



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 08/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de marzo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, S.A., Telefónica de España, S.A.U. y Vodafone España, S.A. contra la Resolución de 11 de noviembre de 2010 (DT 2009/479) por la que se aprueba la nueva oferta de acceso mayorista de banda ancha NEBA de Telefónica (AJ 2010/2373 y acumulados).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 21 de octubre de 2010.

Con fecha 11 de noviembre de 2010 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó, en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo número DT 2009/497, la Resolución por la que se aprueba la nueva oferta de acceso mayorista de banda ancha NEBA de Telefónica de España, S.A.U. .

La citada Resolución acuerda lo siguiente:

“PRIMERO.- Telefónica deberá ofrecer el servicio NEBA especificado en el Anexo V conforme al siguiente calendario:

Hito para NEBA	Fase I	Fase II
<i>Distribución de guías de uso, flujogramas, esquemas WSDL y XSD y acuerdos de nivel de servicio para Web Services</i>	<i>1 octubre 2011</i>	<i>1 abril 2012</i>
<i>Entorno de pruebas para Web Services</i>	<i>1 noviembre 2011</i>	<i>1 mayo 2012</i>
<i>Disponibilidad precomercial</i>	<i>1 enero 2012</i>	<i>1 julio 2012</i>
<i>Disponibilidad comercial</i>	<i>1 abril 2012</i>	<i>1 octubre 2012</i>



La Fase I del servicio comprende todas las funcionalidades salvo los movimientos de NEBA hacia o desde los servicios de acceso desagregado, y de los servicios actuales GigADSL y ADSL-IP hacia NEBA.

La Fase II del servicio comprende todas las funcionalidades del servicio.

SEGUNDO.- A partir de la fecha de disponibilidad precomercial Telefónica garantizará una cobertura mínima del servicio NEBA en accesos de cobre del 97% de los pares en zona OBA (centrales con pares prolongados) y del 50% en zona no-OBA (centrales sin pares prolongados).

TERCERO.- Telefónica deberá informar sobre la cobertura del servicio NEBA según lo dispuesto en el Anexo III.

CUARTO.- Telefónica deberá remitir a esta Comisión antes del 1 de marzo de 2011 la propuesta de oferta de referencia basada en la especificación del servicio, que deberá incluir:

- Propuesta de precios incluyendo la metodología y detalle de su cálculo en base a la orientación a costes de producción
- Contratos tipo
- Descripción de los procedimientos administrativos, incluyendo la interacción con portabilidad, los mecanismos ligados a activación fallida debida al criterio de validación, migraciones masivas y recuperación de cliente por Telefónica
- Acuerdos de nivel de servicio para accesos GPON
- Definición de los indicadores de calidad a remitir mensualmente

QUINTO.- Telefónica deberá proceder a la migración del servicio ADSL-IP a la nueva plataforma de gestión de provisión, información e incidencias basada en servicios web (NEON), conforme al siguiente calendario:

Hito para ADSL-IP	Fecha límite
Distribución de guías de uso, flujogramas, esquemas WSDL y XSD y acuerdos de nivel de servicio para WS	1 octubre 2012
Disponibilidad del Entorno de pruebas WS	1 noviembre 2012
Disponibilidad precomercial	1 enero 2013
Disponibilidad comercial (inicio convivencia)	1 abril 2013
Apagado en SGO (fin convivencia)	30 junio 2013

SEXTO.- Telefónica deberá proceder a la adaptación del servicio AMLT a un canal de comunicación Web Services y a la implantación del procedimiento de alta conjunta AMLT+indirecto conforme al siguiente calendario:



Hito para AMLT	Nuevo canal de comunicación (WS)	AMLT+indirecto
<i>Distribución de guías de uso, flujogramas, esquemas WSDL y XSD y acuerdos de nivel de servicio para WS</i>	1 octubre 2012	1 abril 2013
<i>Disponibilidad del Entorno de pruebas WS</i>	1 noviembre 2012	1 mayo 2013
<i>Disponibilidad precomercial</i>	1 enero 2013	1 julio 2013
<i>Disponibilidad comercial (inicio convivencia)</i>	1 abril 2013	1 octubre 2013
<i>Apagado en SGO/apagado canal actual AMLT (fin convivencia)</i>	30 junio 2013	31 diciembre 2013

SÉPTIMO.- Se modifica la OBA para incluir en el capítulo de acuerdos de nivel de servicio el texto del Anexo II. Dicha modificación surtirá efecto desde el día de notificación a Telefónica de la presente Resolución.

OCTAVO.- Hasta la disponibilidad efectiva del servicio NEBA, Telefónica ofrecerá una solución de comercialización por terceros de sus ofertas minoristas FTTH conforme a los requisitos del Anexo IV.

NOVENO.- Comunicar a la Comisión Europea la presente Resolución, relativa al análisis de la propuesta de nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha.

DÉCIMO.- Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.”

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A.

Con fecha 22 de diciembre de 2010 se recibió en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad France Telecom España, S.A. (en adelante, FRANCE TELECOM) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

FRANCE TELECOM manifiesta su disconformidad con el acto impugnado y recurre el mismo, solicitando que se estime el mismo y se proceda a modificar la oferta de acceso mayorista de banda ancha NEBA de Telefónica en varios de sus apartados para que la misma resulte “proporcional y no discriminatoria”, sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

- La resolución impugnada impone un modelo de precios para la oferta mayorista sin prever una implantación gradual, sin analizar los costes realmente asociados a la misma y sin atender a las consecuencias de su adopción, causando inseguridad jurídica y perjudicando sus intereses.



- Las condiciones del servicio de reventa del acceso FTTH de TESAU son demasiado indefinidas y no imponen unos mínimos operativos y comerciales a Telefónica que permitan la replicabilidad de sus servicios minoristas por parte de los operadores alternativos, causándoles inseguridad jurídica.
- Se descarta injustificadamente la propuesta de Telefónica de identificación de los accesos sobre los que se solicita el acceso NEBA a partir del número administrativo o IUA, apoyada por FRANCE TELECOM por considerarlo más adecuado y menos sujeto a errores que la identificación mediante la dirección geográfica (código GESCAL) o el número de teléfono.
- Se establecen una serie de limitaciones en el servicio NEBA que según la recurrente afectan a su flexibilidad de manera injustificada: la obligación de entrega regional del servicio en sólo 50 puntos de ámbito provincial (y no adicionalmente en todas las centrales de cabecera óptica FTTH-GPON); el mantenimiento del límite de hasta 30 Mbps; y la exclusión de los servicios de televisión.

TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U.

Con fecha 28 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el Registro General de esta Comisión un escrito de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), presentado mediante correo administrativo el día 22 de diciembre de 2010, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la misma Resolución de 11 de noviembre de 2010 a la que se refiere el antecedente de hecho Segundo, solicitando que se estime el mismo y se proceda a modificar la oferta de acceso mayorista de banda ancha NEBA de Telefónica en varios de sus apartados, sobre la base de las siguientes alegaciones:

A) Alegaciones generales:

- Con carácter general se alega la imposición de nuevas obligaciones impuestas en la Resolución que no estaban señaladas ni en el Foro NEBA ni el informe de audiencia, lo que le ha causado indefensión.
- La imposición de un servicio de reventa para la fibra va contra la filosofía de ofrecer a los operadores un servicio flexible que les permita configurar sus propias ofertas diferenciadas de las que ofrezca TESAU.
- Para garantizar el cumplimiento de los plazos y calendarios establecidos por la CMT y aceptados en el Foro NEBA, la recurrente estima que deberían evitarse redundancias no razonables y no proporcionales entre los antiguos servicios GigADSL y ADSL-IP, o los descuentos del AMLT, y los nuevos servicios NEBA.

B) Alegaciones específicas:

- Se imponen obligaciones en materia de cobertura inicial del servicio NEBA (97% de los pares en Zona OBA, y 50% en Zona No-OBA) no razonables, y otras obligaciones de transparencia (la obligación de informar a esta Comisión y en los sistemas abiertos a los operadores de la disponibilidad actual del servicio NEBA y a las nuevas zonas de



cobertura previstas con un antelación de 6 meses) de imposible cumplimiento por la dificultad, tanto para la recurrente como para los otros operadores, de planificar a 6 meses vista su demanda a nivel de central, y por la no discriminación de equipamiento mayorista y minorista, por lo que solicita que se reduzca ese plazo de información a 2 meses, igual que pasa en la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica (en adelante, OBA). Además alega que lo anterior se ha producido con omisión de trámites procedimentales esenciales, al no haberse sometido esa nueva obligación a un nuevo trámite de audiencia y no haber podido efectuar alegaciones al respecto, lo que le ha causado inseguridad jurídica e indefensión.

- Se imponen reducciones de tiempos en los Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS) del servicio NEBA, tanto en el NEBA-C cobre (reducción de plazos de alta a 8 días, frente a los 12 días de los servicios OBA, cuando el alta de servicios NEBA es más complejo) como en el NEBA-F fibra (se fijarán los plazos el 1 de marzo de 2011, sin tener experiencia suficiente para fijarlos de forma realista), que no estaban en el informe de audiencia, y que a su juicio son no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias.
- Se imponen obligaciones adicionales de calidad en materia de parámetros QoS, en particular en lo que se refiere a la reducción de los valores de retardo y de variación de retardo (“jitter”), puesto que en su opinión los aprobados no tienen en cuenta el diseño de su red y su cumplimiento puede incrementar la inestabilidad de las líneas por una mayor sensibilidad al ruido, y por lo tanto habría una menor calidad de servicio. Asimismo alega que se impone un sistema de monitorización del servicio NEBA más costoso (instalar una sonda en cada central, en vez de una por demarcación; y mediciones puntuales entre cualquier DSLAM y el Punto de Acceso a Internet (PAI) correspondiente, técnicamente aún no viables), que además no estaba en el informe de audiencia. Estas obligaciones adicionales representan mayores costes que deberían repercutirse en el precio de los servicios NEBA, y que a juicio de TESAU son además no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias, y con omisión de trámites procedimentales esenciales.
- Se imponen obligaciones en lo relativo a los procedimientos del servicio NEBA (de comunicación del Identificador Único de Acceso (IUA) para trasposos de fibra –más eficiente si la da el abonado-, de recuperación de clientes NEBA sin STB –mezcla de procedimientos mayoristas y minoristas-, y de migración masiva –con problemas operativos y más costosa que una a una-) no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias, de imposible cumplimiento y con falta de motivación, que le genera indefensión.
- Se imponen obligaciones en lo relativo a la replicabilidad de los servicios minoristas de FTTH mediante una oferta de reventa que resulta innecesaria al existir ya la Oferta MARCo, que desincentivaría la inversión en redes propias y que sería contraria al objetivo de que los operadores puedan ofrecer ofertas diferenciadas de fibra, y que a su juicio son no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias.

Asimismo, en el Primer Orosí de su recurso solicitaba la suspensión de la ejecutividad de varios apartados de la resolución recurrida objeto de impugnación, al amparo del artículo 111.2, letra b), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) al estar fundamentado el recurso de reposición en varias causas de nulidad de



pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la citada LRJPAC y al alegar la concurrencia de un perjuicio de imposible o difícil reparación derivado de la inmediata ejecutividad del acto impugnado. Concretamente solicitaba la suspensión de la ejecutividad de las obligaciones impuestas a TESAU respecto a (i) la cobertura del servicio, (ii) los ANS del servicio, (iii) los parámetros QoS y monitorización, (iv) los procedimientos y (v) la replicabilidad de los servicios minoristas de FTTH.

Por último, TESAU solicitaba la declaración de confidencialidad de parte del contenido del escrito de interposición de su recurso de reposición, concretamente de determinada información y datos y un gráfico contenidos en las páginas 5 y 6 del mismo, por entender que su conocimiento por terceros pudiera afectar a su secreto comercial e industrial.

CUARTO.- Recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A.

Con fecha 29 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el Registro General de esta Comisión un escrito de la entidad Vodafone España, S.A. (en adelante, VODAFONE), presentado mediante correo administrativo el día 23 de diciembre de 2010, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la misma Resolución de 11 de noviembre de 2010 a la que se refiere el antecedente de hecho Segundo, solicitando que se estime el mismo y se proceda a modificar la oferta de acceso mayorista de banda ancha NEBA de Telefónica en varios de sus apartados, sobre la base de las siguientes alegaciones:

- El análisis y la estructura de precios de acceso más tráfico no debieron fijarse en el mismo procedimiento de aprobación, ya que aún no se dispone de la propuesta de costes asociados al servicio, generando inseguridad jurídica e indefensión; y asimismo al alterar la regulación al respecto se produce inseguridad regulatoria y se vulnera el principio de competencia efectiva en el mercado, además de no motivarse de manera suficiente la decisión regulatoria. A juicio de la recurrente la mejor solución provisional sería fijar tarifas planas durante la migración, o sino sacar la fijación de precios de la Resolución recurrida y tramitarlo de manera conjunta con el procedimiento de análisis de costes.
- Se incumple la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba 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 y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (en adelante, Resolución de 22 de enero de 2009 de los Mercados 4 y 5) por no fijarse un plazo para disponer del servicio NEBA con cobertura nacional.
- Falta de motivación en la ampliación de los costes de despliegue imputados al servicio NEBA, por lo que solicita que sean asumidos al 100% por TESAU.
- Calendario de implantación del servicio NEBA erróneo por existir Resoluciones posteriores que lo contradicen. VODAFONE solicita que haya 2 Fases: la 1ª para el desarrollo de NEBA sólo para los accesos de fibra y VDSL; y la 2ª incorporando los accesos de cobre. Después debería existir además una 3ª Fase para incorporar los accesos ADSL-IP. También solicita un plazo adicional hasta el 1 de julio de 2012 para la



migración del servicio de prolongación del par al sistema NEON, por introducir el código GESCAL (no necesario en el sistema actual SGO).

