



VOTO PARTICULAR de Inmaculada López relativo a la

RESOLUCIÓN SOBRE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2008 QUE PUSO FÍN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA SOBRE LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. RELATIVAS A SU SERVICIO MAYORISTA DE COMPARTICIÓN DE REGISTROS Y CONDUCTOS.



He votado en contra de esta Resolución en coherencia con mi posición en la Resolución de 13 de Noviembre de 2008, contraria a la decisión del Consejo por las razones que expuse en el correspondiente Voto Particular y que, de nuevo, suscribo en su totalidad.

En este Voto sólo querría centrarme en uno de los aspectos más importantes - si no el fundamental- del servicio mayorista de compartición de registros y conductos: la obligación impuesta a Telefónica en la Resolución Cautelar de Mayo de 2008 (Expediente MTZ 2008/626) de proveer ese servicio en condiciones de no discriminación, obligación a la que alude Vodafone en su recurso.

El epígrafe 2.3 de la Resolución objeto de este Voto hace referencia a esta cuestión. Vodafone sostiene que, en los casos en que no exista capacidad vacante en los conductos solicitados a Telefónica, esta operadora, en cumplimiento de la obligación de no discriminación, debería estar obligada a proporcionar una solución alternativa a dicha canalización en las mismas condiciones económicas y de plazos de provisión de la solicitud original.

A continuación se transcribe literalmente el citado epígrafe con la respuesta de la CMT a Vodadone (págs. 13 y 14 de 20):

2.3.- Sobre la ausencia de capacidad vacante en los tramos solicitados.

Según VODAFONE, en los casos de inexistencia de capacidad vacante en los tramos solicitados, debería ser TESAU la obligada a proporcionar una solución alternativa a dicha canalización, en las mismas condiciones económicas y plazos de provisión de los de la solicitud original.

En relación con este asunto el Consejo de esta Comisión indicó en su Resolución de 31 de julio de 2008 (expediente AJ 2008/1006) cuáles son los requisitos previos imprescindibles que TESAU debía cumplir antes de que pudiera ser autorizado para iniciar la prestación de servicios minoristas de Banda Ancha sobre FTTH, al disponer en su Resuelve Segundo que: "La comprobación por esta Comisión del cumplimiento de los plazos comunicados por TESAU mediante escrito de fecha 28 de julio será condición previa para la comercialización de sus servicios minoristas". En particular se establecía la obligación de implantar el servicio mayorista de

compartición de infraestructuras y de que estuviese disponible para los operadores el día 16 de septiembre de 2008, obligación cuya comprobación constituyó el objeto del Periodo de Información Previa finalizado mediante la Resolución de 13 de noviembre de 2008 y objeto del recurso de reposición de VODAFONE.

Es decir, el objeto de dicho Periodo de Información Previa era evaluar la disponibilidad efectiva del Servicio MARCO para los operadores en condiciones que razonablemente facilitasen el acceso a las canalizaciones y conductos de TESAU, y por tanto suficientes para completar con éxito la tramitación de las solicitudes de compartición que se formularan. La evaluación de otros aspectos y detalles de carácter operativo y procedimental, ha sido ya realizada en el ámbito de la resolución de los mercados 4 y 5 donde de modo expreso se ha señalado que "en caso de que de la verificación de disponibilidad de recursos de infraestructura en un trayecto determinado se desprenda la existencia de obstáculos para su compartición (...) TESAU deberá ofrecer a los terceros operadores alternativas que permitan el enlace entre los puntos solicitados por el operador incluyendo en particular el alquiler de fibra oscura". Esta obligación habrá de plasmarse en la oferta de referencia que Telefónica tiene obligación de publicar de conformidad con lo establecido en la misma resolución.

En la Resolución de 13 de Noviembre de 2008, la CMT concluyó, en mi opinión injustificadamente, que Telefónica había cumplido los requisitos que se le habían impuesto en relación al servicio de compartición de conductos, dando luz verde a la operadora para que iniciara la prestación de servicios minoristas sobre FTTH. Creo que esa conclusión no estaba justificada porque, además de las obligaciones sobre plazos impuestas en la Resolución de 31 de Julio de 2008, a las que se alude en el citado epígrafe 2.3, la CMT había impuesto a Telefónica la obligación -esencial- de proveer el servicio mayorista en condiciones de no discriminación, en la Resolución Cautelar de mayo de 2008. El posible incumplimiento de esta obligación, sin embargo, ni siquiera se consideró antes de tomar la decisión de Noviembre, ni tampoco se hace ahora referencia a esta cuestión en la respuesta a Vodafone. Según se estableció en la resolución Cautelar de mayo de 2008, dicha obligación "implica que TESAU no podrá discriminar entre terceros o respecto de sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible".

