

III

(Otros actos)

DECISIÓN DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

Nº 34/10/COL

de 3 de febrero de 2010

por la que se modifican, por septuagésima novena vez, las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la introducción de un nuevo capítulo relativo a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha

EL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC ⁽¹⁾,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ⁽²⁾ y, en particular, sus artículos 61 a 63 y su Protocolo 26,

Visto el Acuerdo entre los Estados de la AELC sobre la creación de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia ⁽³⁾, y, en particular, su artículo 24 y su artículo 5, apartado 2, letra b),

Considerando lo siguiente:

De conformidad con el artículo 24 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, el Órgano de Vigilancia velará por el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo EEE relativas a las ayudas estatales.

De conformidad con el artículo 5, apartado 2, letra b), del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, el Órgano de Vigilancia de la AELC publicará notificaciones o impartirá directrices sobre asuntos regulados por el Acuerdo EEE si este Acuerdo o el de Vigilancia y Jurisdicción expresamente así lo establecen o si el propio Órgano de Vigilancia lo considera necesario.

Las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales fueron adoptadas el 19 de enero de 1994 por el Órgano de Vigilancia ⁽⁴⁾.

El 30 de septiembre de 2009, la Comisión Europea (en lo sucesivo denominada «la Comisión») publicó una Comunicación — Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha ⁽⁵⁾.

Dicha Comunicación es también pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo.

Debe garantizarse la aplicación uniforme de las normas del EEE relativas a ayudas estatales en todo el Espacio Económico Europeo.

De conformidad con el punto II del epígrafe «GENERAL» que figura al final del anexo XV del Acuerdo EEE, el Órgano de Vigilancia tiene que adoptar, previa consulta a la Comisión Europea, los actos correspondientes a los ya adoptados por esta,

El Órgano consultó a la Comisión y a los Estados de la AELC mediante cartas con fecha 22 de enero de 2010 (referencias nº 543740, 543741 y 543742).

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Las Directrices sobre ayudas estatales se modificarán introduciendo un nuevo capítulo relativo a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha. El nuevo capítulo figura adjunto a la presente Decisión.

⁽¹⁾ En lo sucesivo denominado «el Órgano».

⁽²⁾ En lo sucesivo denominado «Acuerdo EEE».

⁽³⁾ En lo sucesivo denominado «Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción».

⁽⁴⁾ Directrices para la aplicación e interpretación de los artículos 61 y 62 del Acuerdo EEE y del artículo 1 del Protocolo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, adoptadas y emitidas por el Órgano de Vigilancia el 19 de enero de 1994, publicadas en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 231 de 3.9.1994, p. 1, y en el Suplemento EEE nº 32 de 3.9.1994, p. 1, modificado (en lo sucesivo denominadas «las Directrices»). La versión actualizada de estas Directrices está publicada en el sitio web del Órgano: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines>.

⁽⁵⁾ DO C 235 de 30.9.2009, p. 7.

Artículo 2

El texto en lengua inglesa es el único auténtico.

Hecho en Bruselas, el 3 de febrero de 2010.

Por el Órgano de Vigilancia de la AELC

Per SANDERUD
Presidente

Kurt JÄGER
Miembro del Colegio

ANEXO

APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE AYUDAS ESTATALES AL DESPLIEGUE RÁPIDO DE REDES DE BANDA ANCHA ⁽¹⁾

1. INTRODUCCIÓN

- 1) La conectividad en banda ancha es un componente clave para el desarrollo, adopción y utilización de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la economía y en la sociedad. La banda ancha reviste importancia estratégica dada su capacidad de acelerar la contribución de estas tecnologías al crecimiento y la innovación en todos los sectores de la economía y a la cohesión social y territorial. El Órgano apoya activamente la disponibilidad generalizada de servicios de banda ancha para todos los ciudadanos europeos, tal como se establece en la Estrategia de Lisboa y en Comunicaciones posteriores ⁽²⁾ de la Comisión Europea (en lo sucesivo denominada «la Comisión»).
- 2) Cabe recordar que en el «Plan de acción de ayudas estatales — Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009» ⁽³⁾, la Comisión señaló que, en determinadas condiciones, las medidas de ayuda estatal pueden ser instrumentos eficaces para alcanzar objetivos de interés común. En concreto, pueden corregir deficiencias del mercado, mejorando así el funcionamiento de los mercados e incrementando la competitividad. Además, cuando los mercados ofrecen resultados eficientes pero que no se consideran satisfactorios desde el punto de vista de la política de cohesión, pueden utilizarse las ayudas estatales para conseguir un resultado más equitativo y conveniente. En particular, una intervención estatal selectiva en el ámbito de la banda ancha puede contribuir a reducir la «brecha digital» ⁽⁴⁾ que se abre entre las zonas o regiones de un país en las que se dispone de servicios de banda ancha asequibles y competitivos y las zonas que carecen de dichos servicios.
- 3) Al mismo tiempo, hay que garantizar que las ayudas estatales no suplanten a la iniciativa de mercado en el sector de la banda ancha. Si las ayudas estatales a la banda ancha se utilizaran en zonas en las que los operadores de mercado normalmente decidirían invertir, o ya han invertido, esto podría afectar a las inversiones ya realizadas por los operadores en términos de mercado y socavar significativamente los incentivos de los operadores de mercado para invertir en absoluto en banda ancha. En tales casos, las ayudas estatales a la banda ancha podrían ser contraproducentes para el objetivo perseguido. El objetivo principal del control de las ayudas estatales en el ámbito de la banda ancha es garantizar que las ayudas estatales se traducirán en un nivel superior de cobertura y penetración de la banda ancha, o con mayor rapidez, que en caso de no haber existido la ayuda, y garantizar que sus efectos positivos superen a los negativos en cuanto a falseamiento de la competencia.
- 4) Cabe recordar que el marco regulador de las comunicaciones electrónicas aborda también cuestiones relativas al acceso a la banda ancha ⁽⁵⁾. Así, los mercados mayoristas de banda ancha actualmente están sujetos a regulación *ex ante* en todos los Estados de la AELC ⁽⁶⁾. A este respecto, ya se han tomado una serie de iniciativas encaminadas a hacer frente a los nuevos retos que plantean las redes de acceso de nueva generación (en lo sucesivo denominadas «NGA» ⁽⁷⁾) desde un punto de vista regulador, en especial por lo que se refiere a las cuestiones de acceso ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Este capítulo corresponde a la Comunicación de la Comisión — Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (DO C 235 de 30.9.2009, p. 7).

⁽²⁾ Véase por ejemplo *i2010 — Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo* [COM(2005) 229 final], de 1 de junio de 2005; *eEurope 2005: Una sociedad de la información para todos* [COM(2002) 263 final], Superar los desequilibrios en la banda ancha [COM(2006) 129].

⁽³⁾ COM (2005) 107 final.

⁽⁴⁾ Durante la pasada década, las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) se han hecho accesibles y asequibles al público general. El término «brecha digital» se utiliza generalmente para definir el desequilibrio entre aquellas personas y comunidades que tienen acceso a las tecnologías de la información y las que no lo tienen. Aunque son varias las razones de esta «brecha digital», la más importante es la falta de infraestructuras adecuadas de banda ancha. Considerando la dimensión regional, el grado de urbanización es un factor importante en el acceso y utilización de las TIC. La penetración de Internet sigue siendo, por tanto, muy inferior en las zonas escasamente pobladas de todo el Espacio Económico Europeo.

⁽⁵⁾ Véase el Acto mencionado en el punto 5cl del anexo XI del Acuerdo EEE [Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 33)], el Acto mencionado en el punto 5ck del anexo XI del Acuerdo EEE [Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 21)] y el Acto mencionado en el punto 5cj del anexo XI del Acuerdo EEE [Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 7)], adaptado al Acuerdo EEE por su Protocolo 1.

⁽⁶⁾ Véase la decisión de la Autoridad Noruega de Correos y Telecomunicaciones de 3 de abril de 2009 sobre la designación de empresas con poder de mercado significativo y por la que se imponen obligaciones específicas en el mercado al por mayor de acceso de banda ancha (mercado 5); la decisión de la Administración de Correos y Telecomunicaciones n° 8/2008 de 18 de abril de 2008 sobre la designación de empresas con poder de mercado significativo y por la que se imponen obligaciones específicas en el mercado al por mayor de acceso de banda ancha en Islandia; y la decisión de la Oficina de Comunicaciones de 16 de diciembre de 2009 relativa al reglamento sectorial del mercado al por mayor de acceso de banda ancha en Liechtenstein.

⁽⁷⁾ A efectos del presente documento, las redes NGA son redes de acceso cableadas que consisten total o parcialmente en elementos ópticos y pueden prestar servicios de acceso de banda ancha con características mejoradas (por ejemplo, mayor volumen) en comparación con los servicios prestados a través de las redes de cobre existentes (véase también la nota 58 a pie de página).

⁽⁸⁾ Véase el proyecto de recomendación de la Comisión sobre acceso regulado a redes de acceso de nueva generación, en http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf y la Declaración del Grupo de Reguladores Europeos sobre el desarrollo del acceso a las NGA, ERG (08) 68, en http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg_08_68_statement_on_nga_development_081211.pdf.

- 5) El presente capítulo resume la política del Órgano en cuanto a la aplicación de las normas del Acuerdo EEE sobre ayudas estatales a las medidas que apoyan el despliegue de redes de banda ancha tradicional, basándose en la práctica decisoria de la Comisión (sección 2) y tratan también una serie de cuestiones relativas a la evaluación de las medidas destinadas a fomentar y apoyar el despliegue rápido de redes NGA (sección 3).
- 6) El Órgano aplicará las Directrices expuestas en el presente capítulo al evaluar las ayudas estatales a la banda ancha, incrementando así la seguridad jurídica y la transparencia de su práctica decisoria.

2. POLÍTICA DEL ÓRGANO SOBRE AYUDAS ESTATALES PARA PROYECTOS DE BANDA ANCHA

2.1. Aplicación de las normas sobre ayudas estatales

- 7) En su práctica decisoria, la Comisión es extremadamente favorable a las medidas de ayuda para el despliegue de banda ancha en zonas rurales e insuficientemente cubiertas, pero es más crítica con las medidas de ayuda en zonas en las que ya existe infraestructura de banda ancha y hay competencia. Hasta la fecha, cuando la intervención estatal de ayuda al despliegue de la banda ancha reunía las condiciones de las ayudas estatales conforme al artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominado «TFUE»), correspondiente al artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, la Comisión ha evaluado su compatibilidad con arreglo al artículo 107, apartado 3, del TFUE, correspondiente al artículo 61, apartado 3, del Acuerdo EEE. La política de ayudas estatales de la Comisión hacia las medidas estatales de ayuda al despliegue de banda ancha se resume en las secciones 2.2 y 2.3.

