

Voto Particular de INMACULADA LÓPEZ MARTINEZ, en su condición de Consejera de la CMT, a la RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES SIMÉTRICAS DE ACCESO A LOS OPERADORES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN RELACIÓN CON LAS REDES DE FIBRA DE SU TITULARIDAD QUE DESPLIEGUEN EN EL INTERIOR DE LOS EDIFICIOS Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA. (MTZ 2008/965)

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES
Entrada
000 Nº. 200800001167
18/03/09 17:50:23

I. Introducción

Con esta Resolución, el Consejo de la CMT aprueba las obligaciones simétricas impuestas a los operadores en el último tramo del despliegue de la fibra hasta el hogar situado dentro de los edificios o en sus inmediaciones. Esta Resolución, junto con la aprobada hace unas semanas sobre los Mercados 4 y 5, completa el marco regulatorio implantado por la CMT para el despliegue de las llamadas redes de acceso de nueva generación en España.

La aproximación de la fibra hasta las dependencias de los usuarios en sustitución de cobre tradicional, permitirá aumentos enormes en la capacidad de las redes tradicionales de acceso, lo que a su vez, facilitará el desarrollo de nuevos servicios y aplicaciones que ejercerán un fuerte impacto en los modos de producción y funcionamiento de las individuos y de las empresas y en la productividad del conjunto de la economía, como ha ocurrido con la banda ancha tradicional. Por ello, el despliegue de estas nuevas redes a lo largo del territorio nacional, supone -y así lo están entendiendo en muchos países-- un reto estratégico de primera magnitud, y no sólo para los operadores de telecomunicaciones, sino para la economía y para la sociedad española en su conjunto. En consecuencia, el debate público sobre cuál debería ser la regulación más apropiada para responder a este reto debería trascender al propio sector y extenderse a ámbitos muy amplios de la sociedad.

Desde esta perspectiva, no creo, por un lado, que el enfoque regulatorio adoptado pueda contribuir a fomentar el despliegue de varias redes de fibra hasta el hogar en España por parte de diferentes operadores, y en zonas suficientemente amplias del país. Al contrario, creo que se establece un marco regulatorio de escasa credibilidad en su permanencia; indefinido en varios de sus aspectos clave y, que por tanto, no es capaz de despejar incertidumbres en áreas de fundamental importancia, como es todo lo relacionado con la fijación de los precios de los servicios mayoristas; que va a generar un escenario de elevada conflictividad entre los operadores; y que, de permanecer vigente en los próximos años en sus aspectos sustanciales, entrañaría, además, un serio riesgo de producir consecuencias negativas e irreversibles sobre el futuro de las redes de nueva generación en España, tales como la constitución de monopolios locales y de agujeros de cobertura en zonas muy amplias del territorio, incluso en las ciudades más densas del país, como Barcelona o Madrid; un riesgo que no se ha analizado y, por tanto, no se ha podido valorar adecuadamente.

Por otra parte -aunque no menos importante- el marco finalmente implantado por la CMT no ha logrado conseguir un consenso suficientemente amplio, antes al contrario, la nueva regulación -gestada a través de un tortuoso proceso de sucesivas rectificaciones que encuentra su primer escollo en la improvisada medida cautelar de Mayo de 2008- se ha encontrado con la oposición generalizada, no sólo de la mayoría de los operadores, sino también de la Comisión Europea (CE), la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), el Ministerio de Economía y Hacienda (MEyH) y el Ministerio de Industria (MITyC), organismos, todos ellos, que han planteado serias objeciones a aspectos sustanciales del nuevo marco regulador. La CE, la CNC y el Ministerio de Economía no confían en que las medidas regulatorias adoptadas puedan garantizar el mantenimiento de un grado de competencia suficiente en los mercados minoristas de los servicios prestado a través de la banda ancha en nuestro país. El MITyC, por su parte, cuestiona la habilitación competencial de la CMT para imponer las obligaciones simétricas en el último tramo de la fibra, e insta a la CMT (sin éxito) a aplazar la adopción de estas medidas hasta que acabe parte de sus trabajos la Comisión Asesora para el Despliegue de Infraestructuras de Acceso Ultrarrápido, comisión creada el pasado mes de septiembre y que liderada por la SETSI, (y en la que la CMT participa) tiene como objetivo eliminar los obstáculos para el despliegue de redes de nueva generación en España, un objetivo que también persigue la CMT con las medidas reguladoras que ha aprobada.

Tal y como señalé en mi Voto Particular a la resolución de los Mercados 4 y 5, la propuesta regulatoria sobre las Obligaciones Simétricas que se había sometido Consulta Pública por parte de los Servicios de la CMT, debía modificarse, en parte, porque dejaba en una especie de limbo regulatorio, a todos los operadores que pretendieran desplegar fibra hasta el hogar con topologías de red diferentes a la de Telefónica (PON). En este sentido -como expondré con más detalle más adelante- la Resolución aprobada ahora por el Consejo ha intentado modificar únicamente el problema más obvio: el referido a la ubicación de llamado "punto de compartición", un nuevo concepto de la regulación de las telecomunicaciones que se explica más adelante; el punto de compartición se localizaba en el punto "correspondiente a la ubicación de la última etapa de división del operador que encabeza el despliegue de fibra en los edificios"), definición que resultaba únicamente aplicable a una arquitectura PON, como la de Telefónica, con dos etapas de división

La nueva definición adoptada -excesivamente vaga- no resulta tampoco adecuada por lo que deberá modificarse. Adicionalmente, no se han abordado (ni siquiera se han analizado) los problemas de fondo asociados a la localización del punto de compartición: los riesgos que, desde el punto de vista del interés general, entraña que el regulador se inhiba y deje la responsabilidad de esa decisión clave (de la que depende, en buena medida, la propia viabilidad de la competencia entre varias redes de infraestructuras) al primer operador que llegue a un edificio, o acuerdos entre dos operadores, que pudieran cerrar el paso a todos los demás, como muestra la experiencia francesa.

Una buena parte de las contestaciones a la Consulta Pública, no sólo el Ministerio de Industria, sino también la Comisión Europea, y la mayoría de los operadores (con la excepción de Telefónica), han cuestionado la capacidad competencial de la CMT para imponer las regulaciones propuestas que se propusieron en la Consulta Pública sobre las obligaciones simétricas. El intento de reducir la vulnerabilidad de la Resolución en lo que se refiere a sus fundamentos jurídicos parece ser la principal razón que ha llevado al Consejo a introducir alguna modificación clave respecto de las medidas contempladas en la Consulta Pública que diluye, aún más, el contenido de las obligaciones simétricas impuestas por el regulador a todos los operadores (con y sin PSM). Quizás con ello, se limite la vulnerabilidad jurídica de la Resolución pero, a la postre, lo cierto es que ello traduce en un reforzamiento de las ventajas del operador *first mover* (que es y seguirá siendo, previsiblemente, Telefónica, en la inmensa mayoría de las zonas con despliegues de fibra que se realicen los próximos años en España), y de las posibilidades de acuerdos entre el *first mover* y otros operadores para repartirse las zonas de despliegue de FTTH en condiciones de monopolio.

A continuación se exponen con más detalle estos argumentos. Lo que resta de este Voto Particular se estructura en los siguientes apartados:

En el segundo apartado, se hace referencia al contexto internacional, exponiendo brevemente los enfoques regulatorios -muy diferentes entre sí- que se están adoptando en las distintas regiones del mundo para abordar el despliegue de las redes de acceso de nueva generación. El caso de Francia merece una atención muy especial por el mayor desarrollo de la regulación de la fibra hasta el hogar en este país, que ha implantado un modelo conceptualmente innovador, que ha sido adoptado también por la CMT y que está ejerciendo una influencia determinante en el debate europeo, tanto en la posición del European Regulators Group (ERG), como en la propia Comisión Europea, tal y como refleja su borrador de Recomendación sobre Redes de Nueva Generación.

El apartado III se dedica a la Resolución sobre Obligaciones simétricas, objeto principal de este Voto. El Epígrafe III.1 analiza los fundamentos jurídicos de la Resolución y el III.2 los rasgos principales de las regulaciones adoptadas. Finalmente, en el apartado IV se realiza una valoración del marco regulador de las redes de nueva generación en España.

II. El contexto internacional de la regulación de las Redes de Acceso de Nueva Generación.

La red de acceso es el tramo de las redes fijas de telecomunicaciones más próximo a los usuarios. En España, como en otros países, la actual red de acceso está formada, mayoritariamente, por los bucles de cobre que conectan las dependencias de los usuarios con las centrales del operador tradicional: Telefónica. En España, la red de acceso está formada por unos 17 millones de pares de cobre. También existen las redes de acceso de los operadores de cable, pero su cobertura sólo alcanza al 50 por ciento de los hogares y empresas del país.

Al igual que otros operadores incumbentes europeos, Telefónica se propone ir transformando de manera gradual los pares de cobre por bucles de fibra, lo que va a permitir aumentar extraordinariamente el ancho de banda de su red de acceso y ofrecer más y mejores servicios. Pero un buen número de reguladores europeos, incluida la CMT, se han propuesto que sean varios operadores -no sólo el operador incumbente- los que desplieguen redes de acceso de fibra. Ello abriría la posibilidad de que la competencia lograda por estas redes permitiera -si no una situación de libre competencia entre una gran cantidad de operadores, porque esto no resulta factible en una industria que por sus fuertes economías de escala tiende a tener una estructura oligopolística-, pero sí un nivel suficiente de competencia (*competencia efectiva*) que permita eventualmente eliminar todo el complejo y costoso aparato de regulación ex ante actualmente existente, incluida la propia CMT.

Tradicionalmente, el tramo de la red de acceso (la parte de las redes de los operadores de telecomunicaciones más próxima a los clientes) se ha considerado una industria con características de monopolio natural debido a las fuertes economías de escala asociadas al elevado peso de los costes fijos, -y hundidos, es decir, costes de inversiones en activos que no pueden reutilizarse para otros propósitos- que supone su despliegue: para llegar a los clientes de un edificio es preciso realizar un despliegue de redes sumergidas en la tierra desde la central local del operador hasta las proximidades del edificio. Esos costes -muy elevados- son fijos, cualquiera que sea el número de clientes que se conecte finalmente a la red. Y cuanto mayor sea el número de clientes que se conecte, menor será el coste unitario de cada una de las conexiones. Esto explica que la construcción de varias de estas redes sea un ejercicio de difícil viabilidad económica porque el *first mover* puede lograr unos costes unitarios muy reducidos (economías de escala) que hagan inviables, o ineficientes, los despliegues de otras redes en paralelo. Sobre la base de este tipo de argumentos, las redes de acceso se han considerado tradicionalmente un cuello de botella difícilmente replicable, al menos en zonas muy amplias de los territorios de los países.

Las actuales redes de acceso de los operadores monopolistas tradicionales se construyeron en condiciones de monopolio y lograron extenderse hasta prácticamente la totalidad de los territorios (en los países más desarrollados) en virtud de subvenciones cruzadas desde las zonas rentables a las no rentables y políticas de universalización del servicio telefónico.

Pero ahora el reto consiste en que estas nuevas redes se desarrollen en condiciones de competencia, con la dificultad adicional de que los nuevos servicios que se prestarán con las nuevas redes se enfrentan aún a una demanda por parte los consumidores muy incierta, lo que, a su vez, eleva el riesgo de estas inversiones, que como se ha señalado anteriormente, son de una cuantía, además, muy elevada.

Los enfoques regulatorios para abordar el despliegue de las redes de fibra en el acceso están siendo muy variados en las distintas zonas del planeta.

En EEUU, a los operadores que desplieguen redes de fibra se les ha eximido de la obligación de abrir su nueva red a otros operadores en condiciones reguladas. Esta decisión (*forbearance*) se adoptó, entre otras razones, para incentivar las inversiones y para permitir a los operadores de telecomunicaciones competir en condiciones de igualdad con los operadores de cable, cuya posición es predominante en el mercado de banda ancha norteamericano y cuya cobertura alcanza a gran parte del territorio nacional, a diferencia de lo que ocurre en Europa. Lamentablemente, no se dispone apenas de estudios que analicen con rigor las consecuencias esta decisión regulatoria. No obstante, no parece que el modelo estadounidense para la extensión de la banda ancha, que la nueva administración de Obama se plantea modificar sustancialmente, pueda considerarse, un modelo claro a seguir por otros países -que se encuentran además en condiciones muy distintas a las de EEUU- , al menos, a partir de los resultados aparentemente obtenidos hasta ahora, en términos de precios y, sobre todo, de penetración de los servicios entre la población.

En Japón, el enfoque es opuesto en gran medida al de EEUU. El operador incumbente está obligado a desagregar el bucle de fibra óptica y a poner este servicio mayorista a disposición de sus competidores. Tanto en Japón como en Corea, el despliegue de estas redes se ve facilitado por la elevada densidad de población y por el apoyo de las políticas industriales de ambos países, a través de subvenciones públicas y medidas fiscales.

En Europa, en la fase inicial del proceso de construcción de redes NGAs en que nos encontramos, no existe un único modelo; al contrario, los reguladores difieren de forma muy acusada en la manera de enfocar la regulación de las nuevas redes de fibra hasta el hogar.

Hay reguladores, como OFCOM en el Reino Unido, que consideran que la importancia de las economías de escala y alcance de las nuevas redes se va a reforzar con redes de fibra, lo cual va a reducir su replicabilidad, por lo que piensa que acabarán erigiéndose en un cuello de botella persistente. En consecuencia, OFCOM (aún cuando no ha publicado aún su regulación definitiva) considera que el mantenimiento de la competencia exigirá que la red que se constituya en cuello de botella se abra a otros operadores para que estos puedan prestar servicios minoristas utilizando los servicios mayoristas proporcionados por la nueva red. OFCOM se propone imponer a British Telecom (que asume la apertura de su red y ha anunciado un despliegue de redes de fibra, fundamentalmente del tipo FTTC, si las condiciones de rentabilidad que le permita la regulación son adecuadas) dos servicios mayoristas básicos: la desagregación del subbucle (mercado 4) y un servicio mayorista *bistream* reforzado.

El regulador Francés, ARCEP, adoptó desde el principio –iniciando los trabajos preparatorios hace ya unos tres años- un enfoque regulador muy diferente y conceptualmente innovador: en lugar de considerar la red de acceso como un todo que constituye un único cuello de botella, ARCEP distinguió dos cuellos de botella distintos:

- los costes de ingeniería civil asociados al tramo horizontal del despliegue, para unir la central local del operador con la entrada o inmediaciones de los edificios de los clientes.
- y los costes asociados al despliegue del tramo vertical de fibra dentro del edificio hasta llegar al domicilio del cliente así como los costes para acceder al propio edificio, debido a la falta de canalizaciones apropiadas; a este tipo de barrera económica se añaden otro tipo de problemas - entre ellos- la posible reticencia de las comunidades de propietarios al despliegue de múltiples redes de acceso dentro de sus edificios.

ARCEP consideró que la eliminación del primer cuello de botella se conseguiría obligando al operador incumbente a poner a disposición de los operadores alternativos sus infraestructuras de ingeniería civil en condiciones de no discriminación. (Un estudio realizado sobre los costes del despliegue de redes de fibra en Francia mostró que estos costes vendrían a representar entre un 50% y un 80% de los costes totales del despliegue, según las zonas). Esta obligación se le impuso a France Telecom en el Análisis del Mercado 4 llevado a cabo por ARCEP en 2008.

Para la eliminación del segundo cuello de botella se consideró que no sería apropiado imponer obligaciones asimétricas al operador incumbente ya que cualquier operador que llegara el primero con su despliegue a un edificio -no sólo el incumbente- podría convertirse en un monopolista local en ese edificio.

Por tanto, se decidió imponer el mismo tipo de obligaciones a todos los operadores que llegaran primero con su red a un edificio (obligaciones simétricas). Y para ello, se consideró necesario modificar la legislación nacional, lo cual se hizo mediante la Ley de Modernización de la Economía aprobada en agosto de 2008.

Esa Ley:

- Estableció la figura del "operador de inmueble": el primer operador que llega a un edificio es el responsable de relacionarse con la comunidad de propietarios y de tender la red de fibra dentro del edificio; a este operador se le impone la obligación básica dar acceso a su red a los demás operadores que se lo demanden, en un punto ubicado fuera del edificio (excepto en casos excepcionales que defina la autoridad de regulación, para edificios grandes y/o situados en zonas de gran densidad)
- Atribuyó al regulador, ARCEP, la potestad de establecer las condiciones técnicas y tarifarias de la compartición ya sea en el marco de una resolución del conflictos o través de una decisión de alcance general.

La obligación de dar acceso (del término francés "mutualisation", y del inglés "sharing" traducido por la CMT al castellano por "compartición") significa que el operador que llega primero al edificio con su red debe poner a disposición de terceros operadores, cuando lo demanden, una fibra óptica continua desde un

punto de su red, denominado *punto de compartición* hasta las vivienda de los clientes de los terceros operadores. No se trata, por tanto, de un acceso activo (tipo *bitstream*), sino a elementos pasivos de la red. Así pues, los operadores que deseen proveer servicios a un determinado edificio deberán desplegar sus redes hasta el punto de compartición que deberá, por tanto, permitir el acceso físico a varios operadores (a cuatro, según propone ARCEP)

La localización exacta del punto de compartición (más allá de que debe situarse fuera de los edificios salvo en casos excepcionales que decida el regulador) se ha convertido en la cuestión clave de la regulación en Francia (y, por ende, en Europa) y aún no del todo resuelta.

Como ha señalado el regulador francés, la localización del punto de compartición es una cuestión nueva, que no se ha planteado en la regulación de la banda ancha hasta ahora¹. Su localización en un punto de la red más o menos alejado del cliente, ya sea dentro del edificio o en el dominio público, determina la capacidad de terceros operadores para conectar su red a la del operador que llegue primero a un edificio y, por tanto, su capacidad para ofrecer servicios a los habitantes de ese edificio.

ARCEP ha llegado a la conclusión de que, dados los elevados costes asociados a la penetración de la fibra dentro de los edificios, no será económicamente razonable (ni factible, dada la escasez de conductos que permiten acceder directamente a los edificios) que los operadores tendieran varias redes en paralelo hasta llegar a el punto de compartición, situado al pie o muy cerca de los edificios, salvo en edificios grandes y zonas de elevada densidad (por ejemplo en Lyon) que permitan grandes economías de escala.

A ello se añade el riesgo de que se produzcan agujeros de cobertura si el primer operador que despliegue en una zona, se concentra únicamente en los edificios más rentables (denominadas estrategias *cherry-pick*) dejando sin conectar otros situados en sus inmediaciones, cuya cobertura posterior resultaría ya inviable económicamente para cualquier operador que lo pretendiera hacer con posterioridad.

Por tanto, en contra de lo previsto inicialmente, la localización del punto de compartición se considera ahora una decisión regulatoria que no puede dejarse en manos de los operadores; la ubicación de ese punto dependerá de cómo afecte a los costes del despliegue la estructura del habitat (existencia o no de parques y otros obstáculos, altura y tamaño de los edificios etc), pero presumiblemente deberá alejarse de los edificios hasta el nivel de los principales ejes de circulación de las ciudades de densidad media, de modo que desde ese punto de compartición, los operadores que ahí se conecten puedan dar servicio a un barrio entero.

Por otra parte, en Septiembre de 2008, France Telecom y un competidor, SFR llegaron a un acuerdo para desplegar en doce ciudades francesas acordando

¹ Véase *Recommandations sur la mise en oeuvre de la mutualisation de la partie terminal des réseaux fibre*. ARCEP. Octubre 2008.

un punto de compartición interior o muy cercano a los edificios. El operador Iliad (Free) denunció este acuerdo ante el regulador argumentando que le cerraba el paso a los edificios afectados, insinuando que Orange había elegido un determinado competidor con el que firmar sus acuerdos para perjudicar a su competidor más agresivo (Free). El regulador ha dado a entender que, si bien este acuerdo respondía a la letra de la Ley, no puede aceptarse que este modo de proceder pueda extenderse a despliegues ulteriores de mayor alcance.

Así las cosas, la regulación de en Francia ha entrado en 2009 en una nueva fase de despliegue controlado por el regulador. En septiembre de 2008 France Telecom anunció que paralizaba su despliegue masivo previsto para 2009. Y los operadores, bajo el liderazgo de ARCEP y del "Comité de Pilotage" del gobierno se han comprometido a aportar antes del 31 de marzo de marzo de 2009, los resultados de una experimentación de despliegue mediante una metodología común compartida por todos.

Conviene, no obstante, señalar que, si bien Francia se ha convertido, sin duda, en la principal referencia para valorar los modelos regulatorios para despliegues de fibra hasta el hogar que se inspiren en su modelo (eliminación mediante la regulación de los dos cuellos de botella mencionados), como es el caso del modelo adoptado por la CMT, en todo caso, será preciso tener muy en cuenta las diferentes características de cada país.

Para empezar, a diferencia de lo que ocurre en Francia, en España no ha habido ningún operador alternativo que haya anunciado su intención de desplegar redes de fibra hasta el hogar para comercializar servicios de banda ancha al sector residencial, utilizando las infraestructuras del incumbente.

En Francia, en cambio, además del operador incumbente, France Telecom, Free, SFR, Numericable (y algunos otros agentes privados, además de varias administraciones territoriales) han anunciado despliegues de fibra hasta el hogar.

Esto en parte se debe, en parte, a la diferente estructura de la industria española de servicios de banda ancha y a la situación de competencia del mercado español, también muy distinta a la francesa.

La mayor cuota de mercado del Telefónica en el mercado minorista de banda ancha (57% en términos de líneas frente a algo menos del 50% en el caso de France Telecom) y la mayor presencia del cable (con alrededor del 20% de cuota de mercado en el mercado nacional –frente al 5% en Francia_ , y que resulta considerablemente superior en las zonas donde presumiblemente se concentren los futuros despliegues de fibra), deja un menor espacio para la viabilidad económica de los despliegues de los operadores alternativos españoles

Los modelos de negocio de los operadores alternativos que utilizan la red del operador incumbente y, que se están considerando actualmente en Europa, se construyen, para su viabilidad económico-financiera, sobre la hipótesis de que

el operador migra sus actuales clientes a su nueva red de fibra, con lo cual, el operador se ahorra la cuota mensual del servicio mayorista pagada al operador incumbente.

Por tanto, el tamaño de la base de clientes del operador es crucial para determinar la viabilidad de los despliegues de cada operador en las distintas zonas. Por tanto, no se debería decir- como se afirma en la Resolución y como sostiene reiteradamente Telefónica - que una vez resuelto el cuello de botella que representan las infraestructuras de ingeniería civil, todos los operadores, Telefónica y, los alternativos, están en las mismas condiciones para abordar despliegues de fibra hasta el hogar.

Los operadores alternativos españoles, incluso Orange que tiene la cuota de mercado de banda ancha más elevada en torno al 15%, tienen una base de clientes muy reducida en comparación con el incumbente español, y en comparación con sus homólogos franceses (Free un 27% aproximadamente y SFR-Neuf en torno al 22%), lo que abre una gran interrogación sobre la posibilidad de que en España se puedan desplegar en paralelo tres o cuatro redes (incluidas las de los operadores de cable) en zonas suficientemente amplias del país, tal y como señaló la Comisión Europea en sus comentarios al mercado 5.

Más aún, si continúa la dinámica de los últimos tres años, durante los cuales, la cuota de mercado de Telefónica no ha dejado de aumentar, las posibilidades de los alternativos serían prácticamente nulas (a no ser que se produjera una sustancial caída de la cuota de los operadores de cable), porque la viabilidad de sus modelos de negocio descansa en que las nuevas inversiones en redes van hacer posibles aumentos, si no en sus ARPU, sí en todo caso, en sus cuotas de mercado.

Telefónica, en cambio, tiene mayores incentivos que otros incumbentes europeos a desplegar sus nuevas redes, en parte, porque los costes de despliegue en España,-en contra de lo que a veces se sostiene como explicación de los elevados precios de la banda ancha en nuestro país -son relativamente más reducidos que en otros países debido, a la mayor proporción de la población que vive en edificios (en lugar de vivir en viviendas unifamiliares); al despliegue por fachada en el interior de los edificios (relativamente menos costoso) y que es mucho menos frecuente en otros países; y al hecho de que Telefónica, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no debe soportar el coste de las infraestructuras de ingeniería civil de los edificios de nueva construcción, aspectos todos ellos, insuficientemente analizados por la CMT.

Al igual que están haciendo los reguladores de otros países, la CMT debería contribuir al debate español sobre la regulación de las redes de nueva generación elaborando distintos modelos que, con todas sus limitaciones, permitan analizar mejor la viabilidad económico-financiera de los despliegues de redes de fibra en España y que ayuden a valorar a todos los agentes implicados en el debate (el gobierno, la CMT, otras administraciones públicas,

operadores, consumidores...) cuáles pueden ser realmente las alternativas abiertas en las distintas zonas del país.

III. Análisis de la Resolución sobre Obligaciones Simétricas.

III. 1. Fundamentos jurídicos

Una buena parte de las contestaciones a la Consulta Pública, incluyendo las del Ministerio de Industria Turismo y Comercio (MITyC), la Comisión Europea, y la mayoría de los operadores (con la excepción de Telefónica), cuestionaron la capacidad competencial de la CMT para imponer las regulaciones simétricas propuestas en la Consulta.

En relación a esta cuestión, la Resolución señala lo siguiente:

"El hecho de que esta Comisión citara en el informe sometido a consulta, además del 13.2 de la LGTel, otros preceptos legales nacionales (12.2 de la LGTel²) y comunitarios (artículo 12 de la Directiva marco) ha determinado que tanto algunos operadores como la Comisión Europea y el MITyC pongan en duda la habilitación competencial de la CMT para dictar la presente Resolución"

El Consejo zanja ahora esta cuestión negando (aunque, aparentemente, no del todo) que el Artículo 12 de la Directiva Marco u otros preceptos legales nacionales constituyan el fundamento jurídico de las obligaciones simétricas impuestas, al afirmar con rotundidad:

"la presente Resolución se funda de modo exclusivo en el artículo 13.2 de la LGTel".(El subrayado es añadido)³

²El artículo 12.2 establece que la CMT, "en la medida en que sea necesario garantizar la posibilidad de conexión extremo a extremo, podrá imponer obligaciones a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales (...)"

³ Aunque se dice que la Resolución se funda de modo exclusivo en el Art 13.2, sin embargo, inmediatamente se añade que ese precepto está "en línea con los objetivos de interés general establecidos en el citado artículo 12 de la Directiva marco (en virtud de los cuales compete a las ANRs favorecer el uso compartido de recursos o propiedades, en particular -que no exclusivamente- en casos en que no existan alternativas viables dada la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública, o de alcanzar objetivos de ordenación urbana o territorial)".

El Artículo 13.2 de la LGTel, dice, textualmente, lo siguiente:

"en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previo sometimiento al mecanismo de consulta previsto en la disposición adicional octava, podrá imponer obligaciones relativas al acceso o a la interconexión que no se limiten a las materias enumeradas en el apartado anterior^A, así como a operadores que no hayan sido declarados con poder significativo en el mercado" (el subrayado ha sido añadido por el Consejo de la CMT).

En el epígrafe II. se exponen un conjunto de problemas o circunstancias de *"carácter acumulativo y concurrente (que) generan una barrera de entrada a los operadores segundo y subsiguientes para acceder con sus propias infraestructuras ópticas hasta los usuarios, barreras que favorecen la aparición*

En este sentido, en su carta de comentarios, la Comisión Europea llama la atención de la CMT sobre el hecho de que la obligación impuesta al primer operador que pretenda cablear un edificio consistente en dar acceso a su red en un punto de compartición situado fuera del edificio se justifica únicamente por razones de viabilidad económica y no por el resto de motivos mencionados en la Directiva: proteger el medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública, o alcanzar objetivos de ordenación urbana o territorial. En efecto, en zonas de baja densidad de clientes en que la altura y el tamaño de los edificios es reducido -incluyendo como caso más extremo el de las viviendas unifamiliares- no resultan económicamente rentables para ningún operador (ni siquiera para los que disponen de una mayor base de clientes potencialmente migrables a la nueva red de fibra, como es el caso de Telefónica) los despliegues en los que la caja terminal (y el punto de compartición) esté situada dentro de los edificios; por ello, es preciso situarla en un punto exterior al dominio privado para, desde allí, poder dar cobertura a una conjunto de edificios con un número suficiente de potenciales clientes. Para aclarar esta cuestión, véase la Figura 2 de la Resolución, titulada *Ubicación del punto de compartición en dominio público (arqueta cercana a las edificaciones)*, en pág.17 de 43. La CE dice, en concreto, lo siguiente: *"la CMT no debería recurrir al artículo 12 de la Directiva marco para imponer medidas sobre la base de razones meramente económicas. En particular, dado que la justificación ofrecida por la CMT con respecto al acceso en puntos situados en tramos más alejados del edificio parece ser de carácter exclusivamente económico, la obligación simétrica de acceso no puede extenderse más allá de los edificios sobre la base del artículo 12"*. En la Resolución se ofrecen dos contestaciones a la CE. Por un lado, en las páginas 5-6 de 43 se afirma que la fundamentación jurídica de las medidas impuestas se basa exclusivamente en el artículo 13.2 de la LGTel que "no limita el ámbito de actuación de la CMT a los supuestos en que concurren esas concretas circunstancias, otorgando por tanto facultades a la CMT para responder a problemas de interés general". Por tanto, según esta argumentación, la CMT podría sobre la base del Artículo 13.2 imponer obligaciones a operadores sin PSM (por tanto, fuera del ámbito de las obligaciones ex ante del Artículo 7 de la Directiva marco) por razones meramente económicas. Sin embargo, en la pág. 16 de 43, la justificación que se ofrece para que en ocasiones el punto de compartición pueda estar fuera de los edificios es que esa decisión "corresponde a los propios operadores de comunicaciones electrónicas, en base a su conocimiento del mercado y sus planes de despliegue." Ahora bien, aunque no se diga explícitamente, esas decisiones de los operadores vienen determinadas por la viabilidad económico-financiera de los despliegues. Ello no plantearía ningún problema de fundamentación jurídica si la CMT estuviera habilitada por el Art 13.2 de la LGTel a imponer obligaciones simétricas (y a operadores sin PSM). Pero sí parece cuestionable pretender apoyar la imposición de esas medidas sobre la base del Art. 12, como, en parte, parece que se sigue haciendo en la Resolución, por un lado, al afirmarse en la página que el Art. 13.2 de la LGTel está en línea con los objetivos del Art.12 de la Directiva y en la pág. 6 de 43; por otra parte, en el Anexo 1 de la pág. 27 de 43, en el que se enuncian las obligaciones impuestas, al hacer referencia a la obligación de dar acceso se vuelve a mencionar el Art. 12 de la Directiva (la modificación del subrayado es añadido): *" Atender las solicitudes razonables de acceso a los elementos de red y equipos en el interior o proximidad de edificios tales como cajas terminales, cables de fibra óptica, cajas de derivación, rosetas ópticas y demás elementos que faciliten la compartición en el acceso hasta las viviendas (arts. 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art. 12 de la Directiva de Acceso) (el subrayado es añadido)*

de monopolios en el interior de los edificios": (págs.10-11 de 43) (el subrayado es añadido)

Se citan, en concreto, los siguientes tipos circunstancias que pudieran darse en caso de que fueran varios operadores los que desplegaran sus redes de fibra en el interior de los edificios:

- Consumo de los recursos de espacios disponibles dentro del edificio para la ubicación de las redes por parte del operador que tome la iniciativa
- Problemas de Coordinación y/o compatibilidad del despliegue.
- Riesgos para la integridad de la red tanto nueva como ya instalada.
- Complejidad de la operativa, sobre todo, en los procesos de tramitación de altas, bajas y cambios de operador.
- Dificultades para la gestión y obtención de permisos de las comunidades de propietarios

Aceptando que, estas circunstancias pueden erigirse en una barrera de entrada para los operadores "segundo y subsiguientes" impidiendo a los usuarios del edificio conectar con las redes de estos operadores, la argumentación de la Resolución plantea varios problemas:

1. Si bien estas circunstancias pudieran constituir una barrera de entrada para los operadores "segundo y subsiguientes", dichas circunstancias no pueden en ningún modo considerarse excepcionales, como exige el Art 13.2 de la LGTel; todo lo contrario, constituyen "una problemática generalizada", tal y como se admite en la Resolución en la pág 7 de 43.⁵ Las obligaciones simétricas que la CMT impone a través de una resolución suya (pero que en Francia se han impuesto a mediante la Ley de Modernización de la Economía) pretender ser el marco regulatorio para el despliegue de redes de fibra hasta el hogar en amplias zonas del país, de modo que esas nuevas redes puedan soportar en el futuro el consumo masivo de servicios de banda ultra ancha en España. Según el Diccionario de la Real Academia, "excepcional" es "algo que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez", justamente lo opuesto a "una problemática generalizada" como la que pretenden abordar las obligaciones de esta Resolución. Así pues, parece dudoso que el Art. 13.2 de la LGTel pueda constituir un fundamento jurídico sólido sobre el que asentar firmemente el nuevo marco regulatorio para el despliegue de las redes de fibra en España, a no ser que aceptemos que el término "excepcional" pudiera tener algún otro significado muy diferente al que le otorga el Diccionario de la Real Academia.

⁵ "En efecto, el artículo 30.3 de la LGTel prevé una intervención caso por caso, y cumplidas una serie de condiciones, que hacen inviable su invocación para una problemática generalizada como la aquí tratada"(pág. 7 de 43)

2. Hay, adicionalmente, una contradicción en la lógica de la argumentación de la Resolución que, en mi opinión, cuestiona su validez de manera fundamental. Por un lado, se afirma que *"Los problemas detectados son de carácter acumulativo y concurrente y generan una barrera de entrada a los operadores segundo y subsiguientes para acceder con sus propias infraestructuras ópticas hasta los usuarios"*. Es decir, las obligaciones impuestas en la Resolución al primer operador que llega con su red de fibra a un edificio, se justifican como medio para impedir que este operador no cierre el paso al "segundo y subsiguientes" operadores, permitiendo, en este sentido la "conexión extremo a extremo". Pero, más adelante, en la página 15 de 43, al establecer la Subsidiariedad de las obligaciones impuestas, la Resolución dice lo siguiente:

"Por último, debe remarcarse que las obligaciones que se establecen en el presente procedimiento son subsidiarias en un doble sentido. En primer lugar, porque el hecho de que existan las obligaciones de acceso que a continuación se describen para el primer operador que tienda una red óptica en el interior de un edificio, no implica que el segundo o ulterior tenga la obligación de acceder a ella, pudiendo siempre optar por desplegar su propia red. Y en segundo lugar, porque las presentes obligaciones cederán ante los acuerdos a los que pudieran llegar los operadores (siempre que los mismos no afecten al derecho de otros operadores)".

