

Voto particular de Inmaculada López Martínez en su condición de Consejera de la Comisión del Mercado de telecomunicaciones a la

RESOLUCIÓN RELATIVA A LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCION DE FECHA 8 DE MAYO DE 2008 PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO PARA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DEL MERCADO DE ACCESO (FÍSICO) AL POR MAYOR A INFRAESTRUCTURA DE RED (INCLUIDO EL ACCESO COMPARTIDO O COMPLETAMENTE DESAGREGADO)

AJ 2008/1006)



En la Resolución que es objeto de este Voto Particular se contesta a los recursos presentados a la Resolución de 8 de mayo (en adelante Medida cautelar o simplemente Cautelar), sobre la cual formulé también un Voto Particular básicamente por las mismas razones que me han llevado a Votar en contra en esta Resolución:

- Ineficacia de las medidas adoptadas para los fines que se persiguen.
- carencia de análisis y estudios como los que están realizando otros reguladores europeos, que permitan fundamentar y diseñar adecuadamente la regulación para el despliegue de las redes de fibra en el acceso, máxime dada su enorme complejidad y trascendencia.
- ausencia de los requisitos necesarios para la utilización del procedimiento de urgencia o excepción al procedimiento general de los análisis de mercados previsto en la Directiva Marco (art 7.6) y en el Reglamento de Mercados (art 5.6).

En esta Resolución, la CMT da un giro de 180 grados con respecto a la resolución recurrida, adoptando una posición que contradice de manera rotunda lo que constituía uno de los aspectos más esenciales (si no el primordial) de la Medida Cautelar: la necesidad apreciada entonces de complementar la obligación impuesta a Tesau de dar acceso a sus infraestructuras de ingeniería civil en condiciones de no discriminación con la obligación adicional de proporcionar un servicio mayorista de "bucle virtual" en un plazo de cuatro meses para asegurar la propia eficacia de la medida cautelar. Como se dijo en aquella resolución, la mera "*obligación de dar acceso a la infraestructura de obra civil de TESAU sería inicialmente ineficaz, (...) por tanto TESAU no tendrá competencia en servicios de alta capacidad durante un período de tiempo ciertamente no desdeñable, lo cual en definitiva podría suponer un perjuicio para los usuarios.*"

Por ello, se consideró imprescindible imponer el servicio mayorista llamado "bucle virtual"-, que, una vez disponible -en un plazo inferior a cuatro meses-, iba a permitir a los operadores alternativos replicar de inmediato los servicios de TESAU basados en sus nuevas redes de fibra, que, aparentemente, la operadora pretende comercializar a partir de octubre.

Ahora, en cambio, se afirma, no sólo que la puesta en marcha del bucle virtual en el plazo de cuatro meses no resulta viable sino, además, que ya no resultaría ni siquiera necesario, porque la oferta de infraestructuras que Tesau bastará para implantar ese *level playing field* que permita a los operadores alternativos desplegar sus propias redes de fibra en las mismas condiciones que TESAU.

Según la Medida cautelar, no bastaba con que TESAU pusiera en marcha un servicio de acceso a sus infraestructuras como el que ha anunciado que estará disponible el 16 de Septiembre. En esa medida se argumentaba que *“los operadores alternativos que decidan efectuar despliegue de redes de acceso, no podrán realizarlo de modo inmediato en tanto que, una vez hayan establecido sus previsiones, habrán de negociar con TESAU y, una vez acordado el acceso, habrán de realizar efectivamente el despliegue lo cual requerirá de unos plazos de tiempo relevantes”* (pág 46 de 54; el subrayado es añadido)

Pero en esta Resolución se decide estimar parcialmente el recurso de TESAU eliminando la exigencia del servicio mayorista de bucle virtual que solicitaba la operadora. El argumento utilizado entra en profunda contradicción con la posición expresada en la Cautelar: para conseguir el objetivo de proteger la competencia por la vía de asegurar que todos los operadores puedan desplegar redes en condiciones equiparables a las de TESAU (justificación última de la Cautelar) ya sólo hace falta que el servicio de acceso a las infraestructuras esté meramente disponible el próximo 16 de septiembre, sin advertencia ni argumentación alguna sobre tan radical cambio de criterio. *“La real disponibilidad del servicio de acceso a la infraestructura de obra civil de TESAU (es) el fundamento esencial de esta estimación”* (pág 45 de 48) y, por tanto, lo que justifica la eliminación del “bucle virtual”.