Así pues, además del cumplimiento de los plazos y demás requisitos impuestos en la Resolución de 31 de julio de 2008, la CMT debería haber analizado también si el servicio mayorista de acceso a los conductos de Telefónica cumplía el 13 de Noviembre de 2008, siquiera de una manera mínimamente razonable, con la obligación de "no discriminación". Si esto se hubiera hecho, creo que, difícilmente, el Consejo de la CMT hubiera podido concluir que se cumplía razonablemente dicha obligación. Pero ese análisis no se realizó con lo cual, en la Resolución de 13 de Noviembre se permitió *de facto* a Telefónica -no por acción, sino por omisión- decidir, unilateralmente un aspecto clave: ¿cuál es el espacio de sus infraestructuras de ingeniería civil susceptible de ponerse a disposición de los operadores alternativos que lo soliciten?

En efecto, ya, en sus alegaciones a la Cautelar de mayo, Telefónica había manifestado que, ante las “evidentes limitaciones de espacio” consideraba imprescindible dejar fuera de la compartición con los operadores alternativos las siguientes infraestructuras:

*“i) un conducto para actuaciones de reserva operacional para uso común de los operadores que, en su caso, comparten la infraestructura,
ii) un conducto para que pueda hacer frente al cumplimiento de las obligaciones del servicio universal a las que sigue sujeta y
iii) un conducto para el despliegue previsto por TESAÚ de sus propias redes de fibra óptica, de cara a la prestación de nuevos y más avanzados servicios de telecomunicación.”*

Tal y como expuse en mi Voto Particular a la Resolución de 31 de julio, una caracterización semejante sobre lo que constituye la capacidad vacante en las infraestructuras de Telefónica susceptible de ser puesta a disposición de los operadores, difícilmente puede considerarse compatible con el cumplimiento de la obligación de no discriminación. Sin embargo, en la Resolución de 31 de julio, el Consejo de la CMT pasó por alto esta cuestión

En la oferta de conductos presentada posteriormente por Telefónica -y que sigue actualmente vigente puesto que el Consejo de la CMT tampoco la ha cuestionado- se modificó esa caracterización (Veáse al respecto el documento de Telefónica titulado “*Normativa Técnica de compartición de infraestructuras para marco*” págs. 8 y ss.) de modo que ahora, según el criterio de la operadora, deben quedar fuera de la compartición dos conductos, en lugar de tres:

- uno para operaciones de mantenimiento,
- y otro para posibles ampliaciones para la prestación del servicio universal

Esta nueva caracterización de lo que Telefónica entiende por capacidad vacante garantiza que la operadora podrá utilizar la capacidad de sus infraestructuras para desplegar su nueva red de fibra en condiciones mucho más ventajosas que los operadores alternativos. Por tanto, tampoco creo que el regulador pueda considerar esta situación compatible con el cumplimiento de la obligación de no discriminación. Así:

- en el supuesto de que Telefónica aún no haya desplegado fibra en un determinado tramo de su red de acceso, la operadora se garantiza que dispondrá del espacio para ello en el futuro, utilizando el conducto que se reserva para sí, con el novedoso y cuestionable argumento de una hipotética ampliación en el futuro de sus actuales obligaciones relacionadas con la prestación del servicio universal.
- Y en el supuesto de que Telefónica ya haya desplegado fibra a través de un determinado conducto, las posibles restricciones de espacio que pudieran existir ya no le afectan; los afectados por dichas restricciones (y por los mayores costes de recursos y potenciales demoras de tiempo)

serán aquellos operadores alternativos que se propongan desplegar fibra en ese tramo de la red de acceso, para los cuales, en caso de que no haya espacio, la Resolución de noviembre no proporciona ninguna guía sobre lo que debe entenderse por “no discriminación”, como apunta el recurso de Vodafone.

En suma, en el Resolución de Noviembre de 2008, la CMT aceptó, por un lado, que Telefónica decidiera unilateralmente cuál es el espacio de sus infraestructuras que se considera vacante y susceptible de ponerse a disposición de los operadores alternativos. Y en el supuesto de no existir espacio vacante (así definido por la propia Telefónica), la Resolución de Noviembre deja al operador alternativo sin otra posibilidad que negociar con Telefónica una solución, pudiendo recurrir al regulador para que medie en caso de conflicto.

Por tanto, no puedo compartir la respuesta que se proporciona a Vodadone en la Resolución objeto de este Voto. De entrada, no creo que esta cuestión pueda considerarse un aspecto secundario o de “carácter operativo y procedimental” cuya solución quepa relegarse a una decisión posterior del regulador. Todo lo contrario, esta cuestión, que afecta a la esencia misma del servicio de acceso a los conductos, plantea uno de los principales retos para la regulación de las redes de nueva generación (muy especialmente para aquellos reguladores que, como el regulador francés, ARCEP, o como la propia CMT, se han propuesto promover el despliegue de varias redes de acceso de fibra, haciendo posible que los operadores implicados en los despliegues compartan con el operador *incumbente* sus infraestructuras civiles): ¿cómo se reparte un recurso escaso y potencialmente muy valioso desde el punto de vista social -el espacio libre en los conductos y otras infraestructuras de Telefónica- entre todos los potenciales usuarios del mismo (Telefónica y los demás operadores que pretendan desplegar redes de fibra utilizando las infraestructuras civiles del operador histórico), de modo que la disponibilidad de este recurso clave en condiciones ventajosas no se convierta en una herramienta anticompetitiva?

Esta es una cuestión regulatoria primordial cuya respuesta se deja en manos de Telefónica, sin que la CMT cuestionara en la Resolución de Noviembre de 2007 si puede resultar aceptable un servicio mayorista de acceso a conductos que, de entrada, permite a Telefónica reservarse para sí misma un conducto “para posibles ampliaciones para la prestación del servicio universal.”

En cumplimiento de sus actuales obligaciones relacionadas con la prestación del servicio universal, Telefónica está obligada proporcionar acceso a la red telefónica básica a todos los usuarios que lo demanden en condiciones razonables y, además, acceso a Internet funcional (de banda estrecha), servicios que la operadora presta mediante su red de acceso pares de cobre.

Aceptar que la definición de capacidad vacante de Telefónica pueda estar justificada implicaría:

- Aceptar, desde ahora, que el modelo de competencia en infraestructuras que propugna la CMT tendrá un escaso éxito en todo el territorio nacional, hasta el punto de justificar, ya desde este momento, que en toda la red de acceso hay que reservar espacio en las infraestructuras para la nueva red de fibra de Telefónica, en tanto que, ya en la actualidad, esta operadora se considera la más idónea para prestar el futuro Servicio Universal en todo el territorio nacional.
- Y aceptar, también, que en el futuro se ampliarán las obligaciones del Servicio Universal a servicios que actualmente no pueden prestarse con la red de cobre tradicional y requerirán una red de fibra. Y, además, que para prestar ese nuevo Servicio Universal ampliado, se deberá utilizar no sólo los conductos actualmente ocupados por la red de cobre de Telefónica sino, además, el espacio adicional necesario para tender la nueva red de fibra del operador que preste los nuevos servicios, lo cual parece, a todas luces, innecesario (e ineficiente, desde el punto de vista social).

No creo, pues, que el regulador pueda aceptar una definición de capacidad vacante como ésta, por lo cual la CMT debería exigir su rectificación cuanto antes.

Pero además, no creo que esa cuestión, ni tampoco la planteada por Vodafone en su recurso en relación con el cumplimiento de la obligación de no discriminación -en contra de lo que se apunta en la Resolución objeto de este Voto-, se hayan solucionado en la Resolución de enero de 2009 sobre los mercados 4 y 5. A diferencia de otros reguladores europeos, -tal y como expuse en mi Voto particular a dicha Resolución- la CMT adoptó su decisión definitiva sobre el marco regulatorio para el acceso a las infraestructuras de ingeniería civil de Telefónica sin haber realizado una auditoría o estudio alguno sobre la situación de esas infraestructuras y sobre el grado de disponibilidad de espacio vacante en las mismas. Además de renunciar a obtener esa información, a mi entender, necesaria para poder identificar y diseñar las decisiones regulatorias más adecuadas, la CMT eludió también el complejo ejercicio que llevó a cabo el regulador francés, ARCEP, para intentar asignar de manera económicamente eficiente -desde el punto de vista social- y no discriminatoria, el espacio vacante en las infraestructuras del *incumbente*, por medio de complejas normas de ingeniería.

En la Resolución de los Mercado 4 y 5, la CMT, efectivamente, estableció que en los casos en que no existiera espacio en los conductos de Telefónica, ésta debería ofrecer a los operadores alternativos afectados una ruta alternativa "razonable" o, alternativamente, fibra oscura.

Pero la CMT no estableció ninguna concreción adicional que permita dilucidar lo que debe entenderse por alternativa "razonable". Es previsible que muchas de las rutas alternativas que pueda ofrecer Telefónica a un operador alternativo resulten más largas que las solicitadas por ese operador. ¿Cómo se garantiza el cumplimiento de la condición de no discriminación en este supuesto, es decir, en el caso de que la ruta ofrecida al operador alternativo resulte mas

larga que la de Telefónica y, por tanto, en principio más costosa en términos de tiempo de despliegue y de recursos financieros, puesto que el operador alternativo deberá desplegar un cable más largo de fibra? En cumplimiento de la obligación de no discriminación, ¿se le piensa exigir a Telefónica que compense financieramente a los operadores alternativos por el mayor coste de su despliegue? Y en caso de que Telefónica deba proporcionar fibra oscura, ¿a qué precios y en qué condiciones tiene sentido que esto se haga? Lamentablemente, tampoco se dispone de ningún estudio a partir del cual se pueda concluir hasta qué punto es adecuado -o, siquiera, meramente factible- obligar a Telefónica a proporcionar fibra oscura a precios orientados a costes, como se hace en la Resolución de los Mercados 4 y 5.

Dicha Resolución no dio respuesta a ninguna de estas cuestiones, ni impuso a Telefónica ninguna restricción al respecto en la exigua oferta de referencia que se le impuso como obligación. Y, además, al igual que en la Resolución de Noviembre de 2008, se continuó permitiendo a Telefónica decidir unilateralmente qué parte de sus infraestructuras de ingeniería civil son susceptibles de utilización por parte de los operadores alternativos y qué parte deben quedar fuera para su propio uso en el futuro, “para posibles ampliaciones para la prestación del servicio universal.”

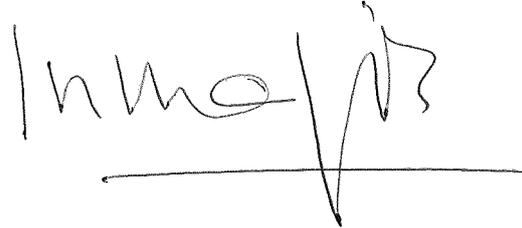
Conclusión

En la Resolución cautelar de mayor de 2008, la CMT impuso a Telefónica la obligación de proveer el servicio mayorista de acceso a sus conductos y registros en condiciones de no discriminación. Transcurrido casi un año desde entonces y, tras la aprobación por la CMT de la Resolución de Noviembre de 2008, primero, y de la Resolución de los Mercados 4 y 5, después, no creo que pueda concluirse que Telefónica presta actualmente ese servicio en condiciones, mínimamente razonables, de no discriminación.

La Resolución de los Mercado 4 y 5 no dio respuesta a una serie de cuestiones regulatorias claves, ni impuso a Telefónica restricciones adecuadas, en la exigua oferta de referencia que se le impuso como obligación, que permitan garantizar que el servicio mayorista de acceso a los conductos se preste en condiciones razonables de no discriminación. Por tanto, cabe prever que esa oferta de referencia sobre el servicio mayorista de acceso a conductos y registros, realizada por Telefónica en cumplimiento de la Resolución de enero, exigirá modificaciones muy profundas antes de que pueda ser aceptada por el regulador. Esas modificaciones requerirán la realización de estudios y trabajos que no se hicieron para la aprobación de la Resolución de los Mercados 4 y 5, así como una nueva consulta pública. Todo ello demorará aún más la puesta en marcha, de manera efectiva, del servicio mayorista de acceso a los conductos.

Creo, para finalizar, que la solución del problema de los retrasos en la efectiva implementación de las obligaciones impuestas a Telefónica, será muy difícil de lograr sin cambiar los procedimientos de la CMT -quizás excesivamente rígidos y administrativos- para acercar su funcionamiento al de otros reguladores

Europeos. Antes de implantar las medidas regulatorias (no después, aunque "más vale tarde que nunca"), convendría realizar, o encargar, estudios y análisis suficientemente rigurosos, y discutir las medidas propuestas en grupos de trabajo con la presencia de los operadores del sector, tal y como hacen habitualmente los reguladores de países como Francia, Reino Unido, Holanda o Italia, entre otros.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Inmaculada López', written over a horizontal line.

Inmaculada López
Consejera de la CMT