



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMUDEZ ODRIOZOLA, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de octubre de 1998, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION DE PROPUESTA AL GOBIERNO SOBRE LA MORATORIA IMPUESTA A TELEFONICA, S.A. EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES POR CABLE.

I. INTRODUCCION

“En las demarcaciones a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, respecto de las que se hayan adjudicado concursos o se haya iniciado el procedimiento para su adjudicación antes de la entrada en vigor de esta Ley, “Telefónica de España, Sociedad Anónima” no podrá iniciar la prestación del servicio hasta transcurridos dieciséis meses a contar desde la resolución que otorgue la concesión para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable.

El Gobierno, a propuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá retrasar hasta un máximo de veinticuatro meses o adelantar la fecha de inicio de las actividades de “Telefónica de España, Sociedad Anónima” relativas a la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable, en los mencionados ámbitos territoriales, en los supuestos en que tal medida resulte necesaria para la existencia de una competencia efectiva en el referido ámbito y no se perjudiquen los intereses de los usuarios”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este es el tenor literal de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGT), en su disposición transitoria primera, apartado 6, letra d). El nuevo texto legal retrasa el momento en que TELEFONICA, S.A. puede prestar servicios de telecomunicaciones por cable, y lo hace en los mismos términos que su predecesora, en el asunto que nos ocupa, la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, tal y como había sido modificada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Con una salvedad: la moratoria no se impone en todas las demarcaciones donde el operador dominante obtenga título habilitante, sino únicamente en aquéllas en las que, a fecha de entrada en vigor de la LGT, hayan sido adjudicadas las correspondientes concesiones o hayan sido iniciados los procedimientos necesarios a tales efectos. Se mantienen igualmente las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) en cuanto a su propuesta al Gobierno para aumentar o disminuir la duración de la moratoria.

El hoy derogado Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable (en adelante RTPSTC), aprobado por el Real Decreto 2066/1996, establecía en su disposición transitoria tercera que TELEFONICA, S.A. “tendrá la consideración de operador dominante en las demarcaciones en las que obtenga título habilitante hasta que se establezcan los dominantes en cada demarcación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de este Reglamento”. Atendiendo a la posición que ocupa el antiguo monopolio, el legislador fijó en su momento una serie de cautelas que tenían por objeto posibilitar la entrada y permanencia en los mercados afectados de los nuevos operadores de cable, contribuyendo así a paliar el desequilibrio de posiciones. Dichas cautelas fueron canalizadas a través de un régimen específico (contenido en las disposiciones adicionales segunda y primera de la Ley 42/1995 y del RTPSTC, respectivamente) al que se sujetaba la actuación en el segmento del cable por parte del operador dominante.

La obligación de espera impuesta a éste constituía uno de los elementos de dicho régimen, estando ordenada al fin de proporcionar a los concesionarios alternativos el margen de tiempo suficiente para ir asentándose en los mercados afectados y poder hacer frente a la posterior presencia de TELEFONICA, S.A. en los mismos, lográndose así los necesarios niveles de competencia efectiva. Es esta misma filosofía la que inspira a la Ley 11/1998 en su ya citada disposición transitoria primera.

II.- PROCEDIMIENTO DE ACTUACION DE LA COMISION

Teniendo en cuenta las funciones atribuidas a este organismo respecto de la referida moratoria, los servicios de la CMT procedieron a iniciar una ronda de contactos directos con TELEFONICA y con los segundos operadores de cable,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a fin de poder tener una percepción lo más realista y pragmática posible del mapa nacional del cable. Dichos contactos, iniciados en la primera mitad del pasado mes de mayo, se concretaron en la celebración de entrevistas, visitas a instalaciones y entrega de documentación, en la que los actores implicados han dejado constancia tanto de su criterio sobre el asunto de referencia como de la evolución que presenta el despliegue de sus proyectos y de la problemática a la que estos se enfrentan, cuestiones éstas que serán expuestas en el apartado II del presente informe. Ante la imposibilidad de contactar con todos los operadores, se efectuó una segmentación del mapa del cable que permitió la selección de adjudicatarios conforme a estos dos criterios:

- a) Representatividad de cada una de las tres plataformas que están liderando este mercado emergente, a saber, CABLEUROPA, la AOC (Agrupación de Operadores de Cable) y TELEFONICA.
- b) Representatividad de demarcaciones unimunicipales y plurimunicipales, y de sus diferentes dimensiones en cuanto a tamaño del territorio cubierto, número de viviendas y cuantía de inversiones comprometidas.

Se ha efectuado pues un sondeo global que ha permitido apreciar, en la medida de lo posible, el estado real del sector nacional del cable en su conjunto, identificándose constantes y comunes denominadores que permiten afirmar (en relación tanto a los segundos operadores como a TELEFONICA) que, con independencia de dimensiones, fechas de adjudicación, presencia de redes locales preexistentes y períodos de rodaje, las situaciones, problemática y vicisitudes que se detectan en las diferentes demarcaciones territoriales son básicamente las mismas. Obsérvese que nos estamos refiriendo únicamente a las adjudicaciones otorgadas hasta la fecha de entrada en vigor de la LGT, así como a las concedidas en el marco de procedimientos de otorgamiento ya iniciados en aquel entonces.

