



Expediente: DT 2010/1941

Cítese la referencia en los escritos relacionados con este expediente

Conflicto de acceso a las infraestructuras ubicadas en la fachada de los edificios planteado por France Telecom España S.A. contra Telefónica de España S.A.U. (DT 2010/1941)

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 15 de octubre de 2010 tuvo entrada en la CMT un escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante Orange) solicitando que se inste a Telefónica de España, S.A.U., (en adelante, Telefónica) a atender solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de soporte en fachada que esta última emplea para sustentar tendidos de cableados metálicos en el barrio de Retiro de Madrid.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de noviembre de 2010 se notificó a Telefónica y Orange el inicio del presente procedimiento administrativo.

TERCERO.- Con fecha 9 de noviembre de 2010 se remitieron a Telefónica y Cableuropa, S.A.U., (en adelante, Ono) sendos requerimientos de información al objeto de recabar ciertos datos necesarios para la resolución del conflicto denunciado por Orange.

CUARTO.- Con fechas 9 y 13 de diciembre de 2010 tuvieron entrada en la CMT respuestas al citado requerimiento remitidas por Telefónica y Ono respectivamente.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de acceso a las infraestructuras ubicadas en la fachada de los edificios del barrio de Retiro de Madrid planteado por Orange contra Telefónica.

SEGUNDO.- Habilitación competencial

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3. letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la



interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal. A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que conocerá la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

TERCERO.- Contexto normativo

El 22 de enero de 2009 esta Comisión adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a la infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (en adelante, Resolución de los Mercados 4 y 5), por la que se designaba a Telefónica como operador con poder significativo en ambos mercados. En ella, se impuso a Telefónica la obligación genérica de dar acceso a terceros operadores a los recursos asociados a infraestructuras de obra civil sobre los que ostenta un derecho de uso (apartado II.4.3.1.3).

Dicha resolución establece el marco regulatorio general aplicable, siendo la oferta MARCo una medida de concreción y desarrollo posterior cuyo campo de aplicación es más limitado. Por tanto, Telefónica estaría obligada a dar acceso a sus infraestructuras de obra civil para red de acceso (y a sus recursos asociados) a terceros operadores siempre y cuando la solicitud del mismo sea razonable, aún cuando se refiera a elementos que no figuren en la oferta MARCo. Y para interpretar cuándo viene obligada Telefónica a dar acceso, es decir, cuándo la solicitud concreta (más allá de los casos contemplados en la oferta MARCo) es o no razonable, hay que acudir a la propia Resolución de análisis de los mercados. Se determinará la razonabilidad de las solicitudes de acceso en función de las circunstancias concurrentes en cada momento y teniendo presente el objetivo final de dichas resoluciones, es decir, se ha de llevar a cabo un análisis sistemático y teleológico.

En el caso que nos ocupa, hay que determinar si la solicitud de Orange es o no razonable – en el sentido de lo dispuesto en las obligaciones de los mercados 4 y 5- y, de serlo, establecer las condiciones de acceso por cuanto esta situación no está cubierta en ninguna oferta regulada (dado que las infraestructuras afectadas no vienen contempladas en ninguna de ellas) para poder dar por resuelto el conflicto.

En este sentido, debe valorarse si los elementos cuyo acceso requiere Orange proporcionan a Telefónica una ventaja competitiva, y el recurso cuyo acceso se solicita es una “instalación esencial” para cualquier operador en el mercado de acceso a los clientes y, por tanto, su denegación pudiera constituir un obstáculo insalvable para el desarrollo de la competencia en dicho mercado. De concurrir tales circunstancias, se podrá otorgar dicho acceso sobre la base de las obligaciones ya impuestas a Telefónica en la Resolución de los Mercados 4 y 5 y de la competencia de la CMT para resolver conflictos contenida en el artículo 14 de la LGTel.