- La resolución recurrida no establece el tamaño de la MTU ("Maximum Transmission Unit") en 1.600 bytes, que fue lo acordado por los operadores en el Foro NEBA, por lo que solicita que se refleje expresamente.
- Se supedita indebidamente el cumplimiento de los plazos de provisión de los KPIs a la previa entrega de las previsiones de demanda de los operadores detalladas por PAI con seis meses de antelación, siendo innecesario por la demanda minorista creciente en todo caso, por poder justificar incumplimientos de TESAU y por obligar a los operadores a desvelar información comercialmente sensible, por lo que solicita la supresión de dicha obligación, o subsidiariamente su desvinculación y que TESAU no pueda retrasar la provisión por no tener elaboradas las previsiones.
- Debería garantizarse por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la efectiva disponibilidad del servicio de reventa de las ofertas minoristas FTTH de TESAU con velocidades hasta 30 Mbps desde el 1 de febrero de 2011 para asegurar su replicabilidad por los operadores.
- Debería confirmarse la obligación de mantener la red de cobre establecida en la Resolución de 22 de enero de 2009 de determinación y análisis de los Mercados 4 y 5 hasta que se cumplan todas las previsiones establecidas en dicha Resolución para desregular el servicio mayorista ADSL-IP en cada central aunque ya se esté prestando el servicio sobre fibra, y por tanto debe existir la posibilidad de contratar mientras tanto el servicio mayorista NEBA-cobre en zonas FTTH.
- Deberían graduarse los niveles de precios a los diferentes niveles de entrega de tráfico, y garantizarse la posibilidad de que los operadores puedan solicitar la entrega de la señal en las centrales cabecera de fibra óptica y no sólo en los puntos de entrega provinciales.

QUINTO.- Notificación del inicio y de la acumulación de los recursos, y trámite de información a los interesados.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados los días 29 de diciembre de 2010, y 3 y 5 de enero de 2011, y cuyas salidas fueron registradas los días 30 de diciembre de 2010 y 5 y 7 de enero de 2011, respectivamente, se informó a las entidades recurrentes y a los demás interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de los antes mencionados recursos potestativos de reposición interpuestos por FRANCE TELECOM, TESAU y VODAFONE, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, y de la acumulación de los mismos en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la misma Ley, habida cuenta de la íntima conexión e identidad sustancial del objeto de los citados recursos.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a los interesados de copias no confidenciales de los escritos de interposición de los recursos de reposición presentados por FRANCE TELECOM, VODAFONE y TESAU, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.



SEXTO.- Resolución de 10 de enero de 2011 declarando la confidencialidad de parte del escrito de interposición del recurso de TESAU.

TESAU solicitaba la declaración de confidencialidad de parte del contenido del escrito de interposición de su recurso de reposición, concretamente de determinada información y datos y un gráfico contenidos en las páginas 5 y 6 del mismo, por entender que su conocimiento por terceros pudiera afectar a su secreto comercial e industrial.

Mediante acto del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de enero de 2011, cuya salida fue registrada el día 11 de enero de 2011, se informó a los interesados de que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC y en el artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), se había resuelto declarar la confidencialidad frente a terceros de la información y datos y del gráfico incluidos en las páginas 5 y 6 del escrito de interposición del recurso de reposición de TESAU, en los que se detallan aspectos esenciales de sus procedimientos para realizar ampliaciones de planta para satisfacer la demanda minorista, por estimarse que todos los datos e informaciones señaladas como confidenciales por la recurrente tienen carácter sensible, y cuyo conocimiento por terceros puede afectar a su secreto comercial e industrial.

SÉPTIMO.-Resolución de 20 de enero de 2011 denegando la solicitud de suspensión de TELEFÓNICA.

TELEFÓNICA solicitó en su escrito de recurso que mientras se sustanciaba el recurso de reposición se suspendiese la ejecutividad de todos los apartados impugnados de la Resolución recurrida, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2.b) de la LRJPAC, por las siguientes razones:

- Por estar fundamentado el recurso de reposición en varias causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la misma Ley.
- Por alegar la concurrencia de un perjuicio de imposible o difícil reparación a sus intereses derivado de la inmediata ejecutividad del acto impugnado.

Concretamente solicitaba la suspensión de la ejecutividad de las obligaciones impuestas a TESAU respecto a (i) la cobertura del servicio, (ii) los ANS del servicio, (iii) los parámetros QoS y monitorización, (iv) los procedimientos y (v) la replicabilidad de los servicios minoristas de FTTH.

Con fecha 20 de enero de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se denegó la suspensión solicitada por no concurrir los supuestos legales para ello establecidos en el artículo 111.2 de la LRJPAC.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< ÚNICO.- Denegar la suspensión cautelar solicitada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el primer Otrosí de su recurso de reposición de 28 de diciembre de 2010 interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 11 de noviembre de



2010 por la que se aprueba la nueva oferta de acceso mayorista de banda ancha NEBA de Telefónica, recaída en el procedimiento administrativo número DT 2009/497. >>

OCTAVO.- Alegaciones de los interesados.

FRANCE TELECOM efectuó alegaciones mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día el día 21 de enero de 2011, en el cual muestra su disconformidad con el recurso de TESAU y su conformidad con el recurso de VODAFONE.

La Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) efectuó alegaciones mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 21 de enero de 2011, en el cual muestra su disconformidad con el recurso de TESAU y su conformidad con algunas alegaciones contenidas en los recursos de VODAFONE y de FRANCE TELECOM.

VODAFONE efectuó alegaciones mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día el día 21 de enero de 2011, en el cual muestra su disconformidad con el recurso de TESAU.

TESAU efectuó alegaciones mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día el día 21 de enero de 2011, en el cual muestra su disconformidad con los recursos de FRANCE TELECOM y de VODAFONE.

Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL) efectuó alegaciones mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 24 de enero de 2011, en el cual, sin referirse expresamente a ninguno de los 3 recursos, manifiesta que la estructura de precios aprobada en la Resolución impugnada vulnera el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado y solicita el mantenimiento del modelo de tarifas planas; y además señala la falta de exhaustividad de la Resolución por no contestar a todas las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia, así como la falta de motivación suficiente, generando inseguridad entre los operadores alternativos.

Por último BT España Compañía e Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, BT) efectuó alegaciones mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 31 de enero de 2011, muestra su disconformidad con el recurso de TESAU y su conformidad con algunas alegaciones contenidas en los recursos de VODAFONE y de FRANCE TELECOM.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma Ley.



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

Las entidades recurrentes son todas ellas interesados directos en el procedimiento administrativo número DT 2009/497 en el marco del cual se dictó el acto impugnado, que es firme en vía administrativa; califican expresamente sus escritos como recursos de reposición e invocan varias causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad del acto recurrido que coinciden con varias de las previstas en los artículos 62.1 y 63.1 de la LRJPAC; y han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos de FRANCE TELECOM, TESAU y VODAFONE, presentados los días 22 y 23 de diciembre de 2010 y recibidos en esta Comisión los días 22, 28 y 29 de diciembre, como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de noviembre de 2010 por la que se aprueba la nueva oferta de acceso mayorista de banda ancha NEBA de Telefónica de España, S.A.U. .

SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesados por cuanto que ya lo eran en el procedimiento número DT 2009/497, y se ven directamente afectados por las disposiciones de la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de noviembre de 2010 que finalizó el mismo. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a FRANCE TELECOM, TESAU y VODAFONE para la interposición de los recursos potestativos de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

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

Los recursos de reposición interpuestos por FRANCE TELECOM, TESAU y VODAFONE cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y vienen fundamentados en varios motivos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstos en el artículo 62.1, letras a) (lesión de derechos constitucionales), c) (actos de contenido imposible) y e) (infracción del procedimiento legalmente establecido), y en el artículo 63.1 de la misma Ley (infracción del ordenamiento jurídico); concretamente se invoca el incumplimiento del procedimiento de aprobación, la incorrecta aplicación y el incumplimiento de la normativa sectorial, la incorrecta motivación de algunos apartados del acto recurrido, y



en el caso de TESAU, también el establecimiento de obligaciones regulatorias no objetivas, desproporcionadas y de contenido imposible, e indefensión.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite de los recursos de reposición interpuestos por FRANCE TELECOM, TESAU y VODAFONE.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

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

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Contestación a las alegaciones relativas a la arquitectura de la Oferta NEBA.

1.1.- Sobre la entrega local de la señal.

FRANCE TELECOM considera necesario que la oferta NEBA incluya, además de los 50 puntos de entrega provincial de la señal, la posibilidad de acceder a la oferta en las centrales cabecera óptica FTTH/GPON, indicando que dicho acceso debe ser preceptivo en el caso de que TESAU cierre alguna central de cobre.

VODAFONE por su parte entiende en el mismo sentido que la Resolución de 11 de noviembre de 2010 deja abierta la posibilidad de que los operadores puedan solicitar a TESAU puntos de entrega en las centrales cabecera, pero dejando al criterio del operador incumbente la razonabilidad de las solicitudes, por lo que solicita que se acuerde de antemano que en este caso el mayor esfuerzo inversor de los operadores debe quedar plasmado en los precios del servicio regulado, hecho que deberá ser reflejado en la propuesta de precios que TESAU envíe.

TESAU por su parte señala que las solicitudes antes indicadas serían obligaciones regulatorias que exceden las impuestas en la Resolución de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los mercados mayoristas de banda ancha (el Mercado 5).

En contestación a las citadas alegaciones hay que responder que la petición de puntos de entrega de la señal adicionales y a niveles inferiores ya fue realizada en la fase de audiencia de la Resolución impugnada, y fue desestimada, contestada y justificada en la misma (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 1.1, páginas 6 y 7; y Anexo I, apartado 1.1, páginas 51 y 52), por lo que no cabe su reevaluación en un recurso de reposición sin aportar



nuevos datos o nuevos argumentos que impliquen la ilegalidad de la Resolución en ese punto. En cuanto a su relación con los cierres de centrales, esta Comisión ha especificado claramente los prerequisites para ello en la Resolución de 22 de enero de 2009, de análisis de los mercados 4 y 5, en su Anexo 1, sin que proceda ahora la reevaluación de los mismos.

En cuanto a la posibilidad apuntada por VODAFONE de solicitar dichos accesos adicionales, en la Resolución recurrida ya se indica que, de acuerdo al análisis de mercados vigente, no era adecuado que el servicio regulado tuviera desde el principio un nivel de entrega inferior (en las centrales cabecera), por las razones allí expuestas, fundamentalmente porque los puntos de entrega no deben responder a criterios artificiales, sino de estructura de red, como ya ha señalado esta Comisión en otras ocasiones, por lo que los puntos de entrega del nuevo servicio deben adecuarse a la red de agregación "Ethernet" de Telefónica, que tiene estructura provincial, y es independiente de la red telefónica conmutada, (ver nuevamente el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 1.1, páginas 6 y 7; y el Anexo I, apartado 1.1, páginas 51 y 52, de la Resolución impugnada).

No obstante, como igualmente se indicó, lo anterior no es óbice para que los operadores planteen peticiones de acceso a nivel superior (interprovincial) o inferior (a nivel de centrales cabecera de fibra) de la red si lo estiman conveniente, peticiones que TESAU deberá atender si son razonables, puesto que la regulación ya vigente incluye una obligación genérica de atender toda solicitud de acceso razonable (artículo 10.1 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración –en adelante, el Reglamento de Mercados-; y Anexo 3.1.a) de la Resolución de 22 de enero de 2009 de los Mercados 4 y 5). En cualquier caso estas solicitudes se referirían a accesos al margen del servicio regulado impuesto tras el análisis del Mercado 5 y descrito en el Anexo 3 de la citada Resolución de 22 de enero de 2009, y que ha sido definido en la Resolución de 11 de noviembre de 2010 objeto de recurso, por lo que sus precios no deben formar parte de la Oferta de referencia a proponer por TESAU.

1.2.- Sobre el tamaño máximo de trama (MTU).

VODAFONE solicita que la especificación recoja el tamaño máximo de trama (MTU) acordado entre los operadores en el "Foro NEBA", que sería de 1.600 bytes.

Esta Comisión toma buena nota de dicho acuerdo pero no es preciso incorporarlo a la especificación del servicio aprobada por la Resolución recurrida, puesto que se trata de un parámetro de implementación en el que no está justificada la intervención regulatoria de esta Comisión si no es motivo de desacuerdo entre las partes.

SEGUNDO.- Contestación a las alegaciones relativas a la cobertura de servicio.

2.1.- Sobre la presunta imposición de nuevas obligaciones de información sobre la cobertura del servicio.

TESAU indica que algunos de los puntos recurridos, y en concreto el Subapartado 1.2.4 del Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de 11 de noviembre de 2010 relativo a las obligaciones de información sobre la cobertura del servicio, son nuevas obligaciones impuestas por la Resolución recurrida que no estaban presentes en el informe de audiencia,



ni habían sido propuesta de los operadores en el “Foro NEBA”, ni fueron objeto de discusión previa, lo que le habría colocado en una situación de indefensión.

A este respecto, y sin perjuicio de la contestación específica que se dará en el Fundamento de Derecho Décimo de la presente Resolución a las alegaciones de TESAU respecto a la existencia de indefensión derivada de la falta de motivación suficiente, debe recordarse lo ya manifestado en la Resolución recurrida sobre el “Foro NEBA”: *“Igualmente debe puntualizarse que el Foro ha sido un instrumento muy útil de definición del servicio (...) pero en ningún caso sustituye al regulador en sus funciones de aplicación y supervisión de las obligaciones impuestas”* (ver Anexo I, Apartado 2, página 57). Es decir, el procedimiento administrativo instruido y culminado mediante la Resolución de 11 de noviembre de 2010 parte del documento de especificación aportado por el “Foro NEBA”, pero al dictar Resolución esta Comisión tiene en cuenta las alegaciones de todos los operadores efectuadas en el trámite de audiencia, así como el marco regulador vigente y la definición y análisis de mercado relevantes, todo ello de conformidad con las disposiciones procedimentales vigentes, es decir, lo dispuesto en la LRJPAC y en la normativa sectorial. Asimismo debe señalarse que los informes de audiencia de los Servicios de esta Comisión, que habitualmente se adjuntan al trámite de audiencia regulado en el artículo 84 de la LRJPAC, contienen únicamente un resumen de las actuaciones practicadas en la fase de instrucción y unas conclusiones preliminares a juicio de los instructores del procedimiento, pero en ningún caso vinculan al Consejo ni pueden considerarse una posición determinada del mismo (artículo 83.1 de la LRJPAC), puesto que el Consejo es legalmente el único órgano competente para resolver y dictar Resoluciones en el ejercicio de todas las funciones regulatorias atribuidas a esta Comisión (artículo 48.4 de la LGTel y artículo 89 de la LRJPAC).

En el caso concreto de la obligación de suministro de información acerca de la cobertura del servicio, impuesta en el Resuelve Tercero de la Resolución recurrida e impugnada por TESAU, en la misma se refleja que dicha obligación se impuso como consecuencia, tanto de las necesidades de información de esta Comisión para comprobar el cumplimiento de los objetivos fijados y la evolución posterior de la cobertura, como de las alegaciones recibidas en el trámite de audiencia y de la necesidad de mitigar la incertidumbre para los operadores derivada de las limitaciones iniciales de cobertura del implantación del nuevo servicio, para permitirles una planificación previa (ver el Fundamento de Derecho Tercero, Apartados 1.2.3 y 1.2.4, páginas 12 y 13, de la Resolución impugnada).

Esta obligación no supone, por otro lado, ningún cambio sustancial respecto a lo expresado en el informe de audiencia, puesto que no impone obligaciones de actuación sino únicamente de suministro de información en lo referente a la cobertura del servicio y a su evolución prevista; lo mismo cabe indicar respecto a la información de las localizaciones en que se vaya a incorporar NEBA sobre cobre.

2.2.- Sobre la presunta imposibilidad de suministrar la información en el plazo fijado.

TESAU alega la imposibilidad de cumplir con la obligación de anunciar las centrales abiertas a NEBA-C (servicio sobre cobre) con seis meses de antelación. Para argumentarlo establece un paralelismo entre una afirmación de un operador en una reunión del “Foro NEBA” y la obligación impuesta en la Resolución recurrida. Sin embargo, hay que responder que se trata de situaciones no comparables: el mencionado operador estaba manifestando sus dudas sobre cómo se materializará dicha previsión (de demanda por PAI), no sobre la



previsión en sí, y ello sobre un servicio nuevo como es NEBA y sobre el que no tienen experiencia alguna. No parece adecuado compararlo con la previsión de apertura de un central a NEBA-C, aspecto que supone la instalación de nuevos DSLAM (o su actualización) y que está enteramente en manos de TESAU cuándo realizarlo, siendo la única obligación impuesta por esta Comisión al respecto la consecución de una cifra de cobertura global, cifra que además se refiere sólo al momento del lanzamiento pre-comercial del servicio, sin que se hayan impuesto obligaciones de cobertura en momentos posteriores que pudieran introducir restricciones fuera del control de TESAU a la hora de planificar los despliegues de equipos en su red.

A mayor abundamiento, como se desprende de la Resolución recurrida (ver el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.1, página 16), fue la propia Telefónica quien introdujo la necesidad de que los operadores comuniquen su demanda con una antelación de seis meses: *“Telefónica señala que el cumplimiento de los KPIs implica que el Operador facilite una previsión de la demanda detallada por PAI con 6 meses de antelación para que Telefónica pueda planificar el despliegue”*. Por tanto, esta Comisión no puede acoger favorablemente la alegación de TESAU de que la obligación impuesta sea de imposible cumplimiento.

2.3.- Sobre la presunta desproporcionalidad de la obligación de información impuesta.

Para responder a la desproporcionalidad de la obligación impuesta, aspecto también alegado por TESAU, hay que tener en cuenta que, por una parte, TESAU solicita que dicho plazo de preaviso sea de dos meses en lugar de seis, por similitud con los plazos para abrir centrales a los actuales servicios de acceso indirecto. Sin embargo, al abrirse una nueva central con GigADSL o ADSL-IP, un operador tiene a su disposición una localización nueva para ofrecer sus servicios mediante un servicio mayorista conocido y ampliamente utilizado; en cambio, al abrir una central nueva a NEBA-C, se trata de un servicio nuevo con el que los operadores deben aún familiarizarse, y se hace además con carácter sustitutivo frente a los anteriores, de modo que un operador deberá prever posibles movimientos de clientes de los servicios actuales a NEBA ante la futura desregulación de los servicios de acceso indirecto actuales en esa zona. Además, el servicio NEBA adolece de una incertidumbre en su cobertura que lo distingue notablemente de los servicios actuales aludidos.

Por todo ello, se estima necesario que dicho operador sea informado con suficiente antelación, mayor que la contenida en la OBA para los servicios actuales, dado su mayor impacto en las operaciones de los operadores, sin que ello suponga una incongruencia, como afirma TESAU. Las tareas de planificación de su red no resultan afectadas con carácter general, puesto que la previsión pedida se refiere únicamente al momento de la apertura de la central a NEBA-C, y no a momentos posteriores, siendo por ello un impacto único y puntual en el proceso de análisis de la demanda para realizar ampliaciones de planta indicado por TESAU, de modo que por ello no se considera desproporcionada la obligación impuesta.

Por otra parte, se trata de un plazo que es el mismo que el establecido para los operadores que soliciten el servicio, los cuales deben comunicar sus previsiones con 6 meses de antelación, plazo que TESAU considera *“coherente con un escenario de servicio (NEBA) nuevo y no compatible con los servicios minoristas de Telefónica....”* reconociendo así las mismas características que justifican la antelación establecida por la CMT para su suministro de información en la Resolución recurrida.



Finalmente, cabe aclarar que, dada la motivación anterior, se considera importante que los operadores alternativos dispongan de la previsión pedida de apertura de una central a NEBA-C con seis meses de antelación. Ahora bien, se trata de una previsión que TESAU deberá realizar con sus mejores esfuerzos, donde ciertamente pudiera suceder que, en algunos casos y por motivos justificados, dicha planificación no se cumpla al 100% y el momento de entrada en servicio de NEBA-C en una central determinada se retrase, sin que ello suponga necesariamente una penalización. De modo similar, si no concurren circunstancias excepcionales tampoco sería aceptable el caso contrario, esto es, que una central se abra a NEBA-C con un plazo de preaviso inferior a seis meses.

2.4.- Sobre la presunta indefinición de los plazos para alcanzar las obligaciones de cobertura.

VODAFONE alega que dado que NEBA es un servicio sustitutivo de los actuales y el objetivo último de cobertura debe ser del 100% de la planta, y como esta Comisión no establece el plazo máximo en que dicha cobertura deberá estar disponible (lo que se traduciría en que la obligación de TESAU de llegar al 100% de la planta no se concretaría), se estaría incumpliendo lo establecido en la Resolución de 22 de enero de 2009 de los Mercados 4 y 5. Por lo tanto, solicita que se concrete un plazo máximo para el objetivo del 100%, considerando que hacerlo es necesario para evitar las potenciales barreras a la competencia.

En respuesta a la citada alegación hay que contestar que en la Resolución recurrida ya se responden alegaciones similares, considerando que *“Al respecto de la cobertura, debe indicarse que el objetivo último de cobertura de esta Comisión es del 100% de la planta, siendo las cifras indicadas en el Informe un compromiso en base a las características de la planta instalada de Telefónica en ese momento, pues la obligación de modificación de toda la planta de DSLAM no compatibles no parece una medida proporcionada en base al fin perseguido, que no es otro que la corrección de los fallos de mercado observados en el análisis de los mercados 4 y 5”* (ver Anexo I, Apartado 1.2, página 54). Es decir, ciertamente el objetivo último de cobertura de un servicio regulado es del 100%, pero teniendo en cuenta que es un objetivo a futuro, no una obligación impuesta incondicionalmente y con unos plazos concretos a corto plazo, como VODAFONE parece querer interpretar. Y también hay que señalar que la obligación debe ser proporcionada al fin perseguido, y la sustitución global de los DSLAM no se considera proporcionada, además de que dicha medida supondría incurrir en unos costes que pondrían en peligro la viabilidad misma del servicio.

Por otro lado no debe olvidarse que la solución técnica para el nuevo servicio de acceso indirecto ha sido extensamente discutida en los Foros de operadores, en los cuales han acordado adoptar una solución concreta sopesando cuidadosamente sus ventajas e inconvenientes. La adopción de un servicio basado en transporte “Ethernet” implica que una parte de la red, los DSLAM-ATM, quedan fuera de la cobertura, aspecto bien conocido por los operadores (ver Resolución de 22 de enero de 2009 de los Mercados 4 y 5, Anexo 4, Apartado III.3.1.6, página 215), por lo que en esas zonas, como se indica en la misma Resolución de 22 de enero de 2009 (ver Fundamento de Derecho III.4.5.1.1.1, páginas 143 y 144), se mantendrán los servicios actuales. En consecuencia, los porcentajes de cobertura al inicio del servicio NEBA impuestos en la Resolución recurrida se consideran adecuados y proporcionados, en el sentido de representar un equilibrio entre costes, impacto sobre el operador obligado y potencial del servicio para solucionar los problemas de competencia



detectados. Dicha cobertura aumentará de manera natural, de acuerdo a la evolución de la red, no considerándose adecuado por el momento imponer obligaciones de cobertura más allá. No obstante, la evolución de la cobertura es una cuestión de la mayor relevancia y será objeto de monitorización por esta Comisión (en virtud del Resuelve Tercero de la Resolución de 11 de noviembre de 2010 objeto de recurso).

2.5.- Sobre la imputación de los costes para alcanzar las obligaciones de cobertura.

VODAFONE alega que no comparte la afirmación de la Resolución recurrida de que el esfuerzo inversor que TESAU deberá realizar para alcanzar la cobertura mínima de lanzamiento del servicio tenga que ser reconocido en la fijación de los precios regulados del servicio, haciendo referencia a la vida útil de los equipos y en particular de los DSLAM-ATM, y discrepa además de la afirmación de que TESAU no incurriría en los costes de actualización de su planta de DSLAM si no se viera obligada a prestar el servicio NEBA. En consecuencia, solicita que los costes destinados a solventar las deficiencias del servicio NEBA sean asumidos en su totalidad por TESAU.

En respuesta a esa alegación hay que contestar que también ha sido tratado en la Resolución recurrida el reparto de costes que supone la obligación de cobertura inicial del servicio, indicando que *“en efecto, el hecho de que parte de la planta de equipos esté amortizada no implica la necesidad de renovarla, sino que es un hecho que se limita a reflejarse en la contabilidad regulatoria usada por esta Comisión, y los equipos amortizados no generan coste en la contabilidad”* (ver Anexo I, Apartado 1.2, página 55). VODAFONE considera que el esfuerzo inversor necesario para solventar deficiencias del servicio debe ser asumido por TESAU, pero ya se dijo en la Resolución recurrida que *“Cualquier inversión en equipos utilizados para el servicio de acceso indirecto, por los motivos que sea, supone un coste que se reflejará en la contabilidad hasta su amortización y que, en base a las obligaciones impuestas, debe ser recuperado”* (ver Anexo I, Apartado 1.2, páginas 55 y 56), y ello independientemente de la naturaleza del coste siempre y cuando no se trate de ineficiencias. Por ello, no se puede aceptar la insistente solicitud de que se considere que los costes necesarios para mejorar la cobertura, calificada como deficiencia del servicio, deban ser asumidas solo por el operador prestador.

Por último hay que señalar que el servicio NEBA, como se ha indicado anteriormente, fue definido con la participación activa de los operadores teniendo en cuenta las ventajas pero también los inconvenientes de la solución finalmente adoptada en el “Foro NEBA”, entre los que se encuentra la menor cobertura en comparación con otras soluciones posibles. Esta Comisión, respetando la decisión adoptada por los operadores, ha impuesto la medida que considera más adecuada y proporcionada para que dicha menor cobertura no haga devenir la obligación impuesta en el análisis de mercado en inefectiva. Estos costes adicionales derivados de dicha obligación, que sobrepasan aquellos en los que TESAU habría incurrido por si sola en su proceso natural de aumento de la capacidad de su red puesto que se trata de actuaciones sobre equipos ya existentes y no necesarias para la prestación de su servicio minorista, son atribuibles en exclusiva al servicio mayorista, y forman por tanto parte de sus costes, por lo que necesariamente deberán repercutirse en los precios del servicio.

TERCERO.- Contestación a las alegaciones relativas a la calidad de servicio.



3.1.- Sobre los Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS) de provisión establecidos para NEBA-C.

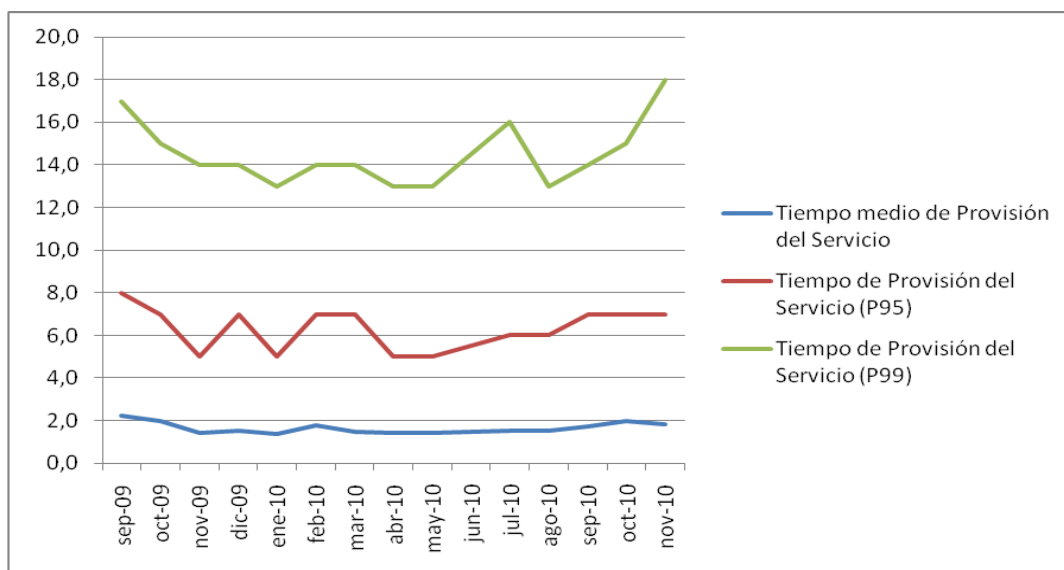
VODAFONE considera que no debe supeditarse el cumplimiento de los plazos de provisión y mantenimiento a las previsiones de demanda de los operadores.

Por su parte TESAU alega que no alcanza a comprender por qué en este punto se proponen valores de provisión de un servicio de prolongación de par estando definidos en OBA los de acceso indirecto; señala igualmente que la configuración es más compleja y sin duda requerirá un proceso inicial de aprendizaje que, lejos de acortar plazos, necesitaría que los ANS fuesen más holgados que los actuales; y además resume las diferencias fundamentales entre la provisión de un acceso indirecto y uno desagregado, y que se concretan en la necesidad de asignar recursos en la red ATM/IP y los trabajos de activación de estos recursos.

Esta Comisión tiene que manifestar que, contrariamente a lo afirmado por TESAU, los valores recogidos en la OBA permiten ya holgadamente la provisión de los servicios de acceso indirecto, y ya no son congruentes con los plazos de acceso desagregado y los estándares actuales de operación de los servicios GigADSL y ADSL-IP. Además, TESAU va a disponer de las previsiones de demanda de los operadores, que a pesar de lo indicado por VODAFONE, van a contribuir a la eficiencia general de las operaciones.

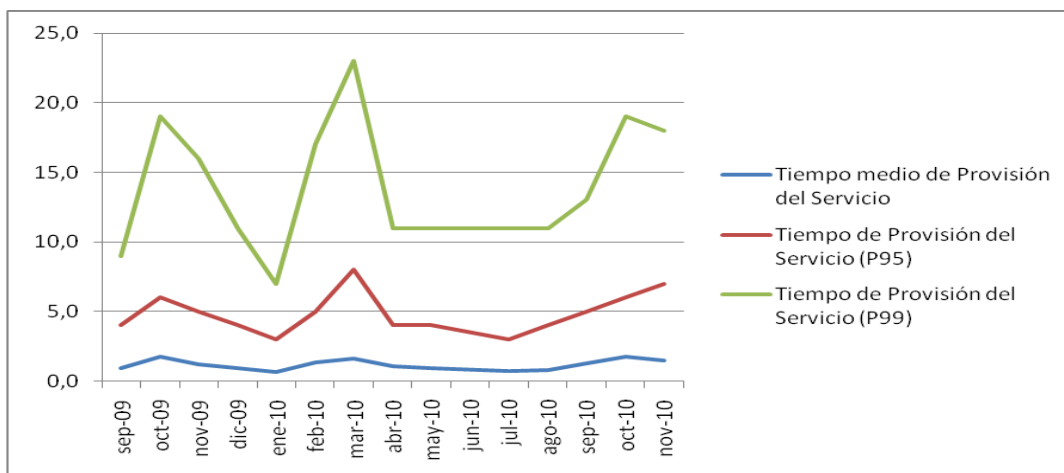
Tal y como puede extraerse de los siguientes gráficos 1 y 2, que muestran los indicadores de calidad de los servicios GigADSL y ADSL-IP remitidos mensualmente por TESAU, el tiempo medio de provisión de los servicios de acceso indirecto para el conjunto global de pares, estaría actualmente por debajo de los 2 días:

Gráfico 1: Tiempos de provisión del servicio GigADSL:



Fuente: CMT

Gráfico 2: Tiempos de provisión del servicio ADSL-IP:



Fuente: CMT

Por consiguiente, los valores propuestos para NEBA se consideran adecuados.

Si bien es cierto que existen diferencias en la configuración de los servicios de acceso indirecto con respecto a los servicios de prolongación de par, esta Comisión discrepa con la opinión manifestada por TESAU, ya que una correcta planificación permite realizar actividades no dependientes de forma concurrente, permite reducir significativamente los tiempos de provisión, tal y como por ejemplo se está realizando actualmente en los servicios de acceso indirecto: en concreto hay que señalar que las tareas de asignación de repartidor y trabajos posteriores sobre el mismo pueden perfectamente coexistir con las tareas de asignación y activación en la red ATM/IP; de igual manera se ha de señalar que es práctica habitual la configuración previa de los recursos de red antes de realizar la conexión física, tanto en central como en el domicilio de cliente, para así facilitar las tareas de depuración y detección de errores físicos.

Asimismo hay que señalar que la introducción de un nuevo servicio siempre conlleva un proceso inicial de aprendizaje, como es obvio; sin embargo, esta cuestión no es un aspecto diferencial y exclusivo del servicio NEBA, ya que la realización de pruebas previas es práctica habitual en cualquier operador para garantizar la provisión de los servicios en los términos estipulados en la Oferta. NEBA se plantea como un servicio de calidad, por lo que no se puede pretender rebajar unos ANS alegando la falta de experiencia, y además TESAU dispone del tiempo necesario para la realización de pruebas que garanticen que la provisión del servicio sea satisfactoria, tal y como haría con cualquier servicio minorista.

Hay que recalcar asimismo que las actuaciones físicas necesarias para la provisión del nuevo servicio NEBA coinciden con las actuaciones necesarias en los servicios actuales GiADSL y ADSL-IP, ya que si bien existen diferencias en cuanto a la configuración lógica de los equipos de la red, TESAU dispone de tiempo suficiente para depurar y ajustar finamente la configuración de los mismos.

Por otra parte TESAU señala que determinados movimientos resultan forzosamente más costosos para un alta en NEBA que de ADSL-IP, porque en algunos casos puede requerir del cambio de DSLAM. Sin embargo, los plazos establecidos ya distinguen si son necesarias actuaciones en central o no, y esta casuística sería muy parecida a un traspaso de GigADSL



a ADSL-IP ya que conlleva asimismo el cambio de DSLAM, por lo que necesariamente tiene que estar familiarizado con este tipo de actuaciones. Además, tal y como se ha indicado previamente, se pueden realizar diferentes tareas en una misma franja temporal, pudiendo trabajar diferentes grupos sin la necesidad de esperar a la finalización de cada una de las tareas para comenzar la siguiente.

TESAU discrepa también de la reducción de 12 a 8 días de los tiempos asociados a los procedimientos de migración con otros servicios sobre cobre, y de 10 a 8 días para los cambios en los parámetros del servicio sobre cobre, alegando la falta de experiencia. No se puede estimar esa alegación pues, tal y como se ha señalado previamente, TESAU está obligada a realizar las pruebas oportunas previas al lanzamiento comercial del servicio NEBA que le permitan adquirir la confianza suficiente para garantizar la calidad del servicio.

TESAU señala nuevamente que, dada la alegada falta de experiencia en la provisión y mantenimiento de FTTH, no se le obligue a definir unos ANS en fecha 31 de marzo de 2011, pues la experiencia acumulada desde la fecha de aprobación de la Resolución recurrida hasta la nueva fecha marcada sería insuficiente, y en consecuencia los argumentos que justificaban la no definición de ANS en fibra en el servicio NEBA seguirían siendo válidos. Por lo tanto solicita que los valores se establezcan a posteriori, cuando se disponga de suficiente conocimiento del servicio NEBA, respetando siempre el principio de no discriminación.

Sin embargo, no puede aceptarse la propuesta de TESAU, ya que se impediría a los operadores conocer y planificar qué servicio están contratando y bajo qué condiciones. Cualquier servicio mayorista lleva asociados unos ANS, y por tanto el servicio NEBA debe incluir estos valores. Además las actuaciones físicas en el despliegue de fibra son idénticas en el ámbito minorista y mayorista, y si bien la provisión lógica de los servicios es diferente, estas tareas se pueden realizar de forma paralela a otras actuaciones, siendo su impacto en los plazos de entrega poco relevante. Por lo tanto, ya que TESAU dispone actualmente de más de dos años de experiencia de servicios FTTH y presenta un volumen suficiente de accesos de fibra comercializados, deberá remitir una propuesta con los valores el día 31 de marzo de 2011, tal y como se indica en el Resuelve Cuarto de la Resolución de 11 de noviembre de 2010.

3.2.- Sobre la calidad de servicio en la conectividad.

TESAU muestra su desacuerdo con respecto a los parámetros de calidad de servicio siguientes:

- Se restringe el retardo exigido para calidad RT pasando de 53 ms a 45 ms.
- El "jitter" de 10 ms establecido en NEBA-C se extiende también a NEBA-F y VDSL2.
- Los medios exigidos para la monitorización de la calidad del servicio.

3.2.1- Respecto a los parámetros de retardo en aplicaciones en tiempo real (RT).

Respecto a los parámetros de retardo en aplicaciones en tiempo real (RT), TESAU no considera adecuada la forma en la que se ha definido el valor, pues a su juicio no se pueden utilizar como única base para el cálculo las necesidades o características que se desea que



tenga el servicio, y señala que deberían tenerse en cuenta además las características y condiciones que tiene la red de Telefónica.

En respuesta a esta alegación hay que reiterar que la base utilizada por esta Comisión para la especificación de los parámetros de calidad de servicio para voz sobre IP (VoIP) nace efectivamente de las recomendaciones globales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT / ITU) en cuanto a requisitos necesarios para dar un servicio de voz de calidad (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.2.2, páginas 21 a 23 de la Resolución recurrida). Parece ilógico pensar que un servicio deba forzosamente acomodarse a los valores ofrecidos por la red y no al contrario (es la red la que ha de soportar los servicios con los estándares de calidad requeridos), ya que esto puede comprometer enormemente la calidad del mismo. Justamente la definición de la calidad de servicio se realiza para poder priorizar unos servicios con respecto a otros de manera que se alcancen los objetivos requeridos de cada uno de ellos.

Por tanto, el punto de partida utilizado por esta Comisión es totalmente razonable: el servicio NEBA debe permitir ofrecer un servicio de telefonía VoIP de calidad. Tal y como indica la Recomendación ITU-T G.114, a partir de 150 ms de retardo la calidad percibida en aplicaciones de telefonía VoIP empieza a degradarse considerablemente. Por lo tanto, y aún siendo aconsejable un retardo inferior, ya que los valores objetivo para las aplicaciones de telefonía VoIP son inferiores (como se explica en las páginas 21 y 22 de la Resolución recurrida, la Recomendación ITU-T Y.1541 marca como objetivo de diseño un retardo máximo en red de 100 ms con una variación del mismo de 50 ms para aplicaciones de telefonía VoIP en entornos de distancias medias “clase 0” y entre las que se incluye la presente oferta. Con el valor planteado de 53 ms ya se estaría incumpliendo la recomendación Y.1541 ya que en escenarios en los que tanto el origen como el destino de la llamada fueran accesos NEBA, el valor de retardo ya superaría los 100 ms marcados como objetivo máximo: 53 ms + 53 ms + retardo del operador), en la Resolución de 11 de noviembre de 2010 se tomó como punto de partida un retardo máximo unidireccional de 150 ms en el que ya se consideró la eliminación de la variación del retardo o “jitter”.

La Comisión, en la especificación del retardo, tuvo también en consideración los aspectos mencionados por TESAU en cuanto a los valores de imposible cumplimiento. Si bien sería deseable un diseño de red óptimo con un retardo mínimo, la realidad hace que, dependiendo de la arquitectura utilizada por el operador, ésta sea más o menos eficiente, por lo que se indicó que retardos inferiores a 45 ms serían de difícil cumplimiento. Por tanto, siendo cierto que es importante cumplir con unos requisitos mínimos de calidad de servicio que garanticen una calidad satisfactoria de VoIP, esta Comisión entiende que no se pueden imponer valores de imposible cumplimiento, aspecto que se analizó en su momento sobre la base de la información expuesta por el operador (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.2.2, páginas 22 y 23 de la Resolución recurrida).

En este mismo sentido, TESAU indicó que desde CPEs hasta el DSLAM se introduce una media de 10 a 15 ms de retardo. Este valor incluye por tanto el retardo de transmisión en cobre además del “interleaving”. Si a este valor se le añade el retardo inicialmente introducido por TESAU e igual a 33 ms, el retardo total asciende a un valor que oscila entre los 43 y 48 ms.

Por otra parte, mediante la utilización de sondas u otros medios técnicos, TESAU puede evaluar la calidad de servicio desde el equipo de cliente hasta el PAI, teniendo una completa



libertad en la configuración de todos los parámetros alegados, que según su entender quedarían en manos del operador.

Por todo ello esta Comisión ratifica y mantiene el valor indicado e igual a 45 ms, que permite garantizar un servicio de calidad y que no se aleja de la estimación inicial de Telefónica (entre 43 y 48 ms).

3.2.2- Respecto a los parámetros de variación de retardo ("jitter").

En relación a los parámetros de variación de retardo ("jitter"), esta Comisión considera que es de especial importancia garantizar el retardo y variación de retardo extremo a extremo en las aplicaciones de voz, tal y como se ha descrito a lo largo del procedimiento y en la Resolución recurrida (ver el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.2.3, páginas 23 y 24 de la Resolución recurrida). Por lo tanto, se mantiene el valor de "jitter" en 10 ms, el cual podrá ser revisado en el futuro tomando como referencia los resultados obtenidos en la monitorización de la red (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.2.4, página 25).

Hay que recalcar que los puntos más susceptibles de introducción tanto de retardo como de "jitter" suelen ser los accesos de cliente, por ser éstos los puntos de menor capacidad, siendo de especial importancia que un buen diseño del servicio por parte de los operadores priorice y gestione correctamente el tráfico de voz para garantizar el éxito de las aplicaciones extremo a extremo.

No obstante lo anterior, como la elección en estos puntos no depende de TESAU, los compromisos de calidad se marcan únicamente en los segmentos en los que TESAU disponga del control. Por ello, la utilización de sondas u otros métodos y la configuración de los mismos se dejan en sus manos, tal y como se ha indicado previamente en la evaluación del retardo, y los valores obtenidos en la monitorización por parte de TESAU serán los que determinarán el "jitter" entre cliente y el PAI, no los resultados obtenidos por parte de los operadores.

Se mantiene por tanto el valor del "jitter" para todos los accesos que, conjuntamente con el valor de retardo especificado previamente, permita garantizar la calidad del servicio RT extremo a extremo.

3.2.3- Respecto a la monitorización de la calidad del servicio.

TESAU muestra su desacuerdo con respecto a los sistemas de monitorización impuestos en la Resolución recurrida. El operador considera desproporcionada e ineficiente la realización de medidas en todas las centrales en las que esté habilitado el servicio, y propone tener un sistema de supervisión que aporte de forma general y estadística una imagen de la calidad de la red. El sistema propuesto consiste en la monitorización mediante una sonda por demarcación que sería suficiente para conocer el estado general de la red utilizada por los operadores para la prestación del servicio NEBA. Igualmente señala que la instalación de una sonda en cada central no garantiza que los datos de una sean mejores que los de otra, y puntualiza que si bien para la Comisión no todas las centrales presentan las mismas características, también es evidente que no todas las centrales son diferentes entre sí. Por todo ello TESAU propone que la medida más eficiente sería realizar las mediciones en aquella central dentro de una demarcación que resulte más representativa.



En respuesta a esta alegación hay que partir del hecho de que la calidad de servicio garantizada en la conectividad, de cara a permitir telefonía VoIP y otras aplicaciones sofisticadas, es una de las características esenciales de NEBA, por lo que es crucial que puedan monitorizarse las prestaciones realmente obtenidas de los parámetros especificados. En ese contexto, la propuesta de TESAU presenta limitaciones que la hacen inaceptable, y así se fundamentó en la Resolución de 11 de noviembre de 2010 (ver el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.2.5, página 25, y Anexo 3, Apartado 3.3, páginas 63 y 64).

Esta Comisión no puede aceptar la pretensión de TESAU de que se acepte el valor obtenido por una sonda por demarcación como extrapolable a todas las centrales ya que, por ejemplo, parece obvio que un DSLAM con una ocupación del 10% presente un retardo inferior a un DSLAM con una ocupación del 80%. Todos los puntos no comunes con la central en la que se instale la sonda dejarán de estar supervisados y controlados, no pudiendo saber si TESAU cumple o no con los compromisos de calidad acordados en la Oferta NEBA. Considerando que una demarcación puede tener una media de 100 centrales, a diferentes distancias, con diferentes niveles de carga, y accediendo a diferentes equipos, el valor obtenido con una única medida puede perfectamente no reflejar el estado real de la red. Por lo tanto se considera adecuado que TESAU proponga una solución más razonable en cuanto a la monitorización de la red que en todo caso permita medias puntuales desde cualquier ubicación.

De igual manera, los parámetros de calidad de red se miden extremo a extremo, de manera que se insta a TESAU a que siga analizando los medios que permitan monitorizar y garantizar la calidad del servicio NEBA para los diferentes tipos de acceso, tanto con carácter puntual como general.

CUARTO.- Contestación a las alegaciones relativas a la estructura de precios.

VODAFONE solicita que se imponga un modelo de precios basado en tarifas planas como el de los servicios actuales de GigADSL y de ADSL-IP para evitar la complejidad de mantener dos modelos de facturación mayoristas, sobre todo de cara a configurar una única oferta minorista, y que únicamente sobre la base de la experiencia, y transcurrido un periodo de tiempo suficiente, podría plantearse la migración al modelo de facturación de acceso más tráfico. Subsidiariamente solicita que no se establezca en la Resolución recurrida la estructura de precios aplicable al servicio y que se tramite junto al procedimiento de análisis de los costes del modelo.

FRANCE TELECOM considera que la Resolución de 11 de noviembre de 2010 impone un modelo de precios para la Oferta mayorista sin abordar el análisis de los costes realmente asociados a la misma, y sin atender a las consecuencias de su adopción. Además señala que TESAU podrá seguir beneficiándose de las importantes economías de escala que le proporciona su base de clientes, de la estabilidad del consumo de red que obtiene gracias a la multiplexación estadística, y de la elevada insensibilidad de sus costes frente a eventuales variaciones en dicho uso, mientras que los operadores alternativos van a sufrir la imposición de una componente variable que va a afectar directamente a sus costes, y que al basarse en el consumo de tráfico, va a combinar los indeseables efectos de la falta de escala (nunca podrán obtener eficiencias comparables a las de TESAU, y especialmente en el despliegue inicial las ineficiencias serán muy altas) y de la variabilidad (por la deficiente multiplexación estadística del tráfico). Por lo tanto solicita igualmente el establecimiento transitorio de un



modelo de tarifas planas, o al menos que se realice una introducción gradual de los precios basados en el tráfico, de manera que en las primeras fases de introducción del servicio el peso relativo de la parte variable frente a la fija sea lo más pequeño posible, permitiendo a los operadores tener la mayor certidumbre posible sobre los que van a ser sus costes mayoristas y evitando que ni los costes ni su posible variabilidad constituyan una barrera de entrada para los operadores alternativos en la adopción del servicio NEBA.

JAZZTELL expone argumentos similares a los de VODAFONE y FRANCE TELECOM y solicita igualmente que se establezcan tarifas planas en el servicio NEBA.

Por su parte TESAU entiende que el modelo de precios y de facturación de acceso más tráfico aprobado por la Resolución de 11 de noviembre de 2010 es coherente con el concepto de flexibilidad bajo el que se plantea el servicio NEBA.

En respuesta a todas las alegaciones anteriores cabe señalar que se trata de cuestiones ya analizadas ampliamente y resueltas en la Resolución recurrida (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 5, páginas 32 a 36; y Anexo 3, Apartado 5, páginas 68 a 71), si bien cabe reiterar nuevamente algunos puntos:

- El esquema de precios mayoristas de los servicios de acceso indirecto de banda ancha actualmente vigente fue valorado por esta Comisión en la Resolución de 22 de enero de 2009 de los Mercados 4 y 5 como una de las principales limitaciones de los servicios mayoristas actuales, de manera que al hacer referencia a la flexibilidad exigible al servicio se aludía también a la necesidad de una estructura de precios que contribuyera a dicha flexibilidad, lo que necesariamente pasaba por vincularlos al consumo realmente efectuado.
- La estructura de precios aprobada por la Resolución de 11 de noviembre de 2010 desvincula los precios de las velocidades nominales de los accesos, y los vincula a la intensidad de utilización de los recursos de red en cada caso, por lo que es más acorde con la orientación a costes de los mismos. Es decir, el modelo se aproxima notablemente a la operación de una red propia, de manera que el operador debe hallar el punto óptimo deseado que equilibra coste, prestaciones y certidumbre. Además la facturación por capacidad agregada permite a los operadores una multiplexación estadística que optimice los costes, y la posibilidad de descarte selectivo por tipo de calidad de servicio permite a los operadores una flexibilidad muy destacable.
- Por otra parte, la facturación por capacidad en modo alguno es incompatible con las tarifas planas minoristas, que son comunes en los países con estructuras de precios equivalentes, y de hecho las estructuras de facturación por capacidad agregada se utilizan en muchos países de nuestro entorno como Francia, Alemania o Italia, como seguramente conocerán varios de los operadores que han realizado alegaciones al respecto.
- Respecto a las peticiones de introducción gradual del nuevo esquema, debe señalarse que no están justificadas. En este sentido, los operadores disponen ya de una cartera de clientes y conocen en qué momentos y con qué intensidad demandan tráfico, por lo que pueden migrar sus conexiones al servicio NEBA sobre la base de dicho comportamiento, y podrán ajustar su dimensionado de la capacidad contratada paulatinamente a medida



que dicho comportamiento vaya variando, al igual que deben adaptar sus recursos de red e infraestructuras al operar con el acceso desagregado o sobre una red alternativa.

- Por último hay que reiterar que la petición de trasladar la decisión sobre la estructura de precios al expediente en el que se fijen los costes significa retrasar asimismo la obligación de TESAU de elaborar su propuesta de precios, y, en definitiva, diferir sin más tal decisión, así como prolongar la eventual incertidumbre sobre los costes subyacentes del servicio y su expresión, ya que la misma no se solventa ni estableciendo un esquema de precios tipo tarifa plana como el de GigADSL y ADSL-IP, ni mediante un régimen transitorio que postergue la introducción del esquema de precios de acceso más tráfico. En definitiva, la inevitable incertidumbre sólo desaparecerá una vez se fijen los precios de los servicios y ello no se deriva de la nueva estructura de precios, pero demorar ésta significa prolongar innecesariamente la incertidumbre, algo que esta Comisión no considera aceptable.

QUINTO.- Contestación a las alegaciones relativas a los Sistemas y los Procedimientos.

5.1.- Sobre la identificación de accesos.

FRANCE TELECOM realiza las siguientes alegaciones relativas a la identificación de accesos:

- Se muestra partidaria de hacer partícipe al cliente final en el procedimiento de cambio de operador pues, a su juicio, la comunicación por parte del cliente de su Identificador Único de Acceso (IUA) es el método más eficiente y con menos rechazos, y solicita que la factura sea el método de comunicación del identificador al cliente final, lo que fue desestimado en la Resolución recurrida.
- Su solicitud de incluir el IUA o el número administrativo en la factura se basa en el hecho de que la identificación biunívoca de un domicilio mediante un código de identificación geográfica GESCAL no es posible y, aunque lo fuera, en general no es fiable. Y considera un sinsentido que la Comisión esté obligando a los operadores alternativos a basar sus solicitudes de determinados servicios mayoristas en la identificación de accesos siguiendo procesos que la propia TESAU ha descartado para sí misma en otros contextos tales como la recuperación de clientes.
- Solicita que se tengan en cuenta una serie de aspectos para el procedimiento, en particular los siguientes: que todos los operadores deberían estar obligados por igual a proporcionar la información en la factura; que TESAU debería adicionalmente facilitar la información en las bases de datos y mantener un WS para consultar los datos del acceso en tiempo de contratación; que TESAU debería etiquetar los PTR o PTRO con el código; que debería existir un método de control de errores para los números administrativos, semejante al de los IUA; y que en cualquier caso el número administrativo o el IUA no debería ser el único criterio válido para identificar un par, sino que debería, opcionalmente, poderse lanzar las peticiones en base al número de teléfono o la dirección del domicilio.



- Dado el impacto en los sistemas tanto mayoristas como minoristas para el conjunto de operadores, FRANCE TELECOM solicita un plazo de al menos 12 meses para su implantación, y señala que en la última reunión del “Foro NEBA” tanto TESAU como FRANCE TELECOM destacaron las limitaciones y problemas de la identificación mediante GESCAL. Subsidiariamente, si no se atendiera aquí su petición, debería al menos dejarse una puerta abierta para que la misma pueda ser retomada en alguno de los Foros donde pueda tener cabida (“Foro Sistemas”, “Foro NEBA” o Unidad de Seguimiento de la OBA).

TESAU realiza las siguientes alegaciones relativas a la identificación de accesos:

- Al igual que FRANCE TELECOM, se muestra partidaria de hacer partícipe al cliente final en el procedimiento de cambio de operador mediante el IUA de su factura por ser a su juicio el método más eficiente y con menos rechazos, lo cual fue desestimado en la Resolución recurrida. TESAU incide en el elemento adicional de seguridad que este mecanismo supone frente a la práctica fraudulenta de suplantación de la personalidad o “slamming”.
- En el caso de los accesos de cobre, siempre ha mantenido que el número de teléfono de TESAU es un identificador eficiente; para accesos sin número de teléfono de TESAU propone la utilización del número administrativo como identificador comercial unívoco, recuperable de la base datos de pares mediante el código GESCAL; también considera válido asociar el número administrativo al número de teléfono del operador titular, como ya propuso en el procedimiento DT 2010/1756 (relativo a la modificación de la OBA sobre traspasos de portabilidad entre terceros operadores), pues así se facilitaría a los operadores la recuperación del número administrativo, y teniendo en cuenta que actualmente la inmensa mayoría de accesos en servicio disponen de número de teléfono.
- En el caso de accesos de fibra, TESAU planteó en el procedimiento y en el “Foro NEBA” establecer el IUA como identificador de acceso, fundamentalmente porque en este escenario el número de teléfono no tiene por qué ser el identificador más relevante. Con el fin de simplificar el proceso comercial, propuso también que el IUA se pusiera a disposición del cliente (por ejemplo en la factura), que éste debería facilitar cuando solicitase el cambio de operador (a semejanza del número CUPS utilizado en el sector eléctrico). Sin embargo, al rechazarse esta propuesta, en su opinión podría repetirse en la fibra la situación actualmente existente en el cobre, al tener que recuperar el operador el IUA a través del código GESCAL cuando el acceso sea titularidad de otro operador. Como solución TESAU propuso que se asocie el IUA de un acceso en servicio con su número de teléfono (de cualquier operador), pues es el dato conocido por el cliente. De este modo se igualarían las condiciones de acceso al IUA para todos los casos, aunque TESAU insiste en que la solución ideal es poner el IUA a disposición del cliente a través de la factura.
- Muestra su conformidad con la alegación de FRANCE TELECOM relativa a la obligatoriedad de la medida para todos los operadores, manifestando que tiene previsto hacer accesible a los operadores la información solicitada indicada por FRANCE TELECOM (facilitar la información de las facturas en las bases de datos y mantener un WS para consultar los datos del acceso en tiempo de contratación). Ahora bien,



considera ineficaz el etiquetado del PTR/PTR0, por ser de resultados imprevisibles y no garantizar el proceso por los riesgos de pérdida, manipulación o deterioro. Tampoco considera necesario ni proporcionado incluir un método de control de errores para el número administrativo, y por último se muestra contraria a permitir lanzar las solicitudes en base a parámetros alternativos como el domicilio, por las incertidumbres y ambigüedades que ello causaría.

VODAFONE realiza por su parte las siguientes alegaciones relativas a la identificación de accesos:

- Se opone frontalmente a la introducción de la obligatoriedad de incluir un identificador en la factura, al constituir en su opinión una medida totalmente desproporcionada para el fin que se persigue. Su experiencia durante el tiempo en que requería a los usuarios demandantes una copia de la factura de su operador, con el fin de validar los datos, no fue muy positiva: revestía una complejidad logística muy importante, en un altísimo porcentaje los clientes no disponían de ningún ejemplar de la factura en el momento de la contratación, y facilitaba las acciones de retención de los operadores donantes, entre otros problemas. Adicionalmente, este sistema tampoco resolvería el problema de diversos bucles en un mismo domicilio.
- También alega las deficiencias de GESCAL y solicita que se inste a TESAU a subsanarlas, dado que se ha calificado como piedra angular del proceso de provisión en el procedimiento DT 2008/674 (relativo a la modificación de la OBA sobre los sistemas de gestión y de incidencias). Denuncia asimismo la falta de transparencia de TESAU, tanto con los operadores como con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al haber puesto de manifiesto las deficiencias de GESCAL únicamente tras lograr el acuerdo de los operadores para su utilización en los servicios de desagregación de bucle, y considera que para adoptar una medida como la propuesta por TESAU deben valorarse dos factores: el elevado coste que implica aplicarla para los operadores, y el volumen y tipología de los rechazos que las deficiencias de GESCAL podrían ocasionar, factor que en estos momentos, a su juicio, es una incógnita. Por esto último, la medida propuesta por TESAU sólo puede considerarse desproporcionada mientras no se constate la existencia de los problemas y la gravedad de los mismos.

En respuesta a las alegaciones planteadas por los tres recurrentes, y ante el debate suscitado en torno a la idoneidad o no de incluir el IUA/número administrativo en la factura del cliente para mejorar el proceso de identificación de accesos, esta Comisión ha procedido a buscar referencias comparativas en la situación existente en los países de nuestro entorno. El interés se ha focalizado fundamentalmente en conocer los mecanismos utilizados en cada país para la identificación de los accesos (fibra y cobre) de los operadores alternativos cuando no tienen asociado un número telefónico del operador de acceso, pues este caso es el que plantea mayores dificultades. Dichos mecanismos condicionarán los procesos de cambio de operador.

La tabla que se muestra a continuación pretende ilustrar sobre la respuesta dada en otros países europeos a las principales cuestiones aquí surgidas en la identificación de los accesos, en particular en lo relativo a las siguientes cuestiones:

- Cuando el cliente final se ve involucrado activamente en el proceso de migración, al requerir de un código suministrado por su operador actual como condición previa para



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tramitar el cambio, esto es, como mecanismo anti-*slamming* obligatorio para todos los operadores (en línea con lo solicitado por TESAU y FRANCE TELECOM).

- Cómo se identifica un acceso activo de un tercero sin número telefónico del operador de acceso, de no existir tal mecanismo anti-*slamming*, y en qué elementos de información se basa el proceso de identificación (dirección, base de datos común, etc.)

Comparativa de los sistemas de identificación de los accesos en otros países europeos:

País:	Tipo de acceso:	Identificador para accesos sin nº teléfono:	Vía de obtención del identificador:	Cliente final involucrado:
Alemania ¹	Cobre	Dirección postal	Dato conocido por el cliente	NO
Dinamarca	Cobre	Dirección postal	Dato conocido por el cliente	NO
Francia	Cobre	Número identificación línea ²	Servicios de información mayoristas (mediante un sistema automático de voz gestionado por FT) ³	NO
	Fibra		Solicitud al operador gestor del punto de compartición ⁴	NO
Holanda	Cobre/ Fibra	Identificador único de acceso	Servicios de información mayoristas (mediante la dirección). Etiqueta en PTR/PTO.	NO ⁵
Italia	Cobre	Código de migración	Cliente final lo solicita al donante.	SI
Noruega	Cobre	Dirección postal	Dato conocido por el cliente	NO ⁶
Reino Unido	Cobre/ Fibra	Código de migración ⁷	Cliente final lo solicita al donante (teléfono, e-mail, carta)	SI
Suecia	Cobre/ Fibra	Dirección postal	Dato conocido por el cliente (herramienta de búsqueda on-line) ⁸	NO

Fuente: Cullen International⁹

De los ocho países analizados, únicamente en dos casos (Reino Unido e Italia) el usuario participa en el proceso de provisión, mediando entre el operador receptor y el operador donante al dirigirse a éste último para obtener un código de autorización e identificación del acceso que le permita realizar el cambio de operador. En el resto de los países analizados el usuario no interviene en el proceso.

¹ La migración entre operadores alternativos es un supuesto no detallado en la Oferta de referencia. En el AKNN (grupo de trabajo entre operadores) se ha acordado que el donante debe enviar una orden de cancelación. DT solamente ejecuta la migración si recibe ambas órdenes (solicitud del receptor y cancelación del donante).

² "Número de désignation" – ND.

³ El usuario conecta un terminal telefónico a una toma de red de su domicilio y mediante la marcación de un número corto el sistema le devuelve el identificador de línea (independientemente de si está inactiva, activa, portada o no), mediante el cual su futuro operador puede obtener los datos del par y cursar la solicitud.

⁴ El operador gestor devuelve todos identificadores de los accesos de fibra existentes en el punto de compartición (CTO).

⁵ Para el caso de la fibra todavía no se ha definido el procedimiento de migración entre operadores alternativos.

⁶ En el consentimiento escrito del cliente debe figurar un código único de acceso proporcionado a éste por el operador donante, pero no es necesario que el operador receptor lo consigne en la solicitud de provisión.

⁷ Obligatorio en todos los casos de migración entre operadores.

⁸ Con la información suministrada por el usuario, el operador valida el identificador mediante una herramienta de búsqueda.

⁹ Análisis comparativo "Protection against slamming" publicado por Cullen International en octubre de 2010, complementado con la información adicional solicitada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para su ampliación y actualización (febrero 2011).



Por lo tanto, de la comparativa antes mostrada se desprende que la intervención del usuario en el procedimiento de migración no es la práctica habitual en el ámbito de los servicios de acceso, sino que más bien se trata de situaciones excepcionales, con lo cual la prudencia aconseja analizar detenidamente los pros y contras antes de la aplicación de una medida semejante, máxime a la vista del impacto que ocasionaría al conjunto de operadores.

En particular, aunque el método de incluir el identificador en la factura propuesto por TESAU y FRANCE TELECOM ofreciese una mayor certidumbre para la identificación de accesos y para la salvaguardia contra las prácticas de “slamming”, también debe sopesarse el hecho de que se podrían obstaculizar el proceso de cambio y facilitar las prácticas de retención de clientes, argumentos estos expuestos por VODAFONE.

Por contra, en cinco de los ocho países de la comparativa antes expuesta la dirección postal constituye el dato de base para identificar el acceso cuando no se dispone de número de teléfono titularidad del operador de acceso, lo que supone que la dirección postal es el método habitual utilizado tanto en las activaciones de accesos vacantes como en las migraciones entre operadores. Y en el caso concreto de Francia el sistema automático de voz habilitado por France Télécom permite al usuario conocer su identificador de línea de una forma muy sencilla (similar, por ejemplo, a consultar una etiqueta en el PTR), y sin necesidad de contactar con su operador actual ni disponer de una factura en el momento de la contratación, por lo que ello no constituye, de facto, una mediación del usuario entre ambos operadores.

Es decir, los sistemas basados en la dirección postal y en los que no es necesaria la mediación del usuario son la fórmula habitual en los países de nuestro entorno, por lo que la recuperación del número administrativo o IUA a través de la consulta mediante GESCAL es la más adecuada, ya que frente a las otras propuestas presenta la ventaja de que el cliente final no se ve abocado a participar en las gestiones del cambio de operador de cara a su operador actual, dotándolo así al proceso de una mayor agilidad y seguridad.

Conviene traer aquí a colación las alegaciones de TESAU en el marco del antes citado procedimiento DT 2008/674, donde recalca la necesidad de utilizar la codificación de callejero GESCAL, herramienta totalmente imbricada en sus sistemas y utilizada para sus propios servicios minoristas, y señalaba como ejemplo la idoneidad de GESCAL para las altas sobre vacante¹⁰. En consecuencia hay que presuponer al sistema GESCAL una cierta robustez para este tipo de altas.

En lo referente a accesos ya en servicio, TESAU proporciona un servicio de consulta por código GESCAL que permite obtener los identificadores de los accesos activos en una determinada dirección, servicio en el cual todavía no se dispone de una gran experiencia de uso. A priori, según viene siendo puesto de manifiesto por TESAU, en este escenario las fuentes de indeterminación podrían provenir de dos causas:

- Las duplicidades en la codificación. Por ejemplo, existen dos códigos GESCAL para un mismo domicilio y solamente uno está correctamente asociado al acceso activo. Se ignora el porcentaje concreto de accesos afectados por este tipo de incidencias en GESCAL.

¹⁰ Alegaciones al segundo trámite de audiencia del procedimiento DT 2008/674, página 7: “Los servicios web de acceso al sistema GESCAL de Telefónica, desarrollados con el acuerdo previo de los operadores, son la herramienta ideal para facilitar a los operadores la solicitud de servicios sobre pares vacantes (en general cuando haya que realizar la solicitud por domicilio).”.



- Varios accesos activos (fibra/cobre) en un mismo domicilio. Cabe apuntar aquí que no se trata de la situación más habitual y, además, no está claro que disponer de los identificadores en la factura resolviese adecuadamente las posibles ambigüedades.

En definitiva, con la información hasta ahora disponible no es posible conocer el alcance real de los problemas de GESCAL para identificar biunívocamente un acceso activo, no siendo posible determinar a ciencia cierta si se trata de una dificultad generalizada o de incidencias puntuales, lo cual lleva a concluir nuevamente la conveniencia de no adoptar, por el momento, nuevas medidas en lo que a identificación de accesos se refiere, más allá de lo ya dispuesto en la resolución recurrida (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4, páginas 26 a 28, y Anexo 3, Apartado 4, páginas 65 a 67).

En cualquier caso, los desarrollos asociados a la prolongación de par y al servicio NEBA ya están en curso y tienen un calendario de hitos a cumplir. Por consiguiente, no conviene ahora alterar los requisitos funcionales definidos sobre la base de problemas hipotéticos, pues ello implicaría probablemente retrasos inasumibles en las fechas de entrega. En todo caso lo razonable en este momento es diferir la decisión de introducir o no esta medida a un momento posterior, cuando se disponga de experiencia del servicio, para su eventual implementación en subsiguientes versiones de los sistemas, en su caso. No debe olvidarse tampoco que no se dispone aún de experiencia en el funcionamiento del servicio NEBA, con lo cual parece prematuro anticipar medidas para solventar problemas cuya supuesta gravedad aún se desconoce, como ya se ha expuesto anteriormente, y cuya práctica internacional es muy limitada.

Por todo lo anterior, deben rechazarse las peticiones de FRANCE TELECOM y de TESAU relativas a la incorporación del IUA o número administrativo en la factura del cliente y de la participación de éste en los procesos de migración.

En otro orden de cosas, respecto del etiquetado del PTR, la OBA es muy clara al respecto sobre esta obligación. En particular, se dispone lo siguiente en su Apartado 1.5.4.1: *“Telefónica rotulará los pares desagregados con su correspondiente número administrativo excepto en los casos en los que por sus características la solicitud no requiera el desplazamiento al domicilio del abonado.”*. Por consiguiente, ya está recogida en la Oferta la solicitud de FRANCE TELECOM para el caso del cobre, y lo lógico es trasladarla también al ámbito de la fibra. Debe rechazarse asimismo la alegación de TESAU al respecto por carecer de suficiente base, pues si bien es cierto que puntualmente pueden darse las situaciones de deterioro o pérdida aludidas, el etiquetado constituye en general una medida complementaria que puede ser de gran utilidad a la hora de identificar un acceso en el proceso de provisión. Véase como ejemplo el caso de Holanda, donde se hace uso de esta vía de identificación tanto en el caso de accesos de cobre como de fibra, además de para los servicios de información.

5.2.- Sobre los procedimientos de recuperación de clientes.

TESAU considera que no tiene ninguna justificación la inclusión de información relativa a los procedimientos minoristas en una oferta de un servicio mayorista. Si la Comisión considera



necesario conocer dicha información, en su opinión es factible proporcionársela por otros medios, pero carecería de sentido incluir información exclusivamente minorista en la Oferta mayorista NEBA. La recurrente hace referencia al Reglamento de Mercados (artículos 6 al 12), donde se establece la separación entre obligaciones mayoristas y minoristas aplicables a los operadores con poder significativo en el mercado, y afirma que se estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 11.5 de la LGTel, al imponerle una obligación que quebranta claramente los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación, resultando desproporcionado que, para evitar posibles ventajas sobre los operadores, se le imponga una discriminación consistente en incluir información minorista en el servicio mayorista NEBA.

VODAFONE también hace alusión al los artículos 6 y 7 del Reglamento de Mercados indicando en respuesta al recurso de TESAU que la obligación de que la Oferta NEBA precise los procedimientos por los que TESAU puede recuperar clientes que disponen de servicios NEBA sin STB no es una obligación impuesta en un mercado minorista, sino una medida establecida con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y no discriminación. VODAFONE puntualiza que el modo en que TESAU se autopresta sus servicios sí afecta a los operadores, pues determina las condiciones en que se encontrará un cliente (desde el punto de vista del estado de su bucle y del estado en el que constará en los sistemas) al que los demás operadores deseen prestarles servicios.

En respuesta a las citadas alegaciones hay que reiterar que la resolución es clara en relación a la definición de los mecanismos cuya inclusión en los procedimientos de la oferta le es requerida a TESAU, en particular, en el apartado relativo a la “Relación con servicios OBA y minoristas” (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.7, páginas 29 a 31):

- En un contexto donde se analizan los movimientos entre los diferentes servicios mayoristas y minoristas (con y sin cambio de operador) se indica lo siguiente: *“Por lo demás, aunque no necesariamente se implemente en un movimiento específico, la oferta de referencia deberá precisar los procedimientos por los que Telefónica procede a la recuperación de clientes que disponen de servicios NEBA sin STB.”* (ver página 31). Evidentemente, la cuestión anterior nada tiene que ver con los procesos y operativa interna de TESAU a nivel minorista, como ésta interpreta en su recurso de reposición, sino que únicamente se pretende dotar de transparencia al proceso mediante el cual recupera clientes finales con servicios basados en NEBA sin STB.
- Asimismo hay que responder a TESAU reafirmando que no pueden desligarse los servicios mayoristas de los minoristas, por cuanto existe una inevitable relación entre ellos en el contexto de las migraciones de clientes de un operador a otro. En el caso aquí analizado, la captación de clientes por TESAU no es inocua para el operador donante, pues tiene consecuencias en el estado de su servicio mayorista, como apunta muy acertadamente VODAFONE. En efecto, la recuperación de clientes por TESAU ocasiona, de facto, una baja en el servicio mayorista previo, y por tanto resulta imprescindible que las condiciones y mecanismos en que esta baja se produce estén regladas como parte de los procedimientos del servicio mayorista, pues de lo contrario el operador se encuentra ante una situación de incertidumbre acerca de la situación de su acceso y, por ende, de los servicios de su cliente final. En consecuencia, no cabe admitir las alegaciones de TESAU sobre este asunto.

5.3.- Procedimientos de migración masiva.



TESAU alega que el proceso de migración masiva de los servicios de acceso indirecto y prolongación de par al servicio NEBA “carece de sentido”, y afirma que únicamente ha planteado las migraciones masivas de cambio de puerto de Punto de Acceso a Internet (pPAI), que además solamente pueden ser realizadas para VLAN completas. Aduce que no se ha planteado realizar otros tipos de migraciones masivas pues los procesos con los WS se realizan de forma unitaria, y además la parte operativa resultaría extremadamente complicada. Continúa exponiendo que la migración de un usuario de actuales servicios indirectos al servicio NEBA tiene altas probabilidades de implicar un cambio de DSLAM, actuación que por sí misma justifica que las migraciones se produzcan una a una. Y también se refiere a la existencia de problemas asociados a la creación y configuración de las VLAN. Por todo ello solicita que se anule la obligación de poder realizar migraciones masivas desde los servicios actuales de acceso desagregado e indirecto.

Por su parte, ASTEL, FRANCE TELECOM y VODAFONE coinciden con esta Comisión en la necesidad de que se habiliten procedimientos que faciliten la migración al servicio NEBA desde los actuales servicios de acceso desagregado e indirecto. VODAFONE recalca la importancia de estos procesos, especialmente tras la desregulación del servicio ADSL-IP que puede aprobar la Comisión para determinadas áreas. Estos tres interesados estiman que TESAU debería poder definir grupos de accesos con una casuística o características similares que pudieran ser migrados conjuntamente, optimizando sus procesos operativos.

En contestación a la alegación de TESAU, esta Comisión tiene que hacer las siguientes consideraciones:

- En primer lugar hay que puntualizar que el establecimiento de unos procedimientos de migración masiva, destinados a aumentar la eficiencia de los procesos operativos y el ahorro de costes derivado de agrupar actuaciones similares, nada tiene que ver con que el canal de tramitación utilizado esté basado en WS o no.
- En segundo lugar hay que señalar que la OBA actual ya contempla la posibilidad de cursar altas masivas de conexiones de acceso indirecto GigADSL y ADSL-IP, de manera que puedan agruparse solicitudes de conexiones de abonado correspondientes a una misma central al objeto de que se tramiten y ejecuten conjuntamente. La única limitación existente es que no se requieran actuaciones en el domicilio de abonado, quedando las altas sobre bucle vacante fuera del ámbito del procedimiento.
- No parece razonable, en consecuencia, lastrar ahora innecesariamente el nuevo servicio de acceso indirecto con una limitación no presente en los actuales servicios GigADSL y ADSL-IP, sobre la base de la eventual necesidad de cambios de DSLAM o la supuesta complejidad en la configuración de las conexiones. Esta Comisión coincide con ASTEL, FRANCE TELECOM y VODAFONE en que debería ser posible unificar grupos de solicitudes de alta con características similares, de tal forma que sea factible su tramitación en bloque y la ejecución conjunta de las tareas en central.
- Además, debe tenerse en cuenta que las migraciones masivas serán procedimientos que adquirirán especial importancia, dado que las conexiones de los actuales accesos indirectos ubicadas en zona de cobertura del servicio NEBA habrán de ser migradas a dicho servicio en algún momento futuro. La inexistencia de las migraciones masivas



desde los servicios actuales iría en contra de la propia esencia del servicio NEBA, que es permitir la desregulación de dichos servicios.

Por todo lo anterior, deben mantenerse las migraciones masivas entre los contenidos mínimos de la propuesta de oferta de referencia que presentará TESAU, tal y como se establece en el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.7 (página 31) y en el Resuelve Cuarto de la Resolución de 11 de noviembre de 2010.

SEXTO.- Contestación a las alegaciones relativas al calendario de implantación del servicio.

VODAFONE manifiesta que la introducción del código GESCAL como campo obligatorio en las solicitudes de alta sobre par vacante supone un impacto radical en sus procesos de contratación y provisión, por lo que necesita más tiempo para sus desarrollos al contemplado en el procedimiento DT 2008/674 (Resolución de 3 de junio de 2010), y propone la extensión del periodo de convivencia de las plataformas SGO y NEON para el módulo de prolongación de par. Alega además que si se concede dicha ampliación, manteniéndose el actual calendario de NEBA, se generan incompatibilidades entre los servicios de desagregación y NEBA sobre accesos de cobre. Para evitar lo anterior, solicita que la fase 1 incluya únicamente los accesos de fibra, manteniéndose por lo demás las fechas previstas.

TESAU solicita que se respeten los calendarios establecidos y aceptados por esta Comisión y previamente acordados por los operadores en el "Foro NEBA". A su juicio cualquier cambio sobre lo ya establecido, con los desarrollos ya en curso, supondría inevitables retrasos en la puesta en marcha del servicio. En cuanto al código GESCAL, TESAU interpreta que dicho asunto compete al procedimiento DT 2008/674, no siendo algo novedoso pues ya se dio a conocer a los operadores en marzo de 2010 en el contexto del "Foro NEBA". Por todo ello, solicita que sea desestimada la petición de VODAFONE.

FRANCE TELECOM por su parte considera imperativo que TESAU disponga los medios necesarios para cubrir la posible contingencia de que un operador se retrase en su migración a NEON (permitiendo continuar utilizando SGO), y al mismo tiempo garantizar la disponibilidad de NEBA según el calendario fijado. Alega asimismo que la migración a NEON de la prolongación de par obliga a los operadores alternativos a acometer desarrollos importantísimos en sus sistemas.

En respuesta a las anteriores alegaciones hay que apuntar, en primer lugar, que la migración del servicio de prolongación de par a NEON es una materia que no recae dentro del ámbito de la Resolución recurrida, por lo que hay que concluir que este procedimiento no es el cauce adecuado para adoptar modificaciones en el calendario del servicio NEBA. Por el mismo motivo, tampoco sería procedente introducir variaciones en las fases establecidas para el servicio NEBA con el único objeto de facilitar la extensión de la convivencia de SGO y NEON para prolongación de par solicitada por VODAFONE, aun reconociéndose la inevitable interrelación entre ambos desarrollos bajo el punto de vista de que es necesario prever los movimientos entre los diferentes servicios sustentados sobre el mismo tipo de acceso.

Conviene aclarar, por otro lado, que el calendario establecido en la antes citada Resolución de 3 de junio de 2010 (procedimiento DT 2008/674) marca como fecha de apagado del



módulo de prolongación de par en SGO el 31 de enero de 2012. Este hito representa la fecha teórica a partir de la cual se le permitiría a TESAU cerrar SGO para el módulo de prolongación de par. Ciertamente, un alargamiento del tiempo de vida de SGO para facilitar la adaptación de sus sistemas a los operadores podría ocasionar problemas en la interacción entre los servicios de acceso desagregado en SGO y NEBA. Sin embargo, los eventuales mecanismos que TESAU implantase para solventar tales incompatibilidades derivadas de la extensión de la convivencia entre plataformas de acceso desagregado en modo alguno deberían interferir con el calendario aprobado para NEBA fases 1 y 2 en la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- Contestación a las alegaciones relativas a la solución de comercialización de ofertas minoristas FTTH.

VODAFONE plantea sus dudas respecto a la disponibilidad del servicio de reventa de ofertas FTTH minoristas en la fecha estipulada, pues a la fecha de presentación de sus observaciones no tenía conocimiento de propuesta alguna por parte de TESAU, y por esa razón solicita que a partir del día 1 de febrero de 2011 se proceda a paralizar la comercialización de sus ofertas minoristas hasta que se confirme la disponibilidad del servicio por parte de esta Comisión.

ASTEL y FRANCE TELECOM consideran que las condiciones del servicio adolecen de una gran indefinición. FRANCE TELECOM solicita que la obligación sea acompañada de unas mínimas condiciones operativas y comerciales, mecanismos compensatorios para la migración a NEBA cuando esté disponible, y condicionar la ampliación de cobertura de servicios minoristas FTTH a la disponibilidad efectiva de este servicio de reventa. ASTEL y FRANCE TELECOM recalcan además que el cierre del servicio debe condicionarse a la comprobación efectiva de la implementación y funcionamiento adecuado del servicio NEBA.

TESAU efectúa sobre esta materia las siguientes alegaciones:

- Solicita la supresión de la obligación de ofrecer un servicio de reventa, pues considera que la replicabilidad de los servicios minoristas sobre fibra está perfectamente soportada por el servicio MARCo. Por otra parte, recuerda que esta necesidad no tendría lugar si se hubiese optado por el servicio MIBA como servicio de acceso indirecto, que habría estado disponible en diciembre de 2009. En caso de que la obligación no fuera revocada, TESAU considera imprescindible que esta Comisión indique de forma clara que desde el primer día que empiece a funcionar el NEBA (1 de enero de 2012), no se darán nuevas altas de este servicio de reventa, independientemente de la disponibilidad de cada operador para utilizar NEBA.
- Considera que este servicio de reventa constituye un absoluto seguidismo y rigidez frente a sus servicios minoristas. NEBA ha sido diseñado para proporcionar a los operadores un indirecto que les permita crear servicios y ofertas diferenciadas.
- Sobre las condiciones de la migración a NEBA solicitadas por FRANCE TELECOM, TESAU no está de acuerdo y considera que la situación correspondería en todos sus aspectos a una solicitud de alta sobre ocupado de NEBA fibra, con situación preexistente de servicio minorista FTTH de TESAU.



- Rechaza también los mecanismos compensatorios, pues ello implicaría en la práctica penalizar a TESAU por no ofrecer el NEBA desde 1 de febrero de 2011, y alude a que la fecha de puesta en marcha de NEBA (1 de enero de 2012) fue comunicada al “Foro NEBA” desde que se lleva a cabo la elección de la arquitectura del servicio, en una decisión consciente de los operadores y liderada precisamente por FRANCE TELECOM y VODAFONE.
- También está en contra de condicionar la cobertura minorista a la disponibilidad de este servicio, pues considera que ya hay demasiadas obligaciones regulatorias, destacando las derivadas de las peticiones lideradas por FRANCE TELECOM al insistir en la conveniencia de un servicio “Ethernet monoVLAN”.
- TESAU estima que el plazo otorgado para implementar el servicio de reventa es insuficiente (unos 70 días, incluyendo el periodo vacacional de Navidad), pues no existió previo aviso por parte de esta Comisión. Si además hay que descontar, tal como pretende VODAFONE, el tiempo que requeriría la Comisión para validar el servicio, se estaría a su juicio ante una obligación de imposible cumplimiento.
- TESAU trae a colación una manifestación de los Servicios de esta Comisión en la reunión del “Foro NEBA” celebrada el 4 de diciembre de 2009 con los operadores más relevantes: *“Los SCMT indicaron que la CMT, como tal, se pronuncia a través de resoluciones. No obstante, no ven en estos momentos ventajas claras en la solución elegida (monoVLAN) y no hay intención de imponer obligaciones excesivas ni de cambio de hardware a Telefónica”*. A la vista de las mismas argumenta que, a su juicio, hay pocas cosas más “excesivas” que obligar a TESAU a detener la comercialización del servicio minorista FTTH. Considera incoherentes las posturas de VODAFONE y de FRANCE TELECOM, que siempre defendieron un indirecto de nivel 2 y, una vez definido el servicio propuesto por los operadores y acordados los plazos de entrega, esos mismos operadores propongan ahora que su servicio minorista se vea afectado.

VODAFONE responde a las alegaciones de TESAU diciendo que la flexibilidad y diferenciación respecto a las ofertas minoristas no es el objetivo, sino uno más de los requisitos del servicio; y recalca el retraso en ofrecer el servicio NEBA, que impide a los operadores competir sobre todo en velocidades más próximas a 30 Mbps, no siendo suficiente la disponibilidad del acceso a conductos para garantizar la replicabilidad.

A las alegaciones antes resumidas hay que responder que el Resuelve Octavo de la Resolución de 11 de noviembre de 2010 objeto de recurso prevé que TESAU deberá ofrecer una solución de comercialización por terceros de sus ofertas minoristas FTTH, conforme a una serie de requisitos. Se entiende, en consecuencia, que TESAU debería haber comunicado la oferta y haber puesto a disposición de los operadores los cauces correspondientes para cursar las solicitudes a partir del 1 de febrero de 2011.

No se ha previsto en este caso un proceso de análisis y aprobación previa por parte de esta Comisión, en aras a agilizar al máximo el inicio de la operatividad de esta solución provisional, a diferencia de la propuesta de oferta de referencia para el servicio NEBA que sí está sujeta al análisis y validación previa por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



No procede tampoco incorporar un mayor grado de detalle a las condiciones del servicio en este momento, pues se estima que los requisitos mínimos establecidos en el Anexo 4 de la Resolución de 11 de noviembre de 2010 constituyen suficiente garantía a priori; todo lo anterior se entiende sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse posteriormente ante la constatación de eventuales indicios de discriminación por parte de TESAU con respecto a las condiciones de su servicio minorista.

La fecha de cese de la obligación de TESAU de prestar este servicio de reventa y comercialización por terceros también se encuentra definida en el mencionado Anexo 4, y es la verificación de la disponibilidad efectiva de la Fase I de NEBA, verificación que se acometerá por esta Comisión mediante la Resolución correspondiente, y es allí donde se concretarán en detalle los términos y condiciones necesarias para considerar que el servicio NEBA es plenamente funcional. Por otra parte, también se encuadraría en el ámbito de esa futura Resolución, y no en la Resolución de los presentes recursos de reposición, el análisis y la definición de los mecanismos para la migración hacia NEBA que fueran necesarios en su caso.

En otro orden de cosas, carece de fundamento alguno el argumento esgrimido por TESAU para rechazar la imposición de esta obligación sobre la base de que el retraso en poner a disposición de los operadores el servicio NEBA se deriva de una serie de acuerdos adoptados en el marco del "Foro NEBA". Es importante destacar que fue TESAU quien voluntariamente adoptó la solución técnica preferida por los operadores y la propuso en el marco del procedimiento de referencia DT 2009/497, solución técnica que obtuvo el consenso general de los interesados que formularon alegaciones a la consulta pública. Esto es, en ningún momento se le ha impuesto a TESAU la obligación de optar por la arquitectura "Ethernet monoVLAN", sino que ha sido ésta quien, en un marco de colaboración con los operadores (el citado "Foro NEBA"), ha optado finalmente por dicha solución, y esta Comisión, atendiendo al posicionamiento general de los interesados, la ha incorporado en su Resolución.

Los hechos anteriores no eximen a TESAU de dar cumplimiento a sus obligaciones derivadas de la Resolución de 22 de enero de 2009 de los Mercados 4 y 5, siendo acertadas las alegaciones de VODAFONE respecto a que proporcionar a los operadores flexibilidad y capacidad de diferenciación de sus servicios no son los únicos objetivos del servicio de acceso indirecto impuesto en dicho mercado. En este sentido se considera esencial garantizar la replicabilidad de los servicios minoristas sobre fibra, y por ello, aunque con sus lógicas limitaciones, se ha concluido la necesidad de obligar a TESAU a facilitar el servicio de reventa y comercialización por terceros de manera provisional, dados los extensos plazos resultantes de la solución técnica escogida por los operadores (incluyendo TESAU).

OCTAVO.- Contestación a las alegaciones relativas a las limitaciones del servicio NEBA.

A juicio de FRANCE TELECOM la Resolución recurrida establece una serie de limitaciones en el servicio NEBA que injustificadamente afectan a su derecho de disponer de una oferta flexible que le permita competir, refiriéndose concretamente a la limitación de 30 Mbps y a la exclusión de los servicios de televisión de la Oferta NEBA.



A esta alegación cabe responder que la Resolución de 11 de noviembre de 2010 es plenamente coherente con las obligaciones impuestas en la Resolución de 22 de enero de 2009 de los Mercados 4 y 5 y en concreto en el análisis del Mercado 5, y que sería incongruente que la especificación del servicio NEBA no siguiera los mismos criterios.

NOVENO.- Contestación a las alegaciones relativas a la continuidad del servicio mayorista de acceso indirecto en la red de cobre.

VODAFONE alega que en la Resolución recurrida no se ha respondido a su petición de que se indicara expresamente que *"en la instalación de accesos de fibra, TESAU mantenga la instalación de cobre."*, y señala que evidentemente, incluso llegando a desregularse el servicio indirecto ADSL-IP, debería ser posible para los operadores alternativos prestar servicios sobre los accesos de cobre a través del servicio mayorista NEBA-cobre incluso en aquellas zonas donde TESAU haya realizado su despliegue de FTTH, pero en las cuales aún no se dan las condiciones establecidas en la Resolución de 22 de enero de 2009 de los Mercados 4 y 5 para el cierre de las centrales correspondientes a dichos accesos de cobre.

TESAU alega por su parte que la Resolución de 22 de enero de 2009 de los Mercados 4 y 5 no hace mención expresa a la tecnología con que se debe ofrecer el nuevo servicio de acceso indirecto (en este caso el servicio NEBA), por lo que no se vulnerarían las medidas aprobadas sobre el mantenimiento de sus servicios. Además apunta TESAU que la posibilidad de que los operadores alternativos capturen clientes con servicios sobre fibra para ofrecer servicios sobre cobre supone una importante barrera para la transformación de la red en España y dificulta enormemente la posibilidad de TESAU de alcanzar el 25% de clientes de fibra, umbral necesario para comenzar el proceso de cierre de una central.

A las alegaciones anteriores debe responderse que efectivamente en las centrales en que TESAU queda obligada a mantener la red de cobre y seguir suministrado los servicios OBA de acceso desagregado, debe suministrar igualmente los servicios como AMLT y NEBA que usan la misma red. La desregulación de los servicios de acceso indirecto GigADSL y ADSL-IP se fundamenta precisamente en la disponibilidad de conexiones xDSL equivalentes del servicio alternativo NEBA en los mismos accesos, y los requisitos de cobertura mínima establecidos se refieren expresamente a la red de pares de cobre.

Carecería de sentido que en ubicaciones en las que TESAU dispone de red de cobre y está obligada a suministrar pares en el contexto del acceso desagregado de la OBA, niegue el suministro de conexiones xDSL del servicio NEBA o en su caso de los servicios GigADSL y ADSL-IP. Por el contrario, en las ubicaciones en las que TESAU haya cumplido con los requisitos para el cierre de la central, una vez transcurrido el periodo de garantía estará obligada a atender únicamente las peticiones de NEBA en accesos de fibra o nodos de manera no discriminatoria.

DÉCIMO.- Sobre las alegaciones relativas a la falta de motivación suficiente y a la existencia de indefensión.

10.1.- Sobre las variaciones de la Resolución recurrida respecto del contenido del informe de audiencia.



Respecto a la alegación de TESAU ya contestada parcialmente en el Fundamento de Derecho Segundo referida a la falta de motivación suficiente de la Resolución de 11 de noviembre de 2010 por apartarse del informe de audiencia y por introducir *ex novo* nuevas obligaciones regulatorias no contenidas en dicho informe, hay que responder que los informes de audiencia de los Servicios de esta Comisión, que habitualmente se adjuntan al trámite de audiencia regulado en el artículo 84 de la LRJPAC, contienen únicamente un resumen de las actuaciones practicadas en la fase de instrucción y unas conclusiones preliminares a juicio de los Servicios que han instruido el procedimiento, pero en ningún caso vinculan al Consejo ni pueden considerarse una posición determinada del mismo, puesto que el Consejo es legalmente el único órgano competente para dictar Resoluciones en el ejercicio de todas las funciones regulatorias atribuidas a esta Comisión (artículo 48.4 de la LGTel y artículos 83.1 y 89 de la LRJPAC), y asimismo el artículo 83.1 de la LRJPAC establece que, salvo disposición expresa en contrario, los informes son facultativos y no vinculantes. En consecuencia, en modo alguno puede entenderse que esta Comisión haya realizado un cambio de postura por la que se generase indefensión a los interesados.

Esta alegación de TESAU, que es recurrente en muchos de sus alegaciones en los procedimientos tramitados por esta Comisión, sobre una presunta motivación insuficiente de la Resolución recurrida para efectuar la variación mencionada, carece de rigor y fundamento legal alguno, ya que en los Fundamentos de Derecho de la misma se exponen y argumentan suficientemente las razones objetivas que sustentan su parte dispositiva, y además la mera alegación de la existencia de la variación y de la existencia de indefensión no resulta en sí misma una alegación con fundamento jurídico suficiente.

En efecto, el hecho de que la Resolución de 11 de noviembre de 2010 difiera en algunos de sus datos, cálculos y resultantes de las contenidas en el informe de audiencia se debe a que las circunstancias de cada procedimiento son diferentes, a la aportación de datos adicionales por los operadores en sus escritos de alegaciones posteriores, y en definitiva es el resultado del ejercicio de la potestad administrativa decisoria del Consejo de esta Comisión y, en general, de sus competencias legalmente establecidas, de conformidad con las normas jurídicas vigentes antes señaladas que rigen la actividad de esta Comisión.

En concreto la LRJPAC no establece en ninguno de sus preceptos que los órganos administrativos, al dictar un acto administrativo, esté vinculado por las decisiones que haya adoptado anteriormente, sino que dispone en su artículo 89 que *“La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”* (apartado 1) y que *“Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno”* (apartado 3). El artículo 54.1.c) de la LRJPAC establece que *“Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (...) c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”*.

La Resolución de 11 de noviembre de 2010 cumple escrupulosamente con lo dispuesto en los antes citados artículos 89 y 54 de la LRJPAC, ya que contiene de forma adecuada todos aquellos criterios utilizados y conclusiones obtenidas tras el oportuno análisis practicado de las circunstancias concurrentes y se ha dado contestación a todas y cada una de las alegaciones efectuadas por los operadores (ver Anexo 3 de la misma). Y en concreto en lo



referente a los cambios introducidos por esta Comisión en su Resolución respecto del informe de audiencia (informe no vinculante, artículo 83.1 de la LRJPAC), los mismos se han motivado suficientemente en los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida. Cuestión diferente es que la recurrente o el interesado antes señalados compartan o no las decisiones adoptadas por esta Comisión en dicha Resolución, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta insuficiencia en la motivación de los cambios introducidos respecto del informe de audiencia.

10.2.- Sobre la alegación de indefensión derivada de la falta de motivación.

En cuanto a la alegación de TESAU en relación a la existencia de indefensión, derivada de la falta de motivación suficiente antes alegada derivada de los cambios introducidos por esta Comisión en su Resolución respecto del informe de audiencia, y que habría vulnerado lo dispuesto en los artículos 54 de la LRJPAC y en el artículo 24.1 de la Constitución Española, y por lo tanto se habría incurrido en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 62 de la misma LRJPAC, hay que reiterar, una vez más, los fundamentos jurídicos, jurisprudenciales y constitucionales expuestos en numerosas Resoluciones de esta Comisión en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial y constitucional vigente en esta materia¹¹, no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador, ya que la resolución del mismo es impugnabile en vía judicial y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. La indefensión se produciría, en su caso, si se impidiese el acceso a la vía judicial.

En este sentido cabe indicar que TESAU ha tenido la posibilidad de impugnar potestativamente en vía administrativa, y en todo caso en vía contencioso-administrativa (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC) la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma, y asimismo la recurrente podrá hacerlo en vía contencioso-administrativa desde que sea notificada de la presente Resolución del recurso potestativo de reposición interpuesto.

En definitiva, no resulta procedente atender a la alegación de que haya existido indefensión derivada de la Resolución de 11 de noviembre de 2010 objeto de recurso, ya que del contenido de la misma se desprende claramente que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación del Derecho sectorial.

10.3.- Sobre la motivación insuficiente de la Resolución recurrida.

TESAU y también JAZZTEL alegan asimismo la falta de exhaustividad de la Resolución impugnada por no contestar a todas las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia, así como la falta de motivación suficiente, generando inseguridad entre los operadores alternativos.

Frente a esas alegaciones de falta de motivación suficiente hay que contestar, en primer lugar, que la recurrente y el interesado antes referidos se limitan a efectuar dichas

¹¹ Ver, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), y las Sentencias del Tribunal Constitucional número 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994-65), y número 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998-178).



alegaciones de manera genérica y sin aportar prueba alguna al respecto, por lo que no cabe sino reiterar que la Resolución de 11 de noviembre de 2010 cuenta con la suficiente motivación jurídica (baste observar que tiene 83 páginas, y que en su Anexo 3 se da contestación una por una a las alegaciones de los interesados), y se adoptó en el ejercicio de las competencias regulatorias previstas en el artículo 48 de la LGTel así como la normativa de desarrollo de la misma, y de conformidad con lo establecido en la LRJPAC, en especial en sus artículos 54 y 89.

A tales efectos cabe destacar la reiterada interpretación jurisprudencial en relación a la motivación de los actos administrativos, con arreglo a la cual, la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras a permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.¹²

Por todo lo anterior no cabe apreciar un incumplimiento ni del artículo 54.1 de la LRJPAC ni de la doctrina jurisprudencial relativa a la motivación de los actos antes citada, que exige *“una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión”* para poder permitir a los interesados poder ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero *“sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción”*.

Cuestión diferente es que la recurrente y el interesado compartan o no la decisión adoptada por esta Comisión en la Resolución recurrida, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta insuficiencia en la motivación de la decisión.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades France Telecom España, S.A., Telefónica de España, S.A.U. y Vodafone España, S.A. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de noviembre de 2010 por la que, en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo número DT 2009/497, se aprueba la nueva oferta de acceso mayorista de banda ancha NEBA de Telefónica de España, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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

¹² El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en Sentencias de fechas 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000 (Ar. 2000/3166), 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486); 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), y 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918), entre otras.



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

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.