Las entrevistas mantenidas, las visitas efectuadas y la documentación recogida a lo largo de las pasadas semanas revelaron que la falta de predictibilidad que introduce la redacción de la LGT provoca en todos los operadores una considerable inseguridad: ni TELEFONICA sabe cuándo podrá penetrar el mercado, ni los segundos adjudicatarios conocen el momento en que habrán de afrontar la presencia del operador dominante en consecuencia, sería bien acogida y era demandada cualquier iniciativa que pudiera adoptar la CMT con la intención de disminuir incertidumbres. La implantación y despliegue del cable en España es un proyecto particularmente complicado por el carácter emergente del mercado en cuestión, la magnitud de las inversiones requeridas, la presencia de TELEFONICA en todas las demarcaciones, la próxima entrada de operadores de nicho y la confluencia de dos elementos de especificidad: una regulación tardía, que ha provocado una aparición igualmente tardía del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado del cable, y la competencia directa de las plataformas digitales de televisión de pago, que comenzaron a operar hace un tiempo.

Por lo demás, durante este tiempo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado, respecto de la moratoria tantas veces mencionada, en dos ocasiones:

- a) En la resolución de fecha 8 de febrero de 1998, contestando una consulta de la entidad Cable i Televisió de Catalunya, en la que dicha operadora de cable inquiría un pronunciamiento de la Comisión en torno a la fecha a partir de la cual debía contarse el inicio de la moratoria de 16 meses.

Según el criterio de la consultante, el inicio debía computarse no desde la fecha de resolución del concurso en cada demarcación sino en una fecha posterior, coincidente con la firma del correspondiente contrato.

Pues bien, esta Comisión, tras estudiar los preceptos aplicables, estimó que el inicio del cómputo se producía, según el tenor literal de la Ley, desde la resolución del concurso en cada demarcación.

- b) En la resolución de fecha 7 de abril de 1998, conociendo de una denuncia interpuesta por la entidad RETECAL (Sociedad operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León SA), contra Telefónica, por supuestas prácticas de esta última operadora que podrían constituir una vulneración de la moratoria de 16 meses en la medida que Telefónica había iniciado la instalación de infraestructura de cable en la región de Castilla y León.

Esta Comisión estudió la denuncia, estimando que, sin perjuicio de valorar el comportamiento de Telefónica al objeto de proponer, en su caso, una extensión de la moratoria, no se advertía en las prácticas de la operadora dominante una vulneración de la moratoria, por cuanto una cosa era la instalación de infraestructura, y otra muy diferente la prestación del servicio, que constituía la actividad afectada por la moratoria.

Teniendo en cuenta estos pronunciamientos anteriores, esta Comisión procede a posicionarse sobre el asunto que nos ocupa, adoptando para ello un planteamiento general que se dirige a la totalidad de las demarcaciones sobre las que le compete manifestarse. Ello se fundamentaría en la conveniencia de proporcionar, con la necesaria celeridad, una perspectiva y seguridad globales y *sine die* a un sector cuyos actores, como antes se ha comentado, atraviesan básicamente por las mismas situaciones, a las que nos referiremos seguidamente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III. POSICIONAMIENTO DE LAS PARTES EN EL MERCADO.

El legislador condiciona la ampliación o disminución de la moratoria al hecho de que dicha modificación, al alza o a la baja, sea necesaria para la existencia de una deseable competencia efectiva. La apreciación de este factor pasa por la identificación de la situación en la que se encuentran los actores implicados (tanto segundos adjudicatarios como concesionarios participados por TELEFONICA) en los mercados afectados, a saber, la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable en las demarcaciones territoriales correspondientes.

II.A. En cuanto a los segundos adjudicatarios.

Certeza jurídica, cuestiones de trámite burocrático y cómputo de plazos.

Los nuevos entrantes alegan una serie de vicisitudes que dificultan y ralentizan la puesta en marcha y ejecución de sus proyectos, enmarcándose en una fase anterior al despliegue de infraestructura y a la prestación del servicio. En primer lugar, se hace referencia a un factor que ha sido igualmente alegado por TELEFONICA: la tardía regulación jurídica del negocio del cable, particularmente significativa para un mercado emergente y necesitado de inversiones masivas de capital. Además de la inseguridad provocada en los inversores de cable, ha propiciado la entrada de las plataformas digitales de televisión de pago, competencia directa del cable que ha absorbido ya cerca de un millón de potenciales clientes.

A diferencia, esta vez, de TELEFONICA, los segundos adjudicatarios no tuvieron certeza de su presencia en el negocio del cable en diciembre de 1995 (fecha de publicación de la Ley 42/1995), sino con bastante posterioridad, a saber, cuando les fue notificada la concesión correspondiente (más de año y medio después en el caso de las primeras concesiones).

A ello se suma la tardanza en la formalización de los contratos, más allá, en muchas ocasiones, del mes preceptivo previsto por el legislador, a contar desde la fecha del otorgamiento. Conforme al artículo 55 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la formalización condiciona la posterior iniciación de la ejecución del contrato.

Por lo que a la explotación del servicio se refiere, el artículo 23 del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable (RTPSTC), aprobado por el Real Decreto 2066/1996, de 26 de septiembre, condiciona su inicio a la aprobación del correspondiente proyecto técnico. En cualquier caso, la autorización para la explotación del servicio tendrá carácter provisional, hasta que los servicios de inspección del Ministerio de Fomento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

den su visto bueno definitivo. Fue en febrero de este año cuando el Ministerio remitió a los concesionarios (que lo eran desde julio del año anterior, en el caso de las primeras adjudicaciones) su propuesta sobre la estructura, alcance y contenido de dicho proyecto. Por otra parte, se exige un grado de detalle y de especificación que en ocasiones retrasa la presentación y aprobación de los proyectos remitidos y que dificulta la necesaria flexibilidad que requieren los procesos de despliegue de red, puesto que a menudo diseño y construcción discurren de forma paralela.

