

Voto Particular de Inmaculada López en su condición de Consejera de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación a la

**RESOLUCIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO PARA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DEL MERCADO DE ACCESO (FÍSICO) AL POR MAYOR A INFRAESTRUCTURA DE RED (INCLUIDO EL ACCESO COMPARTIDO O COMPLETAMENTE DESAGREGADO) EN UNA UBICACIÓN FIJA, LA DESIGNACIÓN DE OPERADOR CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y LA REVISIÓN DEL MERCADO DE ACCESO DESAGREGADO AL POR MAYOR (INCLUIDO EL ACCESO COMPARTIDO) A LOS BUCLES Y SUBBUCLES METÁLICOS A EFECTOS DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE BANDA ANCHA Y VOCALES.**

(MTZ 2008/626)

Las razones que me han llevado a Votar en contra de esta Resolución son tanto de fondo como de procedimiento.

*Razones de fondo.* Por un lado, no creo que las medidas que incluye esta Resolución resulten adecuadas para el objetivo que persiguen: incentivar a los operadores alternativos a dar un salto en la escalera de la inversión que les lleve a desplegar sus propias redes de acceso a los clientes, con el fin de impedir así que el inicio de la comercialización de los servicios prestados por Telefónica gracias al despliegue de su nueva red de acceso de fibra (inicio previsto por la propia operadora, a más tardar, para septiembre-octubre de 2008) provoque un deterioro de la situación competitiva en el mercado minorista de acceso a Internet mediante banda ancha.

Al contrario, creo que esta Resolución:

- resulta excesivamente ambigua en varios aspectos y es contradictoria en otros con la Resolución de Principios y Líneas maestras para la regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA) aprobada en enero (en particular, en la regulación del acceso a los conductos y otras infraestructuras de ingeniería civil);
- y deja abiertas cuestiones esenciales, tales como los plazos que se permitirán a Telefónica para proceder al cierre de centrales en las que los operadores alternativos están ubicados; la regulación de las infraestructuras dentro de los edificios; o la naturaleza del servicio de acceso indirecto sobre VDSL que se está considerando en el marco del expediente 2007/709, así como la disponibilidad del resto de los servicios mayoristas de acceso indirecto, que se decidirán en el marco del análisis del mercado 5 de la nueva recomendación de la CE.

Por tanto, no creo que esta Resolución pueda contribuir a establecer el marco previsible que se persigue, ni que permita a los operadores alternativos embarcarse de inmediato en proyectos de inversión a medio y largo plazo.

Al contrario, creo que la Resolución añade nuevos elementos de incertidumbre, tanto para Telefónica como para los operadores alternativos. Define para estos unas reglas de juego muy asimétricas con respecto al operador incumbente al tiempo que impone a Telefónica obligaciones de dudosa factibilidad. Se obliga a esta operadora a poner a disposición de los demás operadores un nuevo servicio mayorista cuyas características definirá en buena medida la propia Telefónica, denominado bucle virtual, con la restricción de que garantice la replicabilidad técnica de las capacidades de su nueva red FTTH/GPON permitiendo, por tanto, a los operadores alternativos

replicar los nuevos servicios minoristas que Telefónica se dispone a lanzar. Pero la disponibilidad de ese nuevo servicio mayorista se condiciona a que los operadores que lo utilicen se comprometan a desplegar de inmediato su propia red de acceso de fibra; y a que lo hagan únicamente en las zonas en las que Telefónica ha decidido previamente su despliegue FTTH/GPON (excluyéndose, por tanto, el resto de las zonas del país, incluyendo las que correspondan a su despliegue de fibra mediante la tecnología FTTN/VDSL); y teniendo, además, que negociar con Telefónica, caso por caso, las complejas y prolijas condiciones asociadas al acceso a sus conductos y otras infraestructuras de ingeniería civil.

Todo ello sin que, ni los operadores alternativos ni el regulador, conozcan a día de hoy cuál es el grado de saturación de esas infraestructuras; y sin que la CMT -a diferencia de otros reguladores europeos- haya establecido ninguna obligación o incentivo que lleve al operador incumbente a compartirlas con otros operadores en condiciones de no discriminación, tal y como se argumenta más adelante. Con ello, y como la propia CMT sostuvo en la Resolución de Principios el pasado mes de enero, la regulación adoptada deja "a los operadores alternativos en una situación precaria frente a posibles denegaciones de Telefónica ante las peticiones de compartición" y va a provocar "un incremento muy elevado de la conflictividad entre operadores."

*Razones de procedimiento.* Esta medida cautelar, aunque formalmente de carácter transitorio, incluye medidas con vocación de permanencia, como la obligación de acceso a las infraestructuras de ingeniería civil, suponiendo, de hecho, el comienzo de la implantación del nuevo marco para las nuevas redes de acceso de fibra óptica del operador incumbente español, Telefónica. Aún cuando pudiera estar jurídicamente fundamentada (cuestión que me suscita algunas dudas, como explicaré más adelante) no me parece adecuado iniciar una regulación de semejante complejidad y trascendencia a través de una medida cautelar, adoptada con carácter de urgencia, sin dar audiencia a los operadores y demás agentes interesados, sin poder disponer de los estudios y análisis necesarios que permitan fundamentar suficientemente las medidas, y sin recabar previamente la opinión de la Comisión Europea y de la autoridad española de competencia, la CNC, en aras a conseguir la necesaria coordinación entre las distintas autoridades reguladoras implicadas.

A continuación se exponen con más detalle estos argumentos.

#### **I. Sobre la fundamentación jurídica de la medida cautelar**

La normativa europea y nacional, permite a la CMT adoptar medidas cautelares previas a la realización de un análisis de mercado, pero sólo en condiciones excepcionales y con una adecuada motivación que permita justificar que la medida deba adoptarse sin cumplir los procedimientos habituales de los análisis de mercado, que exigen dar audiencia pública a los operadores y recabar la opinión de la Comisión Europea y de la autoridad nacional de competencia.

En este sentido, tengo dudas de que la Resolución objeto de este Voto Particular, en su epígrafe II dedicado a esta cuestión, motive adecuada y suficientemente la existencia de los requisitos mencionados en la propia Resolución y que, según la doctrina y la jurisprudencia, permiten adoptar una medida en sede cautelar. Mis dudas se refieren, en particular, a dos de esos requisitos:

- Existencia de apariencia de buen derecho ("*fumus boni iuris*") o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.

En el epígrafe de la Resolución correspondiente a la "Apariencia de buen derecho", se realiza un análisis un tanto impreciso y de alcance muy limitado, sobre la situación actual del mercado español de banda ancha. Adoptando una perspectiva temporal referida únicamente a 2007 (en lugar de considerar al menos los dos últimos años correspondientes al anterior periodo de análisis de mercado), se dice que Telefónica "mantiene una cuota estable de mercado superior al 55%" a lo largo de 2007. Los datos de los informes trimestrales publicados por la CMT ofrecen un panorama distinto<sup>1</sup>: en 2007, la cuota de mercado de Telefónica subió 1,4 puntos porcentuales prolongándose así la tendencia al ascenso mantenida en 2006 en detrimento de la cuota de los operadores alternativos.

<b>Cuotas de mercado en líneas de los servicios de acceso de banda ancha</b>			
	<b>2005<sup>(1)</sup></b>	<b>2006<sup>(2)</sup></b>	<b>2007<sup>(2)</sup></b>
Telefónica de España	54,4%	55,7%	57,1%
Ono	20,5%	17,6%	16,5%
Orange-Ya.com	16,5%	14,9%	14,1%
Tele2 (Vodafone)	0,6%	2,6%	3,4%
Jazztel	2,2%	3,8%	3,2%
Resto de operadores	5,8%	5,3%	5,6%
(1) Datos III Trimestre (Informe trimestral CMT). Los datos del IV trimestre no están disponibles.			
(2) Datos IV Trimestre (Informe trimestral CMT)			

Como se refleja en la tabla adjunta, a lo largo de 2006 y 2007, la cuota de mercado de Telefónica experimentó un continuo ascenso, que contrastó con la pérdida de cuota experimentada por los principales operadores alternativos.

Durante 2007, el mercado dio, no obstante, muestras de un grado de competencia creciente, que se tradujo en significativos descensos en los precios de los servicios, aumentos muy notables de las velocidades y una mayor diversificación de los servicios y velocidades ofertadas en beneficio de los usuarios, los hogares y empresas españolas.

<sup>1</sup> La divergencia en las cifras de cuota de banda ancha calculadas a partir de la información de de la Nota Mensual y del Informe Trimestral se explica por el diferente universo de la muestra utilizado. En la Nota Mensual se recaba información de banda ancha de los 4 operadores principales de cable y de Telefónica. En el Informe Trimestral se utiliza una muestra de operadores más amplia.

A lo largo de los primeros meses de 2008 la evolución de la cuota de los operadores alternativos parece estar evolucionando más favorablemente que en los dos años previos y las perspectivas de nuevos aumentos en las velocidades continúan: Tanto ONO como Telefónica han anunciado que en la segunda mitad del año comenzarán a ofrecer servicios de banda ancha de nueva generación que permitirán velocidades superiores a las permitidas por la tecnología XDSL.

Sin embargo, los operadores alternativos que prestan sus servicios mediante la red de acceso de Telefónica, no están en condiciones de hacer lo mismo, porque para ello, deberían invertir en sus propias redes de fibra (un proceso que, por razones de racionalidad económico-financiera será necesariamente gradual y requerirá tiempo e información suficiente sobre el marco regulatorio que finalmente se implante, para poder así planear adecuadamente un plan de negocio que permita justificar las inversiones y obtener la financiación necesaria para ello) o disponer de algún servicio mayorista de acceso que proporcione la propia Telefónica.

En suma, creo que aunque en la Resolución se hubiera realizado un análisis más riguroso de la situación actual del mercado español de banda ancha, no se habría llegado a conclusiones contrarias o diferentes, sino que más bien, se habrían podido aportar nuevos elementos que confirmarían el riesgo de que el inicio de la comercialización de los servicios de Telefónica prestados mediante sus nuevas redes de fibra modifique la actual dinámica del mercado, poniendo freno al creciente dinamismo competitivo que ha venido apreciándose con creciente claridad a lo largo de 2007. Un mayor dinamismo competitivo que se ha traducido, no sólo en precios más bajos, y en mejores y más variados servicios sino también, aparentemente, en un mayor incentivo para los operadores de cable y Telefónica a realizarse inversiones con las que proveer servicios de banda ancha de nueva generación.

Ahora bien, de lo anterior debe concluirse, en mi opinión, la necesidad de definir suficientemente y, cuanto antes, un marco regulatorio adecuado para las nuevas redes, pero no la necesidad ni la urgencia de adoptar de manera inmediata una medida cautelar que, por su propia naturaleza no puede conseguir ese objetivo.

- **Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (“*periculum in mora*”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.**

Como se señala en la Resolución, existen elementos suficientes que acreditan la importancia del despliegue de redes FTTN/VDSL2 y FTTH/GPON que puede haber realizado Telefónica o que será capaz de realizar a corto plazo. Pero sus intenciones de desplegar 3 millones de bucles de fibra óptica para finales de 2010 ya se conocían desde Octubre de 2007, cuando Telefónica lo anunció en la Conferencia de inversores de Londres.<sup>2</sup>

A partir de entonces, resultó ya evidente que un futuro próximo Telefónica iniciaría la comercialización de los nuevos servicios prestados con esas redes. Si ni entonces, ni tampoco después de la consulta pública que llevó a la publicación en Enero de las Resolución de principios y Líneas maestras para la regulación de las redes NGA, se solicitó a Telefónica información sobre sus planes de despliegue, ni se consideró urgente acelerar los procedimientos de análisis de los mercados más afectados (en particular, los mercados 4 y 5), no parece que la mera intención de Telefónica de comercializar sus nuevos servicios, poniendo como tope máximo septiembre-octubre

<sup>2</sup> Véase en la web de Telefónica, *Telefonica's Sixth Investor's conference*, Octubre 2007. Antonio Viana-Baptista.

de 2008, pueda justificar una Resolución adoptada con semejante urgencia y que, como ya se ha señalado, no permitirá que los operadores alternativos conozcan cuál es el marco regulatorio en el que definir sus planes de inversión, lo que impide, por tanto, que la medida cautelar adoptada pueda ser eficaz.

**2. La resolución se aparta de la posición adoptada por la CMT en la Resolución sobre Principios y líneas maestras para la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación en relación al acceso a las infraestructuras de ingeniería civil.**

En dicha Resolución<sup>3</sup>, el Consejo de la CMT

- consideró la regulación de las infraestructuras de ingeniería civil que permiten el tendido de cables de comunicaciones como "uno de los aspectos más importantes del despliegue de NGA";

- avanzó su intención de regular el acceso a estas infraestructuras en el marco del análisis del futuro Mercado 4<sup>4</sup>, imponiendo al operador que resultara declarado con PSM (poder significativo de mercado) *"además de las obligaciones ya incluidas en la OBA para el acceso desagregado al par de cobre, otras específicas relacionadas con la transparencia y el acceso a dichas infraestructuras de obra civil incluida la obligación de atender peticiones razonables de compartición de sus competidores"*;

- para hacer efectiva esa obligación de compartición de infraestructuras, se descartó a corto plazo *"la implantación de una regulación detallada ...a modo de OBA de conductos"* dado que *"la inclusión de un conjunto de servicios mayoristas de acceso a infraestructuras detallados en la OBA requeriría de la realización de costosos y largos estudios, que habrían de contemplar casuísticas muy variadas, lo que implicaría demoras sustanciales hasta que tal regulación detallada pudiese entrar en vigor y ser eficaz"*. Como alternativa, se propuso una solución regulatoria "de aplicación más inmediata" implantando *"medidas de salvaguarda o refuerzo de esta obligación de tal forma que, ante la razonada justificación del incumbente de la imposibilidad de compartición de infraestructuras (por ejemplo, por motivos de índole técnico o de insuficiencia de espacio libre), esta entidad tuviera que ofrecer otras alternativas como el alquiler de fibra oscura en aquellos tramos en los que la compartición no fuese posible"*.

Pues bien, en la Resolución objeto de este Voto particular, se imponen efectivamente las obligaciones de compartición de infraestructuras y de transparencia (concretamente dentro del punto 1 del Anexo, en los epígrafes "a" y "c") que se contemplaban en la *Resolución de Principios* del pasado mes de enero. Pero no se refuerza esa obligación imponiendo como medida alternativa el alquiler de fibra

<sup>3</sup> Véase Resolución sobre Principios y líneas maestras para la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA), Anexo, pp. 26 y 27 de 57. Los subrayados son añadidos.

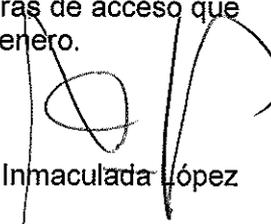
<sup>4</sup> Mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija.

oscura, una medida que en la *Resolución de Principios* se había considerado necesaria para “no dejar a los operadores alternativos en una situación precaria frente a posibles denegaciones de Telefónica ante las peticiones de compartición” y evitar “un incremento muy elevado de la conflictividad entre operadores.”<sup>5</sup>

En esta medida cautelar, el Consejo de la CMT se aparta, por tanto, de su propia posición adoptada en la Resolución de principios. Y se aleja, también, de los enfoques adoptados por sus homólogos europeos: los reguladores de Francia y Portugal han apostado por establecer una regulación tipo OBA<sup>6</sup>, el regulador francés ha realizado previamente una auditoría para analizar el grado de saturación de las infraestructuras de ingeniería civil de France Telecom en 10 ciudades francesas, auditoría que ha mostrado que en muchos casos, la compartición de los conductos exigirá definir reglas de ingeniería que permitan su utilización por varios operadores; OFCOM ha comenzado recientemente una auditoría similar en el Reino Unido; el regulador alemán, en cambio, ha impuesto la obligación de alquiler de fibra oscura como refuerzo alternativo a la compartición de conductos y otras infraestructuras.<sup>7</sup>

En suma: aunque en el epígrafe “c” del punto 1 del Anexo, se impone a Telefónica la obligación de no discriminación (es decir, la obligación de proveer a terceros el acceso a las infraestructuras de ingeniería civil en condiciones equiparables a las condiciones en que se presta a sí misma ese servicio mayorista)<sup>8</sup>, la CMT no ha establecido ninguna obligación adicional que incentive o lleve a Telefónica a hacer efectivo su cumplimiento.

El cumplimiento efectivo de esa obligación de no discriminación en el acceso a los conductos de Telefónica, tal y como ha revelado la propia experiencia española en la desagregación del bucle, resultará clave para la viabilidad del modelo de negocio del despliegue de red de fibra de los actuales operadores de bucle, y, en consecuencia, para la propia viabilidad del modelo de competencia en infraestructuras de acceso que propugnó la CMT en su Resolución de Principios el pasado mes de enero.



Inmaculada López

---

<sup>5</sup> Aunque no se consideraron las dificultades asociadas a la fijación de un precio para esos servicios que retribuya adecuadamente el riesgo de las inversiones en las nuevas redes, cuestión que tampoco fue objeto de la Consulta Pública.

<sup>6</sup> Según el regulador francés, ARCEP, la imposición de la obligación de una oferta mayorista (técnica y tarifaria) de referencia de acceso a las infraestructuras de ingeniería civil contribuye a paliar la debilidad de los operadores alternativos en su negociación bilateral del acceso con el operador incumbente; contribuye, asimismo, a asegurar la no discriminación en el trato a los operadores alternativos y aporta a estos la visibilidad y estabilidad necesaria para elaborar sus planes de negocio y el desarrollo de sus estrategias técnicas y comerciales productos. Constituye, pues, una garantía de cara a asegurar que los operadores alternativos puedan desplegar las redes de nueva generación de acceso en condiciones equiparables a las del operador incumbente. ARCEP, *Analyse de marchés pertinents*, Diciembre 2007, pp 42 y 48-49.

<sup>8</sup> Ello aplica a obligación de no discriminación en su doble vertiente: no discriminar, ni en los precios, ni en las condiciones de oferta del producto, tales como la calidad, plazos de entrega, etc. El regulador francés, ARECP, además de la oferta de referencia ya citada, se propone imponer a France Telecom la obligación de Separación Contable, que incluye la determinación de los precios de transferencia internos que la rama minorista del operador “paga” a la rama mayorista a cambio del acceso a los conductos y otras infraestructuras; este mecanismo que permite al regulador verificar el cumplimiento de la no discriminación en materia de precios.