Es decir, se permite al segundo operador que llegue al edificio, si así lo desea, desplegar su propia red, aceptándose que su comportamiento establezca una barrera de entrada en los "subsiguientes" operadores: las circunstancias acumulativas y concurrentes que, según la Resolución justifican la imposición de las obligaciones al primer operador (problemas de espacio, dificultades para la gestión de los permisos etc.), siguen vigentes para el segundo operador (e incluso pudieran ser aún ser más acuciantes para la mayoría de los operadores, excepto quizás para Telefónica, que, debido a su condición de propietario histórico de la red de acceso tradicional de cobre, tiene una mayor experiencia en los tratos con las comunidades de vecinos y en solicitudes de permisos); sin embargo, en contradicción con la obligación impuesta al primer operador, se permite al segundo desplegar su propia red dentro del edificio, si así lo desea, sin importar que esto establezca una barrera a los "subsiguientes" operadores (y pudiendo, incluso, afectar negativamente también al primer operador que haya llegado al edificio).⁶

3. Un tercer problema de la Resolución al argumentar sobre las razones que la fundamentan jurídicamente es la omisión de las razones económicas que

⁶ El segundo aspecto de la subsidiariedad también plantea problemas en la medida en que puede generar incentivos para la colusión entre operadores, o para que el operador *first mover* llegue a acuerdos con unos competidores en detrimento de otros. Se dice que *"las presentes obligaciones cederán ante los acuerdos a los que pudieran llegar los operadores (siempre que los mismos no afecten al derecho de otros operadores)"*. Ante un determinado acuerdo entre dos operadores, un tercer operador podría exigir (interponiendo en su caso un conflicto ante la CMT) que el "primer operador" le proporcionara acceso a su red en condiciones y precios "razonables". Pero al no haberse impuesto al primer operador la obligación de "no discriminación", las condiciones concedidas al tercer operador pueden ser sustancialmente peores que las otorgadas al segundo, sin que la CMT pueda prohibirlo mediante las actuales obligaciones impuestas.

justifican la obligación de dar acceso a su red impuesta al primer operador que llegue al edificio⁷. Estas razones sí se contemplaban en el Informe de los Servicios sacado a Consulta Pública. En él se argumentaba que el despliegue de la red de fibra dentro de un edificio representa un coste muy elevado, citando cifras de costes para otros países, extraídas del Informe de la consultora Analysys para el regulador holandés, OPTA, y del Informe de la misma consultora para el *Broadband Stakeholders Group*, el grupo asesor del gobierno inglés en temas de banda ancha.

El coste de dicho despliegue incluye, por un lado, el coste de entrada al propio edificio (que puede resultar prohibitivo en los casos en que hiciera falta abrir una zanja en la calle y meter en ella un conducto para que el cable de fibra penetre hasta el edificio) y, por otro, el coste del despliegue del cable desde la entrada o base del edificio hasta el domicilio del cliente. El factor económico puede ser, en muchos casos (máxime dada la escasa capilaridad de la parte de la red de conductos de Telefónica que sirve para acceder a los edificios), una importante barrera para que varios operadores puedan prestar sus servicios en un mismo edificio. Por tanto, tampoco pueden considerarse "circunstancias excepcionales". De hecho, para evitar ese cuello de botella, los edificios con Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones o ICTs (que han quedado excluidos de las obligaciones impuestas en esta Resolución) deben contar obligatoriamente con una "arqueta de entrada" situada fuera del edificio, en cuyo interior confluyen las canalizaciones por las que transcurren las redes de los operadores de telecomunicaciones que sirven a clientes de un edificio con los conductos que permiten a dichos operadores penetrar hasta el interior del inmueble; esos conductos constituyen la canalización (externa) de la ICT, cuya construcción -y la asunción de los costes correspondientes- corresponde, por tanto, no a los operadores, sino a los propietarios del inmueble.

En suma: los fundamentos jurídicos de la Resolución no parecen suficientemente sólidos. También parece dudoso que la Resolución resulte coherente con la normativa de ICTs (como se argumenta en el epígrafe II.3 de la Resolución), como preocupa al MITyC. Como se menciona más adelante, el punto de compartición donde el primer operador está obligado a dar acceso a su red a otros operadores que lleguen después al edificio, no debería estar en la mayoría de los casos fuera del edificio (en coherencia con la normativa de ICTs - para evitar el cuello de botella del acceso al edificio- y como exige la Ley francesa), sino que lo decide el operador *first mover*, que puede optar por colocarlo dentro de los edificios, forzando al resto de los operadores a tener que desplegar sus redes hasta acceder a la zona común de los edificios. Este es el escenario que se contempló en el informe de la Consulta Pública y que se mantiene también en la Resolución aprobada por el Consejo.

⁷ En la Recomendación de la CE sobre redes de nueva generación de acceso se mencionan explícitamente las razones económicas: "*In the context of FTTH investments, access to in-building cabling is an important factor the lack of which could inhibit investments. Cabling within buildings by more than one undertaking is likely to be difficult and/or inappropriate for legal (property rights), economical and practical (lack of adequate space) reasons*".

Experiencia en otros países y posición de la CE y del ERG.

En el Epígrafe I, (pág. 6 y 7 de 43) se hace referencia a la experiencia internacional en la fijación de obligaciones simétricas para abordar el cuello de botella de los edificios y a la posición del ERG y la CE. Se dice en concreto:

“En la misma línea de coherencia entre la utilización de este precepto (el Art. 13.2 de la LGTel) y el marco normativo comunitario, debe destacarse la importancia que tiene el establecimiento de obligaciones de carácter simétrico encaminadas a favorecer la compartición de los elementos de red en el interior de los edificios es un aspecto común en aquellos Estados miembros donde los operadores están llevando a cabo despliegues de fibra hasta el hogar (FTTH), y ha propiciado por ejemplo – también de acuerdo con el marco comunitario – la adopción de medidas legislativas en Francia. La misma problemática es también tratada por la Comisión Europea en su borrador de Recomendación en relación con el acceso regulado a redes NGA y el borrador de Nota Explicativa, donde se hace referencia –en línea con la posición del ERG –a la necesidad de desarrollar cauces regulatorios para remediar los problemas relativos al posible uso compartido del cableado interno”.

Conviene señalar, sin embargo, que ni la experiencia de Francia, ni la posición del ERG avalan el procedimiento adoptado por la CMT, consistente en establecer las obligaciones simétricas para abordar los problemas asociados al despliegue de fibra dentro de los edificios a través de una Resolución del regulador y sin una modificación del marco normativo; antes al contrario, subrayan la necesidad de habilitar cauces regulatorios apropiados para abordar un problema nuevo:

- En Francia, como ya se ha señalado, se ha considerado necesario llevar a cabo una reforma legislativa (como admite la propia Resolución) , a través de la Ley de Modernización de la Economía aprobada en agosto de 2008,
- La posición del European Regulators Group (ERG) sobre esta cuestión se fijó en el documento titulado *ERG Opinion on Regulatory Principles of Next Generation Access*, de 2007 (posición adoptada por unanimidad):⁸ el ERG descartó la posibilidad de considerar el tramo final de las redes de fibra dentro de los edificios como un mercado (imponiendo obligaciones asimétricas al operador con PSM, de manera similar al de

⁸ ERG Opinion on Regulatory Principles of Next Generation Access (ERG (07) 16 Rev 2); ver también I/ERG Response to the Draft Recommendation NGA (ERG (08) 38Rev2). Esta misma posición se ha vuelto a expresar en los mismos términos en la respuesta del ERG a la Consulta Pública sobre la Recomendación de la CE sobre NGAs. I/ERG Response to the Draft Recommendation NGA (ERG (08) 38Rev2), pág. 45. “The following reasoning might apply to duct sharing as well as in-house wiring. It could thus be considered to clarify the basis for imposing an Art. 12 FD obligation, for facilities sharing to encourage efficient NGA investment. Therefore, Art 12 FD could be modified in order to: impose a symmetrical obligation to any electronic communications operator to negotiate sharing of facilities (ducts, in-house wiring, etc.) under reasonable requests from another operator, and all operators to bring any refusal for sharing of facilities before the relevant NRA for settlement of disputes; allow Member States to intervene in particular for promoting fair competition, and in this context to impose the setting up of extra facilities”.

la terminación en redes móviles) por considerarlo inviable en la práctica. En su lugar, el ERG reclamó una reforma del Artículo 12 de la Directiva Marco, que, por cierto, ya está en marcha.

La Comisión Europea, por su parte, en su Borrador de Recomendación sobre redes de acceso de nueva generación, propone utilizar obligaciones asimétricas; *“physical access to the fibre sub-loops should be mandated as a remedy in Market 4 at the SMP operator’s concentration points identified and determined by the NRA. In this context, NRAs should also consider whether specific interfaces are required to ensure efficient access”*. No obstante, se trata de una propuesta aún no definitiva. En el mismo Borrador, la CE no descarta, por otra parte, la utilización de obligaciones simétricas en el futuro, ante una eventual reforma del Artículo 12 de la Directiva Marco, o de manera más inmediata (sin esperar a que el nuevo artículo de la Directiva pueda ser transpuesto a las legislaciones nacionales, algo que no ocurrirá antes de 2010) en la medida en que el marco legal nacional lo haga posible: *“Symmetric remedies such as those available under Article 12 of the Framework Directive have a very important role to play but are outside the scope of this Recommendation.”*.

Finalmente, cabe mencionar que el Parlamento Europeo ya ha aprobado la siguiente propuesta para la futura redacción del Artículo 12 de la Directiva Marco (los términos en negrita se añaden al texto actual):

“Article 12

*Co-location and sharing of **network elements and associated facilities** for providers of electronic communications networks*

Where an undertaking providing electronic communications networks has the right under national legislation to install facilities on, over or under public or private property, or may take advantage of a procedure for the expropriation or use of property, national regulatory authorities shall, **taking full account of the principle of proportionality**, be able to impose the sharing of such facilities or property, including entries to buildings, **building wiring**, masts, antennae, **towers and other supporting constructions**, ducts, **conduits**, manholes and cabinets **and all other network elements which are not active**.

2.a Member States shall ensure that national regulatory authorities have the powers to require, after an appropriate period of public consultation during which all interested parties are given the opportunity to state their views, the holders of the rights referred to in paragraph 1 to share facilities or property, including by means of physical co-location, in order to encourage efficient investment in infrastructure and the promotion of innovation. Such sharing or coordination arrangements may include rules for apportioning the costs of facility or property sharing and shall ensure that there is an adequate sharing of risks between the undertakings concerned.⁹

⁹ Véase, European Parliament legislative resolution of 24 September 2008 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, Directive 2002/19/EC on access to, and

III. 2. Valoración de las medidas regulatorias adoptadas.

III. 2. 1. La obligación de acceso

De entrada, me parece conveniente destacar la opacidad y falta de precisión que caracteriza a esta Resolución. A partir de mi propia experiencia, creo poder concluir que, un lector atento, incluso no ajeno al sector de las comunicaciones electrónicas, difícilmente podrá entender, con claridad suficiente, la naturaleza de las medidas propuestas. Esta falta de claridad ya afectaba a la Propuesta de los Servicios sacada a Consulta Pública, como han mostrado un buen número de contestaciones a esa pública, todas ellas, realizadas por agentes del sector (incluyendo la del propio Ministerio de Industria): en el documento no se explicaba con suficiente claridad la naturaleza de la nueva obligación de "compartición" que se estaba proponiendo; tampoco en la Resolución actual se explica con claridad cual es el fin de la "compartición", qué es lo que se comparte y cómo se comparte. Son conceptos que se dan por sobreentendidos, y no debería ser así tratándose de un tipo de regulación completamente novedosa.

El propio título del documento de los Servicios de la CMT sacado a consulta pública ya inducía a la confusión puesto que en él se anunciaba que las obligaciones simétricas de "compartición" se referían a las infraestructuras ubicadas dentro de los edificios no a los elementos de red del operador que llegue el primero a un edificio, que vendrán a ocupar esas infraestructuras.¹⁰ Como se desprende de las alegaciones, la lectura del documento, más allá del propio título, tampoco permitía entender con claridad qué tipo de obligaciones de "compartición" se estaban imponiendo. Como señalaron las alegaciones del MITyC y de TESAÚ se debería realizar un análisis pormenorizado de la realidad española distinguiendo las diferentes tipologías de despliegue, con implicaciones, potencialmente muy importantes sobre la naturaleza de las obligaciones a imponer: edificios con ICTs, edificios sin ICTs y con despliegue por el interior, edificios con despliegue por fachada y viviendas unifamiliares. A diferencia de lo que ocurre en Francia, los despliegues por fachada representan un porcentaje muy importante del total de los despliegues; el

interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and Directive 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services (COM(2007)0697 – C6-0427/2007 – 2007/0247(COD))

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-20080449+0+DOC+XML+V0//EN>

¹⁰ El título del documento sacado a Consulta Pública era: **PROYECTO DE MEDIDA RELATIVO AL PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES SIMÉTRICAS A LOS OPERADORES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN RELACIÓN CON LOS ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA INFRAESTRUCTURA EN EL INTERIOR DE EDIFICIOS PARA EL DESPLIEGUE DE REDES DE ACCESO DE NUEVA GENERACIÓN (MTZ 2008/965).**

El título de la Resolución aprobada por el Consejo es: **RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES SIMÉTRICAS DE ACCESO A LOS OPERADORES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN RELACIÓN CON LAS REDES DE FIBRA DE SU TITULARIDAD QUE DESPLIEGUEN EN EL INTERIOR DE LOS EDIFICIOS Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA. (El subrayado es añadido)**

porcentaje de viviendas con ICTs es asimismo, muy significativo, algo inferior al 20%.

Ello debería haber llevado a modificar el documento de los Servicios para reforzar las explicaciones que en él se contenían. Sin embargo, en la Resolución aprobada por el Consejo se ha hecho lo contrario: sin ninguna explicación, se han suprimido la totalidad de los Anexos. En particular, el Anexo 2 titulado “*Consideraciones generales sobre el despliegue de redes de acceso NGA*”, contenía, por un lado, una descripción básica de los distintos tramos de la red de acceso de Telefónica, con explicaciones sobre el significado de los términos técnicos utilizados en el cuerpo de documento. Incluía también una descripción, si bien muy sintética, de los distintos tipos de despliegue en el interior de los edificios antes mencionados. A su vez, el Anexo 3 -“*Evaluación de los escenarios de compartición*”- contenía, asimismo, información absolutamente imprescindible para entender y valorar la naturaleza de las obligaciones impuestas en la Resolución.

La supresión de todas esas páginas hace de la Resolución un documento incompleto, impreciso e ininteligible, excepto para el reducido número de *insiders* que conocen a fondo el contenido del Informe sacado a Consulta Pública y, a los que se deja que interpreten por sí mismos qué razones pueden haber aconsejado suprimir las partes más claras y de mayor utilidad de ese documento.

III.2.2. Elementos cuya compartición se estima procedente

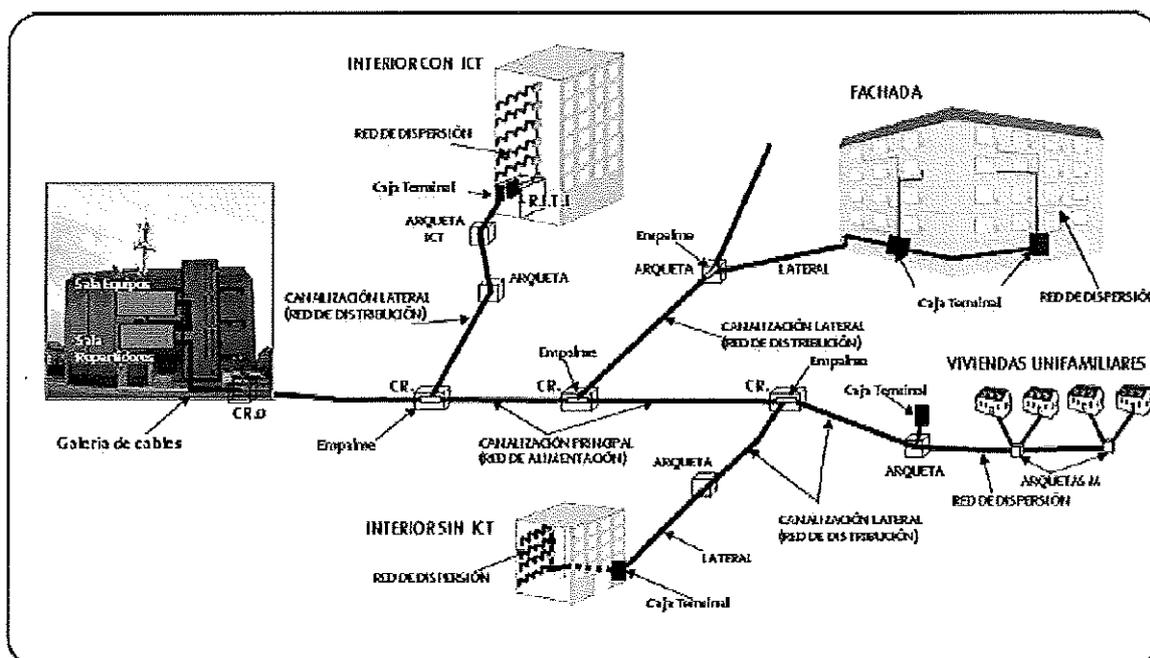
Estos elementos no están definidos correctamente en la Resolución porque no se incluyen los elementos de red situados fuera de los edificios. En efecto, en la Resolución se dice textualmente (Pág 15 de 43) :

“Las obligaciones de compartición recogidas en el presente procedimiento deben ser de aplicación, en primer lugar, a todos los elementos de red emplazados en el dominio privado: cajas terminales y recursos asociados, así como acometidas hasta cada vivienda.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la infraestructura canalizada por donde transcurren las salidas laterales desde las arquetas más próximas a los edificios no siempre ofrece capilaridad suficiente para que los operadores que desplieguen con posterioridad al primero puedan alcanzar de forma directa la totalidad de las cajas terminales emplazadas en los edificios. En consecuencia, los procedimientos y obligaciones que en la presente medida se establecen deben asimismo entenderse aplicables a los recursos de red que facilitan la conexión de cajas terminales colindantes”.

En efecto: en el primer párrafo se hace referencia a los elementos de red del primer operador situados dentro del edificio. El segundo párrafo, más críptico, hace referencia a los despliegues por fachada.

No se están contemplando, por tanto, los elementos del red emplazados en dominio publico, que el primer operador debe estar obligado a "compartir" cuando el punto de compartición esté situado fuera de los edificios, como es el caso, de las viviendas unifamiliares, en el gráfico adjunto, extraído de uno de los anexos del documento sacado a consulta pública; en el gráfico se muestran los distintos tipos de despliegue (fachada, interior con y sin ICT y viviendas unifamiliares).



II.2.3. Ubicación del punto de compartición

Tal y como señalé en mi Voto Particular a la resolución de los Mercados 4 y 5, la propuesta regulatoria sobre las Obligaciones Simétricas que se había sometido Consulta Pública y que complementaba el marco regulador de la CMT para el despliegue de las redes de acceso de nueva generación, dejaba fuera del marco regulatorio a todos los operadores que pretendieran desplegar fibra hasta el hogar con topologías de red diferentes a la de Telefónica (PON).

En efecto, se proponía ubicar el punto de compartición en el lugar "correspondiente a la ubicación de la última etapa de división del operador que encabeza el despliegue de fibra en los edificios" (el subrayado es añadido); definición que resultaba únicamente aplicable a operadores que pretendieran desplegar mediante una arquitectura PON, como la de Telefónica, con dos etapas de división. Esta propuesta planteaba problemas, tanto para los operadores que pretendieran desplegar con tecnología FTTH punto a punto, como a los que pretendieran utilizar topologías PON diferentes a la de

Telefónica (como es el caso de la topología del proyecto piloto de UFINET¹¹, que presentó alegaciones en este sentido a la Consulta Pública).

La topología PON utilizada por Telefónica y otros operadores incumbentes europeos hace muy difícil, aunque no imposible, la desagregación física del bucle de fibra. En cambio, la tecnología FTTH punto a punto utilizada por Iliad (Free) en Francia y otros operadores entrantes europeos, posibilita dicha desagregación, con lo cual permite desarrollar un modelo de negocio de red abierta. En este tipo de modelo de negocio, el propietario deja de obtener una parte de los beneficios asociados a los ingresos derivados de proveer de conexiones, servicio y contenido a los usuarios finales, pero, en contrapartida, obtiene una renta fija procedente del alquiler de su red a todos los proveedores de servicios que la utilicen.

La Resolución aprobada por el Consejo ha rectificado lo referente a la localización del punto de compartición y ahora se dice que será "el correspondiente a la ubicación de la caja de distribución óptica del primer operador", lo que tampoco parece adecuado. Por un lado, el concepto de caja de distribución óptica resulta demasiado genérico y cada operador, según sean las características de su red, podrá interpretarlo de maneras no unívocas, asociándolo a puntos situados en lugares diferentes en función de la arquitectura de su red. Una caja de distribución óptica puede ser cualquier caja que permita interconectar diferentes fibras ópticas entre sí, provenientes de uno o varios cables ópticos. En la red de acceso de los operadores puede haber varias cajas de distribución óptica de distintos tipos, por lo que no cabe hablar de "la caja de distribución óptica."

Con la modificación introducida, el epígrafe correspondiente a la ubicación del punto de compartición ha quedado particularmente confuso¹². El nuevo término, "la caja de distribución óptica", convive aún con "el último punto de división óptica" y con el concepto de "caja terminal", que en ningún momento se define en la Resolución (se hacía en uno de los anexos suprimidos)¹³, por lo cual la lectura de este epígrafe, que exigiría modificarse en profundidad, resulta particularmente complicada (incluso "for insiders"):

"En determinadas circunstancias resulta justificable que el emplazamiento del punto donde debe hacerse efectiva la compartición pueda estar fuera del edificio o vivienda bien porque se trate de redes que dan servicio a viviendas unifamiliares o bien porque por motivos de eficiencia se decida dar servicio a varios edificios desde el último punto de división óptica, casos ambos en los que la caja terminal está en el dominio público. En definitiva, se estima

11

¹² Los 2 gráficos incluidos en el epígrafe III. 2 titulado *Complementariedad entre las obligaciones asimétricas del mercado 4 y las presentes medidas simétricas*, también deberían modificarse, porque en ellos el punto de compartición se equipara al punto donde se ubican las cajas terminales.

13

oportuno establecer como punto de compartición el correspondiente a la ubicación de la caja de distribución óptica del primer operador”...

...A título preliminar, es preciso señalar que corresponde a los propios operadores de comunicaciones electrónicas, en base a su conocimiento del mercado y sus planes de despliegue, determinar la ubicación de sus cajas de distribución. Dados estos antecedentes, esta Resolución constata que existen condicionantes que pueden llevar al operador que lidera el despliegue a ubicar sus cajas terminales en puntos ubicados en el dominio público, como son las arquetas emplazadas en la proximidad del edificio. Ante este hecho, la imposición de obligaciones a partir de la última etapa de división configurada por el operador afectado (esté esta última etapa situada en el edificio o en el dominio público) busca evitar los problemas que podría causar un posible vacío regulatorio”.

Adicionalmente, no se han abordado (ni siquiera se han analizado) los problemas de fondo que plantea la cuestión de la localización del punto de compartición. Como se ha señalado en la Introducción, la experiencia francesa muestra que dicha localización es un asunto regulatorio clave, en los casos en que el incumbente despliega fibra hasta el hogar, como es, también, el caso español. La localización del punto de compartición en un punto de la red más o menos alejado del cliente, ya sea dentro del edificio o en el dominio público, determina la capacidad de terceros operadores para conectar su red a la del operador que haya llegado el primero al edificio y, por tanto, determina, en definitiva, su capacidad para ofrecer servicios a los habitantes de ese edificio.

De la reciente experiencia francesa se desprende que dejar que la decisión sobre la ubicación del punto de compartición la tome el primer operador que llegue a un edificio, como se hace en la Resolución, entraña serios riesgos desde el punto de vista del interés general.

En el caso español, parecen apreciarse los mismos riesgos que ha detectado el regulador francés. Por un lado, Telefónica -si se le autoriza a hacerlo- tendrá un fuerte incentivo para colocar el punto de compartición dentro de los edificios o en zonas muy próximas a ellos. De este modo, forzará a los posibles operadores que desplieguen con más retraso a tener que desplegar redes en paralelo a la suya que lleguen hasta el interior de los edificios, lo cual, para operadores con menor base de clientes que Telefónica, no será factible en muchos casos. De hecho, la mera existencia de restricción, constituye ya, en sí misma, un facto disuasorio de los despliegues de fibra por parte de posibles operadores alternativos al *first mover*.

A ello se añade el riesgo, mencionado también anteriormente, de que se produzcan agujeros de cobertura irreversibles, si Telefónica, o cualquier primer operador que despliegue en una zona, se concentra únicamente en los edificios y áreas más rentables (*cherry-pick*) dejando sin conectar otras situadas en sus inmediaciones, cuya cobertura posterior resulte ya inviable económicamente para cualquier operador.

Este tipo de estrategias, que desde el punto de vista del operador resultan óptimas como mecanismo para disminuir el riesgo de las inversiones, pueden no serlo desde el punto de vista del interés general, en la medida en que den lugar a un modelo de despliegue de infraestructuras para el país que deje amplias zonas sin cobertura, incluso en las ciudades de mayor densidad.

En mi opinión, éste es un riesgo que la CMT y la Comisión de Redes Ultrarrápidas deberían analizar en profundidad para el caso español. Si a los operadores de red móvil se les han impuesto, como condición para obtener sus licencias, unos exigentes requisitos de cobertura para sus redes ¿no tiene sentido hacer algo similar con el reducido número de operadores que desplegarán redes fijas de fibra en amplias zonas del territorio nacional?

III. 2. 4 . Modalidades de compartición

A la cuestión de la ubicación del punto de compartición, clave desde el punto de vista de la regulación, se añade la cuestión de las modalidades de compartición que se implementen. Ambas cuestiones están además interrelacionadas porque la ubicación del punto de compartición de hecho condiciona las modalidades de compartición que puedan adoptarse.

La experiencia francesa muestra, nuevamente, los riesgos de dejar que sea el primer operador el que decida las modalidades de compartición (o, incluso, de que ese asunto se decida entre dos operadores al margen de terceros) y la conveniencia de adoptar soluciones tecnológicas de mínimo común denominador, que aunque no resulten óptimas individualmente, no impongan una restricción decisiva sobre ninguna de las arquitecturas utilizadas por los operadores que desplieguen de modo que permitan maximizar la competencia en infraestructuras.

Se han suprimido la mayoría de las referencias a este asunto que se contenían en el documento de la Consulta Pública.

4. Acuerdos entre operadores

En la Resolución se obligaciones simétricas a operadores que están en situaciones enormemente asimétricas y con información y posibilidades de negociación muy distintas.

En concreto, se establece:

“los operadores que encabecen el despliegue en el interior de los edificios deberán acordar con terceros que estén interesados en la compartición procedimientos de actuación, así como precios, condiciones técnicas y plazos de provisión asociados que permitan hacer efectiva la compartición de los elementos de red y equipos instalados en los términos descritos. Los acuerdos deberán ser formalizados entre las partes interesadas, en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación, y sin

perjuicio de la facultad de esta Comisión de intervenir para la resolución de los conflictos que puedan surgir”.

Pero en la Resolución aprobada por el Consejo se elimina la medida subsidiaria que se proponía en el documento de la Consulta Pública, para desincentivar comportamientos del *first mover* que intenten cerrar el paso a los competidores. En concreto, el párrafo eliminado es el siguiente:

“Por otra parte, cuando concurriesen situaciones de imposibilidad de acometer la compartición de los elementos de red emplazados en los términos expuestos anteriormente, ya sea por dificultades técnicas, operativas o de gestión de permisos, es preciso prever una solución subsidiaria que el primer operador deberá facilitar como salvaguarda hasta el momento en que se solventen los impedimentos detectados, solución que podrá devenir permanente cuando éstos se prolonguen indefinidamente.

En consecuencia, en tales casos el primer operador deberá poner a disposición del operador afectado una fibra desde la arqueta más cercana al edificio hasta el domicilio del usuario o usuarios que el nuevo operador pretendiese alcanzar según los términos expuestos en su solicitud inicial de compartición”

5. - Obligación de precios razonables.

El Ministerio de Industria argumenta en su alegaciones que el escaso grado de desarrollo de esa obligación no permite un grado de seguridad jurídica a los operadores. La Resolución, no concreta más esa obligación, al contrario, ahora se limita únicamente a la mera exigencia de precios “razonables”

IV . Valoración del marco regulatorio impuesto por la CMT para el despliegue de redes de nueva generación

Como ya se ha señalado en la Introducción, esta Resolución, junto con la aprobada hace unas semanas sobre los Mercados 4 y 5, conforman el marco regulatorio para el despliegue de las redes de acceso de nueva generación en España.

Siguiendo el modelo francés, la CMT ha apostado por enfocar la nueva regulación intentando eliminar los dos cuellos de botella identificados en la red de acceso:

- * las infraestructura de ingeniería civil que van desde la central local del operador hasta la entrada o inmediaciones de los edificios que alojan a los usuarios
- * el despliegue de red dentro de los edificios hasta llegar a las dependencias del usuario.

Para eliminar el primer cuello de botella, se ha impuesto a Telefónica la obligación (asimétrica) de dar acceso a sus conductos y otras infraestructuras de ingeniería civil a los operadores que lo soliciten, en condiciones de no discriminación. Pero a diferencia del caso francés, no se ha obligado a Telefónica a publicar una oferta de referencia suficientemente detallada, que permita a los operadores alternativos, por un lado, paliar la debilidad de su poder de negociación frente al incumbente, por otro, asegurar que no resultan discriminados unos frente a otros, en sus tratos con Telefónica, y, finalmente, aportar visibilidad y estabilidad a los precios de los servicios contenidos en la oferta, de cara a elaborar sus planes de inversión.

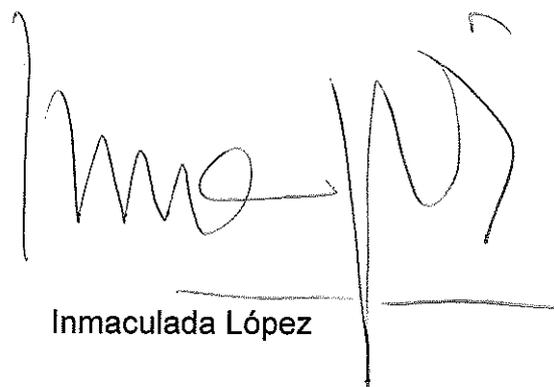
Otra gran diferencia con el caso francés es la forma en que la CMT (no) aborda el problema del espacio en los conductos de Telefónica, al autorizarse al incumbente español que, en los casos en que no exista espacio suficiente, éste pueda ofrecer al operador que demande acceso una trayectoria alternativa. Con ello, con toda probabilidad, se forzará a los operadores alternativos españoles a que desplieguen redes más largas que las de Telefónica, imponiéndoles un sobre coste por la mayor longitud (de los conductos y de los cables de fibra) que será necesaria, lo cual parece difícilmente compatible con la obligación de no discriminación impuesta a Telefónica y según la cual, debe ofrecer a terceros sus infraestructuras de ingeniería civil en condiciones equivalentes a las que obtiene la propia Telefónica.

Para eliminar el segundo cuello de botella (y más allá de precariedad de los fundamentos jurídicos de la Resolución), se impone al operador que primero llegue con su despliegue de red hasta un edificio, sea o no, el incumbente, la obligación (simétrica) de dar acceso a su red a otros operadores que lo soliciten en un determinado punto esa red (punto de compartición) situado próximo a -o dentro de- los edificios. Pero, como se ha analizado anteriormente, la Resolución contribuye a consolidar la ventaja de Telefónica como *first mover*. Se imponen obligaciones simétricas, pero a operadores que están en situaciones enormemente asimétricas y con información y posibilidades de negociación muy distintas.

Según el principio de *gradation of remedies*, que parece compartirse de manera creciente en el debate regulatorio europeo, si las regulaciones del mercado 4 y las obligaciones simétricas funcionaran adecuadamente, no se debería imponer regulaciones en el mercado 5. En el caso español, se ha impuesto a Telefónica la obligación de ofrecer un servicio mayorista bistream, aunque no permite ofrecer servicios de TV/IP (que resultan cada vez mas necesarios para competir en el mercado residencial de banda ancha) y limitado a servicios de acceso a Internet hasta 30 megas. El modelo español es, pues un modelo híbrido: ofrece, efectivamente, servicios mayoristas en distintos escalones de la escalera de inversión, pero ninguno de esos servicios mayoristas está adecuadamente desarrollado.

No creo, en conclusión, que el enfoque regulatorio adoptado pueda contribuir a fomentar el despliegue de varias redes de fibra hasta el hogar en España por parte de diferentes operadores, y en zonas suficientemente amplias del país. Al

contrario, creo que se establece un marco regulatorio de escasa credibilidad en su permanencia; indefinido en varios de sus aspectos clave y, que por tanto, no es capaz de despejar incertidumbres en áreas de fundamental importancia, como es todo lo relacionado con la fijación de los precios de los servicios mayoristas, tal y como expliqué en mi Voto particular a los Mercados 4 y 5); el modelo implantado va a generar un escenario de elevada conflictividad entre los operadores; y, de permanecer vigente en los próximos años en sus aspectos sustanciales, entrañaría, además, un serio riesgo de producir consecuencias negativas e irreversibles sobre el futuro de las redes de nueva generación en España, tales como la constitución de monopolios locales y de agujeros de cobertura en zonas muy amplias del territorio, incluso en las ciudades más densas del país, como Barcelona o Madrid; un riesgo que no se ha analizado y, por tanto, no se ha podido valorar adecuadamente.



Inmaculada López