Además, exigencias urbanísticas/medioambientales, así como criterios de economía empresarial o de idoneidad y calidad de prestaciones pueden aconsejar o incluso imponer modificaciones posteriores a las previsiones iniciales.

Así, uno de los escollos más significativos que debe afrontar el despliegue de infraestructuras parece ser el cumplimiento de las exigencias contenidas en la normativa urbanística y medioambiental de los municipios, así como el plazo para la emisión de los correspondientes permisos de acceso al dominio público y obra civil, y, en ocasiones, la espera que implica la aparición de nuevas disposiciones. Salvo en el caso de los ayuntamientos catalanes, no existe armonización alguna, no sólo a nivel nacional, sino dentro incluso de una misma provincia. La atomización normativa complicaría de forma apreciable la labor de los operadores en las demarcaciones plurimunicipales. En materia de apertura de zanjas, cableado de edificios, cableado aéreo, colocación de armarios, etc., el grado de exigencia dificultaría en términos de costes y tiempo el cumplimiento de los compromisos asumidos.

La normativa municipal presenta un segundo frente de batalla, a saber, el régimen de tasas y tributos locales. No parece existir ninguna armonización al respecto, sino una dispersión de obligaciones tributarias diferenciadas que han de ser satisfechas mediante pagos distintos e individualizados. Además, el elenco y la cuantía de los tributos varía de unos municipios a otros. La situación descrita, que dificultaría por razones obvias la puesta en marcha de los proyectos en cuestión, se vería agravada, alegan los nuevos entrantes, por el hecho de que TELEFÓNICA se ha estado beneficiando indirectamente del régimen fiscal especial al que se ha venido acogiendo la compañía matriz, TELEFÓNICA, S.A., puesto que es ésta última la que procede al establecimiento de infraestructuras en el dominio público municipal y, por tanto, el sujeto pasivo de las tasas correspondientes. El operador dominante, abundan los segundos operadores, ha disfrutado del régimen tributario de referencia desde la entrada en vigor de la Ley 15/1987, de 30 de julio, de Tributación de la Compañía Telefónica de España, desarrollada por el Real Decreto 1334/1989, de 4 de noviembre, del Ministerio de Economía y Hacienda.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de dichos textos legales, se permite TELEFÓNICA, S.A., sustituir el pago de los diferentes tributos locales preceptivos (excluidas las contribuciones territoriales urbana, rústica y pecuaria) por el pago unificado de una compensación en metálico de productividad anual, consistente en el 1,9% de los ingresos brutos procedentes de la facturación obtenida en cada término municipal, y del 0,1% de las que obtenga en cada demarcación provincial, satisfaciéndose dicha compensación trimestralmente a ayuntamientos y diputaciones. A juicio de los segundos operadores, el tratamiento fiscal que se les impone resulta especialmente oneroso si se considera que, dado el contexto competitivo en el que hubieron de obtener sus concesiones, asumieron compromisos particularmente importantes en materia de tributación local que, sin embargo, no vinculan a TELEFÓNICA.

Conviene significar al respecto que, con fecha 15 de julio de los corrientes, ha entrado en vigor la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, que pone fin a la especialidad tributaria citada al prever en su artículo 24. Uno, párrafo tercero: "Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por 100 de los ingresos tributos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas. (...)". El nuevo texto legal contribuye así a paliar la desigualdad de posiciones, aunque los nuevos entrantes habrán de esperar al 1 de enero de 1999 para acogerse al nuevo régimen, con arreglo a lo previsto por la disposición transitoria segunda de la Ley en cuestión.

Así las cosas, según los segundos operadores no tiene sentido alguno que el cómputo de la moratoria arranque de la fecha de otorgamiento de la concesión. Debería iniciarse a partir del momento en que sean aprobados los proyectos técnicos,¹ pues es entonces cuando puede comenzar la explotación del servicio.¹

Despliegue de infraestructuras.

La concesión de derechos de paso constituye probablemente el más serio de los escollos que han de sortear los operadores a la hora de desplegar su proyecto de tendido de infraestructura. Por lo que al dominio público se refiere, nos remitimos a lo manifestado anteriormente en relación a la normativa

¹ Como ya se ha comentado, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en resolución de fecha 8 de febrero de 1998, ha mantenido un criterio diferente en torno al inicio del cómputo de la moratoria.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

municipal. En cuanto al dominio privado, las comunidades de vecinos suelen negar el acceso a los nuevos operadores cuando TELEFONICA, acogiéndose a las previsiones del legislador, ha tendido ya su nueva infraestructura o ha solicitado el correspondiente servicio, extremo éste último que suele producirse con cierta frecuencia. El Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación, ha paliado parcialmente la inseguridad jurídica que alegan los operadores, según estos. No obstante, aducen los interesados, existen aspectos que aún no han sido desarrollados (así, la capacidad de la infraestructura de obra civil, el punto de interconexión de la red interior con las redes públicas, la propiedad de la red telefónica interior de los edificios ...), lo cual no les facilita la tarea.

Los segundos operadores han optado, fundamentalmente, por el establecimiento de su propia infraestructura. Según ellos, el uso de la infraestructura de TELEFONICA, S.A. no hubiera sido efectivo en términos de calendario, condiciones o, simplemente, disponibilidad. Estos operadores denuncian que, por lo general, el operador dominante adopta una actitud escasamente cooperativa al negociar. Las ofertas de acceso a sus infraestructuras son insuficientes, se alega. El artículo 52 (en relación con el art. 36) del antes citado RTPSTC obliga al operador dominante a suministrar a los operadores de cable que lo requieran, y siempre que se disponga de ellas, las infraestructuras necesarias para soportar las redes que interconecten las cabeceras de cable con los usuarios. Por su parte, el artículo 47 de la LGT (en relación con el 53.2) posibilita el uso compartido de bienes de propiedad pública o privada, sujeto a negociación entre las partes o, subsidiariamente, a la resolución vinculante de la CMT.