2.2. Artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE: Existencia de ayuda

- 8) Con arreglo al artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, «serán incompatibles con el funcionamiento del presente Acuerdo, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre las Partes contratantes, las ayudas otorgadas por los Estados miembros de las CE, por los Estados de la AELC o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones». De ello se deduce que, para que una medida sea considerada ayuda estatal, deben reunirse las siguientes condiciones acumulativas:
- a) la medida debe concederse con fondos estatales;
 - b) debe otorgar una ventaja económica a las empresas;
 - c) la ventaja tiene que ser selectiva y falsear o amenazar con falsear la competencia;
 - d) la medida tiene que afectar al comercio en el interior del EEE.
- 9) El apoyo público a proyectos de banda ancha a menudo implica ayuda estatal con arreglo al artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE ⁽⁹⁾.
- 10) En primer lugar, por regla general las medidas implican recursos estatales (por ejemplo, el Estado apoya proyectos de banda ancha mediante subvenciones, deducciones fiscales o condiciones financieras preferentes de otro tipo) ⁽¹⁰⁾.
- 11) En segundo lugar, por lo que se refiere al apoyo concedido a una actividad económica, las medidas de ayuda estatal para proyectos de despliegue de banda ancha van destinadas generalmente al ejercicio de una actividad económica (por ejemplo, construcción, explotación de infraestructuras de banda ancha incluidas instalaciones de retorno y equipo de tierra (por ejemplo, fijas, terrestres inalámbricas, por satélite o combinación de tecnologías), así como acceso a las mismas. No obstante, en casos excepcionales en los que la red financiada de este modo no se utilice con fines comerciales (es decir, la red facilita acceso de banda ancha únicamente a páginas web no comerciales, servicios e información) ⁽¹¹⁾, este tipo de intervención estatal no implicaría la concesión de una ventaja económica a las empresas y, por consiguiente, no constituiría ayuda estatal a tenor del artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE.

⁽⁹⁾ Para una lista de todas las decisiones de la Comisión adoptadas con arreglo a las normas sobre ayudas estatales en el ámbito de la banda ancha, véase http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf.

⁽¹⁰⁾ Véase también la sección 2.2.1 sobre la aplicación del principio del inversor en una economía de mercado.

⁽¹¹⁾ Véase la Decisión de la Comisión de 30 de mayo de 2007 en el asunto NN 24/07 — República Checa, Prague Municipal Wireless Network.

- 12) En tercer lugar, por lo que se refiere a la concesión de una ventaja, por lo general la ayuda se concede directamente a inversores⁽¹²⁾ de la red, que, en la mayoría de los casos, son elegidos mediante licitación abierta⁽¹³⁾. Aunque el recurso a una licitación garantiza que cualquier ayuda se limita al importe mínimo necesario para el proyecto concreto, el apoyo financiero podría permitir al licitador elegido realizar una actividad comercial en unas condiciones que de otra manera no encontraría en el mercado. Entre los beneficiarios indirectos podrían estar los operadores terceros que obtienen acceso mayorista a la infraestructura construida de esta manera y también los usuarios del sector que obtienen conectividad de banda ancha con modalidades y condiciones que no se aplicarían sin la intervención estatal⁽¹⁴⁾.
- 13) En cuarto lugar, por lo que se refiere al criterio de selectividad, las medidas estatales que apoyan el despliegue de redes de banda ancha son de carácter selectivo ya que van destinadas a empresas activas únicamente en determinadas regiones o en determinados segmentos del mercado global de servicios de comunicaciones electrónicas. Además, en cuanto al falseamiento de la competencia, la intervención estatal tiende a alterar las condiciones existentes en el mercado, puesto que algunas empresas optan por suscribirse a los servicios prestados por los proveedores seleccionados en lugar de utilizar otras soluciones de mercado alternativas existentes más costosas⁽¹⁵⁾. Por consiguiente, el hecho de que se disponga de un servicio de banda ancha, o se disponga de dicho servicio a un precio inferior al que habría tenido sin la ayuda, produce un falseamiento de la competencia. Además, el apoyo estatal a la banda ancha podría reducir la rentabilidad y desplazar la inversión por parte de los operadores de mercado que, en caso contrario, estarían deseosos de invertir en la zona en cuestión o en parte de ella.
- 14) Por último, en la medida en la que la intervención estatal puede afectar a los proveedores de servicios de otros Estados del EEE, afecta también al comercio puesto que los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas (incluidos los mercados mayoristas y minoristas de banda ancha) están abiertos a la competencia entre operadores y proveedores de servicios⁽¹⁶⁾.

2.2.1. Ausencia de ayuda: aplicación del principio del inversor en una economía de mercado

- 15) Cuando el Estado contribuye al despliegue de banda ancha mediante una participación en el capital social o una aportación de capital en una empresa que realiza el proyecto, resulta necesario evaluar si esa inversión implica ayuda estatal. Conforme al principio de igualdad de trato se deduce que el capital puesto por el Estado, directa o indirectamente, a disposición de una empresa en circunstancias que corresponden a las condiciones normales del mercado, no puede considerarse ayuda estatal.
- 16) Cuando las participaciones en el capital social o aportaciones de capital por parte de un inversor público no ofrezcan suficientes perspectivas de rentabilidad, ni siquiera a largo plazo, dicha intervención debe considerarse ayuda con arreglo al artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, y debe evaluarse su compatibilidad con el mercado común en función únicamente de los criterios establecidos en dicha disposición⁽¹⁷⁾.
- 17) La Comisión ha examinado la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado en el ámbito de la banda ancha en su decisión *Ámsterdam*⁽¹⁸⁾. Como se subrayaba en esta Decisión, la conformidad de una inversión pública con las condiciones de mercado debe probarse de manera exhaustiva, ya sea por medio de una participación importante de inversores privados o por la existencia de un plan de negocios sólido que muestre un rendimiento adecuado de la inversión. Cuando participen en el proyecto inversores privados, es una condición *sine qua non* que tendrán que asumir el riesgo comercial vinculado a la inversión en las mismas condiciones que el inversor público.

⁽¹²⁾ El término «inversores» designa a empresas u operadores de red de comunicaciones electrónicas que invierten en la construcción y despliegue de infraestructura de banda ancha.

⁽¹³⁾ La Comisión solo ha aprobado una medida en la que no hubo una licitación abierta pero que consistía en un régimen de crédito fiscal para apoyar el despliegue de banda ancha en zonas de Hungría insuficientemente cubiertas, véase la Decisión N 398/05 — Hungría, Development of Tax Benefit for Broadband.

⁽¹⁴⁾ Véanse, por ejemplo, las Decisiones de la Comisión N 570/07 — Alemania, Broadband in rural areas of Baden-Württemberg, N 157/06 — Reino Unido, South Yorkshire Digital Region Broadband Project, N 262/06 — Italia, Broadband for rural Tuscany, N 201/06 — Grecia, Broadband access development in underserved territories y N 131/05 — Reino Unido, FibreSpeed Broadband Project Wales. Aunque los usuarios residenciales también son beneficiarios de dichas medidas, sin embargo no están sujetos a las normas sobre ayudas estatales al no ser ni empresas ni operadores económicos a tenor del artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE.

⁽¹⁵⁾ Véase la Decisión de la Comisión N 266/08 — Alemania, Broadband in rural areas of Bayern.

⁽¹⁶⁾ Véase la Decisión de la Comisión N 237/08 — Alemania, Broadband support in Niedersachsen.

⁽¹⁷⁾ Asunto C-303/88, Italia/Comisión, Rec. 1991, p. I-1433, apartados 20 a 22.

⁽¹⁸⁾ Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 2007 en el asunto C 53/2006 Citynet Amsterdam — investment by the city of Amsterdam in a fibre-to-the home (FTTH) network (DO L 247 de 16.9.2008, p. 27). El asunto trataba de la construcción de una red de acceso a la banda ancha FTTH (fibra hasta el hogar) para conectar a 37 000 hogares en Amsterdam, a los que ya prestaban servicio varias redes de banda ancha competidoras. El ayuntamiento de Amsterdam había decidido invertir en el nivel pasivo de la red junto con dos inversores privados y cinco empresas de viviendas. La infraestructura pasiva era propiedad y estaba gestionada por una entidad separada en la que el ayuntamiento de Amsterdam poseía un tercio de sus acciones, los dos inversores privados («ING Real Estate» y «Reggefiber») otro tercio, y las empresas de viviendas el tercio restante.

2.2.2. Ausencia de ayuda: compensación por servicio público y criterios Altmark

- 18) En algunos casos, los Estados de la AELC pueden considerar que el suministro de red de banda ancha debe considerarse como servicio de interés económico general («SIEG») con arreglo al artículo 59, apartado 2, del Acuerdo EEE⁽¹⁹⁾.
- 19) Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, siempre que se reúnan las cuatro condiciones (a las que se alude habitualmente como criterios Altmark), la financiación estatal para la prestación de un SIEG puede quedar fuera del ámbito del artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE⁽²⁰⁾. Las cuatro condiciones son: a) al beneficiario de un mecanismo de financiación pública de un SIEG se le debe haber encomendado formalmente la prestación y ejecución de un SIEG, cuyas obligaciones deben estar claramente definidas; b) los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que esta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras; c) la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de un SIEG, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por el cumplimiento de estas obligaciones, y d) cuando no se elija al beneficiario mediante un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación concedida debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media bien gestionada habría soportado para cumplir dichas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.
- 20) En dos decisiones⁽²¹⁾ relativas a las medidas adoptadas por autoridades regionales para adjudicar la concesión⁽²²⁾ de un servicio público (subvencionado) a operadores privados para el despliegue de redes de banda ancha básica en zonas insuficientemente cubiertas, la Comisión llegó a la conclusión de que los regímenes de ayuda notificados se ajustaban a los cuatro criterios establecidos en la sentencia Altmark y, por consiguiente, no entraban en el ámbito del artículo 107, apartado 1, del TFUE⁽²³⁾. En particular, en ambos casos, se eligió al licitador basándose en la menor cantidad de ayuda solicitada y el importe de compensación concedido se determinó en función de criterios transparentes y establecidos de antemano. Además, la Comisión no encontró pruebas de compensación excesiva ni riesgo de que la hubiera.
- 21) Por el contrario, la Comisión dictaminó que el concepto de SIEG y su subsiguiente dependencia de la jurisprudencia Altmark no podría aceptarse cuando el proveedor no tuviera un mandato claro ni estuviera obligado a suministrar acceso de banda ancha y a conectar a todos los ciudadanos y empresas en zonas insuficientemente cubiertas y su intención fuera más bien conectar empresas⁽²⁴⁾.
- 22) Además, conforme a la jurisprudencia, aunque los Estados de la AELC dispongan de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran como servicios de interés económico general, la definición de estos servicios o misiones por parte de un Estado de la AELC puede ser cuestionada por el Órgano en caso de error manifiesto⁽²⁵⁾. En otras palabras, aunque la determinación del carácter y el alcance de una misión de SIEG entre en las competencias y margen de apreciación discrecional de los Estados de la AELC, tales competencias no son ilimitadas ni pueden ejercerse arbitrariamente⁽²⁶⁾. En particular, para que una actividad sea considerada un SIEG,

⁽¹⁹⁾ Según la jurisprudencia, a las empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general se les debe haber confiado esta misión mediante un acto de los poderes públicos. A este respecto, una de las formas de encomendar a un operador un servicio de interés económico general es la concesión; véanse los asuntos acumulados T-204/97 y T-270/97, EPAC/Comisión, Rec. 2000, p-II-2267, apartado 126 y asunto T-17/02, Fred Olsen/Comisión, Rec. 2005, p-II-2031, apartados 186 y 188-189.