Ya no importa cuán dilatados puedan ser los plazos de tiempo que, inevitablemente, transcurrieran desde el momento en que los operadores alternativos accedieran a la información que ha de proporcionar TESAU (para valorar la viabilidad de los posibles despliegues) y dispusieran del servicio de acceso a las infraestructuras (previsto para el próximo 16 septiembre) hasta el momento en que pudieran concluir definitivamente dichos despliegues, consiguiendo así los operadores alternativos llegar con sus redes de fibra óptica hasta los domicilios de los usuarios.

En el mejor de los escenarios ¿cuándo tardaría en llegar con fibra hasta sus potenciales clientes un operador alternativo que, a la vista de la oferta de infraestructuras de TESAU decidiera embarcarse en ese proyecto?. TESAU pretende lanzar sus nuevos servicios de banda ancha de nueva generación el próximo mes de octubre. Obviamente, ese plazo no sería factible para nuestro hipotético operador alternativo. Por tanto, el deseable objetivo para cualquier regulador *ex ante* de que los operadores alternativos puedan iniciar sus despliegues de fibra en condiciones de igualdad con el operador incumbente ya no va a ser factible en España porque TESAU ha acumulado en el pasado una considerable ventaja como *first mover*; ventaja que previsiblemente se

incrementará aún más en los próximos meses. Porque, en el mejor de los escenarios ¿qué periodo de tiempo adicional invertiría nuestro hipotético operador alternativo hasta llegar a los domicilios de los usuarios? ¿6 meses, 12 meses, 18 meses, más tiempo aún...?

Resulta muy difícil, si no imposible, contestar a esa cuestión. No sólo debido a la escasa información de que se dispone sobre la situación de las infraestructuras de ingeniería civil de TESAU y a los previsibles retrasos que - con toda probabilidad- se producirán por la necesidad de reformular la oferta inicial de infraestructuras de la operadora para hacer efectiva la obligación de no discriminación.¹

Como muestra la experiencia de Francia, a la demora asociada a la disponibilidad efectiva y en condiciones de no discriminación de las infraestructuras horizontales del operador tradicional, se añade otra demora, quizás aún mayor, ligada a la adopción de medidas regulatorias adecuadas para los despliegues de infraestructuras verticales dentro de los edificios. Estas infraestructuras fueron consideradas un importante cuello de botella para el despliegue de redes alternativas de acceso en la Resolución de la CMT de Principios y Líneas Maestras, el pasado mes de enero. Pero la resolución objeto de este voto particular sólo alude a esta cuestión para decir que ya se ha iniciado recientemente un procedimiento administrativo para el establecimiento de obligaciones de compartición de las infraestructuras dentro de los edificios, simétricas para todos los operadores.

El regulador francés ha llegado a la conclusión de que en muchos casos, incluso en las ciudades más densas, existirá un número significativo de zonas en las que no será económicamente factible tender dos redes que lleguen hasta el pie de los edificios, si el operador que ya ha llegado hasta los edificios ha descremado el mercado equipando únicamente los edificios más rentables y haciendo financieramente inviable el despliegue en los otros edificios de la zona.

Existe, pues, un considerable riesgo de que el despliegue de redes de fibra produzca monopolios (o como máximo duopolios) de modo que amplias zonas

¹ En sus alegaciones a la Cautelar, la propia TESAU afirma que las infraestructuras de ingeniería civil de que dispone, especialmente en ámbitos urbanos, constituyen un recurso escaso ya que fueron dimensionadas y construidas únicamente para su uso. Ante esas "evidentes limitaciones de espacio" TESAU considera imprescindible, tal y como se recoge en la página de la Resolución objeto de este voto particular" 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 TESAU de sus propias redes de fibra óptica, de cara a la prestación de nuevos y más avanzados servicios de telecomunicación" (el subrayado es añadido. En la Resolución Cautelar, se impuso a TESAU la obligación de "No discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil... que implica que TESAU no podrá discriminar entre terceros o respecto de sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible". No parece que el cumplimiento de esta obligación por TESAU pueda ser compatible con su pretensión de que, sean cuales fueren las limitaciones de espacio, se le garantice siempre un conducto para su propio despliegue.

de las ciudades queden sin cobertura de redes de fibra, incluso en las ciudades de elevada densidad. Para afrontar este problema, el regulador francés está considerando la posibilidad de que los operadores compartan no sólo el tramo vertical de las infraestructuras de los edificios, sino también una parte del último tramo horizontal de las infraestructuras, lo que puede requerir imponer una determinada arquitectura para este tramo de la red. TESAU ha acumulado en el pasado una considerable ventaja como *first mover*; ventaja que previsiblemente se incrementará aún más en los próximos meses². La solución de este problema está demorando considerablemente la puesta en marcha del marco regulatorio francés para las redes de nueva generación.

El contraste de la experiencia francesa con la española debe ser motivo de reflexión. En España, sin estudio ni análisis de ningún tipo sobre los costes del despliegue de redes de fibra en el acceso referido al caso español, se da por hecho que los operadores alternativos que utilizan la desagregación bucle van a poder desplegar al menos una tercera -e incluso una cuarta- red de acceso, en paralelo a la nueva red de fibra de TESAU y a la que ya han desplegado los operadores de cable.

En su regulación de las nuevas redes de acceso de fibra, la CMT parece estar ignorando un hecho que, en realidad, constituye una de las principales justificaciones de su propia existencia: la barrera de entrada que suponen las economías de escala para los operadores entrantes del sector de las telecomunicaciones; una barrera que es especialmente elevada en las redes de acceso fijas. Las economías de escala afectan tanto a las redes de cobre del siglo XX como a las de fibra del siglo XXI.

Pero, sorprendentemente, la CMT parece pretender diseñar un marco regulatorio para las redes del siglo XXI sobre la base de que *la escala no importa*: sin ninguna consideración a las limitadas cuotas de mercado que han conseguido en el mercado de banda ancha los operadores españoles que utilizan el bucle desagregado. La presencia de estos operadores en el mercado se consideró esencial en la Medida Cautelar para preservar un adecuado grado de competencia; pero la CMT les propone en esta resolución, como única alternativa para poder competir con las nuevas ofertas de banda ancha de alta velocidad, desplegar redes de fibra en el acceso paralelas a las de TESAU y a las de los operadores de cable compartiendo las infraestructuras de TESAU, sin disponer de ningún estudio que permita albergar una razonable esperanza de que esa propuesta es factible, al menos para alguno de ellos.

Según la Resolución, “la doctrina mantenida por esta Comisión (consiste en que) *la competencia debe promoverse en el nivel jerárquico más bajo de la red en el que probablemente pueda ser efectiva y sostenible, procurando siempre mantener el nivel de competencia en infraestructuras alcanzado e incentivar su profundización*”. Siguiendo el modelo francés, la CMT considera que no debe promover la construcción de infraestructuras de ingeniería civil del operador

² *Le modèle de coût de déploiement des réseaux de boucle locale en fibre optique*. ARCEP 2008.

incumbente. Estas infraestructuras se consideran por la CMT (sin que la autoridad nacional de la competencia se haya pronunciado sobre este asunto) un recurso esencial que TESAU deberá poner a disposición de otros operadores para su compartición en condiciones de no discriminación y con precios orientados a costes. La elección de esta estrategia repercute negativamente sobre el valor de la red de TESAU y de los operadores de cable, pero estos efectos deben asumirse en aras al logro del objetivo considerado primordial: promover la competencia en infraestructuras *en el nivel jerárquico más bajo de la red en el que probablemente pueda ser efectiva y sostenible*.

Ahora bien, España no es Francia:

- La cuota del operador incumbente español (del 57%, según los últimos datos disponibles de la CMT) es 10 puntos porcentuales superior a la de su homólogo francés, lo que confiere a TESAU unas ventajas de escala superiores a las de France Telecom.
- En España no existen como en Francia dos operadores de bucle desagregado con cuotas de mercado superiores al 20% y que ya han anunciado despliegues de fibra en el acceso de cierta entidad. Uno de ellos Free, acaba de comprar el operador Alice (de Telecom Italia) para aumentar su cuota de mercado en más de un 5% y facilitar así la viabilidad de sus planes de despliegue de fibra hasta el hogar. En España, la cuota de mercado del operador de mayor tamaño no llega al 15%.
- Los operadores de cable españoles tienen en conjunto una cuota de mercado cercana al 15%, muy superior a la cuota del cable en Francia (del 5%), lo cual reduce las posibilidades de que una tercera red de acceso pueda ser viable financieramente (y no digamos ya una cuarta).
- El regulador francés viene poniendo un gran énfasis en el último año para conseguir que la oferta de referencia de infraestructuras de ingeniería civil que puso en marcha France Telecom el pasado mes de diciembre permita el cumplimiento efectivo de la no discriminación en el acceso a dichas infraestructuras.

La CMT no dispone de ningún análisis sobre la viabilidad financiera de un modelo de negocio para un operador alternativo consistente en desplegar una red de acceso de fibra compartiendo las infraestructuras de TESAU. Tampoco ha realizado aún ningún estudio que permita conocer la situación real de las infraestructuras de ingeniería civil de TESAU. Los voluminosos requerimientos de información a los operadores realizados en el marco de los análisis de mercados 4 y 5 cuyo inicio (análisis que, si no formalmente, sí en la práctica, podrían haber iniciado sin ninguna restricción el año pasado: no disponer de la nueva Recomendación de la CE no representaba ningún impedimento para ello) - y a los que se alude en la Resolución- permitirán un análisis en profundidad de las condiciones de competencia de los distintos mercados en las diferentes zonas del país. A partir de esa información, la CMT podrá

pronunciarse sobre la existencia, o no, de mercados subnacionales. Pero no los requerimientos de información a los operadores no van a permitir a la CMT disponer de los otros dos tipos de información mencionados cuyo conocimiento constituye un requisito básico para el diseño de una regulación adecuada.

Si la competencia entre al menos tres redes de acceso pudiera resultar viable en amplias zonas del país, el objetivo de promover el despliegue de una red adicional mediante la compartición de las infraestructuras de ingeniería civil de TESAU, podría estar justificado, aún a costa de perjudicar los intereses de las redes de cable y la ampliación de su actual grado de cobertura. Pero no cabe descartar que ello no fuera así, y que como resultado de los estudios pertinentes se llegara a la conclusión de que la competencia sólo resultará viable financieramente en las ciudades más densas del país, quizás únicamente en Madrid y Barcelona, donde la presencia del cable, además, es relativamente reducida y pudiendo quedar además amplias zonas sin cobertura incluso en las ciudades más densas. ciudades

En ese escenario, para conseguir la máxima competencia en infraestructuras habría que apostar por un modelo regulatorio:

- que fomentara la extensión de las redes de cable hasta alcanzar el mayor grado de cobertura posible (probablemente en torno al 65% de los hogares, lo que supondría un aumento de alrededor de 10 puntos porcentuales)
- que promoviera la competencia en un nivel jerárquico de la red del operador histórico más bajo, lo cual exigiría identificar los servicios mayoristas más adecuados. El modelo de Holanda -país que cuenta con unas redes de cable³ que cubren la practica totalidad del país, lo mismo que la red del incumbente, KPN - puede ser una referencia útil. KPN se propone realizar un despliegue mixto mediante tecnologías FTTN y FTTH (punto a punto). Sobre la red FTTC, el regulador se plantea imponer a KPN la obligación de ofrecer un servicio mayorista de banda ancha bit stream. En cuanto a la red FTTH, el regulador prefiere como servicio mayorista la desagregación de la fibra (que resulta viable técnicamente en este tipo de tecnología) porque permite una mayor competencia en infraestructuras. A partir de un estudio encargado a la consultora Analysys, el regulador holandés ha concluido que la desagregación de la fibra propociona un modelo de negocio financieramente viable para los operadores alternativos al incumbente.

³ The business case for fiber based access in the Netherlands. Analysys 2008

En conclusión:

- La regulación de las redes de nueva generación se enfrenta a grandes dificultades en la mayoría de los países. El marco regulatorio que se implante debe resultar creíble y estable durante un largo periodo de tiempo, para no desincentivar las inversiones en las nuevas redes, tanto del operador incumbente como de los operadores alternativos. Para ello, es necesario que ese marco regulatorio genere un amplio consenso sobre su adecuación a la realidad española; de otro modo, su permanencia en el tiempo difícilmente resultaría creíble para los agentes económicos, lo cual elevaría aún más el riesgo de esas inversiones y frenaría el despliegue de las nuevas redes.
- El análisis de los Mercados 4 y 5 deberá traducir en medidas concretas los principios establecidos por la CMT en el documento realizado a partir de la Consulta Pública sobre redes de nueva generación, que se definieron en un ámbito muy abstracto y sin entrar a analizar las implicaciones de los rasgos que necesariamente van a condicionar la futura regulación de las redes de acceso en España: la elevada cuota del operador incumbente en el mercado de Banda ancha; la presencia de las redes de cable, cuya cobertura alcanza a más de la mitad de los hogares del país; el despliegue de tecnología mixta FTTN/B-FTTH que está realizando el operador incumbente; y la ventaja adquirida por este operador en su despliegue de red de fibra a lo largo del último año, ventaja que previsiblemente se incrementará en los próximos meses.
- La CMT deberá realizar un estudio sobre la viabilidad financiera de un modelo de negocio para un operador alternativo consistente en desplegar una red de acceso de fibra compartiendo las infraestructuras de TESAU. Y, a partir de ese estudio, diseñar un modelo regulatorio para las redes de acceso de fibra del siglo XXI en España, que maximice la competencia en infraestructuras y su extensión por el territorio nacional. Para ello, una estrecha coordinación entre la CMT y el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo -con amplias responsabilidades sobre las políticas de extensión de la banda ancha- resulta, en mi opinión, un elemento esencial.
- Tampoco la CMT ha realizado un estudio que permita valorar adecuadamente los activos de la red de acceso de TESAU como han hecho otros reguladores, -y tal y como se propone en la resolución al hablar de la obligación de la orientación a costes de las infraestructuras de TESAU- que permita, además, distinguir con claridad los activos asociados al cumplimiento de la obligación de Servicio Universal de los restantes. La reforma de la Contabilidad de costes de TESAU implementada en diciembre de 2007 no abordó este asunto.
- Se deberían poner en marcha varios grupos multilaterales con la participación de la CMT, Telefónica y los operadores alternativos para perfeccionar la oferta de infraestructuras de ingeniería civil de

Telefónica, y para analizar la viabilidad de posibles servicios mayoristas que previsiblemente será necesario implantar al menos en amplias zonas del país donde el despliegue de infraestructuras alternativas no resulte viable, incluido un servicio *bit stream* flexible y reforzado, con posibilidad de ofrecer TV sobre IP y, sobre todo, que permita maximizar la innovación por parte de los operadores alternativos que lo utilicen. Los efectos económicos de las nuevas redes de acceso sobre la productividad y la competitividad de la economía española no dependen de los servicios de ocio que puedan ofrecer los operadores, sino de la capacidad de estas nuevas redes para facilitar la telemedicina, el teletrabajo, la masificación del consumo de teleconferencias y la aparición de nuevas aplicaciones y servicios que hagan posibles modos de producción cada vez más eficientes.

- En esta resolución, la CMT ha puesto como condición para el lanzamiento comercial de los nuevos servicios de Telefónica que la oferta de infraestructuras que ha comunicado a la CMT esté disponible el próximo 16 de septiembre. Pero ésta no es la única condición para el despliegue de Telefónica. Para los nuevos servicios que pretende lanzar en Octubre prestados mediante VDSL2 y FTTN/B, Telefónica está obligada por el Mercado 11 a poner a disposición de los alternativos unas ofertas mayoristas con precios orientados a costes que permitan a los alternativos replicar los nuevos servicios de acceso a Internet minoristas. En este sentido, existe ya una propuesta contenida en el Informe de audiencia de los Servicios de la CMT publicado en mayo, unos días antes de la Cautelar. Se prevé cerrar este expediente el próximo mes de Septiembre.

Para adoptar esa decisión, la CMT deberá valorar la coherencia y las implicaciones de la obligación que tiene impuesta Telefónica de ofrecer un servicio mayorista *bit stream* con orientación a costes para los servicios prestados mediante VDSL2 y FTTN/B. en cumplimiento de las obligaciones impuestas en el Mercado 11 y que, al mismo tiempo, queden sin replicar por los operadores alternativos las mismas ofertas minoristas prestadas mediante tecnología FFTH.

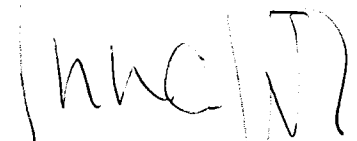
Por ello, y para paliar los efectos de las ventajas como *first mover* de Telefónica frente a los operadores de bucle desagregado, la CMT debería considerar la conveniencia de modular el despliegue de Telefónica, frenando como mínimo el despliegue FTTH hasta no entre en vigor la regulación que se derive de los análisis de los mercados 4 y 5, y permitiendo el lanzamiento de servicios VDSL desde central y los servicios prestados mediante FTTN/VDSL, sobre los cuales Telefónica sí está obligada por el Mercado 11 a poner a disposición de los alternativos servicios mayoristas que permitan replicar los servicios de acceso a internet de amplias velocidades que Telefónica va a lanzar.

De otro modo, el lanzamiento comercial de Telefónica en octubre y la continuidad de su despliegue sin que el marco regulatorio esté definido entraña un riesgo muy elevado de deterioro de la capacidad competitiva

de los operadores de bucle desagregado. Paralelamente, se incrementará también la ventaja de Telefónica como *first mover* en el despliegue de red de acceso de fibra, lo cual reducirá aún más la posibilidad de viabilidad financiera para, al menos, una posible red alternativa con una cobertura que permita llegar al 65% de los hogares de país; posibilidad que, con la información a día de hoy disponible parece, como mínimo, dudosa.

Finalmente, y en aras a conseguir una adecuada coherencia, se deberían acumular los expedientes actualmente abiertos que tratan temas interrelacionados (excluyendo el DT 2008/250 - Modificación de la Oferta de Referencia para incluir nuevas modalidades de acceso indirecto basadas en VDSL2, que requiere una mayor urgencia) y subsumirlos en los análisis de los mercados 4 y 5):

- DT 2007/639 - Solicitud de Telefónica de España para modificar los niveles de calidad y reglas de penetración de la señal VDSL2 definidas en el plan de gestión del espectro de la OBA 2006.
- DT 2007/709 - Modificación de la OBA por efectos inmediatos de la introducción de nuevos nodos de acceso y nuevas infraestructuras de fibra óptica y señales VDSL2 en el subbucle de par de cobre.
- DT 2008/481 - Modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales en el sub-bucle.
- DT 2008/525 - Propuesta de nuevo nivel regional de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha.



Inmaculada López
2 de agosto de 2008