En este sentido, de las conversaciones mantenidas con TELEFONICA se ha confirmado la certeza de las alegaciones de los operadores de cable sobre el principio de no conceder acceso a los tubos y canalizaciones de TELEFONICA, S.A. El verdadero interés de los operadores, indican estos, no está tanto en alquilar circuitos, para los que sí hay oferta, como en dichos tubos y canalizaciones. Parece ser que la proporción de canalizaciones, en los edificios privados o en el dominio público, susceptibles de ser ocupadas por los segundos adjudicatarios es mínima, pues ya está presente el operador dominante, bien para conexiones con la RTC (red telefónica conmutada), bien indirectamente, para ofrecer servicios de Vía Digital. Las dificultades se incrementan cuando la normativa municipal no permite el cableado por fachada, como ocurre en la mayor parte de los supuestos. Las alternativas a seguir, aunque posibles, no son comercialmente rentables en términos de costes, tiempo y grado de dificultad.

Por lo que al uso de infraestructuras alternativas se refiere, normalmente las compañías (fundamentalmente de electricidad, gas, ferrocarriles y correos) no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

son muy receptivas a las demandas de información que les dirigen los operadores de cable. Las negociaciones, según ponen de manifiesto los nuevos entrantes no son fáciles, como tampoco las condiciones y precios exigidos a los solicitantes, que, por su parte, asumen el compromiso de ceder parte de la fibra que tiendan y han de adaptarse al plan de despliegue de cada compañía.

En materia de interconexión, la ausencia hasta fecha muy reciente de un marco jurídico específico y de una oferta de referencia por parte de TELEFONICA, S.A. ha acentuado la posición de ventaja de ésta, que ha asumido en las negociaciones esa actitud escasamente cooperativa a la que se aludía anteriormente. Los nuevos entrantes inciden pues una vez más en que la falta de seguridad en la regulación dificulta su labor, habiéndose cerrado en ocasiones acuerdos basados en condiciones que no eran, para ellos, las más óptimas.

Contratación de contenidos.

El acceso a los contenidos de programación constituye un serio inconveniente para el posicionamiento de los segundos operadores en el mercado del cable. Todos ellos han puesto de manifiesto su profundo malestar con Radiotelevisión Española (RTVE), que, o bien no contesta a sus peticiones de información sobre las posibilidades de acceso a contenidos (canales temáticos), o bien afirma con rotundidad que no hay disponibilidad de derechos para el cable. Se alega que RTVE está sujeta a obligaciones de servicio público que implicarían la puesta a disposición de todo operador que así lo solicite, de sus contenidos, en condiciones razonables, transparentes y no discriminatorias. Por lo que respecta las televisiones públicas autonómicas, no existen problemas de acceso. Las dificultades que en un primer momento planteó Telemadrid han sido posteriormente solventadas.

En lo que se refiere al resto de suministradores de contenidos, a saber, productoras independientes, televisiones privadas en abierto y de pago, no se plantean problemas en términos de negativa de acceso o de suministro, sino de condiciones, calificadas por los operadores de "abusivas", pues les obligan a incurrir en márgenes negativos. Los inconvenientes no se presentan en relación a los paquetes básicos de programación, sino respecto a la contratación del pay-per-view y, especialmente, de los canales premium. Los interesados alegan que lo oneroso de esas condiciones podría impedir en el futuro la conclusión de acuerdos, lo cual equivaldría, *de facto*, a una denegación de acceso.

Hoy por hoy se ven en la necesidad, aseguran, si quieren ofrecer en tiempo un producto mínimamente atractivo al cliente, de aceptar las condiciones que les



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

son impuestas. En cualquier caso, la dificultad de llegar a acuerdos viables para los operadores dilata en el tiempo la contratación definitiva de contenidos, lo cual introduce un elemento de inseguridad y desasosiego.

En referencia a otras cuestiones, se significa que los interesados no han aducido problemas de acceso a bloques de numeración ni a datos de abonado. En materia de acceso a fuentes de capital los segundos operadores arguyen que las perspectivas de clarificación y viabilidad del mercado condicionan e influyen en las decisiones de las entidades financieras implicadas, lo cual, según ellos, dada la trayectoria seguida por el sector, no ha jugado a su favor.

Por lo que se refiere al acceso al usuario a través de la comercialización de servicios, se vería dificultado, argumentan, como consecuencia del despliegue de infraestructuras acometido por TELEFONICA para ultimar la red preexistente de la empresa matriz, previa solicitud a las comunidades de propietarios de los edificios pertinentes de la necesaria autorización. En muchas ocasiones, cuando los nuevos entrantes solicitan el referido permiso, se encuentran con una negativa motivada por el hecho de que la comunidad ha optado ya por la filial del operador dominante.

En cuanto a eventuales operaciones de concentración que pudieran alterar los adecuados niveles de competencia efectiva, con la excepción, de todos conocida, del operador de las tres demarcaciones catalanas (en cuyo seno se han llevado a cabo operaciones notificadas a la Comisión Europea y autorizadas por ésta), no se ha tenido conocimiento de ninguna reestructuración interna del capital de los concesionarios que haya podido bloquear la independencia empresarial de las entidades implicadas ni paralizar la actividad del consorcio correspondiente en el mercado.