⁽²⁰⁾ Asunto C-280/00 Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Rec. 2003, p. I-7747 («sentencia Altmark»).

⁽²¹⁾ Véase la Decisión de la Comisión N 381/04 — Francia, *Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, y la Decisión de la Comisión N 382/04 — Francia, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*.

⁽²²⁾ Aunque en este capítulo se hace referencia a una «concesión» de un servicio público, la forma del instrumento contractual elegido para encomendar una misión de servicio público o un SIEG puede variar de un Estado de la AELC a otro. No obstante, el instrumento deberá especificar al menos el carácter exacto, el alcance y la duración de las obligaciones de servicio público impuestas y la identidad de las empresas implicadas, y los costes que deberá soportar la empresa en cuestión.

⁽²³⁾ En particular, dado que los Estados miembros gozan de amplio margen de apreciación para definir el ámbito de un SIEG, la Comisión reconoció en las dos Decisiones citadas que, en la medida en que la prestación de una infraestructura de banda ancha ubicua estaría abierta a todos los demás proveedores de red y resolvería una deficiencia del mercado y suministraría conectividad a todos los usuarios en la regiones en cuestión, el Estado miembro no había cometido un error manifiesto al considerar que la prestación de dicho servicio se ajustaba al concepto de SIEG.

⁽²⁴⁾ Véase la Decisión de la Comisión N 284/05 — Irlanda, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»)*, fases II and III, considerandos 23 y 37-40. En ese asunto, la Comisión consideró que el apoyo prestado al despliegue y operación de las redes del área metropolitana en una serie de ciudades de Irlanda no era una contrapartida por un SIEG ya que la medida notificada parecía más bien una «asociación público-privada» que la encomienda y ejecución de un SIEG. Véase también la Decisión N 890/06 — Francia, *Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit*. En ese asunto, la Comisión señaló que la medida notificada se refería al apoyo para el suministro de conectividad de banda ancha solo para parques empresariales y organizaciones del sector público en una zona de Toulouse, que excluía el sector residencial. Además, el proyecto cubría únicamente una parte de la región. En consecuencia, la Comisión consideró que no se trataba de un SIEG ya que la medida notificada no pretendía servir los intereses de los ciudadanos sino los del sector empresarial.

⁽²⁵⁾ Véase el asunto T-289/03, *Bupa y otros/Comisión*, Rec. 2008, p. II-741, apartado 165, y el asunto T-106/95, *FFSA y otros/Comisión*, Rec. 1997, p. II-229, apartado 99. Véase también el apartado 14 de la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DO C 17 de 19.1.2001, p. 4).

⁽²⁶⁾ Véase el asunto T-442/03, *SIC/Comisión*, Rec. 2008, p. II-000, apartado 195, asunto T-289/03 *Bupa y otros/Comisión*, op. cit., apartado 166 y asunto T-17/02 *Fred Olsen/Comisión*, op. cit., apartado 216. Según el apartado 22 de la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, «la libertad de los Estados miembros para definir [los servicios de interés económico general] significa que los Estados miembros son ante todo responsables de definir lo que consideran [dichos] servicios basándose en las características específicas de las actividades. Esta definición solo puede estar sujeta al control de los errores manifiestos».

deberá presentar ciertas características especiales en comparación con las actividades económicas ordinarias ⁽²⁷⁾. A este respecto, el Órgano considerará que, en zonas en las que los inversores privados ya han invertido en una infraestructura de red de banda ancha (o están ampliando su infraestructura de red) y ya prestan servicios competitivos de banda ancha con una cobertura adecuada, implantar una infraestructura de banda ancha paralela competitiva con fondos públicos no deberá considerarse un SIEG a tenor del artículo 59, apartado 2, del Acuerdo EEE ⁽²⁸⁾. No obstante, cuando se pueda demostrar que los inversores privados tal vez no estén en condiciones de ofrecer en un futuro próximo ⁽²⁹⁾ cobertura adecuada de banda ancha a todos los ciudadanos o usuarios, dejando así sin conexión a una parte importante de la población, podrá concederse una compensación por servicio público a una empresa encargada de la gestión de un SIEG siempre que se cumplan las condiciones establecidas en los apartados 23 a 27. Con carácter preliminar, cabe subrayar que las consideraciones expuestas en estos apartados se basan en las especificidades del sector de la banda ancha y reflejan la experiencia de la Comisión hasta el momento en su práctica decisoria en este ámbito. Por tanto, las condiciones expuestas en esos apartados, aunque no son exhaustivas, sí son indicativas del planteamiento del Órgano al evaluar en cada caso si las actividades en cuestión pueden definirse como SIEG y si la financiación pública concedida al respecto cumple las normas sobre ayudas estatales del Acuerdo EEE.

- 23) Por lo que se refiere a la definición del alcance de una misión de SIEG a los efectos de garantizar el despliegue generalizado de una infraestructura de banda ancha, se pide a los Estados de la AELC que describan las razones por las cuales estiman que el servicio en cuestión merece, como consecuencia de su carácter específico, ser calificado como SIEG y distinguirse de otras actividades económicas ⁽³⁰⁾. Los Estados de la AELC deben, además, velar por que la misión de SIEG satisfaga determinados criterios mínimos comunes a toda misión de SIEG y demostrar que dichos criterios se satisfacen en el caso en cuestión.
- 24) Estos criterios son, como mínimo: a) la existencia de un acto del poder público que encomiende a los operadores afectados una misión de SIEG, y b) el carácter universal y obligatorio de esta misión. Por tanto, al evaluar si la definición de un SIEG para el despliegue de banda ancha no da lugar a un error manifiesto de apreciación, los Estados de la AELC velarán por que la infraestructura de banda ancha que se despliegue ofrezca conectividad universal a todos los usuarios, residenciales y empresas por igual, en una zona dada. Además, el carácter obligatorio de la misión de SIEG implica que el proveedor de la red que se despliegue no podrá negar el acceso a la infraestructura por razones discrecionales o discriminatorias (por ejemplo, porque no sea rentable ofrecer servicios de acceso en una zona dada).
- 25) Dada la situación competitiva que se ha logrado desde la liberalización del sector de las comunicaciones electrónicas en el EEE y, en particular, la competencia que existe actualmente en el mercado minorista de banda ancha, una red financiada con fondos públicos implantada en el contexto de un SIEG deberá estar disponible para todos los operadores interesados. En consecuencia, el reconocimiento de una misión de SIEG para el despliegue de banda ancha deberá estar basado en el suministro de una infraestructura pasiva, neutra ⁽³¹⁾ y de acceso abierto. Dicha red deberá ofrecer a los solicitantes todas las formas posibles de acceso de red y permitir la competencia efectiva a nivel minorista, garantizando la prestación de servicios competitivos y accesibles a los usuarios finales ⁽³²⁾. Por consiguiente, la misión de SIEG deberá cubrir únicamente el despliegue de una red de banda ancha que ofrezca conectividad universal y la prestación de los servicios de acceso mayorista correspondientes, sin incluir servicios de comunicación minorista ⁽³³⁾. Cuando el proveedor de la misión de SIEG sea además un operador de banda ancha integrado verticalmente, deberán implantarse las salvaguardias adecuadas para evitar cualquier conflicto de intereses, discriminación indebida y cualquier otra ventaja indirecta encubierta ⁽³⁴⁾.

⁽²⁷⁾ Esto implica que el objetivo de interés general perseguido por las autoridades públicas no puede ser simplemente el de desarrollar determinadas zonas o actividades económicas previsto en el artículo 61, apartado 3, letra c). Véase la Decisión de la Comisión N 381/04 — Francia, *Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, apartado 53 y la Decisión de la Comisión N 382/04 — Francia, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*.

⁽²⁸⁾ A este respecto, las redes que se tomarán en cuenta al evaluar la necesidad de un SIEG deberán ser siempre de arquitectura comparable, es decir o bien redes de banda ancha básica o NGA.

⁽²⁹⁾ Se entenderá por «futuro próximo» un período de tres años. A este respecto, los esfuerzos de inversión previstos por los inversores privados deberán garantizar que en el plazo de tres años se logre al menos un avance significativo y que la inversión prevista se complete posteriormente en un plazo razonable de tiempo (dependiendo de las características de cada zona y proyecto).

⁽³⁰⁾ Sin dicha motivación, no sería posible un control, siquiera marginal, por parte del Órgano basado tanto en la primera condición Altmark como en el artículo 59, apartado 2, del Acuerdo EEE relativo a la existencia de algún error manifiesto cometido por los Estados de la AELC en el marco de su potestad discrecional, Asunto T-289/03, *Bupa y otros/Comisión*, Rec. 2008, p. II-000, apartado 172.

⁽³¹⁾ Una red deberá ser tecnológicamente neutra, permitiendo así el acceso a los solicitantes para utilizar cualquiera de las tecnologías disponibles en la prestación de servicios a los usuarios finales. Aunque este requisito puede ser de aplicación limitada en el despliegue de una infraestructura de red ADSL, tal vez no sea ese el caso en una red de fibra NGA en la que los operadores puedan utilizar distintas tecnologías de fibra para prestar servicios a los usuarios finales (punto a punto o GPON).

⁽³²⁾ Por ejemplo, una red ADSL deberá ofrecer acceso indirecto y desagregación total, mientras que una red NGA de fibra deberá ofrecer como mínimo acceso a fibra oscura, acceso indirecto y, si lo que se despliega es una red FTTC, desagregación del subbucle.

⁽³³⁾ Esta limitación está justificada por el hecho de que, una vez desplegada una red de banda ancha que ofrece conectividad universal, normalmente las fuerzas del mercado se bastan para ofrecer servicios de comunicación a todos los usuarios a un precio competitivo.

⁽³⁴⁾ Tales salvaguardias pueden incluir, en particular, la obligación de contabilidad separada, y pueden incluir también la creación de una entidad estructural y jurídicamente separada del operador integrado verticalmente. Dicha entidad deberá ser la única responsable del cumplimiento y ejecución de la misión de SIEG asignada a ella.

- 26) Habida cuenta de que el mercado de las comunicaciones electrónicas está totalmente liberalizado, un SIEG para el despliegue de banda ancha no puede estar basado en la concesión de un derecho exclusivo o especial al proveedor del SIEG a tenor del artículo 59, apartado 1, del Acuerdo EEE.
- 27) En el cumplimiento de su misión de cobertura universal, un proveedor de SIEG puede necesitar desplegar una infraestructura de red no solo en zonas que no son rentables sino también en zonas rentables, es decir, zonas en las que otros operadores pueden haber desplegado ya su propia infraestructura de red o tener previsto hacerlo en un futuro próximo. No obstante, dadas las particularidades del sector de la banda ancha, en ese caso cualquier compensación concedida deberá cubrir únicamente los costes de desplegar infraestructuras en zonas no rentables⁽³⁵⁾. Cuando un SIEG para desplegar una red de banda ancha no esté basado en el despliegue de una infraestructura de propiedad pública, deberá establecerse un control adecuado y unas cláusulas de devolución con el fin de evitar que el proveedor del SIEG obtenga una ventaja indebida al conservar la propiedad de la red que se financió con fondos públicos una vez terminada la concesión del SIEG. Por último, la compensación por un SIEG deberá, en principio, concederse mediante una licitación abierta, transparente y no discriminatoria que exija que todos los operadores candidatos definan de manera transparente las zonas rentables y no rentables, calculen los ingresos previstos y soliciten el importe correspondiente de compensación que consideren estrictamente necesario, evitando cualquier riesgo de compensación excesiva. Una licitación organizada en esas condiciones deberá garantizar el cumplimiento de la cuarta condición establecida en la sentencia Altmark (véase el apartado 19).
- 28) Cuando no se reúnan los cuatro criterios establecidos en la sentencia Altmark y se cumplan las criterios generales de aplicabilidad del artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, la compensación por servicio público por el despliegue de una infraestructura de banda ancha constituirá ayuda estatal y estará sujeta a los artículos 49, 59 y 61 del Acuerdo EEE y al artículo 1 de la parte I del Protocolo 3 del Acuerdo entre los Estados de la AELC sobre la creación de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia (en lo sucesivo denominado Protocolo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción). En ese caso, la ayuda estatal consistente en la compensación por servicio público concedida a determinadas empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general (véanse los apartados 23-27) podría considerarse compatible con el funcionamiento del Acuerdo EEE y estar exenta del requisito de notificación establecido en el artículo 1, apartado 3, de la parte I del Protocolo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción si se cumplen los requisitos contemplados en el acto mencionado en el punto 1h del anexo XV del Acuerdo EEE (Decisión 2005/842/CE de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general⁽³⁶⁾, adaptado al Acuerdo EEE mediante su Protocolo 1⁽³⁷⁾).

2.3. Evaluación de la compatibilidad con arreglo al artículo 61, apartado 3, del Acuerdo EEE

- 29) Cuando la Comisión ha considerado que una medida notificada constituye ayuda con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE, la evaluación de la compatibilidad, hasta la fecha, se ha basado directamente en el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE⁽³⁸⁾.
- 30) Las zonas cubiertas por un proyecto de ayuda estatal para banda ancha pueden también ser zonas asistidas con arreglo al artículo 61, apartado 3, letras a) y c), y el capítulo sobre ayudas nacionales de finalidad regional para 2007-2013 de las Directrices sobre ayudas estatales del Órgano (en lo sucesivo denominado «capítulo sobre ayudas regionales») ⁽³⁹⁾. En este caso, las ayudas para la banda ancha pueden también considerarse ayudas para inversiones iniciales con arreglo al capítulo sobre ayudas nacionales de finalidad regional. No obstante, en muchos de los casos examinados hasta la fecha por la Comisión las medidas notificadas iban destinadas también a otras zonas que no eran zonas «asistidas», por lo que la evaluación de la Comisión no podía realizarse con arreglo a las Directrices sobre ayudas regionales⁽⁴⁰⁾.
- 31) Cuando una medida entra en el ámbito del capítulo sobre ayudas regionales y cuando está previsto conceder además ayudas individuales ad hoc a una única empresa, o la ayuda está limitada a un sector de actividad, corresponde el Estado de la AELC demostrar que se cumplen las condiciones establecidas en dicho capítulo. Esto incluye, en

⁽³⁵⁾ Corresponde a los Estados de la AELC idear, dadas las particularidades de cada caso, el método más adecuado para garantizar que la compensación concedida cubra únicamente los costes del cumplimiento de la misión de SIEG en las zonas no rentables. Por ejemplo, la compensación concedida podría estar basada en una comparación entre los ingresos procedentes de la explotación comercial de la infraestructura en las zonas rentables y no rentables. Cualquier beneficio excesivo, es decir, un beneficio por encima del rendimiento medio del capital en el sector para desplegar una infraestructura de banda ancha, podría ser asignado a la financiación del SIEG en las zonas no rentables y el resto ser objeto de la compensación financiera concedida.

⁽³⁶⁾ DO L 312 de 29.11.2005, p. 67.

⁽³⁷⁾ Véase también el capítulo sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público de las Directrices sobre ayuda estatal del Órgano (DO L 109 de 26.4.2007, p. 44) y Suplemento EEE n° 20 de 26.4.2007, p. 1, también disponible en el sitio Internet del Órgano: http://www.eftasurv.int/fieldswork/fieldstateaid/state_aid_guidelines/partvi-stateaidintheformofpublicservicecompensation.pdf.

⁽³⁸⁾ Cabe recordar que, con arreglo al artículo 107, apartado 3, letra a), del TFUE, que corresponde al artículo 61, apartado 3, letra a), del Acuerdo EEE, podrán ser compatibles con el funcionamiento del Acuerdo EEE «las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo».

⁽³⁹⁾ DO L 54 de 28.2.2008, p. 1 y Suplemento EEE n° 11 de 28.2.2008, p. 1.

⁽⁴⁰⁾ Directrices sobre ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013 (DO C 54 de 4.3.2006, p. 13). Además, aunque la ayuda concedida en algunos casos estaba circunscrita a «zonas asistidas» y podría también haberse considerado ayuda para inversiones iniciales con arreglo a las citadas Directrices, a menudo la intensidad de la ayuda excedía el límite máximo permitido para ayudas regionales en dichas zonas.

concreto, que el proyecto en cuestión contribuya a una estrategia coherente de desarrollo regional y que, habida cuenta de la naturaleza y dimensión del mismo, no dé lugar a un falseamiento inaceptable de la competencia.

2.3.1 *La prueba de sopesamiento y su aplicación a las ayudas para el despliegue de la banda ancha*

- 32) Para evaluar si una medida de ayuda puede considerarse compatible con el funcionamiento del Acuerdo EEE, el Órgano de Vigilancia sopesa la incidencia positiva de la medida de ayuda de cara a un objetivo de interés común y sus potenciales efectos secundarios negativos, por ejemplo la distorsión del comercio y competencia.
- 33) Al aplicar esta prueba de sopesamiento, el Órgano evaluará las siguientes cuestiones:
- a) ¿Tiene la ayuda un objetivo de interés común claramente definido, esto es, se orienta la ayuda propuesta a resolver una deficiencia de mercado u otro objetivo? ⁽⁴¹⁾
 - b) ¿La ayuda está concebida para alcanzar el objetivo de interés común? En particular:
 - i) ¿Es la ayuda un instrumento político adecuado, es decir, existen otros instrumentos más adecuados?
 - ii) ¿Tiene la medida efecto incentivador, es decir, modifica el comportamiento de las empresas?
 - iii) ¿Es la medida de ayuda proporcionada o, en otras palabras, podría el mismo cambio de comportamiento obtenerse con menos ayuda?
 - c) ¿Los falseamientos de la competencia y el efecto sobre el comercio son limitados de modo que el balance general sea positivo?
- 34) Los pasos concretos de la prueba de sopesamiento en el ámbito de la banda ancha se exponen en las secciones 2.3.2 y 2.3.3.

2.3.2. *Objetivo de la medida*

- 35) Como se indicaba en la introducción, el acceso generalizado y asequible a la banda ancha reviste gran importancia dada su capacidad de acelerar la contribución de estas tecnologías al crecimiento y la innovación en todos los sectores de la economía y a la cohesión social y territorial.
- 36) El coste del suministro de banda ancha es tal que al mercado no siempre le resultará rentable invertir en él. Por economías de densidad, generalmente es más rentable desplegar redes de banda ancha donde la demanda potencial es mayor y está concentrada, es decir, en zonas densamente pobladas. Debido a lo elevado de los costes fijos de inversión, los costes unitarios se incrementan espectacularmente al descender la densidad de población. Por consiguiente, generalmente las redes de banda ancha tienden a cubrir de modo rentable solo una parte de la población. De la misma manera, en determinadas zonas solo puede ser rentable que implante una red un único proveedor, y no dos o más.
- 37) Cuando el mercado no ofrece suficiente cobertura de banda ancha o las condiciones de acceso no son adecuadas, la ayuda estatal puede desempeñar un papel útil. Específicamente, la ayuda estatal en el sector de la banda ancha puede solucionar una deficiencia de mercado, es decir, situaciones en las que los inversores de mercado individuales no invierten, aun cuando esto fuera eficiente desde una perspectiva económica más amplia, por ejemplo, por sus efectos positivos indirectos. Alternativamente, las ayudas estatales a la banda ancha también pueden considerarse como un instrumento para lograr objetivos de equidad, es decir, como una forma de mejorar el acceso a un medio esencial de comunicación y participación en la sociedad así como de libertad de expresión para todos los agentes de la sociedad, reforzando así la cohesión social y territorial.
- 38) Conviene hacer desde un principio una distinción fundamental entre los tipos de zonas que pueden tenerse en cuenta, dependiendo del nivel de conectividad de banda ancha ya disponible. La Comisión ha hecho una distinción sistemática entre zonas en las que no existe infraestructura de banda ancha o en las que no es probable que se desarrolle en lo inmediato (zonas blancas), zonas en las que solo existe un operador de red de banda ancha (zonas grises) y zonas en las que existen al menos dos o más proveedores de redes de banda ancha (zonas negras) ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Véanse por ejemplo, las Decisiones de la Comisión N 508/08 — Reino Unido, Provision of remote Broadband services in Northern Ireland, N 201/06 — Grecia, Broadband access development in underserved areas, y N 118/06 — Letonia, Development of broadband communications networks in rural areas.

⁽⁴²⁾ Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión N 201/06 — Grecia, Broadband access development in underserved areas.

2.3.2.1. «Zonas blancas»: fomentar la cohesión territorial y los objetivos de desarrollo económico

- 39) El Órgano considera que el apoyo al despliegue de redes de banda ancha en zonas blancas rurales e insuficientemente atendidas fomenta la cohesión económica, social y territorial y resuelve deficiencias del mercado. La cobertura de redes de banda ancha solo es rentable en parte de la población, por lo que es necesario el apoyo estatal para lograr la cobertura total.
- 40) El Órgano acepta que al aportar apoyo financiero para la prestación de servicios de banda ancha en zonas en las que la banda ancha no está disponible actualmente, ni está previsto que los inversores privados la desplieguen en un futuro próximo, los Estados de la AELC persiguen unos objetivos de verdadera cohesión y desarrollo económico y, por tanto, probablemente su intervención sea acorde con el interés común ⁽⁴³⁾. Se entenderá por «futuro próximo» un período de tres años. A este respecto, los esfuerzos de inversión previstos por los inversores privados deberán garantizar que en el plazo de tres años se logre al menos un avance significativo y que la inversión prevista se complete posteriormente en un plazo razonable de tiempo (dependiendo de las características de cada zona y proyecto). Las autoridades públicas pueden exigir la presentación de un plan de negocios, junto con un calendario detallado del plan de despliegue así como una prueba de financiación adecuada o cualquier otro tipo de prueba que demuestre el carácter verosímil y plausible de la inversión prevista por operadores de red privados.

2.3.2.2. «Zonas negras»: no es necesaria la intervención estatal

- 41) Cuando en una zona geográfica dada existen al menos dos proveedores de red de banda ancha y los servicios de banda ancha se prestan en condiciones competitivas (competencia basada en infraestructuras), no hay deficiencia de mercado. Por consiguiente, el margen para que la intervención estatal reporte mayores beneficios es muy pequeño. Por el contrario, el apoyo estatal para la financiación de la construcción de una red de banda ancha adicional llevará, en principio, a un falseamiento inaceptable de la competencia y al desplazamiento de inversores privados. En consecuencia, de no haber una deficiencia de mercado claramente demostrada, el Órgano considerará negativamente las medidas de financiación del despliegue de una infraestructura de banda ancha adicional en una «zona negra» ⁽⁴⁴⁾.

2.3.2.3. «Zonas grises»: es necesaria una evaluación más detallada

- 42) La existencia de un operador de red en una zona dada no implica necesariamente que no haya una deficiencia del mercado o un problema de cohesión. El suministro en monopolio puede afectar a la calidad del servicio o al precio al que se ofrecen los servicios al ciudadano. Por otra parte, en zonas en las que solo existe un operador de red de banda ancha, por definición, las subvenciones para la construcción de una red alternativa pueden falsear la dinámica del mercado. Por consiguiente, el apoyo estatal para el despliegue de redes de banda ancha en «zonas grises» exige un análisis más detallado y una evaluación cuidadosa de la compatibilidad.
- 43) Aunque un operador de red pueda estar presente en la zona elegida para la intervención estatal, determinadas categorías de usuarios tal vez sigan sin recibir un servicio adecuado, bien porque algunos servicios de banda ancha solicitados por los usuarios no estaban a su disposición o bien, al no haber tarifas reguladas de acceso mayorista, porque sus precios minoristas no eran asequibles en comparación con los mismos servicios ofrecidos en zonas o regiones más competitivas del país ⁽⁴⁵⁾. Si, además, las perspectivas de que terceras partes construyan una infraestructura alternativa son limitadas, la financiación de tal infraestructura podría ser una medida adecuada. Esto solucionaría la falta de competencia en las infraestructuras y reduciría así los problemas que plantea la posición de monopolio de facto del operador tradicional ⁽⁴⁶⁾. No obstante, la concesión de ayuda en estas circunstancias está sujeta a una serie de condiciones que debería reunir el Estado de la AELC en cuestión.

⁽⁴³⁾ Véase, por ejemplo, la Decisión N 118/06 — Letonia, Development of broadband communication networks in rural areas.

⁽⁴⁴⁾ Véase la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2006 sobre la medida nº C 35/05 (ex N 59/05) que los Países Bajos tienen previsto ejecutar relativa a una infraestructura de banda ancha en Appingedam (DO L 86 de 27.3.2007, p. 1). El asunto implicaba el despliegue de una red pasiva (es decir, conducciones y fibra) que sería propiedad del ayuntamiento, mientras que la capa activa (es decir, la gestión y explotación de la red) se licitaría a un operador mayorista del sector privado que tendría que ofrecer servicios de acceso mayorista a otros proveedores de servicios. En su Decisión, la Comisión señaló que el mercado de banda ancha holandés era un mercado cambiante en el que los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, incluidos los operadores de cable y los proveedores de servicios de Internet, estaban introduciendo servicios de banda ancha de muy alta capacidad sin ningún apoyo estatal. La situación en Appingedam no era diferente de la del resto del mercado de banda ancha holandés. Tanto el operador tradicional de línea fija como el operador de cable ya ofrecían «servicios triple play» en Appingedam (telefonía, banda ancha y TV digital/analógica) y ambos operadores tenían la capacidad técnica para seguir incrementando la capacidad de ancho de banda de su red.

⁽⁴⁵⁾ Como se mencionaba en el apartado 4, cabe recordar que, hasta ahora, el acceso a la banda ancha se regula *ex ante* en todos los países de la AELC.

⁽⁴⁶⁾ En su Decisión N 131/05 — Reino Unido, FibreSpeed Broadband Project Wales, la Comisión tuvo que evaluar si el apoyo financiero otorgado por las autoridades galesas para la construcción de una red de fibra óptica abierta y neutra que conectaba 14 parques empresariales podría seguir considerándose compatible aun cuando su ubicación ya estuviera atendida por el operador de red tradicional, que ofrecía líneas arrendadas a precios regulados. La Comisión consideró que las líneas arrendadas ofrecidas por el operador tradicional eran muy caras y que prácticamente no estaban al alcance de las PYME. Los parques empresariales en cuestión no podían conseguir servicios ADSL simétricos superiores a 2 Mbps debido a la distancia hasta las centralitas telefónicas del operador tradicional. Además, este operador no ponía a disposición de terceros sus conducciones y fibra oscura. Por tanto, la presencia del operador tradicional en las zonas en cuestión no garantizaba servicios de Internet de alta velocidad asequibles para las PYME. No había perspectivas de que terceras construyeran infraestructuras alternativas para prestar servicios de alta velocidad a los parques empresariales en cuestión. Véanse también las Decisiones de la Comisión N 890/06 — Francia, Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit y N 284/05 — Irlanda, Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (MANs), phases II and III.

- 44) En consecuencia, el Órgano puede declarar compatibles, con determinadas condiciones, las medidas de ayuda estatal destinadas a zonas en las que el suministro de infraestructura de banda ancha sea un monopolio *de facto* siempre que
- i) no se ofrezcan servicios asequibles o adecuados para satisfacer las necesidades de los usuarios particulares o empresas, y ii) no se disponga de medidas que produzcan menos falseamiento (incluida la regulación *ex ante*) para alcanzar los mismos objetivos. A los efectos de determinar lo anterior, el Órgano evaluará en concreto si:
 - a) las condiciones de mercado generales no son adecuadas, considerando, entre otras cosas, el nivel de precios actuales de la banda ancha, el tipo de servicios ofrecidos a los usuarios finales (usuarios residenciales y empresariales) y las condiciones de aquellos;
 - b) sin la regulación *ex ante* impuesta por una autoridad nacional reguladora (ANR) el acceso efectivo a la red no se ofrece a terceros o las condiciones de acceso no propician la competencia efectiva;
 - c) las barreras generales a la entrada excluyen la entrada potencial de otros operadores de comunicaciones electrónicas, y
 - d) ninguna de las medidas adoptadas o soluciones impuestas por la autoridad nacional reguladora o por la autoridad de competencia en lo que se refiere al proveedor de la red existente ha podido solucionar dichos problemas.

2.3.3. Diseño de la medida y necesidad de limitar el falseamiento de la competencia

- 45) Cuando la cobertura de banda ancha se considere insuficiente, puede ser necesaria la intervención estatal. La primera pregunta que se plantea es si la ayuda estatal es un instrumento político adecuado para solucionar el problema o si existen otros instrumentos más idóneos.
- 46) A este respecto, el Órgano ha señalado en decisiones anteriores que, mientras que la regulación *ex ante* ha facilitado en muchos casos el despliegue de banda ancha en zonas urbanas y densamente pobladas, puede no ser un instrumento suficiente para permitir la prestación de servicios de banda ancha, especialmente en zonas insuficientemente cubiertas cuando la rentabilidad inherente a la inversión es escasa⁽⁴⁷⁾.
- 47) De la misma manera, las medidas que influyen en la demanda de banda ancha (por ejemplo, vales para los usuarios finales) aunque pueden contribuir positivamente a la penetración de la banda ancha y deben impulsarse como alternativa o complemento de otras medidas públicas, no siempre pueden solucionar la falta de suministro de banda ancha⁽⁴⁸⁾. Por consiguiente, en tales situaciones tal vez no existan alternativas a la concesión de financiación pública para superar la falta de conectividad de banda ancha.
- 48) Por lo que se refiere al efecto incentivador de la medida, debe comprobarse si la inversión en la red de banda ancha en cuestión no se habría realizado en el mismo plazo sin ayudas estatales.
- 49) Al evaluar el carácter proporcional de las medidas notificadas en las zonas «blancas» o «grises», la ausencia de cualquiera de las condiciones expuestas de a) a h) exigiría una evaluación pormenorizada⁽⁴⁹⁾ y lo más probable es que diera lugar a una conclusión negativa sobre la compatibilidad de la ayuda con el funcionamiento del Acuerdo EEE:
- a) Mapa detallado y análisis de la cobertura: Los Estados de la AELC deberán identificar claramente qué zonas geográficas estarán cubiertas por la medida de apoyo en cuestión. Al realizar paralelamente un análisis de las condiciones competitivas y de la estructura imperante en una zona dada y consultar a todos los interesados afectados por la medida en cuestión, los Estados de la AELC minimizan el falseamiento de la competencia con los proveedores existentes y con aquellos que tienen ya planes de inversión para un futuro próximo y permiten a dichos inversores planificar sus actividades⁽⁵⁰⁾. En consecuencia, un mapa detallado y una consulta exhaustiva no solo garantizan un alto grado de transparencia sino que sirven también como instrumento esencial para definir la existencia de zonas «blancas», «grises» y «negras»⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Véanse, por ejemplo, las Decisiones de la Comisión N 473/07 — Italia, Broadband connection for Alto Adige, N 570/07 — Alemania, Broadband in rural areas of Baden-Württemberg, N 131/05 — Reino Unido, FibreSpeed Broadband Project Wales, N 284/05 — Irlanda, Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (MANs), phases II and III, N 118/06 — Letonia, Development of broadband communication networks in rural areas, y N 157/06 — Reino Unido, South Yorkshire Digital Region Broadband Project.

⁽⁴⁸⁾ Véanse, por ejemplo, las Decisiones de la Comisión N 222/06 — Italia, Aid to bridge the digital divide in Sardinia, N 398/05 — Hungría, Development Tax Benefit for Broadband y N 264/06 — Italia, Broadband for rural Tuscany.

⁽⁴⁹⁾ Generalmente dentro del marco de un procedimiento con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la parte I del Protocolo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción.

⁽⁵⁰⁾ En los casos en que pueda demostrarse que los operadores existentes no facilitaron información significativa a una autoridad pública a los efectos del establecer el mapa detallado, dicha autoridad tendrá que basarse en la información de que disponga.

⁽⁵¹⁾ Véanse, por ejemplo, las Decisiones de la Comisión n° 201/06 — Grecia, Broadband access development in underserved areas, n° 264/06 — Italia, Broadband for rural Tuscany, n° 475/07 — Irlanda, National Broadband Scheme (NBS), y n° 115/08 — Alemania, Broadband in rural areas of Germany.

- b) Procedimiento de licitación abierta: La licitación abierta garantiza la transparencia para todos los inversores que deseen presentar ofertas para la realización del proyecto subvencionado. El trato igual y no discriminatorio es una condición indispensable en una licitación abierta. Una licitación abierta es un método de minimizar la ventaja potencial de la ayuda estatal y al mismo tiempo reduce el carácter selectivo de la medida ya que no se conoce de antemano quién es el beneficiario ⁽⁵²⁾.
- c) Oferta más ventajosa económicamente: En el contexto de un procedimiento de licitación abierta, con el fin de reducir el importe de ayuda que se vaya a conceder, en condiciones de calidad, si no idénticas, similares, el licitador que solicite el menor importe de ayuda recibirá en principio más puntos prioritarios en la evaluación general de su oferta ⁽⁵³⁾. De esta forma, el Estado de la AELC puede trasladar al mercado la carga de cuánta ayuda es realmente necesaria y reducir así la asimetría de información que, en la mayoría de los casos, beneficia a los inversores privados.
- d) Neutralidad tecnológica: Dado que los servicios de banda ancha pueden prestarse mediante multitud de infraestructuras de red basadas en tecnologías alámbricas (xDSL, cable), inalámbricas (Wi-Fi, WiMAX), por satélite y móviles, los Estados de la AELC no favorecerán ninguna tecnología o plataforma de red a menos que puedan demostrar que existe una justificación objetiva para ello ⁽⁵⁴⁾. Los licitadores deberán poder proponer la prestación de los servicios de banda ancha solicitados utilizando o combinando cualquier tecnología que consideren adecuada.
- e) Utilización de infraestructuras existentes: Cuando sea posible, los Estados de la AELC fomentarán que los licitadores recurran a cualquier infraestructura existente disponible con el fin de evitar la duplicación innecesaria y onerosa de recursos. Con el fin de intentar limitar el impacto económico sobre los operadores de red existentes, se dará la posibilidad a estos últimos de aportar su infraestructura a un proyecto notificado. Al mismo tiempo, esta condición no deberá tener como resultado el favorecer a los operadores tradicionales existentes, especialmente en el caso de que terceros no tengan acceso a dicha infraestructura o a medios necesarios para competir con un operador tradicional. De la misma manera, en el caso de «zonas grises», cuando resulte evidente que la dependencia del operador tradicional es parte del problema, puede ser necesario permitir una competencia basada en las infraestructuras.
- f) Acceso mayorista: Imponer el acceso mayorista efectivo de terceros a una infraestructura de banda ancha subvencionada es un componente necesario de toda medida estatal que financie la construcción de una nueva infraestructura de banda ancha. En particular, el acceso mayorista permite a operadores terceros competir con el licitador elegido (cuando este último esté también presente a nivel minorista), reforzando con ello la oferta y la competencia en las zonas afectadas por la medida y evitando, al mismo tiempo, la creación de servicios regionales monopolísticos. El acceso mayorista efectivo a la infraestructura subvencionada deberá ofrecerse como mínimo durante un período de 7 años. Esta condición no está supeditada a ningún análisis de mercado previo con arreglo al artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco) ⁽⁵⁵⁾. No obstante, si al término del período de 7 años, la ANR considera que el operador de la infraestructura en cuestión, con arreglo al marco regulador aplicable, tiene un peso significativo en el mercado específico de referencia ⁽⁵⁶⁾, la obligación de acceso deberá ampliarse en consecuencia.
- g) Análisis comparativo de los precios: Con el fin de garantizar el acceso mayorista efectivo y de minimizar el falseamiento potencial de la competencia, es esencial evitar precios mayoristas excesivos o, por el contrario, precios predatorios o estrechamiento de márgenes por parte del licitador seleccionado. Los precios mayoristas de acceso deberán basarse en los precios mayoristas medios publicados (regulados) imperantes en otras zonas comparables más competitivas del país o del EEE o, si dichos precios no están publicados, en precios ya fijados o aprobados por la ANR para los mercados y servicios afectados. Así pues, cuando ya existe regulación *ex ante* (por ejemplo, en una zona gris) los precios mayoristas de acceso a una infraestructura subvencionada no deberán ser inferiores al precio de acceso fijado por la ANR para la misma zona. El análisis comparativo es una salvaguarda importante puesto que permite a los Estados de la AELC evitar el tener que fijar de antemano precios de acceso minorista o mayorista detallados y garantiza que la ayuda concedida servirá para recrear las condiciones de mercado imperantes en otros mercados de banda ancha competitivos. Los criterios del análisis comparativo deberán estar claramente indicados en los documentos de la licitación.

⁽⁵²⁾ Véanse, por ejemplo, las Decisiones de la Comisión N 508/08 — Reino Unido, Provision of Remote Broadband Services in Northern Ireland, N 475/07 — Irlanda, National Broadband Scheme (NBS), N 157/06 — Reino Unido, South Yorkshire Digital region Broadband Project.

⁽⁵³⁾ A los efectos de determinar la oferta más ventajosa económicamente, la autoridad adjudicadora deberá especificar de antemano la valoración relativa que dará a cada uno de los criterios (cualitativos) elegidos.

⁽⁵⁴⁾ Hasta el momento solo en un caso ha aceptado la Comisión la utilización justificada de una solución tecnológica específica: Véase la Decisión de la Comisión N 222/06 — Italia, Aid to bridge the digital divide in Sardinia. En ese asunto, la Comisión consideró que, dadas las circunstancias específicas, especialmente la topografía de la región, la carencia de redes de cable y la necesidad de maximizar los beneficios de la ayuda, el uso de tecnología ADSL parecer ser la tecnología adecuada para conseguir los objetivos del proyecto (apartado 45).

⁽⁵⁵⁾ Además, siempre que los Estados de la AELC opten por un modelo de gestión según el cual la infraestructura de banda ancha subvencionada ofrezca a terceros únicamente servicios de acceso mayorista, y no servicios minoristas, los probables falseamientos de la competencia se reducen aún más, puesto que este modelo de gestión de redes contribuye a evitar cuestiones potencialmente complejas relacionadas con precios predatorios y formas encubiertas de discriminación en el acceso.

⁽⁵⁶⁾ A este respecto, la ANR deberá tener en cuenta la posible persistencia de las condiciones específicas que justificaron en principio la concesión de una ayuda al operador de la infraestructura en cuestión.

- h) Cláusula de devolución que evite la compensación excesiva: Para garantizar que no se compensa en exceso al licitador seleccionado si la demanda de banda ancha en la zona en cuestión crece por encima de los niveles previstos, los Estados de la AELC incluirán una cláusula de devolución de los pagos en el contrato del licitador elegido⁽⁵⁷⁾. La inclusión de dicha cláusula puede minimizar *ex post* y retroactivamente el importe de ayuda considerado necesario inicialmente.

3. AYUDAS ESTATALES PARA REDES NGA

3.1. Apoyar el despliegue rápido de redes NGA

- 50) Actualmente, algunos Estados del EEE están subvencionando redes de banda ancha que pueden prestar servicios de muy alta velocidad y soportar multitud de servicios digitales avanzados convergentes. Estas redes NGA son fundamentalmente redes de fibra óptica o de cable avanzadas que están llamadas a sustituir totalmente, o en gran parte, a las redes de cobre de banda ancha o a las redes de cable actuales.
- 51) Las redes NGA son redes de acceso cableadas que consisten total o parcialmente en elementos ópticos y son capaces de prestar servicios de acceso de banda ancha con características mejoradas (por ejemplo, mayor volumen) en comparación con los servicios prestados a través de las redes de cobre existentes⁽⁵⁸⁾.
- 52) En esencia, las redes NGA tendrán la velocidad y la capacidad para prestar en el futuro contenidos de alta definición, soportar aplicaciones a la carta que requieren mucha capacidad de banda ancha así como llevar a las empresas conexiones de banda ancha simétrica asequible de las que, por regla general, hoy en día solo disponen las grandes empresas. En términos generales, las redes NGA cuentan con el potencial para facilitar la mejora de todos los aspectos de la tecnología y los servicios de banda ancha.
- 53) La Comisión ya ha tramitado algunas notificaciones de ayudas estatales que implicaban apoyo para el despliegue de redes de fibra óptica. Estos casos trataban de la construcción de una red NGA regional «central»⁽⁵⁹⁾ o de la prestación de conectividad de fibra solo para un número limitado de usuarios empresariales⁽⁶⁰⁾.
- 54) En cuanto al despliegue de redes de banda ancha básica denominado de «primera generación», las autoridades estatales, municipales y regionales justifican su apoyo a un despliegue rápido de redes de fibra alegando una deficiencia de mercado o un objetivo de cohesión. Si en el despliegue de infraestructura de banda ancha básica los ejemplos de intervención estatal estaban relacionados principalmente con comunidades o zonas rurales (baja densidad, elevados costes de capital) o zonas económicamente subdesarrolladas (escasa capacidad de pagar los servicios), en este caso parece que el aspecto económico del modelo de redes NGA disuadirá el despliegue de redes NGA no solo en zonas escasamente pobladas sino también en determinadas zonas urbanas. En particular, la cuestión principal que afecta al despliegue rápido y extenso de redes NGA parece ser el coste y, en menor medida, la densidad de población⁽⁶¹⁾.
- 55) Para las autoridades públicas, la intervención directa puede, por tanto, justificarse con el fin de garantizar que zonas que son consideradas por los operadores de red poco rentables seguirán beneficiándose de los sustanciales efectos indirectos que pueden aportar las redes NGA a la economía y no sufrirán una nueva «brecha digital NGA». Así pues, los Estados de la AELC tal vez quieran impulsar el desarrollo de redes NGA en zonas en las que las inversiones por parte de los operadores de red de banda ancha existentes en dichas redes tardarían varios años en llegar ya que son menos atractivas financieramente que determinadas grandes zonas urbanas. En determinados casos, los Estados de la AELC pueden optar por invertir ellos mismos o aportar apoyo financiero a operadores privados con el fin de obtener conectividad de red NGA, o de obtener conectividad antes de lo previsto, para garantizar que se estimula el empleo y otras oportunidades económicas lo más rápidamente posible.
- 56) Cualquier intervención pública que pretenda apoyar el suministro o la aceleración del despliegue de redes NGA debe garantizar que es compatible con las normas sobre ayudas estatales.

⁽⁵⁷⁾ En circunstancias excepcionales debidamente demostradas por el Estado de la AELC notificante, implantar un mecanismo de este tipo para importes de ayuda muy pequeños o para proyectos únicos a pequeña escala basados en principios de contratación sencillos supondría una carga desproporcionada para las autoridades que conceden la ayuda y, por consiguiente, el Órgano no lo solicitará.

⁽⁵⁸⁾ En la actual fase de la evolución tecnológica y de mercado, ni las tecnologías por satélite ni por red móvil parecen ser capaces de prestar servicios de banda ancha simétrica de muy alta velocidad aunque en el futuro la situación tal vez cambie, especialmente por lo que se refiere a los servicios móviles (el siguiente paso importante en las comunicaciones móviles por radio, la «Long Term Evolution» podrá teóricamente alcanzar cuando se adopte, si es que se adopta, velocidades pico descendentes de 100 Mbps y ascendentes de 50 Mbps).

⁽⁵⁹⁾ Véase la Decisión N 157/06 — Reino Unido, South Yorkshire Digital region Broadband Project y la Decisión N 284/05 — Irlanda, Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (MANs), phases II and III.

⁽⁶⁰⁾ Hasta el momento solo en dos casos (Appingedam y Amsterdam) se ha concedido apoyo estatal para el despliegue de una red de «acceso» de nueva generación que llevaría conectividad por fibra al segmento residencial del mercado.

⁽⁶¹⁾ Los operadores de red de banda ancha han alegado que el despliegue de una red de fibra sigue siendo una inversión muy costosa y arriesgada salvo en zonas con densidad de población o empresas en las que los operadores ya tienen una base sustancial de clientes de banda ancha que puede migrar a velocidades superiores. En determinados casos, al parecer el coste de desplegar redes NGA y de fibra es demasiado elevado en relación con los ingresos que pueden esperarse, por lo que ningún proveedor del sector privado, o muy pocos, entraría en el mercado.

3.2. Tipos de intervención pública

- 57) Los Estados de la AELC pueden elegir distintos grados de intervención en el mercado para fomentar o acelerar el despliegue de las redes NGA. A este respecto, las consideraciones expuestas en la secciones 2.2.1 y 2.2.2 (aplicación del principio del inversor en una economía de mercado, compensación por servicio público y criterios Altmark), se aplican *mutatis mutandis* a las intervenciones estatales en el ámbito del despliegue de redes NGA. Dependiendo de la naturaleza y los efectos de la intervención elegida, puede estar justificado un planteamiento analítico diferente con arreglo a las normas sobre ayudas estatales.
- 58) En zonas en las que se espera que los inversores privados desplieguen redes NGA en el futuro, los Estados de la AELC pueden decidir adoptar una serie de medidas para acelerar el ciclo de inversión, animando así a los inversores a llevar adelante sus planes de inversión. Estas medidas no implican necesariamente ayuda estatal con arreglo al artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE. Dado que una gran parte del coste de desplegar redes de fibra se debe a las obras de ingeniería civil (por ejemplo, excavaciones, tendido de cables, cableado en el interior de los edificios, etc.), los Estados de la AELC pueden decidir, de conformidad con el marco regulador del EEE para las comunicaciones electrónicas, por ejemplo, facilitar el proceso de adquisición de servidumbres de paso o exigir que los operadores de red coordinen sus obras de ingeniería civil y/o compartan parte de su infraestructura ⁽⁶²⁾. En la misma línea, los Estados de la AELC pueden decretar que en toda nueva construcción (incluidas nuevas redes de agua, energía, transporte o alcantarillado) y o/edificios deberá instalarse conexión de fibra.
- 59) De la misma manera, las autoridades públicas pueden decidir emprender algunas obras de ingeniería civil (tales como excavación de suelo público, construcción de conducciones) para permitir y acelerar el despliegue por parte de los operadores en cuestión de sus propios elementos de red. No obstante, estas obras no deberán ser para «un sector o ramo específico» sino, en principio, estar abiertas a todos los usuarios potenciales y no solo a los operadores de comunicaciones electrónicas (por ejemplo, servicios de electricidad, gas y agua). Siempre que este tipo de intervenciones públicas pretenda crear las condiciones previas necesarias para el despliegue por parte de los operadores de servicios de infraestructura propia sin discriminación hacia un sector o empresa dada (rebajando en particular los costes de capital de este último), queda fuera del ámbito del artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE.
- 60) Las ANR pueden también adoptar medidas similares para ofrecer acceso equitativo y no discriminatorio a postes o compartir conducciones propiedad de servicios públicos o de operadores de red existentes.
- 61) Como muestra la práctica decisoria de la Comisión en el ámbito de la banda ancha básica, en la mayoría de los casos, las ayudas estatales para redes de banda ancha las conceden autoridades regionales o locales que buscan ya sea solucionar la carencia en la región de conectividad de banda ancha o bien incrementar la competitividad de la región, mejorando la cobertura de banda ancha y la conectividad de red existentes. Para conseguir estos dos objetivos, hasta la fecha las autoridades públicas han licitado la construcción y gestión de infraestructura de banda ancha de propiedad pública o bien han apoyado financieramente la construcción de una red de banda ancha de propiedad privada ⁽⁶³⁾.
- 62) Si las intervenciones públicas constituyen ayuda estatal con arreglo al artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, deben ser notificadas al Órgano, que evaluará su compatibilidad con el mercado común con arreglo a los principios establecidos en las secciones 3.3 y 3.4 ⁽⁶⁴⁾.

3.3. Distinción entre zonas blancas, grises y negras en las redes NGA

- 63) Como se ha mencionado en el apartado 38, se evalúa la compatibilidad de las ayudas estatales para el desarrollo de banda ancha tradicional distinguiendo entre zonas «blancas», «grises» y «negras». El Órgano considera que esta distinción sigue siendo relevante para evaluar si la ayuda estatal a las redes NGA es compatible en virtud del artículo 61, apartado 3, letra c), del Acuerdo EEE, pero requiere una definición más precisa que tenga en cuenta las particularidades de las redes NGA.

⁽⁶²⁾ Tales medidas no deberán ir dirigidas específicamente a operadores de comunicaciones electrónicas sino que deberán aplicarse sin distinción a todos los operadores de todos los sectores afectados (incluidos por ejemplo, otros operadores de servicios públicos como empresas de gas, electricidad y/o empresas de distribución de agua). Las medidas que se aplicarían a los operadores de comunicaciones electrónicas solo podrían constituir una ayuda sectorial y, por tanto, estarían prohibidas por el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE.

⁽⁶³⁾ Véanse por ejemplo, las decisiones de la Comisión, N 157/06 — Reino Unido, South Yorkshire Digital Region Broadband Project, N 201/06 — Grecia, Broadband access development in underserved territories, y N 131/05 — Reino Unido, FibreSpeed Broadband Project Wales, N 284/05 — Irlanda, Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (MANs), phases II and III, Decisión N 381/04 — Francia, Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques, Decisión N 382/05 — Francia, Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL), N 57/05 — Reino Unido, Regional Innovative Broadband Support in Wales, y Decisión N 14/08 — Reino Unido, Broadband in Scotland — Extending Broadband Reach.

⁽⁶⁴⁾ Sin perjuicio de la posible aplicación del capítulo sobre ayudas regionales mencionado en el apartado 31.

- 64) A este respecto, hay que tener presente que, a largo plazo, se espera que las redes NGA sustituyan a las redes de banda ancha básica existentes. En la medida en que las redes NGA implican una arquitectura de red diferente, que ofrece servicios de banda ancha de calidad notablemente superior a los actuales así como la prestación de servicios que no podrían prestarse con las redes de banda ancha actuales, es probable que en el futuro haya marcadas diferencias entre las zonas que estén cubiertas por redes NGA y las que no lo estén ⁽⁶⁵⁾.
- 65) Actualmente, algunas redes de banda ancha básica avanzada [por ejemplo, ADSL 2+ ⁽⁶⁶⁾] pueden también, hasta cierto punto, soportar algunos de los tipos de servicios de banda ancha que en un futuro próximo probablemente se ofrezcan por las redes NGA (tales como servicios básicos de «triple play»). No obstante, y sin perjuicio de la imposición de la regulación *ex ante*, cabe señalar que pueden surgir productos o servicios novedosos que no son sustituibles ni desde la perspectiva de la demanda ni de la oferta y requerirán velocidades de banda ancha por encima de los límites físicos superiores de la infraestructura básica de banda ancha.
- 66) En consecuencia, a los efectos de evaluar las ayudas estatales para redes NGA, una zona en la que dichas redes no existan por el momento y en la que no es probable que los operadores privados las construyan y sean plenamente operativas en un futuro próximo, deberá considerarse una zona «NGA blanca» ⁽⁶⁷⁾. A este respecto, el término «en un futuro próximo» corresponderá a un período de tres años ⁽⁶⁸⁾. Las autoridades públicas deberán poder intervenir, con determinadas condiciones, para resolver cuestiones de cohesión social, desarrollo regional o una deficiencia del mercado cuando pueda demostrarse que los inversores privados no tienen la intención de desplegar redes NGA en los próximos tres años. Los esfuerzos de inversión previstos por inversores privados deberán garantizar que, en el plazo de tres años, se logre al menos un avance significativo y que la inversión prevista se complete posteriormente en un plazo razonable de tiempo (dependiendo de las características de cada zona y proyecto). No sería adecuado dar un margen de tiempo superior puesto que podría perjudicar a los intereses de las regiones insuficientemente cubiertas respecto de otras partes de un país que cuente con los servicios adecuados de dichas redes avanzadas de banda ancha. Las autoridades públicas pueden exigir la presentación de un plan empresarial, junto con un calendario detallado del plan de despliegue así como una prueba de financiación adecuada o cualquier otro tipo de prueba que demuestre el carácter verosímil y plausible de la inversión prevista por operadores de red privados.
- 67) En la misma línea, una zona se considerará «NGA gris» cuando solo exista o se vaya a desplegar en los próximos tres años una red NGA y ningún otro operador tenga previsto desplegar una red NGA en esos tres años ⁽⁶⁹⁾. Al evaluar si otros inversores de red podrían desplegar redes adicionales NGA en una zona dada, deben tenerse en cuenta todas las medidas legislativas o reguladoras existentes que puedan haber disminuido las barreras para dicho despliegue de red (acceso a conducciones, infraestructura compartida, etc.).
- 68) Si existe más de una red NGA en una zona dada, o va a desplegarse en los próximos tres años, dicha zona, en principio, deberá considerarse «NGA negra» ⁽⁷⁰⁾.

3.4. Evaluación de la compatibilidad

- 69) Como se mencionaba en los apartados 64 y 65, aunque las redes NGA son cualitativamente mucho más avanzadas que las redes de banda ancha tradicionales existentes basadas en el par de cobre, al evaluar la compatibilidad con las normas sobre ayudas estatales de una ayuda estatal para el despliegue de una red NGA, el Órgano considerará también los efectos de dicha ayuda sobre las redes de banda ancha existentes, dado el grado de sustitución que por el momento parece existir por lo que se refiere tanto a los servicios de banda ancha ofrecidos por redes de banda ancha como a las NGA. Además, al evaluar la compatibilidad de una ayuda estatal para las redes NGA, el Órgano aplicará también la prueba de sopesamiento (véase el apartado 33). En particular, al evaluar el carácter proporcional de una medida notificada, el Órgano examinará si se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 49 (mapa detallado y análisis de la cobertura, procedimiento de licitación abierto, oferta más ventajosa económicamente, neutralidad

⁽⁶⁵⁾ Si actualmente las diferencias entre una zona que solo cuenta con Internet de banda estrecha (dial-up) y otra en la que existe la banda ancha significa que la primera es una zona «blanca», de la misma manera una zona que no tenga infraestructura de banda ancha de nueva generación pero si tiene infraestructura básica de banda ancha deberá también considerarse zona «blanca».

⁽⁶⁶⁾ ADSL 2+ amplía la capacidad de la red básica hasta un ancho de banda máximo de 24 Mbps.

⁽⁶⁷⁾ Una zona NGA blanca puede consistir en una zona en la que no existe infraestructura básica de banda ancha (zonas blancas tradicionales), así como una zona en la que esté presente un único proveedor de banda ancha básica (es decir una zona gris tradicional) o en la que haya varios proveedores de banda ancha básica (es decir, una zona negra tradicional). Como se indica en la sección 3.4, son necesarias varias condiciones para que sea compatible la ayuda estatal para el desarrollo de la banda ancha en estas circunstancias distintas.

⁽⁶⁸⁾ Este período parece corresponder a un período medio necesario para el despliegue de una red de acceso de nueva generación que cubra una ciudad o población. A este respecto, un operador tendrá que poder demostrar que, en los próximos tres años, habrá realizado las inversiones de infraestructura necesarias para haber cubierto para entonces una parte sustancial del territorio y de la población afectados por la misma.

⁽⁶⁹⁾ Una zona NGA gris puede consistir en una zona a) en la que no existe otra infraestructura de banda ancha básica además de la NGA, b) así como en una zona en la que existan además uno o varios proveedores de banda ancha básica (lo que puede considerarse como una zona gris o negra tradicional). Como se indica en la sección 3.4, son necesarias varias condiciones para que sea compatible la ayuda estatal para el desarrollo de la banda ancha en estas circunstancias distintas.

⁽⁷⁰⁾ Una zona NGA negra puede consistir también en una zona con un proveedor de banda ancha (zona gris tradicional) o varios (zona negra tradicional). Como se indica más adelante, son necesarias varias condiciones para que sea compatible la ayuda estatal para el desarrollo de la banda ancha en estas circunstancias distintas.

tecnológica, utilización de infraestructuras existentes, imposición de acceso abierto mayorista, análisis comparativo de precios y cláusula de devolución). No obstante, los siguientes puntos son específicamente relevantes en el contexto de la evaluación de redes NGA.

3.4.1. Zonas NGA blancas: apoyo para el despliegue de redes NGA en zonas insuficientemente atendidas

- 70) Al igual que los servicios de banda ancha básica, con una serie de condiciones que deberán cumplir los Estados de la AELC (véanse los apartados 49 y 69), el Órgano considerará compatible con las normas sobre ayudas estatales del Acuerdo EEE las medidas que apoyen el despliegue de redes NGA en zonas en las que actualmente no existe infraestructura de banda ancha o en zonas en las que los operadores de banda ancha existentes no consideran rentable desplegar redes NGA.
- 71) En zonas NGA blancas en las que ya exista una red de banda ancha básica (zona gris tradicional), la concesión de ayuda para redes NGA está supeditada a que el Estado de la AELC en cuestión demuestre i) que los servicios de banda ancha prestados a través de dichas redes no son suficientes para satisfacer las necesidades de los usuarios privados o empresariales en la zona en cuestión (teniendo también en cuenta una posible mejora futura), y que ii) no existen medios menos distorsionantes (incluida la regulación *ex ante*) para alcanzar los objetivos fijados.

3.4.2. Zonas NGA grises: necesidad de un análisis más detallado

- 72) En zonas en las que un inversor privado ya haya desplegado una red NGA o vaya a hacerlo en los próximos tres años (véase también el apartado 66) y ningún otro inversor privado tenga previsto desplegar otra red NGA en los próximos tres años, el Órgano necesitará realizar un análisis más detallado para verificar si la intervención estatal en dichas zonas puede ser considerada compatible con las normas sobre ayudas estatales. De hecho, existe el peligro de que la intervención estatal en esas zonas suplante a los inversores existentes y falsee la competencia.
- 73) Para que el Órgano declare su compatibilidad, los Estados de la AELC deberán poder demostrar, en primer lugar, que la red NGA existente o prevista no es, o no sería suficiente, para satisfacer las necesidades de los usuarios privados y empresariales en las zonas en cuestión y, en segundo lugar, que no existen medios que produzcan menos falseamientos (incluida la regulación *ex ante*) para alcanzar los objetivos fijados. En el contexto de su evaluación detallada, el Órgano evaluará en concreto si:
- a) las condiciones generales de mercado no son adecuadas, examinando, entre otras cosas, el nivel de precios actuales de la banda ancha NGA, el tipo de servicios ofrecidos a clientes residenciales y empresariales y las condiciones correspondientes y si existe, o es probable que surja, demanda de nuevos servicios que no puede satisfacer la red NGA existente;
 - b) sin la regulación *ex ante* impuesta por una ANR, el acceso efectivo a la red no se ofrece a terceros o las condiciones de acceso no propician la competencia efectiva;
 - c) las barreras generales a la entrada impiden la entrada potencial de otros inversores en red NGA;
 - d) la red NGA ya instalada se construyó basándose en un uso/acceso privilegiado a conducciones no accesibles a otros operadores de redes ni compartidas con estos;
 - e) ninguna de las medidas adoptadas o soluciones impuestas por la autoridad nacional reguladora o por la autoridad de competencia por lo que se refiere al proveedor de red existente ha podido solucionar los problemas.

3.4.3. Zonas NGA negras: no es necesaria la intervención estatal

- 74) En zonas en las que ya exista más de una red NGA o los inversores privados tal vez estén desplegando redes NGA competidoras, el Órgano considerará que el apoyo estatal para una red NGA competidora financiada con fondos públicos es probable que falsee gravemente la competencia y es incompatible con las normas sobre ayudas estatales.

3.4.4. El caso específico de las zonas negras existentes (banda ancha básica): algunas salvaguardias adicionales

- 75) El Órgano considera que las zonas negras tradicionales, es decir zonas en las que los servicios actuales de banda ancha se prestan mediante infraestructuras de banda ancha competidoras (xDSL y redes de cable), son zonas en las que los operadores de red existentes deberían tener los incentivos suficientes para transformar sus redes actuales de banda ancha tradicional en redes NGA de muy alta velocidad a las que puedan migrar sus clientes actuales. En estas zonas, en principio no será necesaria la intervención estatal.

- 76) No obstante, un Estado de la AELC puede rebatir este argumento demostrando que los operadores no tienen previsto invertir en redes NGA en los próximos tres años probando, por ejemplo, que la pauta histórica de las inversiones realizadas por los inversores de red existente durante los últimos años para mejorar sus infraestructuras de banda ancha con el fin de ofrecer velocidades superiores en respuesta a la demanda de los usuarios no ha sido satisfactoria. En tal caso, el apoyo estatal para el despliegue de redes NGA estaría supeditado al análisis detallado del apartado 73 y al cumplimiento de una serie de condiciones que se discuten con detalle en la sección 3.4.5.

3.4.5. Diseño de la medida y necesidad de limitar el falseamiento de la competencia

- 77) Al igual que la política seguida en el despliegue de banda ancha básica, la ayuda estatal para el despliegue de redes NGA puede constituir un instrumento adecuado y justificado siempre que se reúna una serie de condiciones fundamentales. Con excepción de las zonas NGA blancas que son también zonas blancas por lo que se refiere a la banda ancha básica (para las que no son necesarios otros requisitos), el Órgano considera que, además de las salvaguardas establecidas en la sección 2.3.3 y en particular en el apartado 49 (mapa detallado análisis de la cobertura, procedimiento de licitación abierto, oferta más ventajosa económicamente, neutralidad tecnológica, utilización de infraestructuras existentes, imposición de acceso abierto mayorista, análisis comparativo de precios y cláusula de devolución) deben reunirse también las siguientes condiciones:

- en contrapartida al apoyo estatal, se pedirá al beneficiario que suministre a terceros acceso mayorista efectivo durante siete años como mínimo. En particular, la obligación de acceso impuesta incluirá además el derecho de uso de conducciones o distribuidores en la calle para que los terceros tengan acceso a la infraestructura pasiva y no solo activa. Esto no prejuzga cualquier otra obligación reguladora similar que pueda imponer la autoridad nacional reguladora en el mercado específico de referencia para fomentar la competencia efectiva o medidas adoptadas cuando expire dicho período ⁽⁷¹⁾. Una obligación de «acceso abierto» es aún más crucial para abordar la sustitución temporal entre los servicios ofrecidos por operadores existentes de ADSL y los servicios ofrecidos por futuros operadores de red NGA. Una obligación de acceso abierto garantizará que los operadores de ADSL puedan migrar sus clientes a una red NGA en cuanto se implante una red subvencionada y puedan, por tanto, empezar a planificar sus propias inversiones futuras sin ninguna desventaja competitiva real,
- por otra parte, al establecer las condiciones para el acceso mayorista a la red, los Estados de la AELC consultarán a la autoridad nacional reguladora pertinente. Se espera que estas autoridades continúen en un futuro regulando *ex ante* o bien supervisando muy de cerca las condiciones competitivas del mercado global de banda ancha y, si procede, impongan las soluciones necesarias contempladas en el marco regulador aplicable. Así pues, al exigir que las condiciones de acceso sean aprobadas o establecidas por la autoridad nacional reguladora con arreglo a las normas del EEE aplicables, los Estados de la AELC garantizarán que se apliquen condiciones de acceso, si no uniformes, al menos muy similares, en todos los mercados de banda ancha identificados por la autoridad nacional reguladora correspondiente,
- además, sea cual sea el tipo de arquitectura de red NGA que se beneficie de ayuda estatal, deberá fomentar la desagregación total y efectiva y satisfacer todos los diferentes tipos de acceso a la red que puedan necesitar los operadores (incluyendo, sin limitarse a ellos, el acceso a conducciones, fibra y acceso indirecto). A este respecto, hay que señalar que la arquitectura de fibra múltiple permite una independencia total entre los solicitantes de acceso para ofrecer banda ancha de alta velocidad y, por tanto, propicia la competencia sostenible a largo plazo. Además, el despliegue de redes NGA basadas en líneas de fibra múltiple soporta tanto topologías «punto a punto» como «punto a multipunto» y es, por tanto, tecnológicamente neutro.

4. DISPOSICIONES FINALES

- 78) El presente capítulo se aplicará a partir del día siguiente a su adopción.
- 79) El Órgano revisará el presente capítulo de conformidad con las revisiones futuras de la correspondiente Comunicación de la Comisión — Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha por parte de la Comisión.

⁽⁷¹⁾ A este respecto, deberá tenerse en cuenta la posible persistencia de las condiciones del mercado específico que justificaron en principio la concesión de una ayuda para la infraestructura en cuestión.