La CMT ya preveía en sus *“Principios y líneas maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA)”* el carácter global de la problemática atribuible al despliegue de los operadores alternativos al mantener que *“dos tramos de estas infraestructuras [físicas de acceso], identificados ambos como potenciales cuellos de botella para el despliegue de redes de fibra óptica, merecen diferenciarse; por un lado, las infraestructuras que permiten el tendido de cableados entre las centrales y los edificios o viviendas, [...]; y, por otro lado, las infraestructuras de canalización final o acometida en las propias viviendas, [...].”*

En esta misma línea, cabe recordar cómo la Resolución de los Mercados 4 y 5 y la Resolución de 12 de febrero de 2009, de obligaciones simétricas de acceso en relación con las redes de fibra óptica a desplegar en el interior de edificios (en adelante, Resolución de



Edificios), declaran explícitamente la necesidad de complementariedad entre las obligaciones asimétricas del mercado 4 y las obligaciones simétricas de la Resolución de Edificios. Así, esta última establece expresamente que *“Ambos procedimientos (el procedimiento relativo a la definición y análisis de los mercados 4-5 y el presente procedimiento) y las obligaciones impuestas con las Resoluciones que les dan fin deben entenderse por tanto como complementarios, cubriéndose así la totalidad de los elementos necesarios para facilitar el despliegue hasta el usuario final”*. Asimismo, establece que *“a las obligaciones asimétricas se suman las definidas en la presente medida, de carácter simétrico, por las que el primer operador deberá compartir los recursos de red emplazados a partir del punto de compartición”*. Por tanto, se trata de dos conjuntos de obligaciones que pueden ser aplicables a lo largo del mismo tramo de infraestructura.

Por otra parte, y con independencia de la valoración que esta Comisión pueda hacer sobre la razonabilidad de la solicitud de Orange desde el punto de vista de sus competencias, hay que tener en cuenta que las infraestructuras objeto del presente conflicto discurren por fachadas situadas en dominio privado, las cuales –de conformidad con lo establecido en el artículo 396 del Código Civil- tienen la condición de elemento común. Por lo cual, la instalación sobre dichas fachadas de cualquier infraestructura de telecomunicaciones requerirá de la previa obtención del preceptivo permiso de los integrantes de la comunidad de propietarios correspondiente, tal y como dispone el artículo 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

Por tanto, al margen de que esta Comisión estime la razonabilidad de la solicitud de Orange e imponga a Telefónica la obligación de darle acceso a los recursos solicitados, en ningún caso esta medida podría evitar la necesidad de que Orange solicite el permiso expreso de las comunidades de vecinos, así como los premisos urbanísticos que correspondan.

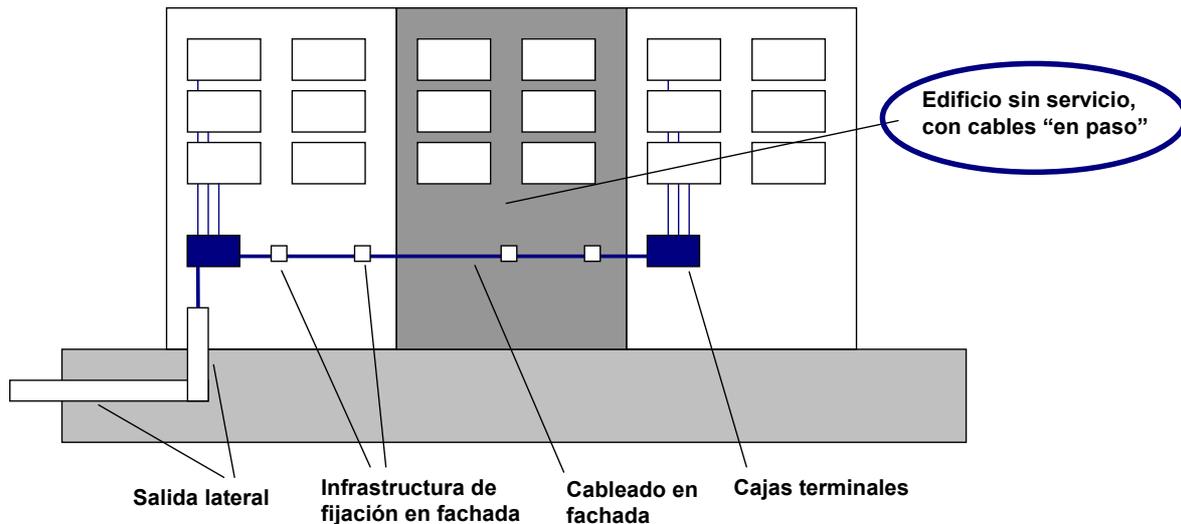
CUARTO.-Valoración de los hechos

1. Situación denunciada por Orange

Orange denuncia que en el despliegue óptico que viene realizando no resulta factible realizar la conexión por fachada de los distintos edificios colindantes ubicados en una manzana, debido a las reticencias de los vecinos a conceder los necesarios derechos de paso por motivos diversos (principalmente por el impacto estético de despliegues adicionales por fachada).

Orange indica que el problema radica en que la red óptica accede a cada manzana de viviendas únicamente por uno o dos puntos. Para tender la fibra desde estos enclaves hasta cada uno de los hogares hay que realizar un tendido por la fachada en todo el perímetro de la manzana, y después instalar verticales en cada portal de viviendas. Este despliegue obliga a que, una tras otra, las comunidades de vecinos de cada portal deban dar su autorización para que el cable discurra por su fachada, de manera que si una la deniega, los portales siguientes no podrán disponer de cable ni de servicio, aunque lo requieran.

Es decir, según Orange, su despliegue se ve obstaculizado por no contar con la debida continuidad entre cada edificio y la salida lateral más cercana debido a la citada falta de permisos de paso en edificios ubicados en puntos intermedios. Indica que en aproximadamente la mitad de los edificios, a pesar de contar con el permiso de las respectivas comunidades para desplegar la red de dispersión en los mismos, no dispone de la citada continuidad de paso en edificios colindantes.



Según datos de Orange, en el 85% de los edificios donde se encuentra realizando despliegue óptico, se requiere al menos un permiso de paso intermedio para conseguir continuidad de red desde la salida lateral hasta el edificio objetivo.

Orange mantiene que Telefónica dispone de infraestructuras de soporte en fachada que sustentan tendidos de cableados metálicos con capacidad suficiente para recoger cableados ópticos adicionales, por lo que serían susceptibles de ser compartidos por otros operadores que precisasen tender cables en paralelo a los ya desplegados, reutilizando o reforzando en su caso las infraestructuras de enganche.

Orange indica que en los tramos donde las sujeciones de los cables de cobre han agotado su capacidad Telefónica ha instalado sujeciones específicas para cables ópticos propios, o bien ha reforzado las infraestructuras de enganche. En otros tramos, Telefónica ha fijado el cable óptico al cable de acero previamente utilizado para soportar tendidos de cobre, estando dicho cable de acero sustentado sobre puntos de anclaje entre fachadas. Dicho mecanismo se utiliza, según Orange, tanto para cruzamientos de calzada como para salvar el paso por fachadas donde Telefónica *"no cuenta con ningún tipo de sujeción directa, presumiblemente por no haber conseguido los correspondientes permisos de instalación"*.

Asimismo señala Orange que Telefónica dispone de los correspondientes permisos de paso en todos los edificios dotados de cableado de cobre por fachada, por lo que la instalación de nuevos cables ópticos por parte de terceros operadores sería inmediata.

En definitiva Orange solicita que la CMT obligue a Telefónica a atender las solicitudes razonables de los operadores que necesiten compartir sus tendidos de cables que discurren por las fachadas, y a negociar de buena fe y de forma no discriminatoria las condiciones en que dicha compartición se puede llevar a cabo.

2. Sobre si el recurso solicitado es una "instalación esencial" para el despliegue de una red de acceso

Nos encontramos ante una situación en la que un operador distinto de Telefónica lidera el despliegue óptico por fachada en un edificio donde ningún operador ha emplazado recursos ópticos con anterioridad, y donde únicamente existe un cableado de pares de cobre, con sus correspondientes infraestructuras de sujeción en fachada, pertenecientes a Telefónica.

Según los datos aportados por Telefónica y Ono en relación con su planta externa, en un porcentaje superior al 50% de los edificios se requeriría –además del permiso del edificio



objetivo- otros permisos de paso adicionales para conseguir la necesaria continuidad de red desde la salida lateral.

En estas condiciones, debe dilucidarse si el operador que lidera el despliegue, en este caso Orange, se encuentra en una situación de desventaja al acometer el cableado óptico con respecto a la que disfrutaría Telefónica por el hecho de disponer de una infraestructura en fachada habilitada para la sujeción de su red de pares.

La regulación establecida en la Resolución de los Mercados 4 y 5 tiene por finalidad la superación de los fallos de mercado que se deriven de la existencia de un operador con PSM en el mercado.

Si Telefónica dispone de un recurso (directo o asociado) que se pueda considerar como una "instalación esencial" para el despliegue de una red de acceso en banda ancha por parte de un operador eficiente, en el sentido que se le da a este concepto en la doctrina de competencia, entonces habrá que considerar que la obligación genérica que se le impuso a Telefónica en la Resolución de los Mercados 4 y 5 alcanza también al acceso a dicho recurso. Si, por el contrario, la instalación de dicho recurso de Telefónica es replicable por un operador eficiente, entonces Telefónica no estaría obligada a darle acceso a dicho recurso al amparo de las obligaciones impuestas en los mercados 4 y 5.

Y para ello hay que tener en cuenta todas las condiciones en las que se ha de llevar a cabo la instalación y acceso de dichos elementos: tanto los aspectos de procedimiento (obtención de permisos) como los técnico-operativos.

2.1 La obtención (o renovación) de permisos

Telefónica indica que cuando lleva a cabo el despliegue por fachada de un nuevo cable (pe. óptico) inexcusablemente debe gestionar previamente la obtención de los correspondientes permisos de la comunidad de propietarios, tanto cuando el trazado discurre paralelamente a otros cables ya instalados (pe. de pares) como cuando sigue un nuevo trazado. Y tanto para la instalación de una red totalmente diferenciada de la preexistente (instalación de nueva infraestructura de soporte para los nuevos cables) como para lo que puede denominarse reutilización de una red ya existente (instalación de cables adicionales en infraestructura de soporte ya existente.)

Es decir, según Telefónica, la instalación de nuevos cables de fibra en un edificio donde ha disfrutado con anterioridad de permisos de instalación, no puede acometerse sin mayores contemplaciones por ser estos últimos una suerte de autorización permanente que permita al operador futuras y sucesivas intervenciones. Por el contrario, indica, los permisos se conceden para intervenciones específicas, requiriéndose nuevos contactos con la comunidad de propietarios en cada una de las actuaciones que sucesivamente se requiera llevar a cabo.

Por su parte, Ono mantiene en su respuesta al requerimiento de información que las intervenciones puntuales para la adaptación y mantenimiento de la red preexistente (ya instalada con anterioridad en un edificio) no requieren la reactivación o renegociación de los permisos obtenidos en su momento de la comunidad de propietarios, puesto que dichos permisos habilitan a Ono para acometer las actuaciones referidas.

Es posible que las autorizaciones firmadas con las comunidades de propietarios contengan ciertas previsiones que habiliten al operador a efectuar las necesarias actuaciones de mantenimiento sobre las infraestructuras desplegadas. Si bien, lo normal es que dichas previsiones o derechos no contemplen la construcción de red nueva (óptica), adicional a la preexistente, que comporte la instalación de recursos de distinta naturaleza a los inicialmente instalados: cables multifibra, cajas terminales ópticas, etc.



A la vista de lo señalado podría concluirse que, en lo que a aspectos operativos de carácter procedimental (permisos) se refiere, Telefónica no disfruta de una situación ventajosa o privilegiada, y que todos los operadores se encuentran en igualdad de condiciones a la hora de conseguir permisos de las comunidades de propietarios.

2.2 Las condiciones técnicas específicas

De la respuesta de Telefónica al requerimiento de información se desprende que los elementos que ésta emplea para la instalación de sus cables en fachada son los siguientes:

a. Grapas

El recurso más comúnmente empleado son las grapas para fijación, sujeción y guiado de cables que discurren horizontalmente por fachadas, siendo su capacidad de un solo cable.

Existen varios tipos de grapas con distintas características mecánicas (límite de peso, resistencia a esfuerzos de tracción, etc.), de forma que Telefónica selecciona en cada caso el adecuado ajustándose a los requisitos mecánicos del cable a instalar, no resultando posible, según Telefónica, su aprovechamiento posterior (para uso propio) ni compartición (con terceros). Es por ello que cuando Telefónica precisa el tendido de cableados adicionales, no reutiliza la infraestructura de soporte existente sino que instala nuevas grapas para los nuevos cables, que suelen discurrir paralelamente a los inicialmente emplazados.

Cabe señalar que esta última aseveración de Telefónica puede confirmarse en las fotografías presentadas como anexo 1 al escrito de Orange de fecha 15 de octubre de 2010, donde puede observarse que el cableado óptico de Telefónica se ha fijado de forma independiente al cableado previo de pares, esto es, mediante nuevas grapas, si bien siguiendo un trayecto paralelo al mismo.

Asimismo ratifica dicho aspecto lo señalado por Ono en su respuesta al requerimiento de información, donde mantiene que la instalación de un nuevo cable requiere nuevos elementos de soporte para su tendido por fachada, con independencia de la existencia de una infraestructura anteriormente instalada. Según Ono, los elementos de soporte emplazados en un momento dado no son reutilizables en futuras instalaciones.

Conclusión

Con respecto a los edificios donde pueden encontrarse cables de pares de Telefónica fijados a la fachada mediante grapas, la instalación de nuevos cables ópticos requiere de actuaciones idénticas (fijación del cable óptico mediante nuevas grapas) con independencia de que sean desarrolladas por Telefónica, Orange, o cualquier otro operador. Es decir, la instalación es perfectamente replicable por un operador alternativo eficiente y no cabe considerar que Telefónica tenga la obligación de llevarla a cabo para ofrecérsela a terceros al amparo de lo dispuesto en las obligaciones que tiene impuestas en los mercados 4 y 5.

b. Cable soporte de acero y anclaje

Los cables de acero anclados a la fachada se emplean para el cruce de calles. Como en el caso anterior existen varios tipos en función de la carga que deben soportar.

Según Telefónica, una de las finalidades de esta infraestructura de soporte es la de sortear un edificio donde se ha denegado el permiso de cablear en fachada, "saltándose" a la fachada de la acera de enfrente y volviéndose a cruzar una vez sobrepasado dicho edificio. Constituye, por tanto, un mecanismo de utilidad para aliviar la problemática que vienen sufriendo los operadores en relación con el despliegue por fachada puesto que evita la



interrupción del cableado óptico a través de edificios colindantes por denegación de permisos en alguno de ellos.

Telefónica indica en su respuesta al requerimiento de la CMT que este tipo de infraestructuras de soporte para el cruce de calles admite la instalación de cables adicionales, siempre y cuando lo permitan las características técnicas y constructivas (pe. deben respetarse las tensiones máximas). Dicha instalación requiere descoser el cable existente, agruparlo con el nuevo cable y volver a coserlos de forma agrupada, por lo que deben extremarse precauciones al manipularse cables de terceros operadores. Asimismo, señala Telefónica, es fundamental que ante operaciones de mantenimiento y posible ampliación se garantice desde un punto de vista estructural que no existen riesgos para los trabajadores que manipulen esos elementos ni para terceros.

Por otra parte, resulta difícil pensar que una comunidad de propietarios que haya dado permiso para la instalación de un cable soporte vaya a dar otro permiso adicional para instalar otro cable soporte si en el primero pudiera instalarse el cable óptico requerido. Así pues, el cable soporte es una "instalación esencial" por cuanto un operador alternativo no podría replicar dicho cable (instalar otro) por falta de los permisos necesarios.

Conclusión

Telefónica disfruta de ventaja competitiva en este caso particular y, además, el recurso solicitado es esencial para el despliegue de un operador alternativo eficiente.

3. Obligación de Telefónica

De lo anterior se deduce que Telefónica deberá atender las solicitudes de acceso de Orange a las infraestructuras que sustentan cables en o entre las fachadas de los edificios de la zona de Madrid que solicita, siempre y cuando dichas infraestructuras potencialmente puedan alojar varios tendidos, ya sea de forma directa o mediante su refuerzo. En particular, deberá facilitarse acceso a cables soporte de acero o similares, con sus respectivos recursos asociados.

Telefónica no está obligada, por pura lógica, a compartir los recursos dimensionados para el alojamiento de un solo cable, como son las grapas de fijación y guiado, que ya están siendo ocupados.

Por otra parte, puesto que la medida dispuesta iguala la magnitud de las obras de instalación que deban acometer Orange y Telefónica en edificios donde esta última disponga de infraestructuras de soporte, y esto a su vez sitúa a ambos operadores en igualdad de condiciones a la hora de negociar permisos con las comunidades de propietarios, Orange deberá obtener de la comunidad de propietarios el oportuno permiso (y de la autoridad correspondiente cualquier otro permiso que sea necesario al efecto) para poder proceder a la instalación de un nuevo cable.

En conclusión, una vez que Orange disponga de los permisos necesarios de acuerdo con la legislación vigente, Telefónica deberá negociar de buena fe y de forma no discriminatoria los precios y condiciones en que la compartición de sus infraestructuras se puede llevar a cabo.

Los precios asociados deberán estar orientados a los costes. En particular, el precio a sufragar por el operador entrante deberá ser proporcional al uso que haga del elemento de infraestructura, es decir, deberá calcularse en función de la relación existente entre el peso del cable instalado y la carga total que soporta el elemento en cuestión.

Telefónica podrá imputar costes de mano de obra derivados de la necesidad de reinstalar recursos propios, siempre que dicha necesidad tenga su origen en la habilitación de la



infraestructura afectada para alojar el cableado del operador entrante (pe. descosido de cable propio para posterior cosido junto con el cable del operador entrante, etc.) Asimismo el operador entrante deberá asumir todos los costes incrementales que ocasione el acondicionamiento o ampliación de la infraestructura afectada (pe. desmontaje de cable soporte de acero y sustitución por otro de mayor capacidad).

Entre las condiciones deben incluirse los criterios técnicos para la compartición, tales como las condiciones de refuerzo o ampliación de las infraestructuras que en su caso se requiera, así como procedimientos de provisión de acceso.

III CONCLUSIÓN

En virtud de los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho expuestos, los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones propondrían al Consejo que, en relación con el expediente de referencia, se resolviera lo siguiente:

ÚNICO.- Telefónica, una vez Orange disponga de los permisos necesarios de acuerdo con la legislación vigente, deberá atender las solicitudes razonables de acceso de Orange a las infraestructuras que sustentan cables en o entre las fachadas de los edificios objeto del expediente, siempre y cuando dichas infraestructuras potencialmente puedan alojar varios tendidos, ya sea de forma directa o mediante su refuerzo.

Las solicitudes de acceso a recursos dimensionados para el alojamiento de un solo cable, como son las grapas de fijación y guiado, serán consideradas como no razonables a los efectos de lo dispuesto en las obligaciones de los mercados 4 y 5.

Telefónica deberá negociar de buena fe y de forma no discriminatoria los precios y condiciones en que dicha compartición se puede llevar a cabo. Entre dichas condiciones deben incluirse los criterios técnicos para la compartición, tales como las condiciones de refuerzo o ampliación de las infraestructuras que en su caso se requiera, así como procedimientos de provisión de acceso y precios asociados.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, P.D. del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Resolución de 08.05.08, B.O.E. nº 142 de 12.06.08)