En este sentido, el enfoque que sigue la CMT es esencialmente pragmático: se trata de asegurar la dosis de competencia suficiente. No hay oposición entre política industrial y política de competencia, sino complementariedad. Hasta el momento, los movimientos que, básicamente, se han llevado a cabo en el sector del cable, han sido los ordenados a la configuración de plataformas que, dada la atomización de aquél, no entrarían en la esfera de las simples adiciones anticompetitivas de porciones de mercado, sino en el ámbito de los comportamientos de fortalecimiento de una deseable competencia efectiva. En el caso de la Agrupación de Operadores de Cable (AOC) se ha formalizado de puertas afuera la configuración de un frente común a la hora de, fundamentalmente, posicionarse frente a la Administración y el regulador, efectuar contrataciones conjuntas y, en definitiva, canalizar la defensa de sus intereses en el sector.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.B. Por lo que respecta a TELEFONICA CABLE, S.A.

Desde su condición de filial del operador dominante, y por comparación al posicionamiento adoptado por los nuevos entrantes, TELEFONICA CABLE, S.A. (TELEFONICA) no ha alegado ni tantas dificultades a la hora de articular sus proyectos ni la misma incidencia de eventuales inconvenientes sobre aquéllos.

Se argumenta, en primer lugar, que no le son ajenas las dificultades derivadas de la tardía regulación jurídica y la competencia de la televisión digital por satélite, factores estos que lógicamente no facilitan su labor, dada la especificidad del sector como mercado emergente necesitado de fuertes inversiones y sujeto a dilatados períodos de maduración.

Por lo que concierne a las vicisitudes relativas al preceptivo proyecto técnico, comentadas en el subapartado anterior, le son igualmente aplicables, alega la filial, dificultando pues la efectiva explotación del servicio. En cuanto a los permisos y normativa municipales, que los nuevos entrantes insisten en presentar como uno de sus principales cuellos de botella, se significa que TELEFONICA puede hacer uso de las canalizaciones y cableado de los que dispone la empresa matriz. Asimismo, paga a los ayuntamientos un canon único anual por la totalidad de permisos relativos al acceso, obra y alteración de dominio público municipal. Nos remitimos, en este sentido, a lo expuesto en el apartado relativo a los nuevos entrantes.

Por lo que se refiere al acceso al mercado de los contenidos, TELEFONICA se entiende afectada por la dureza (que reconoce) del mismo, manifestando no obstante que existe oferta suficiente, y que la aceptación o no de las condiciones impuestas pertenece a la esfera de las decisiones que toda empresa, en un momento dado, ha de adoptar en un entorno económico abierto. La contratación de contenidos está vinculada a su condición de socio de Vía Digital : cuando ésta contrata lo hace tanto para el satélite como para el cable.

Por lo que al despliegue de infraestructuras se refiere, TELEFONICA, acogándose a las previsiones de los artículos 7 y 23 de la Ley 42/1995 y del RTPSTC, ha podido (y así lo ha hecho), desde diciembre de 1995, ultimar el despliegue de red de que disponía, es decir, capilarizar el tendido en el interior de edificios. Según afirma la propia TELEFONICA, al margen de los hogares ya pasados hace algún tiempo, se han cableado algunos más (aproximadamente 20.000), habiéndose obtenido asimismo numerosos permisos de acceso y cableado de edificios, que no serán efectivamente pasados hasta no saberse con certeza la fecha de su entrada en el sector.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, TELEFONICA no tiene ningún problema de acceso a bloques de numeración, como tampoco a las necesarias fuentes de financiación ni a los usuarios (datos de abonado y, como ya se ha visto, captación de clientes).

En otro sentido, sobre la base de la información de que dispone esta Comisión, puede afirmarse que ha respetado los términos de la moratoria impuesta por el legislador, limitándose a completar su despliegue de infraestructuras, conforme a lo previsto por la legislación sectorial de aplicación. Ha emprendido pruebas piloto de carácter técnico que han obtenido las pertinentes autorizaciones de la Secretaría General de Comunicaciones.

Por lo que se refiere a la estructura accionarial de las operadoras por ella participadas, parece que se han observado las previsiones del régimen específico establecidas por el legislador en la correspondiente normativa sectorial (disposición adicional segunda de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, y disposición adicional primera del RTPSTC). En cuanto a las obligaciones de suministro e información sobre infraestructuras, nos remitimos a lo expuesto en el subapartado anterior.

IV. VALORACION Y CONCLUSIONES: COMPETENCIA EFECTIVA E INTERES DEL USUARIO.

El desarrollo del mercado español del cable pasa necesariamente por la adopción de lo que en los mercados anglosajones se conoce por *entry assistance*, es decir, una serie de medidas que proporcionen a los nuevos entrantes la necesaria y suficiente protección para afrontar la presencia del operador dominante en el mismo sector. Así lo aconseja la desigualdad de posicionamientos de la que parten los actores implicados.

El régimen previsto por el legislador español, contenido en el articulado de la Ley 12/1997 y del RTPSTC, es bastante completo por comparación al establecido en la mayoría de Estados miembros de la UE : además de la moratoria de 16 meses, impone al operador dominante una serie de obligaciones de corte diverso. Así, participación a través de filiales en las que ostente una participación accionarial superior al 50%, separación y transparencia contables (con prohibición expresa de subvenciones cruzadas), suministro de infraestructuras e información sobre las mismas, interconexión de redes y, por último, prestación de servicios de las mismas características y en las mismas condiciones previstas para los segundos operadores en sus contratos concesionales y en los correspondientes pliegos de condiciones.

La restricción temporal impuesta a TELEFONICA constituye un régimen transitorio que, como ya se ha indicado, tiene por objeto un reequilibrio de posiciones evidentemente descompensadas. Dada la solidez del operador que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ostenta el monopolio fáctico de las telecomunicaciones nacionales, el retraso al que está sujeto no lesiona, ni pretende hacerlo, la situación de dominio de la que disfruta. Su posición es tan legítima como, en términos prácticos, inútil de intentar menoscabar. Así las cosas, la entrada de TELEFONICA en el sector siempre resultará gravosa para sus competidores. Se trata pues de neutralizar, en la medida de lo posible, ese gravamen, a fin de que puedan no sólo mantenerse en el mercado, sino operar en él en condiciones de viabilidad empresarial.

El bucle de abonado es la baza con la que juegan los segundos operadores de cable. La presencia indiscriminada de TELEFONICA haría dudar, fundadamente, a los inversores del cable sobre la rentabilidad de sus aportaciones, retrayendo pues un flujo financiero que es condición *sine qua non* para la articulación de ese tramo estratégico de red. Para no abundar en algo que a nadie se le oculta, baste señalar que si se frustra la presencia de estos nuevos actores en el mercado, se frustrará la existencia de una alternativa, lesionándose los intereses de los nuevos operadores globales y los operadores de nicho, que cuentan con ese bucle local para sus proyectos de penetración y posicionamiento en el mercado español de telecomunicaciones. Y lo que es peor aún : se menoscabaría el interés público, al privar al usuario de una concurrencia de ofertas que ineludiblemente comporta beneficios tangibles. Las subvenciones cruzadas y la integración horizontal y vertical del sector, por otra parte, serían amenazas anticompetitivas más que probables en el hipotético escenario en el que nos estamos situando.

Como contrapartida, el alejamiento indefinido o excesivo del operador dominante haría un flaco favor al sector. Efectivamente, en ese caso se ralentizaría el despegue en España de la red de banda ancha y los servicios avanzados : resulta evidente la idoneidad de TELEFONICA para llevar a cabo importantes contribuciones en ese sentido. Asimismo, se perjudicaría al usuario por la misma razón que acaba de exponerse en el párrafo anterior, dificultándose además el posicionamiento internacional del primer operador en relación a sus competidores extranjeros, puesto que como ya se ha visto, son marginales fuera de España los supuestos de prohibiciones de acceso al mercado del cable.

No se trata pues de cuestionar la necesidad de la moratoria prevista por la normativa sectorial. Se trata de elegir un régimen transitorio adecuado en términos de duración. Un modelo que posibilite la presencia de TELEFONICA, pero sujeta a cautelas que impidan el impacto negativo que sobre los nuevos entrantes tendría una presencia indiscriminada, como se ha visto. Cuando el legislador optó por 16 meses lo hizo en la creencia de que bastarían para asegurar el afianzamiento de los nuevos entrantes. Sin embargo, él mismo prevé la posibilidad de modificar la duración del retraso. La lógica aconseja entender que estaba considerando la eventualidad de una evolución del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado ajena a las previsiones iniciales y a la voluntad de los operadores implicados. Un comportamiento negligente por parte de estos no podría sino justificar la entrada anticipada de TELEFONICA. Como ya se ha apuntado en este informe, no está en la naturaleza del Derecho de la Competencia alentar o sostener situaciones de ineficiencia empresarial.

¿Bastan los 16 meses previstos para que los segundos operadores de cable se afiancen suficientemente, para que consoliden su posición en el mercado de forma que la entrada de TELEFONICA no les impida operar en condiciones de viabilidad empresarial?: ¿Son insuficientes o excesivos a dichos efectos?.

A menudo se invocan los modelos implantados en otros países como obligada referencia a aplicar en el caso español. Es cierto que las experiencias ajenas proporcionan una perspectiva necesaria a la hora de contar con elementos de juicio suficientes. Pero esos esquemas no son siempre ni enteramente aplicables. El mercado español presenta unas especificidades propias (fragmentación excesiva y desigual, tardía regulación jurídica, escasa penetración del cable, competencia anticipada del satélite) que aconsejan optar por una solución que no necesariamente ha de coincidir con la estadounidense o británica, ni con la del resto de los Estados miembros de la UE, que en su momento decidieron la no imposición de moratoria al operador dominante.

¿Es necesaria o no para la existencia de una competencia efectiva en el sector español del cable una alteración de la moratoria?. Los porcentajes de penetración en términos de hogares pasados y hogares conectados son esenciales a la hora de determinar el grado de desarrollo y maduración del sector. Habría por tanto que atender al despliegue de infraestructuras (competencia en bucle de abonado) y a la efectiva prestación del servicio. Como se apuntó en su momento, no se puede hablar aún de un mercado español del cable propiamente dicho, dada su situación de sector incipiente. Así pues habremos de tomar como referentes el grado de avance de los operadores implicados en el cumplimiento de los compromisos relativos a ejecución de inversiones, infraestructura y prestación de servicios mínimos.

El sondeo efectuado y las conversaciones mantenidas revelan un retraso generalizado en cuanto a despliegue de red y ejecución de inversiones por parte de los segundos adjudicatarios. El desarrollo del mercado español de cable se está por tanto ralentizando.

A la hora de buscar causas, los segundos operadores recurren a los factores a los que se ha hecho referencia en el apartado II de este informe, a saber: incertidumbre jurídica, trámites burocráticos, normativa municipal, derechos de paso, dificultades en la contratación de contenidos, etc. Efectivamente, algunas de esas causas eran suficientemente previsibles, dada la envergadura y la especificidad que presenta el mercado del cable en España. Las exigencias de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

buen hacer empresarial, así como la capacidad de asunción de riesgos y de identificación de factores adversos han de ser, por lógica de eficiencia y viabilidad de mercados, directamente proporcionales a la intensidad del proyecto en beneficio potencial y en complejidad. La previsibilidad de una situación no la hace menos gravosa *per se*, pero facilita el poder superar las dificultades que comporta.

Así mismo, los actores implicados tienen el tamaño mínimo necesario para competir y han asumido unos compromisos que les vinculan y cuyo cumplimiento fue estimado factible cuando se aceptaron. Ciertamente es que el entorno de competencia en que se desarrolló el otorgamiento de títulos promovió un significativo nivel de exigencia en las obligaciones autoimpuestas, pero no es menos cierto que ello es la consecuencia inevitable de ese libre juego competitivo que tan a menudo se invoca. Para mayor abundamiento, obsérvese que tanto la plataforma liderada por CABLEEUROPA como la participada por los socios de referencia de RETEVISION, cuentan con el respaldo de entidades cuya solidez económica y cuya relevancia en los mercados correspondientes no presentan duda alguna.

Como contrapartida, otras de las causas que han motivado la lentitud en el despegue del sector no eran, efectivamente, previsibles para los segundos operadores. El día a día les ha puesto frente a una serie de vicisitudes (quizá las más acuciantes sean las relativas a los permisos y normativa municipales) ineludibles, que dificultan o incluso llegan a bloquear su labor y que son ajenas a su voluntad de buen hacer empresarial. Entre las dificultades que afrontan los segundos adjudicatarios, tanto previsibles como imprevisibles, las hay que afectan también a TELEFONICA, mientras que otras, por el contrario, no tienen impacto sobre ella, o lo tienen en un grado no relevante. Lo significativo es que, cualquiera que sea el escenario, la posición de la que disfruta le permite superarlas más fácil y rápidamente. Este desequilibrio se acentúa en los supuestos en los que la problemática afecta únicamente a los segundos operadores y en aquellos en los que TELEFONICA se acoge a un trato más favorable.

En razón de ello, no se sostienen las alegaciones de la filial de cable del operador dominante en cuanto al nacimiento tardío del sector y la competencia anticipada del satélite. Efectivamente, el sector es complejo tanto en esos aspectos como en otros (no ha de olvidarse, por ejemplo, la próxima entrada de operadores de nicho y el probable descremado del sector), pero lo es para todos los actores, y la incidencia que sobre ella tiene es mucho menor y considerablemente más subsanable que para los competidores.

Resulta a todas luces evidente que las dificultades del proyecto no le son ajenas, pero sí bastante más fácilmente superables. No se pueden obviar las sinergias, economías de escala y tarjeta de presentación, entre otros factores,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que derivan de los derechos exclusivos que ha venido ostentando la empresa matriz, TELEFONICA, S.A. En líneas generales, los concesionarios participados por la filial del operador dominante cuentan con una holgada capacidad de respuesta para hacer frente al nuevo entorno competitivo.

Así, los inconvenientes, apuntados en su momento, que llevan aparejados la presentación y aprobación del preceptivo proyecto técnico quedan parcialmente diluidos por lo que a la filial del operador dominante se refiere, pues al tener que respetar una moratoria de, mínimo, 16 meses, no se ve condicionado el inicio de prestación de sus servicios, salvo en el caso, marginal, de las demarcaciones donde el concurso ha sido declarado desierto.

En cuanto a las dificultades derivadas de los permisos y normativa municipales, la incidencia es ciertamente poco relevante, pues como se ha señalado en su momento, TELEFONICA puede hacer uso de las canalizaciones y cableado de los que ya dispone la compañía matriz.

En materia de infraestructuras, a nadie se le oculta la ventajosa situación de los concesionarios participados por TELEFONICA, que en líneas generales habrán de limitarse a completar una red preexistente, con lo que ello implica en términos de economía de medios y de tiempo. La capilarización interna de edificios y la mejora de instalaciones serán relativamente sencillas para la filial de cable de TELEFONICA, S.A., que, como se ha visto, ya inició dichas tareas en su momento. En la Resolución de fecha 7 de abril de los corrientes, esta Comisión estimaba legítimo el despliegue de infraestructura por parte de TELEFONICA antes del vencimiento de la moratoria preceptiva, a tenor de las previsiones normativas de aplicación. Igualmente estimaba que la solicitud a las comunidades de propietarios de los permisos correspondientes no constituye una auténtica oferta de servicios, sino una referencia a las prestaciones de las que podría disponer el inmueble, referencia ésa que operaría como factor de motivación y justificación del permiso solicitado. Ello no obstante, aunque no se formula una oferta *stricto sensu* (que además sea inmediatamente disponible para el usuario), se transmite a éste el avance de una oferta futura, y cuando la comunidad de propietarios da su autorización a TELEFONICA, en realidad los ocupantes del inmueble están optando por la propuesta de aquélla y ejercitando el derecho de elección inherente a todo mercado abierto. Se identifica así pues un cierto cuello de botella en lo que a comercialización de servicios respecta. El acceso de TELEFONICA a actuales y potenciales abonados sería relativamente sencillo: como ya se ha apuntado, la inercia, al igual que la identificación del operador dominante y sus filiales con el sector de las telecomunicaciones españolas son factores de suma importancia a la hora de hacerse con una cartera de clientes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Todo parece indicar que al cabo de los 16 meses de moratoria (de mantenerse ésta en su actual duración), el despliegue de red de TELEFONICA será total o prácticamente total, o podría haberlo sido. En el caso de los segundos operadores, incluso respetando el calendario comprometido, el porcentaje de cobertura será (según datos aportados por los directamente afectados), como máximo, del 25% de las viviendas de núcleos urbanos, lo cual supondría no más allá de un 3% de clientes, a lo sumo.

Por lo que al acceso a contenidos se refiere, si bien es cierto, como argumenta TELEFONICA que la dureza del mercado de la programación afecta a la totalidad de sus demandantes, resulta a todas luces evidente que su incidencia sobre aquélla es menor, por la posición de dominio que su compañía matriz ostenta en mercados conexos y por su condición de socio en Vía Digital. Efectivamente, el TELEFONICA tiene ya contratados sus contenidos, pues, como se apuntó anteriormente, cuando la plataforma de televisión de pago en la que participa adquiere programación, lo hace tanto para el satélite como para el cable, con lo cual el acceso a la programación de Vía Digital está garantizado. Tampoco resultaría problemático el acceso a los contenidos de RTVE, dada la condición de ésta como miembro de la referida plataforma y el acuerdo de cesión de exclusivas con ella suscrito. Por lo que al resto de los proveedores de contenidos respecta, es evidente que la tarjeta de presentación de TELEFONICA, S.A., como operador dominante en España, con fuerte presencia en Latinoamérica, y, consiguientemente, las dimensiones de sus ámbitos geográficos de actuación, le posibilita a su filial unas condiciones de acceso más favorables que las exigidas a los segundos adjudicatarios.

Junto con el posicionamiento de las partes en el mercado, que constituye un referente de suma importancia, toda decisión sobre la entrada de un operador dominante en un sector emergente debe, ineludiblemente, analizar su probable impacto sobre quien, en última instancia, es el elemento determinante: el usuario. El beneficio de éste y el interés público han sido los ejes de la configuración de los mercados de telecomunicaciones como sector estratégico, tanto en la época de los monopolios (teoría del monopolio natural) como en el nuevo entorno de apertura. Efectivamente, el legislador hace mención expresa del beneficio del ciudadano cuando aborda la cuestión de la moratoria.

Para que la perspectiva de análisis no esté fragmentada y la conclusión que se alcance tenga la solidez necesaria, el interés del usuario ha de considerarse tanto en el corto como en el largo plazo. La entrada de TELEFONICA al cabo de los 16 meses inicialmente previstos, beneficiaría a corto plazo al ciudadano, que contaría con dos ofertas, número mínimo para que existan condiciones de competencia efectiva. Como contrapartida, y a la vista de las consideraciones expuestas a lo largo de este informe, esa entrada frenaría y dificultaría el posicionamiento y despegue de los segundos operadores, lo cual podría menoscabar el interés del usuario y la existencia de competencia efectiva en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

largo plazo. Si por el contrario, se retrasa la presencia del operador dominante en el sector, se estaría dando un balón de oxígeno a los competidores, favoreciendo probablemente la cuenta de resultados del largo plazo, pero no del corto, pues se privaría a los usuarios de los beneficios de una doble oferta. De todas formas, esta carencia a corto plazo quedaría en parte neutralizada por las consecuencias, ya apuntadas, que tendría la actuación de TELEFONICA al solicitar a las comunidades de propietarios las correspondientes autorizaciones para el establecimiento de infraestructuras: efectivamente, cuando los ocupantes del inmueble conceden su permiso, a fin de cuentas están optando por la propuesta del operador dominante, y ejercitando pues el derecho de elección inherente a todo mercado abierto.

En esta tesitura, la cuestión clave sería : ¿pueden los segundos operadores, en unos hipotéticos meses adicionales, hacer aportaciones al desarrollo del mercado del cable a largo plazo que compensen la ausencia del beneficio al ciudadano en el corto plazo?.

Una parte significativa de los factores que han provocado o contribuido a los retrasos en el despliegue de infraestructuras y la ejecución de inversiones por parte de los operadores de referencia, han sido los escollos propios de las fases iniciales de todo proyecto y de todo sector emergente. Así,

- la incertidumbre reguladora, ya paliada, o que lo será en un futuro muy próximo.
- el desconocimiento del modelo y alcance del proyecto técnico, ya subsanado.
- la negociación y cierre de acuerdos de interconexión y de uso de infraestructuras alternativas, que en el futuro se llevarán a cabo sobre la base de precedentes anteriores.
- la contratación de contenidos y el suministro de redes y equipos, ya efectuados en bloque por cada una de las plataformas.

Teniendo en cuenta que estas dificultades no volverán a presentarse, la extensión de la moratoria permitiría a los segundos operadores una agilidad de actuación que repercutiría favorablemente en la ejecución de inversiones, el despliegue de infraestructuras y la prestación de servicios. La respuesta a la cuestión formulada sería pues positiva.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En vista de esta consideración, así como de:

- a) El evidente desequilibrio de posiciones de los actores implicados, tanto en lo que se refiere al impacto de las dificultades del proyecto (previsibles y no previsibles) como a la capacidad de respuesta para solventarlas;
- b) La ausencia de comportamientos negligentes por parte de los segundos operadores.

Esta Comisión entiende debería ampliarse, hasta los 24 meses, la moratoria de continua referencia.

En razón de todo lo expuesto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones propone al Gobierno la ampliación, hasta los 24 meses, del período de espera impuesto a TELEFONICA, S.A. para la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable en el territorio español, debiendo afectar dicha ampliación a la totalidad de las demarcaciones territoriales a las que hace referencia la Ley 11/1998, de 24 de abril, en su disposición transitoria primera, apartado 6, letra d).

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola