes capaces de dar servicios de banda ancha o de gran ancho de banda.

- *Que esta Comisión considera que exigirle a TESAU el SDV resulta desproporcionado teniendo en cuenta que el único servicio adicional*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*que aquella oferta aportaría a los operadores alternativos sería el de IPTV.*

Orange considera erróneo el hecho de que esta Comisión haya estimado que el servicio de IPTV provisto por los operadores alternativos sobre bucles utilizando el SDV podría ser utilizado por un reducido número de bucles, por lo que no se justificarían los costes que supone para TESAU la implementación del SDV. Para la recurrente esta conclusión resulta errónea puesto que al basarse en las cifras actuales de cobertura por parte de TESAU para prestar servicios de IPTV, la Comisión no está teniendo en cuenta la potencialidad, en términos de cobertura y capacidad técnica, de pares de cobre aptos para ofrecer servicios de IPTV u otros servicios innovadores que requieran de grandes anchos de banda.

- *El desarrollo de la regulación del acceso al subbucle, en atención a los costes que ello supondría para los operadores alternativos, junto con la necesaria realización de distintos estudios y el largo plazo para su aprobación y posterior disponibilidad operativa, harían que tal regulación resultara ineficaz. Por ende, considera que esta Comisión estima que la vigencia de la obligación de ofrecer acceso a los subbucles permite a los operadores alternativos realizar despliegues de nodos remotos.*

Orange considera muy grave que, dado que esta Comisión ha reconocido la gran dificultad que supone regular este tipo de acceso, no haya previsto medidas adicionales a la posibilidad de que los operadores alternativos tengan acceso a las infraestructuras civiles de TESAU tal y como lo ha expuesto en el borrador de Recomendación de la Comisión Europea sobre Redes de Acceso de Nueva Generación (en adelante, NGA's).

- *La regulación propuesta en el terreno de las infraestructuras complementa y completa la actual regulación de desagregación del bucle siendo esta la vía para fomentar la competencia en infraestructuras ante la previsión de despliegue de una nueva red por parte de TESAU.*

Contrariamente a lo expresado por esta Comisión, Orange considera que la Resolución recurrida suaviza las obligaciones de TESAU en materia de desagregación del bucle puesto que condena a los operadores alternativos a perder cuota de mercado debido a la falta de viabilidad económica y técnica que suponen los despliegues necesarios para poder replicar los nuevos servicios que potencialmente podrá ofrecer TESAU, actuación que supondría para los operadores alternativos dar un paso de gigante en la escalera de inversión.

- *Según la recurrente ante una evolución tecnológica, esta Comisión considera que el SDV orientado a costes desincentiva la competencia en infraestructuras de acceso.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además alga que aunque TESAU prevea despliegues FTTH, siempre cuenta con la alternativa complementaria de realizar inversiones marginales que permiten la oferta de servicios de banda ancha o muy ancha mediante la explotación de los subbucles de cobre permitiendo una migración progresiva hacia nuevas arquitecturas de red. Sobre la base de dicha posibilidad con la que cuenta TESAU, Orange pide que se establezca un mecanismo que le permita realizar una migración progresiva hacia nuevas redes proveyéndoles de las mismas facilidades de que dispone TESAU para esta migración.

2. Alega que la Resolución recurrida resulta contraria al marco regulatorio aplicable.

Según la recurrente, la Resolución de 31 de julio de 2008 elimina parte de las obligaciones impuestas a TESAU en la definición y análisis del Mercado 11 prescindiendo del procedimiento previsto de definición y análisis de los mercados para la imposición, supresión o modificación de obligaciones regulatorias ex ante, puesto que autoriza a TESAU a interceptar bucles mediante la instalación de nodos impidiendo, de esta forma, a los operadores alternativos replicar los servicios ofrecidos por TESAU gracias a aquella interceptación. Además, esta medida adoptada por la Comisión resulta contraria a lo aprobado por ella misma en sus Líneas Directrices sobre NGA's<sup>1</sup>.

3. Según la recurrente la Resolución recurrida resulta desproporcionada y pone en riesgo el mercado de banda ancha en España.

Orange achaca su escaso éxito comercial alcanzado en el mercado español de banda ancha a la estrategia seguida por TESAU de incumplimiento sistemático de sus obligaciones regulatorias (el beneficio que supone para TESAU los obstáculos ocasionados a sus competidores, es superior al perjuicio que le han supuesto las multas y sanciones impuestas por la Comisión por prácticas anticompetitivas) tal y como se desprende de las cuotas de mercado alcanzadas por TESAU teniendo los precios más caros del mercado.

Pues bien, Orange denuncia que la Resolución recurrida no favorece que la situación antes descrita varíe, sino a que ésta se consolide puesto que permite que la prestación de servicios de gran ancho de banda mediante las infraestructuras de cobre existentes quede prácticamente reservada a TESAU por los siguientes motivos:

- La política de TESAU para acortar el bucle y utilizar tecnología VDSL2 (con lo que se pueden ofrecer servicios con velocidades de 30 Mbps o superiores) es la de la velocidad de referencia. Esto es que, en aquellos bucles de cobre no aptos para ofrecer VDSL2 desde central (actualmente considera como bucles no aptos los que no tengan capacidad de ofrecer velocidad de referencia de 6 Mbps), esto es, que el 85% de los bucles de cobre existentes son candidatos para ser acortados.
- La proporción de bucles de su propia planta sobre los que Orange ha podido adoptar velocidades de 6 Mbps es del 65%. Por lo tanto, el 35% restante no soportaría la velocidad de referencia siendo aptos para ser

---

<sup>1</sup> Resolución por la que se aprueban las conclusiones a la consulta pública sobre las redes de acceso de nueva generación. (MTZ 2007/358).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interceptados por un nodo remoto, según el criterio seguido por TESAU pudiendo ofrecer velocidades en los pares interceptados de 30 Mbps o superiores, mientras que los operadores alternativos solo podrán ofrecer velocidades inferiores a los 6 Mbps.

- La situación puede empeorar en la medida en que la velocidad de referencia sea incrementada.

Por lo tanto, la única solución para los operadores alternativos es desplegar directamente una red FTTH lo que supone dar un paso de gigante en la escalera de inversión para ofrecer servicios análogos a los ofrecidos por TESAU en condiciones de imposible rentabilidad.

Para evitar la continuidad del escenario descrito, Orange solicita que se mantenga y refuerce el control sobre el cumplimiento de TESAU del marco regulatorio vigente y adoptar las medidas anunciadas en sus Líneas Directrices sobre NGA's, en el mismo sentido que apunta el Borrador de la Comisión Europea sobre acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación, como es la adopción de un SDV desde central y hasta el nodo intermedio o remoto.

Por su parte, Jazztel impugna la misma Resolución de 31 de julio de 2008 por considerarla lesiva para sus derechos e intereses además de ser contraria al ordenamiento jurídico, solicitando que se modifique la OBA por los efectos de la introducción de los nodos de acceso en el subbucle de par de cobre. Los motivos en los que basa esta impugnación son los siguientes:

1. Jazztel considera que la decisión final de no instar a TESAU a ofrecer un SDV sin una motivación que justifique esa decisión, impide la continuidad competitiva en el mercado de banda ancha provocando dos consecuencias fundamentales:

- Imposibilita a los operadores alternativos competir con TESAU en la prestación de servicios que esta última denomina como "tríos futura" debido a lo siguiente:
  - o que no se han podido alcanzar acuerdos de acceso a las infraestructuras de obra civil de TESAU (que aunque se hubieran alcanzado, la replicabilidad no podría ser inmediata).
  - o se ha eliminado el SDV.
  - o no se ha regulado el acceso al subbucle.

Ello provoca que la única opción viable para los operadores alternativos para poder competir con TESAU sea con soluciones FTTH lo que supone cuantiosas inversiones mientras que TESAU puede realizar inversiones marginales actualizando su red legada.

- Se ha adoptado una solución –obligación genérica consistente en la obligación de proporcionar acceso a las infraestructuras de TESAU- sin que la Comisión haya elaborado, o encargado la elaboración, de un estudio que analice la viabilidad, tanto técnica como económica de la misma.

2. Para Jazztel, las obligaciones referentes a los nodos remotos deberían ser las mismas que las previstas para el mercado 11. De no ser así, la recurrente considera que esta Comisión está eliminando o autorizando el incumplimiento por parte de TESAU de obligaciones correspondientes al mercado 11 amparándose en los nuevos servicios ofrecidos sobre la base de que se corresponden con los nuevos mercados 4 y 5.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. La decisión adoptada por esta Comisión relativa a que TESAU deberá aplicar determinados descuentos en la cuota mensual por las conexiones en GigADSL y en ADSL-IP, para aquellos bucles interceptados por un nodo remoto en los cuales ya no es posible la desagregación desde la central debido a que carecen de continuidad metálica, supone una solución de beneficio insignificante para los operadores alternativos debido al escaso número de bucles de abonado que se ven afectados por esta medida.

Por otra parte alega que esta Comisión no ha establecido la fecha a partir de la cual TESAU deberá aplicar el descuento antes descrito.

**TERCERO.-** En fecha 29 de septiembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de ASTEL por el que se interpuso un recurso potestativo de reposición contra la misma Resolución de 31 de julio de 2008 (DT 2007/709), solicitando que se admita a trámite para que se resuelva de acuerdo con los motivos que siguen y, que se aclare expresamente el momento en que TESAU estará obligada a aplicar los descuentos establecidos en su Resuelve Cuarto.

ASTEL impugna la Resolución por considerarla nula de pleno derecho en virtud de los apartados a), c) y f) del artículos 62.1 del LRJPAC,: i) por la falta de motivación, lo que ha causado indefensión a los operadores alternativos; ii) por que considera que la Resolución es de contenido imposible y iii) por considerar que conculca el objetivo y principio de la regulación de fomentar la competencia efectiva en la explotación de redes y en la prestación de servicios, promoviendo una inversión eficiente en infraestructura (artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en adelante, LGTel).

Las alegaciones sobre las que ASTEL fundamenta su impugnación son las siguientes:

1. La Resolución recurrida implica la modulación de obligaciones existentes a la luz del análisis de los mercados 11 y 12 (debido a la modificación unilateral por parte de TESAU de la red de acceso sujeta a obligaciones de acceso regulado) y que, por tanto, sólo podían haberse alterado a través de un nuevo análisis de aquellos mercados, por lo que corresponde a esta Comisión la “carga de la prueba” por la que se justifique que las medidas adoptadas no suponen una alteración o revocación de las obligaciones vigentes, por lo que se incurre en defecto de motivación.

A juicio de ASTEL, todas estas cuestiones, desde un punto de vista estrictamente formal, debieron haber sido estudiadas en el seno del análisis de los mercados 4 y 5 puesto que es en sede de aquellos procedimientos en donde se podría analizar, con datos económicos suficientes, si cabe modificar, eliminar o sustituir las obligaciones derivadas del mercado 11.

2. A juicio de ASTEL, la Resolución recurrida otorga a TESAU unas “vacaciones regulatorias<sup>2</sup>”, de esta manera, no se garantiza la “continuidad competitiva”

---

<sup>2</sup> Alegación que la basan en el apartado II. relativo a la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares y medidas a adoptar expuesto en los Fundamentos de Derecho de la Resolución para la adopción de medidas cautelares en relación con el procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija,





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesaria e impuesta por el marco regulatorio actualmente vigente, además de ser ésa la línea regulatoria que se desprende del borrador de la Recomendación de la Comisión Europea sobre acceso regulado a las redes NGA. La obligación genérica impuesta a TESAU de proporcionar acceso a sus infraestructuras de obra civil no es, a su juicio, una medida viable que permita a los operadores alternativos replicar con la suficiente agilidad las ofertas minoristas de TESAU basadas en el acortamiento del bucle de abonado. Alegan además que esta Comisión no ha estudiado la viabilidad tanto técnico/operativa como económico/financiera de la medida, lo que supone que la Resolución incurre en anulabilidad por falta de motivación (teniendo en cuenta que con los servicios de acceso indirecto actuales no se pueden replicar las ofertas que incluyan IPTV y de que la falta de regulación detallada del subbucle para acceder a los conductos, obliga a los operadores alternativos a replicar servicios VDSL de TESAU con soluciones FTTH con costes muy superiores a los incurridos por TESAU para estos mismos despliegues).

Por otra parte, tanto la ausencia de regulación del subbucle, como el retraso en la regulación del acceso a elementos de infraestructura en el interior de los edificios, son factores que aumentan la dificultad que supone para los operadores alternativos replicar los servicios de banda ancha y muy ancha ofrecidos por TESAU.

**CUARTO.-** Con fecha 30 de septiembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado en nombre y representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Vodafone) por el que impugna la Resolución DT 2007/709 interponiendo un recurso potestativo de reposición por el que solicita a esta Comisión que se modifique la OBA introduciendo un SDV desde central y se declare la nulidad de la Resolución recurrida por los siguientes motivos:

- Carece de motivación suficiente (artículo 62.1 a) LRJPAC), causando indefensión puesto que la Resolución supone la limitación de derechos e intereses legítimos de Vodafone.
- Es de contenido imposible (artículo 62.1 c) LRJPAC).
- Infringe el ordenamiento jurídico (artículo 62.1 f) LRJPAC, en concreto, infracción del artículo 48 en relación con el 3 de la LGTel).
- Modifica, prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido, las obligaciones impuestas a TESAU en el mercado de acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (artículo 62.1 e) LRJPAC).

Las alegaciones sobre las que Vodafone fundamenta los anteriores motivos de impugnación son las siguientes:

---

la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y la revisión del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (MTZ 2008/626), pg 13/24: *“Todo lo anterior supone que, de facto, la obligación de dar acceso a la infraestructura de obra civil de TESAU sería inicialmente ineficaz, y que por tanto TESAU no tendrá competencia en servicios de alta capacidad durante un periodo de tiempo ciertamente no desdeñable, lo cual en definitiva podría suponer un perjuicio para los usuarios.*

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. El despliegue de los nodos en el subbucle de par de cobre supone un cambio en las condiciones establecidas en el mercado 11, por lo que aquel despliegue supone un incumplimiento por parte de TESAU de la regulación de ese mercado debido a que los nodos desplegados impiden la desagregación, esto es, dejan ineficaz la política regulatoria defendida por esta Comisión.

Vodafone considera que estos despliegues se han caracterizado por la falta de transparencia y de información suministrada por TESAU, tanto a los operadores alternativos como a la Comisión, hecho que supone una modificación unilateral y encubierta de la red de acceso de TESAU, provocando la inviabilidad para el acceso físico al subbucle. La única alternativa viable para acceder al subbucle es a través del SDV en las condiciones que expuso esta Comisión en el informe de sus servicios, de fecha 5 de diciembre de 2008 y que finalmente dicha alternativa no fue adoptada.

Respecto a los nodos desplegados en zonas de nueva construcción, Vodafone considera que al ser subbucles, debieran ser susceptibles de desagregación y, ante la imposibilidad de hacerlo por razones técnicas o de eficiencia, debiera modificarse la OBA para introducir un servicio mayorista que permita su acceso.

Por otra parte, Vodafone alude a las prácticas anticompetitivas (negativa de suministro/acceso en el mercado de referencia, uso privilegiado de la información, tácticas dilatorias – first mover advantage-, discriminación de precios y subsidios cruzados). Por ello, la aquí recurrente considera que la Resolución recurrida presta cobertura legal a los incumplimientos de TESAU de la regulación del mercado 11 además de que impide la continuidad competitiva puesto que las medidas previstas por la Comisión para compensar lo antes descrito, ni son suficientes ni son materialmente viables. Vodafone alude, asimismo, a la incoherencia que supone la Resolución recurrida respecto a lo expresado por la Comisión en los Principios y Líneas Maestras de la Futura Regulación de las Redes de Acceso de Nueva Generación, en donde se afirma la necesidad del mantenimiento de la continuidad metálica para asegurar la continuidad competitiva mencionando la necesidad de valorar un SDV, servicio que a juicio de Vodafone, resulta indispensable.

2. Falta de motivación causando indefensión debido al cambio de postura de la Comisión respecto al primer informe de los Servicios de la Comisión de fecha 5 de diciembre de 2007.

A juicio de Vodafone, desde la emisión de aquel informe, no se han producido circunstancias que puedan justificar un cambio tan radical en la resolución final ahora en fase de recurso y que permitan afirmar que unas medidas que se consideraban plenamente viables, dejen de serlo. Alude Vodafone a diversos informes y recomendaciones de distintos organismos publicados desde el día 5 de diciembre con contenido similar al del informe de los servicios de la misma fecha.

3. La obligación de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil de TESAU no es una medida viable ni de posible cumplimiento.

Consideran que no es factible puesto para su implantación resulta necesario realizar un análisis previo por parte de la CMT sobre su viabilidad técnica y





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

económica que no se ha realizado. Por ello, Vodafone no entiende cómo esta Comisión puede valorar como viable la medida cuando se desconoce el estado y la viabilidad de los accesos y canalizaciones que en teoría, van a estar a disposición de los operadores (TESAU ha afirmado en diversas ocasiones que sus infraestructuras de obra civil, especialmente en ámbitos urbanos, fueron dimensionadas y contraídas únicamente para su uso). A lo anterior, Vodafone añade que no comprende cómo la Comisión da por hecho que la mera utilización de aquellas canalizaciones es suficiente para que se realicen inversiones eficientes en redes de nueva generación cuando la rentabilidad de las nuevas redes depende principalmente de las cuotas de mercado alcanzables en relación con la cobertura desplegada.

Por otra parte, consideran que no es aplicable la medida por ser ineficaz y poner en clara desventaja competitiva a los operadores alternativos, por un lado, debido al tiempo excesivo que requiere su implantación suponiéndole una ventaja competitiva a TESAU y por otro, debido a que no se ha aclarado el régimen de acceso a las infraestructuras de los edificios con redes NGA's y la Comisión no ha resuelto sobre la modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales en el subbucle.

**QUINTO.-** En fecha 30 de septiembre de 2008 se acordó la acumulación de los cuatro recursos de reposición, en atención al principio de economía procesal dada la identidad del acto administrativo contra el que se dirigen todos los recursos, en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). En el mismo acuerdo se procedió a dar inicio a la tramitación del presente expediente y a acordar motivadamente la confidencialidad de la información así señalada por los recurrentes.

Todo lo anterior fue notificado a todos los interesados en el procedimiento en cumplimiento de lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

**SEXTO.-** TESAU, por medio de un escrito presentado en su nombre y representación que tuvo entrada en el Registro de la Comisión en fecha 4 de noviembre de 2008, realizó las siguientes alegaciones contra los recursos de reposición anteriormente mencionados solicitando que se inadmitan aquellos y que, subsidiariamente, se desestimen todas las alegaciones vertidas contra la Resolución DT 2007/709 confirmando aquella:

- TESAU manifiesta que, tal y como lo comunicó a esta Comisión en su escrito de 22 de octubre de 2008, ha dado cumplimiento a las obligaciones establecidas en el Resuelve **Segundo**, **Tercero** y **Cuarto** de la Resolución recurrida especificando que los descuentos que está obligada a aplicar a los operadores, según se estableció en el Resuelve **Cuarto**, los está aplicando desde el día 22 de octubre de 2008.

- Que los escritos de recurso de reposición presentados por todos los aquí recurrentes han de ser inadmitidos por esta Comisión por no fundar aquellos recursos en las causas de nulidad y anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

- TESAU señala que el despliegue de los nodos remotos no produce perjuicios de imposible reparación ni implica modulación de obligaciones existentes en virtud del análisis de mercados 11 y 12. Considera que está asegurada la "continuidad



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competitiva” y que la Resolución DT 2007/709 no le supone unas “vacaciones regulatorias”. En este sentido, considera que la Comisión ha motivado extensamente su Resolución. Además, en caso de que se paralizasen estos despliegues, ello supondría un grave perjuicio para los usuarios.

- TESAU considera que la obligación de ofrecer un SDV resulta desproporcionada, no objetiva y discriminatoria puesto que por medio de dicho servicio los operadores alternativos tan solo podrían alcanzar a un 0,2% de la planta de bucles de TESAU. Por otra parte, considera que es materialmente imposible su desarrollo además de que la imposición de una obligación de este tipo no cabe de manera previa a la revisión de los mercados 4 y 5 puesto que condicionaría el futuro de las obligaciones a imponer en aquéllos.

- TESAU entiende que no caben, en el seno del presente expediente, los razonamientos expuestos por los operadores alternativos relativos a la falta de viabilidad e insuficiencia del servicio de acceso a infraestructuras de obra civil de TESAU para garantizar la replicabilidad por parte de éstos de los servicios de gran ancho de banda que pretende comercializar TESAU. Además indica que aquellos razonamientos son parciales puesto que no cuentan con importantes factores tales como la puesta en escena del servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (en adelante, MARCO) despreciando así el esfuerzo de TESAU en poner a punto dicho servicio. Continúa alegando que la necesidad de incluir un SDV ya fue resuelto en anteriores expedientes<sup>3</sup>; que incluso antes de estar operativo el servicio MARCO, los operadores alternativos estuvieron en condiciones de negociar con TESAU acuerdos de compartición de infraestructuras y, finalmente, que existen acuerdos con promotores urbanísticos para la construcción de las infraestructuras de telecomunicaciones con las que tienen que contar los nuevos desarrollos urbanísticos y que todos los operadores estuvieron en igualdad de condiciones para alcanzar aquellos acuerdos.

- Respecto a las alegaciones relativas a la imposibilidad real para acceder a las infraestructuras de obra civil de TESAU, ésta última considera que es una alegación infundada puesto que su servicio MARCO, al estar operativo, no supone una barrera para que los operadores alternativos realicen sus propios despliegues de infraestructura utilizando las canalizaciones de TESAU, servicio que los operadores alternativos han podido comprobar según se desprende de sus solicitudes de acceso efectuadas e incluso atendidas hasta la fecha. Continúa alegando TESAU que las barreras a este tipo de acceso vendrán condicionadas a las buenas prácticas de los operadores alternativos y que, las barreras serán las mismas a las que se ha visto sometida TESAU, puesto que estos cuentan con la misma información de la que dispone TESAU respecto de sus canalizaciones al haberla puesto a su disposición en el servicio MARCO.

Añade que el hecho de que no se hayan firmado los acuerdos de compartición, no es óbice para que los solicitantes de acceso a infraestructura de obra civil puedan tener acceso a las mismas. Además, señala que el tiempo real de ocupación efectiva puede optimizarse dado el buen estado de las infraestructuras de TESAU, dependiendo, en cualquier caso, de la celeridad con la que actúe el operador interesado.

---

<sup>3</sup> MTZ 2008/626 y AJ 2008/1006.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Respecto a las alegaciones que aluden a la regulación del acceso al subbucle, TESAU considera que ya en la OBA de 2001 se recogía la posibilidad de negociar el acceso al subbucle, sin embargo, los operadores no mostraron en aquel momento interés al respecto como lo demuestra que en la Unidad de Seguimiento de la OBA, los operadores señalaron el desarrollo de este punto como no prioritario.

- TESAU considera que algunos recurrentes están siendo incoherentes en sus alegaciones dado que:

a) pretenden suspender temporalmente las obligaciones de acceso a infraestructura de obras civiles de TESAU sobre la base de que, en el procedimiento por el que se establecieron aquellas obligaciones, no se realizaron los estudios preliminares necesarios que contemplasen la diversa casuística que se podría dar una vez implementado y operativo este servicio de acceso de tal manera que esta Comisión adoptara las medidas necesarias para garantizar aquel acceso.

b) En contraste con lo anterior, consideren que es demasiado tarde para realizar una inversión en red cuando aun no han recuperado la inversión por los despliegues de infraestructura en la red de cobre y la Comisión no ha realizado un estudio sobre la viabilidad de estas inversiones.

- En relación a las alegaciones relativas a que los nodos desplegados en zonas de nueva construcción, aunque no son desagregables, sí que constituyen subbucles metálicos por lo que se debería obligar a TESAU a su desagregación, TESAU considera que los operadores no han intentado llegar a acuerdos en el momento oportuno para realizar aquellos despliegues conjuntamente sino que han esperado a que TESAU realizara aquellos para solicitar su uso. En cuanto al despliegue de las redes NGA's en las infraestructuras de los edificios, TESAU apunta que esta Comisión ha determinado que dichas infraestructuras se compartirán de forma simétrica siendo TESAU quien ha asumido la carga de obtener los pertinentes permisos de instalación por parte de las respectivas comunidades de propietarios, ahorrándoles este trámite a los operadores alternativos en aquellos edificios en los que ya se han realizado los despliegues necesarios para llevar a cabo su experiencia precomercial sobre redes NGA's.

- En relación a las alegaciones vertidas por los recurrentes relativas a que las canalizaciones son recursos escasos en determinadas zonas por lo que las mismas están limitadas a una sola red siendo inviable su compartición, TESAU señala que en aquellos supuestos, ofrecerá soluciones alternativas. De momento, en los acuerdos de compartición alcanzados, no se han producido situaciones de inviabilidad de esta compartición.

- Respecto a las alegaciones de los recurrentes relativas a los despliegues de fibra subvencionados parcialmente por el plan FOTON, TESAU manifiesta que la red FOTÓN fue diseñada para la conectividad de una Red de Telecomunicaciones por Cable (CATV), que la misma no se desplegó en su totalidad quedando relegada a atender circuitos de Empresas y Operadores fijos y Móvil, y que, en contraste con aquella red, la red FTTH se ha diseñado y dimensionado con capacidad para llegar con fibra a todos los domicilios del mercado Residencial y de Empresas, por lo que no se está utilizando la red CATV para los nuevos despliegues de red por resultar incompatibles con los servicios que aquellas están prestando actualmente. En este sentido, TESAU menciona las diferencias técnicas entre la red CATV y la red FTTH.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Finalmente, respecto de lo alegado por los recurrentes relativo a la viabilidad económica del acceso a conductos, TESAU apunta que las redes de cable y la penetración de los servicios basados en aquellas redes demuestran la viabilidad de la existencia de redes alternativas y, por tanto, la viabilidad de un servicio de acceso a conductos regulado. TESAU también señala que los recurrentes han fundamentado estas alegaciones en el informe WIK encargado por la asociación ECTA, informe que no aporta una visión correcta del mercado y del efecto de los servicios mayoristas a disposición de los operadores puesto que dibujan un panorama muy sombrío para la competencia entre plataformas en el futuro y propone unas recomendaciones regulatorias excesivamente intervencionistas que son erróneas y poco adecuadas para el desarrollo de las nuevas redes.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

##### **PRIMERO.- Legitimación de las entidades recurrentes.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que podrán interponerse por los interesados recurso potestativo de reposición contra las Resoluciones de la Administración Pública, tal y como se cumple en este caso.

Conforme a lo dispuesto por los artículos 31.1, letra A) y 31.2 de la LRJPAC, tanto Orange y Jazztel, así como ASTEL y Vodafone, tienen la consideración de partes interesadas en el presente procedimiento por ser quienes han promovido los recursos como titulares de derechos e intereses legítimos individuales y colectivos que resultan directamente afectados por la Resolución recurrida. En atención a lo anterior, todos los recurrentes ostentan legitimación activa para impugnar la Resolución de 31 de julio de 2008.

##### **SEGUNDO.- Admisión a trámite.**

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

Orange alude expresamente al artículo 62 de la LRJPAC para solicitar la nulidad de la Resolución recurrida. No obstante, la recurrente no se refiere a ninguna de las causas previstas en aquel artículo para solicitar que la Resolución impugnada se declare nula de pleno derecho. Jazztel, por su parte, en su escrito de recurso alega, en sentido abstracto, que la Resolución DT 2007/709 es lesiva para sus derechos e intereses y contraria al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en virtud del principio antiformalista al que ha de sujetarse la Administración Pública, corresponde a esta Comisión deducir, las causas de nulidad y anulabilidad en las que se asientan las alegaciones vertidas por los recurrentes, en cumplimiento del artículo 107.1 de la LRJPAC y en consecuencia, determinar si las



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución impugnada incurrirían en nulidad o anulabilidad garantizando así que la misma no es contraria a Derecho.

ASTEL y Vodafone, en sus respectivos escritos de recurso, fundan sus impugnaciones de la Resolución en los motivos de nulidad previstos en los artículos 62.1 a), 62.1 c) y 62. f) de la LRJPAC y, además, Vodafone también alude al artículo 62.1 e) de la misma Ley. No obstante, a la luz del contenido de sus alegaciones que se desprenden del cuerpo de sus escritos, ha de indicarse que la impugnación de la Resolución no puede fundarse en la letra f) del artículo 62.1 puesto que de la Resolución no se adquieren facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello. En su defecto, se entiende que esta alegación la fundan en lo establecido en la letra e) del mismo artículo y, subsidiariamente, alegan anulabilidad en virtud de lo establecido por el artículo 63.1 de la misma Ley por cuanto que alegan una vulneración del procedimiento legalmente establecido para adoptar la decisión impugnada.

Todos los recursos cumplen con lo establecido por el artículo 107.1 de la LRJPAC, dado que el presente procedimiento de revisión en vía administrativa, se cursa contra una Resolución que ha puesto fin a un procedimiento administrativo.

Por todo lo anterior y habida cuenta de que los recursos de reposición presentados por los operadores interesados cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite.

### **TERCERO.- Competencia para resolver.**

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición puesto que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 116.1 de la LRJPAC, ha sido el Consejo de la Comisión el órgano que dictó el acto recurrido en reposición.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **PRIMERO.- Sobre la introducción de nodos remotos para acortar el bucle de abonado en la red de cobre.**

Los recurrentes alegan que el despliegue de los nodos por parte de TESAU resulta contrario al marco regulatorio vigente puesto que con la introducción de estos nodos remotos se impide la desagregación de los bucles de abonado.

Esta modificación de la red de acceso ha sido propiciada por el despliegue de cuatro tipologías de nodos remotos distintos:

- Los nodos tipo 1 se introdujeron en zonas con carencias importantes de red, por medio de los cuales solo cabe ofrecer servicios de banda estrecha.
- Los nodos tipo 2 fueron instalados en áreas con pares excesivamente largos para una adecuada oferta de servicios de banda ancha.
- Los nodos tipo 3 se instalaron en los preinstalados nodos tipo 1 para ofrecer servicios de banda ancha y por otro, en zonas de nueva construcción.
- Los nodos tipo 4 forman parte de la red de acceso de nueva generación de TESAU estando limitado este despliegue a nodos situados en edificios.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, ante la alteración de la red de acceso sujeta a obligaciones, en la instrucción del procedimiento cuya Resolución aquí se recurre se llegó a la conclusión<sup>4</sup> suficientemente razonada y motivada de que la introducción de los nodos remotos no afecta al cumplimiento de las obligaciones por las se fomenta la competencia efectiva en el mercado de acceso a la red de TESAU (mercado 11) salvo en el caso de los nodos tipo 2, caso para el cual la misma Resolución ahora recurrida, ha previsto una solución compensatoria. De este modo, no puede considerarse que la regulación establecida en la resolución recurrida con respecto a la introducción de los nodos remotos resulte contraria al marco regulatorio vigente sino todo lo contrario, refuerza el mejor cumplimiento de aquel además de extender los servicios de comunicaciones electrónicas a áreas donde previo al despliegue de los nodos remotos, éstos no eran posibles.

### **SEGUNDO.- Sobre el procedimiento de despliegue de los nodos remotos.**

Los recurrentes consideran que el despliegue de los nodos remotos lo ha llevado a cabo TESAU a través de un procedimiento “encubierto y falto de transparencia” con objeto de imposibilitar el cumplimiento de las obligaciones del mercado 11 respecto de aquellos bucles que, previo al despliegue de los nodos remotos, sí eran desagregables en la central.

Es cierto que el procedimiento que ha seguido TESAU, que como propietaria de la red de acceso es quien puede remodelarla e instalar nodos tal y como se indicó en la Resolución recurrida, no ha estado regido por condiciones predefinidas y publicadas sobre cuándo y dónde pueden establecerse los nodos que afectan a operadores cobricados en centrales. Sin embargo, esta falta de condiciones predefinidas en cuanto al despliegue de este tipo de nodos ha sido estudiada en el expediente DT 2008/481<sup>5</sup>, en cuya Resolución se han establecido las reglas y condiciones que habrá de observar TESAU para el despliegue de nodos<sup>6</sup>, reglas que afectarían a los nodos tipo 2, y que como se ha comentado son los únicos donde se aprecia un impacto sobre las condiciones competitivas.

---

<sup>4</sup> Fundamento de Derecho Octavo de la Resolución DT 2007/709: “Visto lo expuesto, se puede concluir que, desde un punto de vista de impacto sobre la competencia, los nodos remotos pueden clasificarse en:

1. Nodos instalados para acortar bucles y que no permiten la desagregación (antes posible) de estos bucles desde la central. El impacto sobre el mercado de banda ancha es muy reducido, estableciendo como medida la disponibilidad de una modalidad de acceso indirecto regional a precio reducido para cualquier velocidad que pueda prestarse sobre el bucle cuyas condiciones de desagregación han sido modificadas por el despliegue de un nodo.
2. Nodos instalados para acortar bucles y que permiten la desagregación desde la central. En este caso, no se ha producido retirada de recurso, ya que otros operadores pueden seguir haciendo uso de los bucles, y el impacto se considera escaso al ser mínimo el número de clientes potenciales a los que no podría suministrarse IPTV, pudiéndose utilizar los servicios de acceso indirecto para seguir compitiendo.
3. Nodos instalados en zonas de nueva construcción donde antes no había red de acceso y con bucles cortos de par de cobre hasta el abonado. En este caso, no hay retirada de recurso ni se aprecia merma de la capacidad competitiva de otros operadores, pues el impacto se considera escaso al ser mínimo el número de clientes potenciales a los que no podría suministrarse IPTV y estando disponibles servicios de acceso indirecto para seguir compitiendo.

Como medida genérica, y por tanto común a todos los tipos de nodos, que permite replicar los servicios minoristas de TESAU, estará la obligación de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil de TESAU.”

<sup>5</sup> Resolución de 18 de diciembre de 2008 sobre la solicitud de TESAU de modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales xDSL en el subbucle.

<sup>6</sup> En la Resolución DT 2008/481 se ha establecido como criterio para el despliegue de nodos en el subbucle sin conformado espectral: *limita el despliegue de los nodos que interrumpen la prestación del servicios mayorista de desagregación a pares o zonas en los que se considera que el beneficio obtenido ofreciendo los servicios desde nodos es mayor que el perjuicio que se pudiera ocasionar a los operadores alternativos usuarios del servicio mayorista de acceso desagregado al bucle en cuyo caso, los operadores alternativos podrán acceder a dichos pares mediante los servicios mayoristas de acceso indirecto definidos.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, debemos rechazar la afirmación de algunos recurrentes relativa a que TESAU ha modificado encubiertamente su red de acceso.

TESAU publica, en los servicios de información online (SGO) para los operadores, información sobre la cobertura geográfica de los servicios xDSL. Dicha información consta de una guía de uso (que documenta la existencia de nodos en la red de acceso y explica sus funciones) así como de ficheros que indican de cada central y de cada nodo. A mayor abundamiento, cuando un par no puede ser desagregado debido a que está conectado a un nodo, TESAU comunica el rechazo de la prolongación del par mediante un código "Incompatibilidad por MUXFIN", de modo que no puede argumentarse que la modificación ha sido encubierta puesto que el despliegue de nodos ha sido y es un proceso gradual del que los operadores han tenido información, y que la Resolución recurrida amplía el plazo (ahora de seis meses) de antelación con que TESAU debe comunicar sus planes de despliegue.

### **TERCERO.- Sobre la ventaja de TESAU para desplegar su nueva red de acceso.**

Los recurrentes alegan el hecho de que parte de los despliegues de red que está realizando TESAU han requerido de una mínima inversión debido a que se han beneficiado de la existencia de una red preestablecida y de distintas ayudas públicas, como por ejemplo, el plan FOTON.

En relación a las ventajas que suponía para TESAU contar con una red preestablecida conviene significar que esta cuestión ha sido siempre una premisa que esta Comisión ha tenido en cuenta para la determinación de los precios a percibir por TESAU por aquellos servicios mayoristas necesarios para suplir la carencia de los operadores alternativos que no disponen de una red de acceso. Así, esta Comisión tuvo en cuenta la valoración que esa ventaja suponía, valoración que tuvo en consideración el estado de la Red de TESAU en ese momento y en la que se llegó a la conclusión de que los costes de implementación de aquella red estaban de sobra amortizados, no así las actuaciones de renovación y mejora en todos los elementos agregados de la misma a partir del momento en que se liberalizó el sector.

Respecto a las alegaciones relativas a las inversiones mínimas que ha supuesto para TESAU el despliegue de los nodos debido a que se ha valido de distintas ayudas públicas en exclusiva como las percibidas del plan FOTON, esta Comisión considera que aquellas alegaciones son genéricas y no se ha aportado ninguna prueba que las corrobore, frente a las alegaciones de TESAU en el sentido de que las ayudas recibidas por el plan FOTON fueron destinadas para la conectividad de una red de telecomunicaciones por cable (CATV), red que no se desplegó en su totalidad quedando relegada a atender circuitos de Empresas y Operadores fijos y Móvil, y que, en contraste con aquella red, la red FTTH se ha diseñado y dimensionado con capacidad para llegar con fibra a todos los usuarios finales, es decir, que la red CATV resulta incompatible con los despliegues de la nueva red por motivos técnicos.

### **CUARTO.- Sobre la modificación de las obligaciones del mercado 11 debido a la introducción de los nodos remotos.**

La Resolución de 8 de mayo de 2008 (Medidas Cautelares) y la de 31 de julio de 2008 que resuelve los recursos de reposición interpuestos contra la anterior, no eliminan ni modifican las obligaciones impuestas como consecuencia del análisis del mercado 11,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en concreto, en lo que se refiere a la obligación de proporcionar servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y parcialmente desagregado al bucle y subbucle metálicos de abonado.

Efectivamente, dichas obligaciones sólo pueden ser modificadas en un procedimiento de análisis de mercado, cuestión que no resulta incompatible con la introducción de las modificaciones oportunas en la OBA para que las deficiencias detectadas en el cumplimiento de aquellas obligaciones por causa de la introducción de los nodos remotos, puedan ser resueltas en aras de asegurar el mejor cumplimiento de aquellas, que es lo aquí realizado.

Es precisamente la existencia de las obligaciones impuestas lo que motivó la apertura del expediente DT 2007/709 que culminó con la resolución objeto del presente recurso, obligaciones que no se cuestionan en ningún momento y que no están sujetas a su eficiencia económica como parece desprenderse de alguna de las alegaciones de los recurrentes, sino todo lo contrario, las obligaciones de proporcionar acceso tanto a los bucles como a los subbucles, incluyendo servicios auxiliares como alimentación eléctrica, siguen estando vigentes sin que se haya excluido de su cumplimiento a aquellos interceptados por los nodos. Antes al contrario, la Resolución de 31 de julio de 2008, lo que hace es adoptar medidas destinada a buscar una mejora en el cumplimiento de las obligaciones del mercado 11 (Resuelve Primero y Segundo). En cuanto que efectivamente estos despliegues afectan a los operadores cobicados en las centrales de las que dependen los bucles interceptados por los nodos tipo 2, la Resolución recurrida ha establecido un mecanismo compensatorio (Resuelve Cuarto) que tiene en cuenta la sustitución en cadena entre velocidades de conexión de los servicios de banda ancha en atención a los precios de las diferentes modalidades de acceso mayorista a la red puesto que están condicionados por los precios de las modalidades superiores donde el esfuerzo inversor es mayor.

Por lo tanto, lo que la Resolución recurrida hace es proveer las herramientas técnicas y legales necesarias para garantizar que, tras el despliegue de los nodos remotos, existan servicios mayoristas de acceso inmediato en la medida en la que se hacen necesarios y que éstos sean los más adecuados para asegurar un mejor cumplimiento de las obligaciones del mercado 11. Todo ello con el fin de atender a la demanda potencial de los mismos para, entre otros factores, poder replicar los servicios que pueda prestar TESAU basados en tecnologías VDSL2 o FTTH siempre en atención al fomento de una competencia efectiva en infraestructuras.

Por todo ello, los motivos por los que se impugna la Resolución por considerar que la misma resulta nula de pleno derecho en virtud de lo establecido por el artículo 62.1 c) y e) de la LRJPAC y, subsidiariamente anulable de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 63.1 de la misma Ley, deben ser desestimados.

### **QUINTO.- Sobre el cambio de postura respecto al primer informe de audiencia y la falta de seguimiento de distintos informes externos.**

Los recurrentes indican que la Resolución recurrida supone un cambio respecto al informe de audiencia de 5 de diciembre de 2007, en el que “la CMT instaba a TESAU a ofrecer un servicio OBA...”, siendo el servicio mencionado una desagregación virtual en la central (SDV).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Previamente, ha de recordarse que la fase de informes de audiencia y alegaciones tiene como objetivo, precisamente, un estudio paulatino y transparente del objeto del expediente, que con nuevos datos aportados tanto por las alegaciones como por otros acontecimientos, la propuesta de Resolución puede ir variando gradualmente.

Adicionalmente, se emitió un segundo informe de audiencia (el día 20 de junio de 2008) en el que se proponían otras obligaciones; en concreto, se supeditaba la desagregación virtual a la petición de acceso a infraestructuras de obra civil en el ámbito del nodo, medida planteada como complementaria y temporal, siendo la principal medida competitiva el acceso a los conductos. Este segundo informe, además, se alineaba con las decisiones tomadas en las Medidas Cautelares relativas a que, debido a la nueva situación creada tras las obligaciones impuestas en ellas (la obligación de acceso a las infraestructuras de obra civil), cambió el escenario regulatorio y se posibilitó una vía de competencia en infraestructuras no existente hasta entonces. No existe, por tanto, indefensión, como pretenden hacer entender los recurrentes, pues este segundo informe no hacía más que tener en cuenta las decisiones tomadas en las Medidas Cautelares de alcance más general y su impacto sobre las medidas a tomar respecto a la problemática específica de los nodos.

Por tanto, es coherente que sobre la base de la disponibilidad del servicio mayorista de acceso a infraestructuras, que es el servicio mayorista clave para que los operadores puedan replicar los servicios de TESAU (como se apunta en el segundo informe de audiencia), se proceda en la Resolución de 31 de julio por la que se aprobó la Resolución al recurso interpuesto a las Medidas Cautelares, a desestimar la imposición de la obligación complementaria a la de acceso a conductos de proporcionar la desagregación virtual en los nodos en que se haya realizado una petición de acceso a infraestructuras.

Además, debe señalarse que los informes de los servicios de esta Comisión que habitualmente se adjunta al trámite de audiencia al que se refiere el artículo 84 de la LRJPAC, contienen únicamente la opinión de los Servicios de esta Comisión, sobre el resultado de lo hasta en ese momento actuado en procedimiento administrativo. Por lo tanto, dicho informe no puede identificarse con una posición determinada del Consejo de la Comisión que es el único órgano competente para el ejercicio de todas las funciones atribuidas al organismo, por lo tanto en modo alguno puede entenderse que esta Comisión haya realizado un cambio de postura por la que se generase indefensión a los interesados<sup>7</sup>. En este mismo sentido ya se ha manifestado la Audiencia Nacional en su Sentencia<sup>8</sup> (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8) de 30 julio 2005:

*“(...)La circunstancia de que la CMT se apartara del criterio del Informe –no vinculante, como se indica en la resolución impugnada–, no supone una indefensión de carácter material, una vez constatado el cumplimiento del antedicho trámite en el que la actora pudo argumentar no sólo sobre el contenido del informe, –respecto al cual debía conocer su naturaleza no vinculante–, sino también sobre cualquier aspecto relacionado con el tema objeto del conflicto, no constando ninguna instrucción o indicación limitativa por parte de la CMT en este sentido. (...) En realidad, bajo tal alegación, se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y formula contenidos en el Informe elaborado*

<sup>7</sup> El artículo 83.1 de la LRJPAC establece que, salvo disposición expresa en contrario, los informes son facultativos y no vinculantes.

<sup>8</sup> Recurso contencioso-administrativo núm. 1418/2002. [RJCA 2006\26](#)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen, alegación pues, que ha ser rechazada por carecer de sustancia y relevancia." (El subrayado es nuestro).*

Por otra parte, los recurrentes consideran que lo resuelto tanto por la Resolución recurrida como por las Resoluciones de los procedimientos MTZ 2008/626 y AJ 2008/1006, resulta contrario a lo establecido por distintos informes externos en los que apoyan las alegaciones de los recurrentes en el sentido aquí descrito.

En relación a los informes externos citados concluyen que para que los servicios ofrecidos por fibra sean rentables, son necesarias una densidad de población muy concentrada, así como economías de escala y cuotas de mercado muy elevadas. En este sentido, la viabilidad económica de una red de acceso alternativa viene condicionada por multitud de factores tanto exógenos –densidad de población, renta per cápita, posibilidad de utilizar infraestructuras municipales o mutualizadas, etc.– como endógenos –estrategia de negocio, financiación, tamaño, capacidad de gestión, etc.–, lo que implica que la elaboración de un modelo teórico que pretenda medir dicha viabilidad, supone la necesidad de adoptar multitud de hipótesis y escenarios que recojan todos los factores anteriores.

Por otra parte, tal posibilidad resulta evidente en España ya que existen operadores de cable que, en un escenario de coste mucho mayor (en tanto que no tenían derecho a acceder a las canalizaciones del incumbente ni posibilidad de compartir la red interior en los edificios), han construido una red de acceso que llega a casi la mitad de los hogares españoles (lo que, según los mencionados estudios nunca sería viable para un segundo operador). Por tanto el resultado de un modelo de este tipo no puede ser la justificación para la adopción de obligaciones ex ante, y lo contrario implicaría el riesgo cierto de que una regulación preventiva, basada en modelos teóricos que no han sido contrastados por realidad alguna que pudiera inhibir el desarrollo de redes de acceso de nueva generación.

### **SEXTO.- Sobre la necesidad de introducir medidas adicionales en la OBA: el SDV, la regulación del acceso al subbucle, la modificación del PGE y el régimen de acceso a las infraestructuras de los edificios con redes NGA's.**

Los recurrentes consideran que el hecho de que, por un lado, esta Comisión haya decidido eliminar el SDV por medio de la Resolución<sup>9</sup> que resolvió el recurso contra la

---

<sup>9</sup> Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos 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) (AJ 2008-1006)





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución de Medidas Cautelares, y que, por otro, no se haya considerado prioritaria la regulación del servicio de acceso al subbucle, que aún no se haya aclarado el régimen de acceso a las infraestructuras de los edificios con redes NGA's y que esta Comisión no haya resuelto sobre la modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales en el subbucle, conlleva que les resulte imposible replicar los servicios basados en VDSL2 y FTTH de TESAU.

Según los recurrentes, las circunstancias descritas suponen, a su vez, la imposibilidad de prestar servicios de valor añadido como puede ser el IPTV. Los recurrentes consideran prioritario imponer a TESAU la obligación de prestar un SDV a la vez que solicitan una regulación detallada del acceso al subbucle. Consideran que con la implementación de los nodos remotos sin que exista una obligación de ofrecer estos servicios, los operadores alternativos se verán imposibilitados de replicar las ofertas de gran ancho de banda y otros servicios como IPTV.

En contestación a estas alegaciones cabe señalar lo siguiente:

### a) **Sobre el acceso al subbucle.**

Si bien es cierto que efectivamente TESAU, como propietaria de la red de acceso, es quien puede remodelarla e instalar nodos, esta posibilidad está abierta a otros operadores también, mediante la desagregación del subbucle, que es una obligación vigente. Cualquier operador puede, en términos razonables, pedir acceso a los mismos subbucles que TESAU sirve mediante el nodo. De hecho, TESAU está obligada a suministrar recursos asociados para posibilitar esta medida, tales como alimentación de los equipos. Y, en cuanto a la imposibilidad de competir en nodos que mantienen la continuidad metálica (tipo 4), en la Resolución se reconoce que la posibilidad de ofrecer estos servicios a los usuarios es gracias a la inversión para instalar el nodo, inversión que tiene un riesgo asumido por TESAU y que en igualdad de condiciones, puede ser replicada mediante el acceso al subbucle y a los conductos.

Los recurrentes consideran que *“una vez realizados los cambios, ya no es posible acceder físicamente al subbucle en condiciones eficientes y económicamente viables”*. Al respecto debe recordarse que el despliegue de nodos ha sido y es un proceso gradual del que los operadores han tenido y tienen suficiente información, y que la Resolución recurrida amplía el plazo (ahora de seis meses) de antelación con el que TESAU debe comunicar sus planes de despliegue. En este escenario, es posible y factible hacer una petición a TESAU de acceso al subbucle con antelación suficiente previa a su puesta en funcionamiento.

Más aún, la obligación de acceso a los conductos impuesta por las Medidas cautelares (ampliada por la Resolución recurrida al ámbito de los nodos y ahora confirmada en la Resolución de esta misma fecha que puso fin al expediente MTZ 2008/626 relativo a la definición y análisis de los mercados 4 y 5, posibilita una reducción significativa de los costes para el tendido de fibra propia entre el nodo del operador y los nodos de TESAU, al no necesitar realizar obra civil propia sino poder acceder, a precios orientados a los costes de producción, a la infraestructura de obra civil (conductos, cámaras de registro, arquetas) de TESAU.

Es justamente el creciente despliegue de nodos lo que pone de actualidad la vigente obligación de acceso al subbucle, sin que sin embargo se considere, al menos de momento, necesario desarrollar los procedimientos de acceso a los mismos en la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OBA, como se ha puesto de manifiesto en la Resolución de Líneas Maestras de NGA (de 17 de enero de 2008) y que confirma la Resolución MTZ 2008/626 de 22 de enero de 2009 en la que también se prevé que, para que los operadores alternativos puedan evaluar las posibilidades y la rentabilidad de acceder a los subbucles, TESAU deberá aportar a terceros información acerca del emplazamiento de los nodos remotos así como de las posibilidades de ubicación en ellos (tales como espacio disponible) y de los pares que dependen de ellos (incluyendo características técnicas y su área de cobertura), de manera similar a la información disponible para la desagregación de bucles en centrales, información que debe ser la misma que la disponible para la propia TESAU..

Por último, la viabilidad económica del acceso al subbucle es una cuestión que no puede prejuzgarse en este procedimiento de recurso. Sin embargo, cabe indicar que las dificultades potenciales con las que puede encontrarse un operador a la hora de acceder a los subbucles, tales como las relacionadas con el espacio en los nodos de TESAU o las dificultades de ubicar un nodo propio, se ven considerablemente reducidas en los nodos situados en edificios, que en su gran mayoría son nodos tipo 4, como bien indica TESAU, y más aún en los edificios que disponen de ICT.

### **b) Sobre el Servicio Desagregado Virtual.**

La decisión de no introducir en la OBA un SDV ha sido suficientemente motivada en el Fundamento de Derecho Sexto (Pág. 22-23) de la Resolución recurrida por lo que aquí se da por reproducida aquella argumentación:

*(...) existen argumentos que llevan a esta Comisión a no exigir la implementación del servicio de bucle virtual.*

*En primer lugar, debe valorarse que, como se señalaba al describir el impacto de la introducción de los diferentes tipos de nodos, en ningún caso dicha implementación está imposibilitando la prestación de un servicio de IPTV donde anteriormente fuera posible, bien porque los bucles interceptados eran demasiado largos, bien porque se trata de zonas nuevas, o bien porque los nodos no interceptan los bucles.*

*Relacionado con lo anterior, debe coincidir con TESAU en que, al disponer los operadores alternativos de la oferta de acceso a conductos, de acuerdo a la Resolución de 8 de mayo de 2008, ésta es la vía que esta Comisión establece para sustentar una competencia en infraestructuras, y como se ha señalado en resolución de igual fecha que la presente por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto frente a la anterior, TESAU está avanzando en la disponibilidad de dicha oferta de conductos.*

*Finalmente, la magnitud del despliegue existente a día de hoy, no haría proporcional la exigencia del servicio (SDV), siempre teniendo en cuenta que el único servicio adicional que aportaría para los operadores alternativos la implementación del bucle virtual es el de IPTV, por cuanto TESAU ya está obligada, a día de hoy a prestar servicios mayoristas indirectos que permitan replicar cualesquiera ofertas minoristas de banda ancha que ella comercialice, afectando también esta obligación a los bucles afectados por los nodos.*

*Así, aunque las cifras aportadas por TESAU sobre el número de bucles afectados (21.058 conectados en 87 nodos con DSLAM-IP) no se consideran adecuadas ya que este servicio no se restringiría a los 87 nodos de acortamiento que dependen de centrales ubicadas por los operadores sino que también estaría accesible en centrales donde se conectan los nodos desplegados en zonas de nueva construcción, los bucles realmente afectados a día de hoy por este servicio serían muy pocos. En este sentido, teniendo en cuenta que aproximadamente [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] dispone de DSLAM-IP (donde*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*es posible la desagregación virtual en los términos descritos), se podría estimar en unos [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] los bucles donde podría estar disponible la desagregación virtual. Ahora bien, considerando una tasa del 50 % de penetración del servicio de banda ancha xDSL respecto al número de pares en servicio (superior al 40% aproximadamente según los datos del Informe Anual de la CMT de 2007), una tasa de mercado de los alternativos de hasta un 35% y una penetración del 12,5% del servicio IPTV respecto a líneas xDSL (penetración aproximada del servicio Imagenio de TESAU respecto a sus líneas xDSL) implicaría que dicho servicio podría ser utilizado hoy aproximadamente por un número de entre 4.000 y 5.000 líneas, cifra que no justificaría en modo alguno el desembolso que supondría la implantación del servicio.*

*Por todo lo anterior, a día de hoy, se consideran razonables las alegaciones de TESAU en cuanto a la falta de proporcionalidad de la medida.  
(...)*

*Efectivamente, según el análisis realizado sobre el número de nodos desplegados y el número de líneas potencialmente afectadas por no disponer del servicio de IPTV conlleva a esta Comisión a considerar que actualmente no existe ningún impacto significativo sobre el mercado, y dadas las dificultades técnicas y costes que podría implicar, no considera oportuno en el marco de este expediente la incorporación a la OBA de un servicio como el de desagregación virtual. Ello sin perjuicio, obviamente, de la obligación que tiene TESAU de proporcionar los servicios indirectos necesarios para la replicación de cualesquiera ofertas minoristas de banda ancha que realice en bucles afectados por nodos.”*

Los recurrentes no argumentan ni acreditan, siquiera indiciariamente, que los anteriores argumentos pudieran estar viciados de nulidad o anulabilidad, por lo que procede desestimar las alegaciones vertidas en este sentido.

### **c) Sobre la modificación del plan de gestión del espectro de la OBA.**

Como medida adicional para asegurar la mejor prestación de los servicios recogidos en la OBA con motivo de la introducción de señales VDSL2 en el subbucle, la Resolución DT 2008/481 modifica el PGE vigente para el despliegue de estas señales y establece las condiciones para el despliegue de cualquier tipo de nodo y otras señales xDSL en el subbucle de tal manera que complementa, mejora y actualiza las obligaciones de transparencia a las que está sujeta TESAU como consecuencia del análisis del mercado 11 puesto que, hasta la fecha, en la OBA no se habían establecido reglas de despliegue aplicables a la introducción de señales ADSL, ADSL2, y ADSL2+ en el subbucle.

Tal y como se indica en la Resolución DT 2008/481, a la luz de la información aportada por TESAU en el seno de dicho procedimiento, se aportaron los resultados de una prueba piloto donde se muestran mediciones de las prestaciones de servicios ADSL2+ con usuarios reales desplegados desde central. Si bien las experiencias sobre planta real de esta prueba piloto no contemplaron escenarios con despliegues VDSL2 tanto desde central como desde nodo, la aplicación del conformado con los parámetros especificados en aquella Resolución permiten la protección de las señales desplegadas desde central, tanto si estas son de tecnología ADSL2+ como de VDSL, siendo éste otro elemento indicativo de la aceptación y madurez de las técnicas de conformado para adaptar el despliegue al subbucle. Ante la falta de variaciones significativas de las prestaciones más allá de valores razonables, se concluye como correcta la aplicación del conformado, que implica la independencia entre el nivel interferente y el punto de despliegue de la señal VDSL2. Por lo tanto, la afirmación de ASTEL sobre que “durante la prueba piloto no se ha comprobado la influencia del



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*despliegue de señales VDSL2 desde nodo remoto, en otras señales actualmente desplegadas en la planta actual de bucle, incluidas las VDSL” no es correcta.*

Por otra parte, en el mismo procedimiento se modificó la OBA fijándose unos criterios por los que se establecen las reglas, las condiciones, y se modifican los sistemas de información anulándose así el riesgo que supone que en un futuro se extiendan los despliegues de nodos tipo 2 y 3 a medida que crezca la velocidad de referencia en el mercado minorista. Así pues, se han definido las reglas transparentes que indican sobre qué pares de cobre podrán instalarse nodos tipo 2 y 3, de modo que se elimina un escenario por el que se imposibilita a los operadores alternativos a seguir prestando servicios desde centrales en las que han invertido en desagregación.

### **d) Sobre el régimen de acceso a las infraestructuras de los edificios con redes NGA´s.**

Esta Comisión considera que con las obligaciones establecidas en el mercado 11, junto con el complemento que supone la obligación de acceso a las canalizaciones así como las condiciones y reglas para establecer los nodos remotos según se indica en la Resolución DT 2008/481 y las medidas que se adopten en el seno del expediente MTZ 2008/965, relativo a la imposición de obligaciones simétricas a los operadores en el régimen de acceso en el interior de los edificios que actualmente se halla en tramitación por esta Comisión, queda suficientemente asegurada la replicabilidad de los servicios ofrecidos por TESAU. Por todo ello, no se considera, de momento, que resulte necesario la adopción de medidas adicionales para mantener y consolidar la competencia en servicios alcanzada.

### **SÉPTIMO.- Sobre los efectos anticompetitivos que genera la introducción de los nodos remotos.**

Los recurrentes consideran que la falta de adopción de las medidas antes señaladas, imposibilita a los operadores alternativos ofrecer una oferta de servicios minoristas de banda ancha replicables a los que potencialmente TESAU pueda ofrecer con tecnologías VDSL2 sobre la mayoría de pares de cobre puesto que, tal y como afirman, incluso aun en los nodos que permiten la desagregación desde central, no se podrá competir puesto que las velocidades ofrecidas desde central serán mucho menores. Consideran que las mejoras en los servicios que pueden prestarse a partir del despliegue de los nodos remotos, sólo las puede disfrutar TESAU impidiendo así, la continuidad de la competencia efectiva alcanzada en aquel mercado a menos que los operadores alternativos realicen directamente despliegues de FTTH, despliegues que suponen un esfuerzo inversor desproporcionado.

Frente a tal alegación debemos señalar que en ningún caso TESAU disfruta del derecho de explotación en exclusiva con VDSL2 para el 85% de los bucles de cobre (los supuestamente no aptos para uso de VDSL2 desde central), ya que los operadores alternativos pueden dar servicios de acceso a Internet de muy alta velocidad haciendo uso del acceso indirecto. Por otra parte, no puede dejar de tenerse en cuenta que los operadores alternativos también pueden: (i) realizar inversiones para la desagregación del subbucle, pudiendo, de esta forma prestar, asimismo, servicios adicionales como IPTV u otros desde el subbucle; ó (ii) tender su propia red utilizando las medidas de uso de las canalizaciones y conductos así como las de acceso a los edificios. Por todo lo anterior, el mantenimiento de la competencia efectiva resulta posible técnica y económicamente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adicionalmente, debe señalarse que dado que los nodos de tipo 2 son los únicos nodos cuyo despliegue puede impactar en la competencia, puesto que se imposibilita la desagregación de los bucles interconectados a aquéllos, y dada la magnitud reducida del despliegue de estos nodos, se ha optado por habilitar un descuento del precio del acceso indirecto para compensar aquel supuesto. Por lo tanto, cabe rechazar la afirmación de que el despliegue de los nodos remotos ponga en serio peligro la viabilidad de los planes de despliegue realizados por los operadores alternativos.

Esta Comisión ha de rechazar, por tanto, estas alegaciones puesto que los posibles efectos anticompetitivos que la introducción de los nodos remotos pudiera generar en el mercado de la banda ancha han sido compensados por medio de las medidas establecidas en la resolución impugnada y el resto de resoluciones que esta Comisión viene adoptando en el ámbito del despliegue de las redes de acceso de nueva generación.

### **OCTAVO.- Sobre que las obligaciones ex ante impuestas resultan insuficientes e inoperantes.**

Los recurrentes consideran que las medidas adoptadas por la Comisión: la obligación genérica de TESAU de proporcionar acceso a sus infraestructuras de obra civil y la aplicación de descuentos por las conexiones para el acceso mayorista en GigADSL y ADSL-IP en aquellos bucles interceptados por nodos tipo 2, no son soluciones apropiadas.

#### **a) Sobre la obligación de acceso a los conductos de obra civil.**

Los recurrentes alegan que esta medida no resulta apropiada ni factible puesto que para su implantación, resulta necesario que la Comisión realice un análisis previo sobre su viabilidad técnica y económica que no se ha realizado, viabilidad como requisito *sine qua non* para permitir a los operadores alternativos replicar, con la suficiente agilidad y rentabilidad, las ofertas minoristas de TESAU basadas en el acortamiento del bucle de abonado por medio de realizar inversiones eficientes, en la medida en que la rentabilidad de las nuevas redes depende, principalmente, de las cuotas de mercado alcanzables en relación con la cobertura desplegada.

Por ello, no entienden cómo esta Comisión ha podido valorar como viable la medida cuando se desconoce el estado y la viabilidad de los accesos y canalizaciones que, en teoría, van a estar a disposición de los operadores (TESAU ha afirmado en diversas ocasiones que sus infraestructuras de obra civil, especialmente en ámbitos urbanos, fueron dimensionadas y contraídas únicamente para su uso).

Por otra parte, consideran que no es aplicable la medida por ser ineficaz y poner en clara desventaja competitiva a los operadores alternativos, por un lado, debido al tiempo excesivo que requiere su implantación suponiéndole una ventaja competitiva a TESAU.

Con carácter previo a la contestación de esta alegación, hemos de señalar que no ha sido la Resolución recurrida la que ha establecido la obligación genérica a TESAU de prestar acceso a sus conductos y canalizaciones de obra civil en áreas FTTH. Esta obligación ha sido impuesta en la Resolución de Medidas Cautelares en donde se





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estableció la misma de manera cautelar y ahora, en la Resolución de esta misma fecha relativa al expediente MTZ 2008/626 se confirma y aclara su alcance tras haber estudiado los posibles problemas que pudieran desprenderse del uso normalizado de los servicios que se presten en razón de esta obligación, previendo soluciones al respecto. Por todo lo anterior, no procede evaluar en este recurso la adecuación de esta obligación cuyo foro adecuado de revisión será en sede de recurso administrativo o contencioso-administrativo de aquella Resolución.

No obstante, lo que la Resolución aquí recurrida ha resuelto es, ampliar esta obligación de proporcionar información relativa a los conductos y canalizaciones en áreas FTTH, al ámbito de los nodos, es decir, a proporcionar información suficiente relativa las infraestructuras de obra civil, incluyendo el espacio disponible en sus canalizaciones, cámaras, conductos o cualquier otra instalación relevante en aquellas zonas o áreas cubiertas por los nodos remotos.

Respecto al hecho de que algunas infraestructuras de obra civil, especialmente en ámbitos urbanos, fueron dimensionadas y contraídas únicamente para su uso, recordamos que estas alegaciones las han podido realizar en el seno de la consulta pública al Proyecto de Medidas para los mercados 4 y 5 que ha sido resuelto en esta misma fecha (MTZ 2008/626) y en el que se han adoptado las soluciones a problemas tales como los referidos a la limitación de las canalizaciones debido al dimensionamiento de las mismas cuando fueron construidas, entre otros. Todo ello sin perjuicio de que esta cuestión pueda ser una de las que habrá de resolver en los conflictos que eventualmente se susciten ante esta Comisión en los casos en los que los operadores no lleguen a los correspondientes acuerdos con TESAU.

En relación a la ineficacia de la medida debido al tiempo excesivo que requiere su implantación, cabe recordar que esta Comisión ha evaluado el funcionamiento del proceso de acceso a las infraestructuras de obra civil de TESAU, en un proceso de información previa en relación con la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a TESAU relativas al servicio mayorista de compartición de registros y conductos de TESAU (DT 2008/1808<sup>10</sup>), y cuyo objetivo era verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a TESAU en el marco de las Resoluciones de 8 de mayo y 31 de julio de 2008, así como de los compromisos adquiridos por TESAU en su escrito de 28 de julio de 2008. En particular, en lo relativo a la disponibilidad efectiva del servicio mayorista de acceso a registros y conductos de TESAU, el resultado de esta evaluación ha sido positivo<sup>11</sup>, constatándose el cumplimiento de las

---

<sup>10</sup> En fecha 28 de octubre de 2008, por medio de un escrito del Secretario de la Comisión, se ha abierto un período de información previa (DT 2008/1808) al objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a TESAU en el marco de las Resoluciones de 8 de mayo<sup>10</sup> y 31 de julio de 2008, así como de los compromisos adquiridos por TESAU en su escrito de 28 de julio de 2008, en particular en lo relativo a la disponibilidad efectiva del servicio mayorista de acceso a registros y conductos de TESAU, dado que tales aspectos constituyen la condición previa, tal como se establece en el Resuelve segundo de la Resolución de 31 de julio de 2008, para la comercialización de los servicios minoristas sobre FTTH de TESAU. Esta Comisión, tras verificar el cumplimiento de las obligaciones antes indicadas y que fueron impuestas a TESAU, así como de los compromisos adquiridos por TESAU en su escrito de 28 de julio de 2008, en particular en lo relativo a la disponibilidad efectiva del servicio mayorista de acceso a registros y conductos de TESAU; y a la vista del resultado ha acordado autorizar a TESAU el inicio de la prestación de servicios minoristas sobre red de acceso FTTH, ha acordado lo siguiente:

**“Primero.-** Proceder al archivo del expediente en relación con la verificación de la disponibilidad comercial del servicio mayorista de compartición de registros y conductos de Telefónica, y declarar concluso el período de información previa de referencia.

**Segundo.-** A la vista de las comprobaciones efectuadas del servicio mayorista de compartición de registros y conductos de Telefónica, y de acuerdo con el Resuelve Segundo de la Resolución de 31 de julio de 2008 relativa a los Recursos de Reposición interpuestos contra la Resolución de 8 de mayo de 2008, autorizar a Telefónica a desarrollar actividades de comercialización de servicios minoristas sobre FTTH.”

<sup>11</sup> Sin perjuicio de que el grado de cumplimiento de la oferta de TESAU a medio plazo, así como el nivel de satisfacción



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligaciones citadas y la existencia de peticiones de acceso por operadores. No obstante, esta Comisión observará atentamente el desarrollo comercial del servicio y examinará el cumplimiento de las obligaciones que se desprendan al respecto de la definición y análisis de los mercados 4 y 5.

### **b) Sobre los descuentos en la cuota mensual por las conexiones en GigADSL y en ADSL-IP.**

Los recurrentes consideran que el apartado "Cuarto" del Resuelve de la Resolución de 31 de julio de 2008, relativa a que TESAU deberá aplicar determinados descuentos en la cuota mensual por las conexiones en GigADSL y en ADSL-IP para aquellos bucles interceptados por un nodo remoto en los cuales ya no es posible la desagregación desde la central debido a que carecen de continuidad metálica, supone una solución insignificante para los operadores alternativos debido al escaso número de bucles de abonado que se ven afectados por esta medida.

En concreto, Jazztel indica que la medida de establecer una rebaja en los precios del acceso indirecto a los operadores con clientes coubicados en centrales donde haya bucles que hayan sido interceptados afecta a un número irrisorio de clientes.

Debe recordarse que esta medida se ha impuesto tras un análisis del impacto de los diferentes tipos de nodos, siendo los nodos de tipo 2 los únicos para los que se ha constatado un impacto (en ciertos bucles, puesto que no todos los bucles eran aptos para servicios de banda ancha, al ser mayoritariamente bucles de gran longitud). La alternativa que plantearía la argumentación de Jazztel sería no imponer esta obligación, dado el bajo número de clientes a los que afecta. Aunque ciertamente es una posibilidad, la Comisión ha creído conveniente, por las razones expuestas en la Resolución recurrida, establecer una compensación a los operadores coubicados en las centrales correspondientes y por ello potencialmente afectados. Al no haberse constatado impactos competitivos en los otros tipos de nodos, no se ha considerado conveniente establecer otras medidas compensatorias. Además en complemento con lo establecido en la Resolución DT 2008/481, cuando un nuevo operador se coubicase en una central en la que TESAU haya desplegado nodos interceptando pares que no cumplan con el criterio relativo a la atenuación de los pares<sup>12</sup> y que no permitan su desagregación, podrá optar por las condiciones económicas establecidas en la Resolución recurrida.

Por otra parte, alegan que esta Comisión no ha establecido la fecha a partir de la cual TESAU deberá aplicar el descuento antes descrito.

Efectivamente, en la Resolución no se indica un plazo a partir del cual TESAU estará obligada a aplicar dicho descuento. TESAU, en su escrito de 24 de octubre de 2008, en el que informa sobre el cumplimiento de los resuelve segundo, tercero y cuarto de la Resolución recurrida, comunica que procede a aplicar este descuento desde el 22 de octubre. Esta Comisión considera que la aplicación en este plazo de dos meses

---

por parte de los operadores alternativos que en el entorno productivo real se alcance con respecto a los citados procedimientos, vendrán determinados por factores cuya evaluación no es viable en el marco del presente trámite dado el escaso volumen de demanda actual, por lo que deberán estudiarse una vez concurren mayores volúmenes de demanda efectiva del servicio mayorista, y dependerán en cualquier caso de la voluntad de cooperación que demuestren las partes implicadas.

<sup>12</sup> Pg 16/28, Resolución DT 2008/481: *Los nodos sin conformado espectral desplegados en el subbucle podrán interceptar aquellos pares con atenuaciones superiores a 48dB (a 150KHz) o podrán dar servicios a aquellas unidades básicas o cajas terminales que contengan el menos un 80% de pares con una atenuación superior a 48dB.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tras la notificación de la Resolución y coincidiendo con el plazo dado en los Resueltas tercero y cuarto, es adecuado.

Por todo ello, las medidas adoptadas por la Comisión para solucionar los obstáculos que deben afrontar los operadores alternativos para replicar los servicios que presta TESAU a través de las tecnologías VDSL2 y FTTH como consecuencia del despliegue de los nodos remotos, así como la medida relativa a obligar a TESAU a aplicar descuentos en las conexiones de acceso mayorista en GigADSL y ADSL-IP para aquellos bucles interceptados por nodos tipo 2, están suficientemente motivadas y se consideran adecuadas y suficientes puesto que no resultan de imposible cumplimiento ni suponen una ventaja competitiva para TESAU. No obstante, dado que la efectividad de las mismas dependerá, en gran medida, en el grado y calidad de cumplimiento de estas obligaciones, esta Comisión está supervisando la dinámica operativa con que TESAU de cumplimiento a las mismas.

Por tanto, en virtud de todo lo anterior, esta Comisión no considera que por estos motivos, la Resolución recurrida sea nula de pleno derecho en virtud de los artículos 62.1 a) y c) de la LRJPAC y, subsidiariamente anulable de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 63.1 de la misma Ley. Por todo ello, las alegaciones en este sentido han de ser desestimadas.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar totalmente los recursos de reposición interpuestos por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicación (ASTEL), France Telecom España, S.A., Jazz Telecom, S.A.U., y Vodafone España, S.A.U. contra el acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 31 de julio de 2008, relativo a la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) por los efectos de la introducción de nodos de acceso al subbucle de par de cobre (DT 2007/709) por parte de Telefónica de España, S.A.U., que se confirma en sus propios términos.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera