

# Redes de acceso de nueva generación

José Carlos Laguna de Paz\*

*La renovación de las infraestructuras en telecomunicaciones ha determinado el paso de las clásicas infraestructuras fijas a redes inalámbricas de gran capacidad o redes de acceso de nueva generación (NGA).*

*En el presente artículo, el autor realiza un interesante análisis sobre las consecuencias jurídicas de la implantación de las NGA. ¿Resulta aplicable el tradicional modelo regulatorio? ¿Las NGA incrementarán la regulación ex ante? Estas son solo algunas de las preguntas que el autor intenta resolver a lo largo de la presente exposición*

## I. SU SUJECCIÓN A LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Las actuales infraestructuras fijas no disponen del ancho de banda necesario para prestar los nuevos servicios de comunicaciones electrónicas. De ahí que la implantación de las llamadas redes de acceso de nueva generación (NGA) resulte imprescindible para aprovechar el potencial de crecimiento del sector, en el que convergen servicios de voz, datos y audiovisuales<sup>1</sup>. La fibra óptica sustituirá (total o parcialmente) al par de cobre, mientras que la conmutación de paquetes (IP) sucederá a la conmutación de circuitos. La renovación de las infraestructuras tendrá hondas repercusiones, no solo tecnológicas, sino también económicas, e incluso, en el modelo de negocio. Las NGA reducirán los costes operativos, al tiempo que favorecerán la disociación entre la gestión de las redes y la prestación de servicios (redes abiertas).

En lo que se alcanza a ver, estas nuevas infraestructuras constituyen, pues, el horizonte del sector. La cuestión es que su implantación plantea no pocos retos jurídicos. De entrada, se suscita la cuestión de si la aplicación de la vigente normativa europea de comunicaciones electrónicas diseña un régimen jurídico adecuado para las nuevas NGA.

### A. La aplicación de la normativa vigente no contempla excepciones

El establecimiento de las NGA admite distintas soluciones técnicas<sup>2</sup>, pero –en todo caso– exige enormes

inversiones. En contrapartida, los operadores reclaman la garantía de que, asumido el riesgo empresarial, no tendrán que ceder después a sus competidores el uso de sus infraestructuras, a precios orientados a costes<sup>3</sup>. En otros términos, se aspira a la desregulación, transitoria o permanente, de las NGA, sin la que –se dice– faltarán los incentivos necesarios para que su implantación tenga lugar en las mejores condiciones técnicas posibles, con la mayor eficiencia económica y el más amplio beneficio social.

Hay que tener en cuenta que, en EEUU, desde el año 2000, la FCC emprendió una amplia desregulación de los servicios de banda ancha<sup>4</sup>. El proceso ha culminado con la calificación de estos servicios por parte del Tribunal Supremo y de la FCC –no como servicios de telecomunicaciones–, sino como servicios de información. La consecuencia es que no se consideran *common carrier* y, por tanto, no están sujetos a deberes de acceso e interconexión a precios razonables.

Desde un punto de vista jurídico, existe además un elemento diferencial respecto de las infraestructuras anteriores. La liberalización del sector situó al operador establecido en una posición de ventaja competitiva respecto de los nuevos entrantes en el mercado de servicios a ubicaciones fijas, derivada de la titularidad de una infraestructura heredada, que había sido edificada además en virtud de un régimen de derechos exclusivos.

En cambio, las NGA significan la implantación de una nueva infraestructura, cuya construcción está

\* Universidad de Valladolid.

1 La convergencia tecnológica puede definirse como: «The ability of consumers to obtain multiple services on a single platform or device- or obtain any given service on multiple platforms or devices». Ofcom: «What is convergence?» [aportación de Ofcom al primer seminario organizado por el Convergence Think Tank], 7.2.2008 [ <http://www.ofcom.org.uk/media/speeches/2008/02/cttsubmission1.pdf>], p. 1 -

2 En redes fijas, hay dos grandes opciones: (i) fibra hasta el hogar del abonado (FTTH); (ii) o fibra hasta el nodo (FTTN), que –en los tramos cercanos al abonado– permitiría la utilización del cobre (VDSL, con nodos más próximos al domicilio) o el cable coaxial (DOCSIS 3.0, en las redes de cable). A ello se añaden las redes móviles UMTS y el acceso inalámbrico sobre tecnología WiMAX, que –como alternativa a la fibra– podría resultar especialmente indicado para zonas rurales.

3 ARIÑO ORTIZ, G., «La banda ancha: ¿es necesaria la regulación de los nuevos servicios?», en BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), «Regulación y competencia en telecomunicaciones», Dykinson, Madrid, 2003, pp. 303 y ss.

4 FTC STAFF REPORT, «Broadband connectivity competition policy», June 2007, p. 3.

abierta a todas las empresas, en régimen de libre iniciativa. Los operadores afrontan el reto empresarial en unas condiciones de igualdad sustancial. No hay que perder de vista que la mayor parte de las empresas pertenecen a grandes grupos multinacionales, que disponen del músculo financiero para acometer las inversiones necesarias. Además, en caso necesario, podría paliarse la desventaja relativa que puede afectar a los nuevos entrantes —que pueden carecer de derechos de uso suficientes o de infraestructura de obra civil—, con medidas proporcionadas, que faciliten la implantación de redes alternativas.

En resumen, el desarrollo de las NGA será el resultado de la estrategia empresarial, no de la imposición administrativa. No debe caerse, pues, en el error de tratar de corregir la diversidad que, inevitablemente, se producirá. La función de las ANR es promover la igualdad de condiciones, no de resultados, pues —en otro caso— se pervertiría el mercado y las ventajas que de éste se derivan.

Frente a ello, lo cierto es que las NGA se sujetan a la normativa europea vigente de comunicaciones electrónicas, que no contempla excepciones a su ámbito de aplicación. Al contrario, el principio de neutralidad tecnológica impide el establecimiento de un régimen jurídico diferenciado por razón de la tecnología aplicada (salvo en lo necesario para la protección de otros bienes jurídicos implicados).

En consecuencia, el tratamiento jurídico de las NGA, forzosamente, seguirá los cauces normativamente establecidos<sup>5</sup>. En este sentido, las ANR deberán<sup>6</sup>: (i) delimitar los mercados relevantes en que se integren —o a que den lugar— las NGA; (ii) evaluar sus condiciones competitivas; (iii) y, en su caso, imponer las obligaciones singulares correspondientes, preferentemente, a operadores con poder significativo de mercado (PSM). A este respecto, lo único que cabe es atenuar la respuesta normativa en el caso de mercados emergentes.

La Comisión Europea se ha mostrado además inflexible en este punto. De hecho, ha abierto al Estado alemán un procedimiento por infracción (opinión razonada enviada con fecha de 3.5.2007), a propósito de la modificación de su legislación nacional, que preveía un régimen de excepción para las redes de nueva generación (*regulatory holidays*)<sup>7</sup>. Esta misma es la posición que mantiene en sus más recientes documentos<sup>8</sup>.

Finalmente, no hay que olvidar que la diversidad de enfoques entre EEUU y Europa también se explica por los distintos condicionantes que presentan las infraestructuras de telecomunicaciones a uno y otro lado del Atlántico: (i) en EEUU, los operadores de cable (en el entorno urbano) representan una competencia efectiva para los operadores de telecomunicaciones, lo que no sucede en la mayor parte de los países europeos; (ii) la desagregación del bucle de abonado resulta técnicamente difícil en EEUU, habida cuenta de la distancia de los bucles.

## B. La clave está en la adecuada aplicación de la normativa

De manera simplificada, la intervención pública descansa sobre la presunción de que la regulación asimétrica generará competencia en infraestructuras (*«ladder of investment»*)<sup>9</sup>. A estos efectos, las ANR han aplicado los remedios previstos en la normativa vigente de manera particularmente generosa para los nuevos entrantes, sin vincularlos a compromisos de inversión, ni sujetarlos a precios dinámicos o a plazos predeterminados.

Es indudable que se ha incrementado la competencia en servicios, pero no puede decirse que el modelo haya funcionado como cabía esperar. La desagregación del bucle de abonado se considera una medida transitoria, que debe dejar paso a la inversión en redes propias. Sin embargo, las únicas infraestructuras alternativas que se han creado han sido las de los operadores de cable, amparadas en una normativa tuitiva anterior. No está, por tanto, claro que el resultado final del proceso sea una situación de competencia en infraestructuras, que era el objetivo.

Como hemos visto, la Comisión Europea insiste en la necesidad de aplicar la normativa vigente a las NGA, rechazando cualquier régimen especial que pudiera favorecer su implantación. En realidad, el problema no está en la normativa europea sobre comunicaciones electrónicas, sino —como decimos— en su adecuada aplicación.

Por imperativo legal, la intervención pública debe aspirar a conseguir una competencia sostenible, en beneficio del consumidor. La cuestión es que este objetivo solo se conseguirá si se crean condiciones favorables a la inversión. La imposición de obligaciones de acceso, de las que deriva un incremento

5 LAGUNA DE PAZ, J.C., «Telecomunicaciones: Regulación y Mercado», Segunda edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 187 y ss.

6 Recomendación de 17.12.2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, de conformidad con la Directiva 2002/21/CE, del PE y del Consejo, de 7.3, relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DMarco) (2007/879/CE).

7 IP/07/889, de 27.6.2007.

8 SEC(2007)1843 final, marginal 3.3, p. 16.

9 LAGUNA DE PAZ, J.C., «Telecomunicaciones: Regulación y Mercado», Segunda edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 210 y ss.

de la competencia a corto plazo, «no debe ser en detrimento del incentivo de los competidores a invertir en instalaciones alternativas que garantizarán una mayor competencia a largo plazo»<sup>10</sup>. Esto exige respetar los derechos de propiedad privada y libertad de empresa y –en particular, en el caso de las NGA– aceptar las disparidades resultantes del ejercicio de la libre iniciativa empresarial<sup>11</sup>. En la práctica, esto requiere una delimitación menos estricta de los mercados, así como una mayor modulación de las obligaciones *ex ante*, que no pueden ser impuestas *sine die*, ni sin tomar en cuenta las inversiones realizadas y el riesgo asumido por cada operador.

En este contexto, la Comisión Europea y las ANR están publicando una serie de documentos, en los que fijan su posición inicial sobre las NGA. Estos pronunciamientos no pueden predeterminar las soluciones que, finalmente, vayan a adoptarse. La intervención de las ANR no puede producirse al margen del análisis de los mercados, que en su momento habrá de hacerse, aplicando la metodología establecida. Además, se aborda la cuestión de manera prospectiva, anticipando las condiciones sobre las que las NGA puedan desarrollarse en el futuro. No obstante –dentro de estos límites–, con ello, las ANR no dejan de fijar su posición de partida respecto de cuestiones esenciales del régimen de las NGA. En este sentido, cabe destacar que el planteamiento de la CMT descansa sobre las tres siguientes ideas:

1. La implantación de las NGA puede alterar las condiciones de competencia en el mercado, por lo que no deben trasladarse automáticamente las actuales obligaciones singulares a las nuevas redes. No obstante –si es necesario–, la regulación asimétrica debe seguir favoreciendo la generación de competencia en infraestructuras. Con todo, la eventual imposición de obligaciones *ex ante* sobre las NGA se contempla de forma mucho más matizada que hasta ahora.
2. La regulación asimétrica no puede perpetuar una situación de pura rivalidad en servicios, sino que debe dejar paso a la creación de infraestructuras alternativas. La separación funcional se considera un remedio excepcional, cuya aplicación requeriría una ajustada ponderación de sus costes y beneficios. Con todo –si a medio plazo no se genera competencia en infraestructuras–, al menos, en ciertos ámbitos geográficos, no se descarta este remedio.
3. En el tránsito a las NGA –así como en la sustitución de la red troncal–, es preciso tutelar la situación de los nuevos entrantes, cuyo modelo de

negocio no puede verse interrumpido bruscamente. Sin embargo, la CMT no contempla la incidencia que ello puede tener sobre los derechos del propietario de las infraestructuras.

## II. DERECHO A MIGRAR A LAS NGA Y CONTINUIDAD DEL MODELO BASADO EN LA DESAGREGACIÓN DEL BUCLE DE ABONADO

La regulación también tiene sus costes. En sectores caracterizados por una fuerte innovación tecnológica, la intervención pública puede conducir a un modelo de negocio que se vea superado antes de que haya podido dar los resultados esperados. Con carácter general, esto es lo que ocurre con las NGA, cuya implantación –en algunos casos– puede significar la supresión de ubicaciones y el establecimiento de una arquitectura de red local que no permita ya la continuidad de la desagregación del bucle de abonado<sup>12</sup>. Así las cosas, es preciso clarificar cuál es la posición jurídica del titular de las redes y en qué medida pueden establecerse medidas que limiten o condicionen el cambio.

### A. Derecho a migrar a las NGA: libertad de creación de infraestructuras

La migración a las NGA no solo es conveniente desde un punto de vista económico y social, sino que es un auténtico derecho de los operadores de telecomunicaciones. En un régimen presidido por la libertad de empresa, en el que la actividad no se ejerce sobre la base de derechos especiales o exclusivos, corresponde al operador tomar las decisiones fundamentales sobre los medios para realizar la actividad. A ello se añade la necesaria preservación del derecho de propiedad privada, que permite al titular de la red hacer el uso de sus propios recursos que considere económicamente más eficiente.

En este sentido, no pueden arbitrarse medidas que impidan o dificulten el tránsito a las nuevas infraestructuras con el pretexto de proteger las inversiones de los operadores alternativos. Lo único que cabe es:

- (i) La tutela de los derechos de los consumidores, que no pueden verse perjudicados en el cambio.
- (ii) La exigencia de transparencia en el proceso transición, de manera que no se menoscabe la confianza legítima de los operadores alternativos, en particular, de los que gestionan el bucle desagregado de abonado.
- (iii) En su caso, el establecimiento de un régimen transitorio, que asegure el mantenimiento de la red

<sup>10</sup> EM DAcesso, núm. 19.

<sup>11</sup> «... la existencia de una situación de competencia en beneficio de los usuarios no implica que en dicho entorno puedan y deban progresar todos los operadores que lo deseen, en tanto que, tal y como nos enseña la experiencia en otros mercados, en un entorno de competencia efectiva solo los agentes más eficientes sobreviven y dicha eficacia suele ir asociada a la inversión y a la innovación». CMT, «Principios y líneas maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA)», enero 2008, marginal 2.5.

de par de cobre, en los términos que ahora veremos.

### **B. Medidas que transitoriamente permitan la continuidad del modelo basado en la desagregación del bucle de abonado: su justificación y límites**

Las ANR contemplan la adopción de soluciones transitorias, de mantenimiento de la red de par de cobre, que eviten la brusca interrupción de la actividad y, con ello, la pérdida de inversiones por parte de los operadores alternativos. Entre ellas, la CMT considera que debe prohibirse al operador dominante la retirada o cambio sustancial de condiciones en que terceros operadores vienen accediendo a la desagregación del bucle de abonado<sup>13</sup>. A estos efectos, la CMT establecerá los procesos y la antelación con que el operador establecido debe informar de los cambios que se proponga introducir. Dicha antelación será fijada teniendo en cuenta un «período razonable de recuperación de las inversiones y de adaptación a las nuevas circunstancias del modelo inversor y de negocio de los operadores alternativos»<sup>14</sup>. Asimismo, se establecerán los procedimientos que permitan resolver los conflictos entre los operadores que se susciten en el período transitorio de mantenimiento de las infraestructuras.

A este respecto, lo primero que hay que destacar es que la imposición al operador histórico del deber de mantener operativa la red de par de cobre<sup>15</sup> entraña una restricción de su libertad de empresa y, en consecuencia, solo puede imponerse si se considera una medida necesaria y proporcionada.

A ello se añade que las consecuencias del cambio no pueden hacerse recaer sobre el operador histórico. No hay ningún título jurídico en virtud del cual pueda exigirse al operador establecido que condicione su transición a las NGA a la salvaguarda de los intereses patrimoniales de los nuevos entrantes. El principio de confianza legítima en el mantenimiento de la red no puede invocarse frente al operador que abre sus infraestructuras a terceros, no por decisión propia, sino como consecuencia de la regulación asimétrica. Como hemos advertido, a este respecto, lo único que cabe exigirle es transparencia en el proceso de transición. De ahí que la obligación de mantenimiento operativo de la red de par de cobre

«En un régimen presidido por la libertad de empresa, en el que la actividad no se ejerce sobre la base de derechos especiales o exclusivos, corresponde al operador tomar las decisiones fundamentales sobre los medios para realizar la actividad»

—siquiera sea transitoriamente—, cuando ésta haya perdido toda utilidad para su titular, podría calificarse como una prestación forzosa, de contenido materialmente expropiatorio. En este caso, la garantía del derecho de propiedad privada exigiría que se acompañase de la correspondiente indemnización. Además —si en la explotación de la infraestructura el operador no obtiene una compensación económica suficiente de los operadores alternativos—, la imposición de esta carga deberá serle también compensada económicamente por la Administración.

### **III. DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE**

El grado de intervención pública en el sector, en gran medida, depende de cómo se delimiten los mercados relevantes. A estos efectos, hay que tomar en consideración la nueva Recomendación de la Comisión Europea, de 17.12.2007, que:

- Supone una cierta corrección del enfoque anterior, que había adoptado una perspectiva muy estricta en la delimitación de los mercados de referencia, lo que —inevitablemente— abocaba a una intensa intervención pública. Frente a los cuatro mercados que resultaban de la normativa anterior—, la Recomendación de 2003 identificó dieciocho mercados susceptibles de intervención *ex ante*<sup>16</sup>. La nueva Recomendación los deja en siete mercados relevantes, seis de ellos mayoristas.

12 SEC(2007)1483 final, marginal 3.3, pp. 16-17.

13 CMT, «Principios...», cit., marginales 3.2.1.a) y 3.3.1.

14 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.3.1.

15 En el razonamiento de la CMT, a veces, simplemente se habla de la imposición al operador establecido del deber de comunicación previa, con antelación suficiente, de los cambios proyectados. Sin embargo —en la medida en que se contemplan plazos dilatados en el tiempo—, en el fondo, con ello, se está imponiendo una obligación de mantenimiento operativo de las redes. No hay que perder de vista que el Presidente de la CMT ha declarado que el operador establecido «tendrá que avisar con bastantes años de antelación» (*Expansión*, 4.2.2008).

16 Además, hay que tener en cuenta que, entre las modificaciones que impulsa la Comisión Europea, se encuentra la simplificación del procedimiento de revisión de los mercados que pueden ser objeto de regulación *ex ante*. COM (2006) 334 final, de 29.6.2006, marginal 5.2.

- Reconoce un amplio margen a las ANR para una delimitación de los mercados adaptada a las peculiaridades nacionales. El diferente grado de desarrollo en la Unión Europea, inevitablemente, ha de reflejarse también en los mercados de telecomunicaciones, que difieren tanto a nivel estatal como regional.

### A. Mercado objetivo

El mercado objetivo abarca todos aquellos productos o servicios que –en caso de un incremento relativo de precios– resultan suficientemente intercambiables o sustituibles entre sí<sup>17</sup>, no solo por sus características (idoneidad para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, precio o uso previsto), sino también por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y demanda<sup>18</sup>. En cambio, no forman parte del mismo mercado los productos o servicios que solo son intercambiables entre sí en una medida limitada o relativa.

En el sector de las telecomunicaciones, la delimitación de los mercados debe hacerse también desde el principio de neutralidad tecnológica<sup>19</sup>. A partir de aquí, es indudable que la convergencia marca una tendencia a la definición de mercados más amplios, ya que los mismos servicios pueden prestarse a través de distintas tecnologías, redes y equipos terminales. Con todo, hasta ahora, tanto la Comisión Europea como las ANR han mantenido una postura restrictiva a la hora de apreciar la creciente sustituibilidad de los distintos servicios de comunicaciones electrónicas<sup>20</sup>. En la actualidad, sin embargo, las autoridades europeas parecen más proclives a una delimitación más amplia de los mercados. Esto podría tener una incidencia decisiva en el análisis de los mercados, ya que –cuanto más ampliamente se definan– más fácil será apreciar la existencia de condiciones competitivas en ellos, lo que –a su vez– podría justificar su desregulación.

A este respecto, la posición de la Comisión Europea en relación con los mercados más directamente afectados por la implantación de NGA puede resumirse en las cuatro siguientes consideraciones:

tados por la implantación de NGA puede resumirse en las cuatro siguientes consideraciones:

1. Los mercados mayoristas de (i) acceso físico a la infraestructura y de (ii) acceso de banda ancha siguen considerándose diferentes. Ello es así debido a las distintas características del producto (la desagregación aporta mayor flexibilidad), así como al insuficiente grado de sustituibilidad entre ambos<sup>21</sup>.

Con todo, la Comisión advierte que su delimitación concreta dependerá del análisis de cada uno de los mercados (topología de red y grado de competencia)<sup>22</sup>. Por otra parte, la construcción de NGA modificará las características de la demanda y la oferta. Las empresas que explotan el bucle desagregado tendrán que considerar otras alternativas (construir su propia red, acceso a los sub-bucles, acceso mayorista, etc.). Estos mercados seguirán siendo distintos o se fusionarán en uno solo, dependiendo de cómo se renueven las redes y evolucione el sector.

Se define el mercado mayorista de servicios de banda ancha en términos amplios. Así –a efectos de satisfacer la demanda minorista–, todos los servicios de acceso mayorista de banda ancha sobre tecnologías DSL resultan sustitutos (siempre que los costes de cambio para los usuarios finales no sean muy elevados). En consecuencia, forman parte del mismo mercado, sin perjuicio del análisis que en cada caso puedan hacer las ANR<sup>23</sup>.

Se mantiene la distinción general entre los servicios de voz y de datos, dado que aún no existe una suficiente sustituibilidad de demanda entre ellos. No obstante, se advierte que –en los mercados mayoristas– esta distinción puede resultar menos sencilla, ya que las vías de transmisión pueden ser capaces de soportar ambos servicios<sup>24</sup>.

La delimitación del mercado de acceso físico a la infraestructura (nuevo mercado 4) es más amplia que la anterior, que solo comprendía el acceso al par de cobre<sup>25</sup>.

17 Comunicación relativa a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, marginal 7 (DO C 372, de 9.12.1997).

18 En este sentido, hay una consolidada jurisprudencia comunitaria: asunto 6/72: *Europemballage and Continental Can v. Comisión* (Recopilación 1973, p. 215), marginal 32; asunto 85/76: *Hoffmann La Roche v. Comisión* (Recopilación 1979, p. 461), marginal 23; asunto 31/80: *L'Oréal* (Recopilación 1980, p. 3775), marginal 25; asunto C-333/94 P: *Tetra Pak v. Comisión* (Recopilación 1996, p. I-5951), marginal 13; asunto C-475/99: *Ambulanz Glöckner y Landkreis Südwestpfalz* (Recopilación 2001, p. I-0000), marginal 33. Vid. Directrices sobre análisis del mercado y valoración del poder significativo de mercado, de 11.7.2002 (DO C 165), marginal 44, nota 32.

19 SEC(2007)1483 final, p. 19, marginal 4.

20 «in some of the traditional market definitions in our sector, the grist has been ground exceedingly small... So competition authorities in our sector should not regard traditional market definitions as Shibboleths. Indeed we may need to be ready to put resource into more frequent market review to ensure that market definition keeps up with the new realities of convergence» (David Currie, *Ofcom's Chairman*, 2007).

21 SEC(2007)1483 final, pp. 32-35, marginal 4.2.2.

22 SEC(2007)1483 final, p. 35, marginal 4.2.2.

23 SEC(2007)1483 final, p. 35, marginal 4.2.2.

24 SEC(2007)1483 final, p. 20, marginal 4.1.

25 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.1.2.

2. La evolución tecnológica impulsa una creciente sustituibilidad de las redes fijas e inalámbricas<sup>26</sup>. La Comisión constata la tendencia a la oferta a los usuarios finales de servicios **híbridos** (paquetes que combinan servicios fijos y móviles bajo una misma tarifa)<sup>27</sup>. Sin embargo, no considera que exista aún una suficiente presión competitiva entre ambos<sup>28</sup>. De ahí que la Recomendación de 2007 mantenga la separación entre los servicios minoristas prestados en ubicaciones fijas y móviles.

3. El empaquetamiento de servicios es cada vez más frecuente en el sector de las comunicaciones electrónicas. El paquete como tal constituirá un mercado relevante cuando los productos que integra no puedan ser adquiridos por separado, aunque se trate de servicios que no resulten sustitutivos desde el punto de vista de la demanda (voz y SMS en servicios móviles)<sup>29</sup>. En cambio, el paquete no formará un único mercado relevante cuando –ante un SSNIP– un número suficiente de consumidores optaran por la adquisición de los productos por separado (*Internet* y televisión). En este caso, cada servicio –y no el paquete– constituiría el mercado del producto.

4. Se suscita la cuestión de si los servicios prestados sobre NGA son distintos de los prestados sobre las redes (de banda ancha) tradicionales<sup>30</sup>.

## B. Mercado geográfico: eventual delimitación de mercados de alcance infranacional

La delimitación geográfica del mercado resulta decisiva. Como la propia CMT reconoce, la «intensidad de la regulación que se imponga sobre estos servicios [fibra] dependerá, además de otros factores, del resultado del análisis de segmentación geográfica»<sup>31</sup>. La eventual delimitación de mercados geográficos de ámbito infranacional facilitará la identificación de

zonas que se desarrollan en condiciones competitivas, en las que puede no ser necesaria la regulación *ex ante*.

En el sector de las comunicaciones electrónicas, la delimitación geográfica del mercado, tradicionalmente, se ha hecho sobre la base de dos criterios: el área cubierto por la red y la regulación aplicable<sup>32</sup>. En su aplicación, la mayor parte de los mercados europeos se han definido con un alcance geográfico nacional<sup>33</sup>.

No obstante, la Comisión Europea parece ahora más abierta a admitir que la delimitación geográfica del mercado pueda tener carácter infranacional, cuando la diversidad de las condiciones competitivas así lo justifique. La experiencia demuestra que la inversión en redes de comunicaciones electrónicas se distribuye de manera desigual a lo largo del territorio<sup>34</sup>. En particular, algunas zonas (urbanas) cuentan con diversas infraestructuras, que compiten entre sí. Este proceso puede verse acentuado con las NGA, cuya implantación se hará tomando en cuenta la rentabilidad que quepa esperar en las distintas partes del territorio. Esto explica que las ANR puedan definir mercados geográficos de alcance infranacional.

En esta misma línea, la CMT destaca que –en régimen de libre iniciativa–, es muy difícil que las NGA se desplieguen en condiciones homogéneas en todo el territorio nacional: «resulta previsible que los nuevos despliegues de redes sobre fibra se produzcan, principalmente, en aquellas zonas en las que se puedan rentabilizar tales inversiones, en un período de tiempo razonable es decir, en aquellas donde el coste de despliegue sea inferior y la demanda potencial mayor, básicamente por tanto en los grandes núcleos urbanos, con un nivel de penetración de las conexiones de banda ancha importante»<sup>35</sup>. Esto ex-

26 SORIA BARTOLOMÉ, B., «El nuevo papel del Estado: el servicio universal y otras cuestiones», en ARIÑO ORTIZ, G. (dir.), «Telecomunicaciones y audiovisual. Cuestiones disputadas», Comares, Granada, 2003, pp. 114 y ss.

27 SEC(2007)1483 final, p. 20, marginal 4.1.

28 En esta línea, la CMT parece incluso más abierta a la hora de aceptar la sustituibilidad entre ambos tipos de servicios: «(...) es una realidad cada día más evidente que los servicios proporcionados por las redes fijas y aquellos otros proporcionados por las redes inalámbricas son cada día más sustitutivos y/o complementarios a los ojos de los usuarios, siendo muchas veces las condiciones regulatorias las que determinan las diferencias de modelo y desarrollo competitivos». CMT, «Principios...», cit., marginal 2.7.

29 SEC(2007)1483 final, marginal 3.2, pp. 15-16.

30 Ello obligaría de nuevo a hacer una delimitación más ceñida del mercado relevante, que probablemente justificaría la regulación *ex ante*: «(...) es muy probable que las redes NGA eventualmente den lugar a productos y servicios exclusivos de estas redes que podrían pertenecer a nuevos mercados en expansión (o emergentes) (...) los cuales podrían exigir una regulación, o no-regulación, específica que afectaría sólo a la red NGA». (...) hasta qué punto los servicios prestados a partir de las nuevas infraestructuras son, o no, sustitutos de los prestados sobre las redes tradicionales, y si pertenecen por tanto al mismo mercado relevante». CMT, «Principios...», cit., marginal 3.1.1.

31 CMT, «Principios...», marginal 3.2.2.b).

32 Directrices sobre análisis del mercado y valoración del poder significativo de mercado, de 11.7.2002 (DO C 165), marginal 59.

33 Este ha sido también el caso español, en el que –hasta ahora– la CMT no ha detectado condiciones de la competencia suficientemente diversas, respecto del conjunto. Todos los operadores aspiran a prestar servicios a nivel nacional. Por otra parte, la CMT ha considerado que la existencia de operadores con título habilitante de ámbito inferior al nacional (operadores de cable) no impide el mantenimiento del alcance nacional del mercado, ya que en estos casos puede aplicarse la llamada **sustitución en cadena**. Los precios que aplican los operadores de cable se ven influidos por los operadores que actúan a nivel nacional.

34 SEC(2007)1483 final, marginal 2.4, pp. 12-13.

35 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.1.2.

plica que se muestre también más proclive al reconocimiento de mercados de carácter infranacional: «es previsible que el despliegue de redes NGA acentúe este proceso de segmentación geográfica de los mercados pertinentes»<sup>36</sup>.

Más aún, la CMT advierte que cualquier política pública que –por razones de cohesión territorial– trate de paliar las diferencias territoriales resultantes en cuanto a grado de competencia y servicio debe realizarse con un enfoque pro-competitivo, «de forma que el mercado sea complementado y reforzado por la acción pública y nunca sustituido por ella (...)»<sup>37</sup>. Por otra parte, no hay que olvidar que el servicio universal actúa como una red social, que garantiza a todos el acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas que en cada momento se consideren necesarios, en condiciones de calidad y precio adecuadas<sup>38</sup>.

A este respecto, es de gran importancia el precedente de *Ofcom*, que –en el proceso de revisión del mercado de acceso mayorista de banda ancha (enero 2008)– identifica cuatro mercados geográficos diferenciados, de alcance infranacional<sup>39</sup>. Asimismo, la Comisión de Control de las Telecomunicaciones austriaca [*Telekom-Control-Kommission* (TKK)] –en su propuesta de medidas a adoptar en el mercado de acceso a Internet de banda ancha– contempla una regulación territorialmente diferenciada, en función de la intensidad de competencia existente en cada una de las dos zonas en que se divide el país (febrero 2008)<sup>40</sup>.

En cualquier caso, la delimitación de mercados infranacionales –por definición– depende de la existencia de condiciones competitivas diversas respecto de las zonas vecinas. A estos efectos, hay que tomar en cuenta los siguientes parámetros<sup>41</sup>:

- Las ANR deberán identificar los competidores del operador con PSM y delimitar el área geográfica de su influencia.

- Se tomarán en consideración los competidores potenciales, que son aquellos que estarían dispuestos a entrar en el mercado en caso de un SSNIP. No obstante –a efectos de la delimitación del mercado–, solo podrán valorarse las entradas que puedan producirse a corto plazo (menos de un año).
- La mera existencia de operadores cuyas prestaciones sean de ámbito inferior al nacional, por sí misma, no es suficiente para concluir que se trata de mercados distintos. Es preciso valorar la sustituibilidad de la demanda y de la oferta. Hay que tener en cuenta que los operadores de alcance regional pueden ejercer una presión competitiva más allá de su ámbito territorial de actuación, forzando al operador con PSM a ofrecer tarifas uniformes<sup>42</sup>.
- La presión competitiva sobre los precios a nivel regional debe resultar del comportamiento de los competidores y de los consumidores, excluyendo que simplemente pueda ser debida a variaciones en los costes subyacentes.

#### IV. CONDICIONES GENERALES PARA LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES EX ANTE

La normativa europea sobre comunicaciones electrónicas prevé la aprobación por parte de la Comisión de una Recomendación, en la que se identifiquen los mercados en los que podría justificarse la regulación *ex ante* (art. 15.1 y Anexo I DMarco). En este sentido, la Recomendación despliega una importante función de coordinación de la actuación de las ANR. Existe una presunción de que los mercados en ella incluidos responden a los tres criterios que justifican la regulación *ex ante*, lo que libera a las ANR de la carga de su demostración detallada. No obstante, la Recomendación tiene un carácter indicativo, en un doble sentido<sup>43</sup>:

- Las ANR podrán definir mercados susceptibles de regulación *ex ante* distintos de los incluidos en la

36 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.1.2.

37 CMT, «Principios...», cit., marginal 2.6.

38 No obstante, no siempre se marcan bien las fronteras entre el servicio universal y el servicio público: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coords.), «Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones». Ley 32/2003, de 3 de noviembre, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, [C. Chinchilla], pp. 368-369; CARLÓN RUIZ, M., «El servicio universal de telecomunicaciones», Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 327. Frente a ello, hay que insistir en que las obligaciones de servicio público no remiten al viejo concepto de servicio público, caracterizado por la reserva de la actividad a los Poderes públicos (art. 128.2 CE), sino a la actividad administrativa de ordenación, que –por razones de interés general– establece límites, negativos o positivos, al ejercicio de la iniciativa privada: MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., «La regulación económica en España», en ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUETARA MARTINEZ, J.M., MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., «El nuevo servicio público», Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 247 y ss.; LAGUNA DE PAZ, J.C., «Telecomunicaciones...», Segunda edición, 2007, cit., pp. 297 y ss.

39 *Ofcom*: «Review of the wholesale broadband access markets 2006/07», Consultation [<http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/wbamr07/>].

40 <http://www.rtr.at/de/pr/PI20022008TK>.

41 SEC(2007)1483 final, marginal 2.4, pp. 12-13.

42 En esta línea, la CMT advierte que «la mera existencia de una infraestructura alternativa en un área concreta no supone la existencia de un mercado diferenciado, en la medida que la situación competitiva no difiera sustancialmente de la de las zonas vecinas. Este análisis debe tener en consideración otros elementos como la sustitución en cadena...». CMT, «Principios...», cit., marginal 3.1.2. Con todo, lo cierto es que la existencia de infraestructuras alternativas en una zona determinada del país puede crear condiciones de competencia sustancialmente distintas de aquellas otras que solo cuenten con una NGA.

43 Recomendación de 17.12.2007 (2007/879/CE), marginales 17-18.

Recomendación (art. 7 DMarco). Ello se debe a que la Recomendación se hace tomando en cuenta el contexto europeo, que puede diferir de las circunstancias nacionales específicas (topologías de red y grado de migración a las RNG, troncales y de acceso)<sup>44</sup>. Con todo, la imposición de obligaciones *ex ante* puede afectar al comercio entre Estados miembros<sup>45</sup>. De ahí que las ANR deban seguir el procedimiento previsto en el art. 7 DMarco y justificar la necesidad de la regulación.

- Los mercados incluidos en la Recomendación no necesariamente han de sujetarse a obligaciones *ex ante*, que solo pueden imponerse cuando no se desenvuelvan en condiciones competitivas<sup>46</sup>.

De manera transitoria, las medidas que hayan impuesto las ANR seguirán en vigor hasta que se lleve a cabo un nuevo análisis del mercado. No obstante, hay que tener en cuenta que el art. 16.1 DMarco obliga a las ANR a realizar un análisis de los mercados lo antes posible, tras la adopción de una nueva Recomendación por parte de la Comisión.

En este contexto, en relación con la Recomendación de 2007, hay que destacar tres aspectos:

- Permite avanzar en la desregulación de los mercados, ya que –como hemos visto– reduce los mercados susceptibles de regulación *ex ante*.
- Reconoce que los mercados oligopolísticos pueden estar sujetos a una intensa competencia, como sucede respecto de los servicios de acceso y originación de llamadas en redes móviles<sup>47</sup>.
- Deja un amplio margen a las ANR para llevar a cabo el análisis de las condiciones competitivas de los mercados.

#### A. Mercados susceptibles de regulación *ex ante*

La Comisión considera que siguen siendo susceptibles de regulación *ex ante* los siguientes mercados:

- El **mercado de acceso físico a la infraestructura** (bucle local)<sup>48</sup>: (i) la duplicación de la red de acceso del operador histórico está sujeta a elevadas barreras de entrada de carácter no transitorio; (ii) el mercado no muestra una tendencia hacia una competencia efectiva: la cobertura del cable es limitada; la desagregación de las redes

de cable no resulta técnica o económicamente viable; el carácter incipiente de las restantes tecnologías de acceso (*wireless*, sistemas de televisión digital, *power-line*) les impide ejercer presión competitiva; (iii) el Derecho de la Competencia no permite reaccionar adecuadamente frente a los fallos del mercado.

- El **mercado de acceso mayorista de banda ancha**. La regulación de mercados situados aguas arriba –como es el caso del acceso físico a las infraestructuras– tendría una incidencia limitada en este mercado, debido a las inversiones necesarias para la desagregación del bucle, así como a las economías de alcance y densidad del operador establecido<sup>49</sup>. De ahí que siga siendo necesaria la consideración del mercado de acceso mayorista de banda ancha como susceptible de regulación *ex ante*: (i) sufre elevadas y no transitorias barreras de entrada; (ii) no puede considerarse que tienda a una competencia efectiva; (iii) inadecuación del Derecho de la Competencia como respuesta a los fallos del mercado.

Con todo, también se advierte que –en los mercados con una amplia penetración de banda ancha (cable, fibra, inalámbrico) y desagregación del bucle– el análisis puede ser distinto<sup>50</sup>.

- El **mercado minorista de acceso a la red telefónica pública** es susceptible de ser regulado *ex ante*. A este respecto, se toma en cuenta que la regulación del mercado mayorista de acceso no consigue eliminar las barreras de entrada en el mercado minorista, ya que exige a los entrantes tiempo e inversiones (hundidas) significativas<sup>51</sup>. El mercado tampoco tiende a una situación de competencia efectiva, ni siquiera contemplando las infraestructuras alternativas (cable, fibra).
- El **mercado mayorista de originación de llamadas en la red telefónica pública ofrecido a una ubicación fija** sigue presentando elevadas y no transitorias barreras de entrada, ya que la construcción de redes de acceso alternativas, así como la desagregación del bucle de abonado son todavía limitadas a nivel europeo<sup>52</sup>. En los próximos tres o cuatro años, no se espera que el mercado tienda a una competencia efectiva.
- Los **segmentos de terminación de líneas arrendadas** siguen sujetos a elevadas barreras

44 SEC(2007)1483 final, p. 20, marginal 4.1.

45 DMarco, marginal 38.

46 Recomendación de 17.12.2007 (2007/879/CE), marginal 18; SEC(2007)1483 final, marginal 2.6, p. 14.

47 SEC(2007)1483 final, p. 45, marginal 4.3.

48 SEC(2007)1483 final, pp. 31-32, marginal 4.2.2.

49 SEC(2007)1483 final, pp. 33-34, marginal 4.2.2.

50 SEC(2007)1483 final, pp. 33-34, marginal 4.2.2.

51 SEC(2007)1483 final, p. 28, marginal 4.2.1.

52 SEC(2007)1483 final, pp. 25-26, marginal 4.2.1.

de entrada (red de acceso del operador tradicional) y no tienden a una situación de competencia efectiva, por lo que se incluyen entre los mercados susceptibles de una regulación *ex ante*<sup>53</sup>.

- La red de cada operador constituye un mercado relevante separado en los **servicios de terminación de llamadas**, ya que no se aprecia suficiente sustituibilidad, ni desde el punto de vista de la demanda, ni de la oferta<sup>54</sup>. Se trata de mercados monopolistas, que no tienden a una situación de competencia efectiva. Ahora bien, esto no significa que cada operador tenga un poder de mercado significativo, ya que éste puede verse contrabalanceado, en particular, por la existencia de un poder de compra. Es, pues, preciso hacer un análisis casuístico de la situación, que puede conducir a la regulación de las tarifas de terminación de llamadas.

## B. Mercados excluidos de la Recomendación de 2007

No se incluyen en la Recomendación de 2007 –y, por tanto, con carácter general, se considera que ya no son susceptibles de regulación *ex ante*– los siguientes mercados:

- El **mercado minorista de llamadas salientes**, ya que la regulación mayorista (obligaciones de selección y preselección de operador, líneas arrendadas) reduce las barreras de entrada<sup>55</sup>. El mercado tiende, pues, a una competencia efectiva (también impulsada por la VoB). Los eventuales fallos que pueda presentar pueden ser abordados desde las normas generales de Defensa de la Competencia.
- El **mercado mayorista de servicios de tránsito** (*wholesale transit services*) evoluciona a una situación competitiva: se han construido infraestructuras alternativas de larga distancia, al tiempo que los operadores tradicionales han renovado sus redes troncales<sup>56</sup>. Esto prueba que no puede seguir considerándose la existencia de elevadas y no transitorias barreras a la entrada en el mercado.
- El **mercado mayorista de terminación de llamadas para acceso a Internet de banda estrecha** (distinto del mercado de terminación de llamadas telefónicas)<sup>57</sup>. En general, este mercado se desarrolla en condiciones competitivas: los ISP están incentivados a minimizar las tarifas de terminación que pagan, pueden optar entre numerosos operadores de terminación de llamadas (la entrada en este mercado es sencilla), así como cambiar de uno a otro.
- La **conectividad mayorista de Internet** (*Wholesale Internet connectivity*) se considera que se desarrolla también en condiciones competitivas.
- Los **segmentos troncales de líneas arrendadas** (*trunk segments of leased lines*), ya que –en general–, se desarrollan en condiciones competitivas, debido a la creación de infraestructuras alternativas. No obstante, los problemas de competencia pueden seguir subsistiendo en las rutas con menos tráfico, lo que –en su caso– permitiría a las ANR demostrar la necesidad de su regulación *ex ante*<sup>58</sup>.
- **Líneas susceptibles de ser alquiladas**. La regulación mayorista –cuando sea necesaria– se entiende suficiente para garantizar una oferta competitiva a nivel **minorista** (los usuarios finales pueden utilizar líneas arrendadas para construir redes o unir ubicaciones)<sup>59</sup>. No se considera, pues, necesario incluir este mercado entre los susceptibles de regulación *ex ante*. De ahí que la Comisión propondrá reducir a cero el número mínimo de líneas susceptibles de ser alquiladas (Anexo I DMarco).

A este respecto, una vez más, hay que señalar el precedente que representa la reciente propuesta de Ofcom de revisión del mercado de acceso de banda ancha, que considera que uno de los cuatro mercados en que se divide el territorio nacional se desarrolla en condiciones competitivas<sup>60</sup>. La propuesta acaba de ser aprobada por la Comisión Europea<sup>61</sup>. Hay que tener también en cuenta la propuesta de la Comisión de Control de las Telecomunicaciones austriaca [*Telekom-Control-Kommission* (TKK)], que contempla la reducción de la regulación *ex ante* en la zona del país en la que el mercado cuenta con un mayor número de operadores (febrero 2008)<sup>62</sup>.

Pues bien, en esta misma línea, la CMT advierte que –en determinadas zonas geográficas– el mercado

53 SEC(2007)1483 final, pp. 36-37, marginal 4.2.2.

54 SEC(2007)1483 final, pp. 24-25, marginal 4.2.1.

55 SEC(2007)1483 final, p. 28, marginal 4.2.1.

56 SEC(2007)1483 final, pp. 26-27, marginal 4.2.1.

57 SEC(2007)1483 final, pp. 36-37, marginal 4.2.2.

58 SEC(2007)1483 final, pp. 36-37, marginal 4.2.2.

59 SEC(2007)1483 final, p. 37, marginal 4.2.2.

60 Ofcom: «Review of the wholesale broadband access markets 2006/07», Consultation [http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/wbamr07/].

61 «Telecoms: Commission approves OFCOM proposal to de-regulate part of UK broadband market», IP/08/232, 14.2.2008.

62 http://www.rtr.at/de/pr/PI20022008TK.

mayorista de banda ancha puede tender a una competencia efectiva (cable, fibra óptica, amplia desagregación del bucle)<sup>63</sup>.

## V. IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES EX ANTE

### A. Principios generales

La normativa europea permite la imposición a las empresas con PSM de una serie de obligaciones singulares (regulación *ex ante*), con el fin de tratar de garantizar preventivamente la competencia. Su adopción se basará en la naturaleza del problema identificado, serán proporcionadas<sup>64</sup> y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos generales del sector, recogidos en el art. 3 de la Ley 32/2003, de 3.11, General de Telecomunicaciones (LGTel) (art. 10.4, párrafo 2º, LGTel)<sup>65</sup>. En particular, tratarán de maximizar los beneficios para los usuarios, velar por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia, promover una inversión eficiente en infraestructuras, fomentar la innovación y promover un uso y gestión eficiente de las radiofrecuencias y recursos de numeración<sup>66</sup>. Las obligaciones se mantendrán en vigor durante el tiempo estrictamente necesario (art. 10.4, párrafo 2º, LGTel).

1. Competencia sostenible, innovación e inversión eficiente en infraestructuras

La normativa de comunicaciones electrónicas aspira a generar una competencia sostenible, basada en una eficiente inversión en infraestructuras. A estos efectos, resulta imprescindible tomar en cuenta las inversiones realizadas por el propietario de la infraestructura, así como el riesgo empresarial en que incurrió al hacerlas<sup>67</sup>. Esta idea es particularmente relevante en los casos en que se están desplegando nuevas redes o tecnologías, sin que se conozca la respuesta del mercado.

2. Necesidad y proporcionalidad

Las NGA podrían desplegarse en una situación – hasta cierto punto– competitiva y representar un cambio fundamental en las condiciones del mercado de prestación de servicios de banda ancha. De ahí que

la CMT advierta que no deben trasladarse automáticamente a estas redes las obligaciones de acceso<sup>68</sup>.

A este respecto, es interesante también destacar que la Comisión Europea acepta que –en ausencia de mercados infranacionales–, la sujeción del operador nacional con PSM a presiones competitivas geográficamente diferenciadas (diferente grado de competencia en infraestructuras), podría ser tomada en cuenta a efectos de la imposición de las concretas obligaciones *ex ante*<sup>69</sup>.

En esta línea, la CMT advierte que la eventual definición del mercado con alcance nacional sería compatible con un **ajuste territorial de las obligaciones regulatorias**.

3. Las NGA pueden dar lugar a mercados emergentes

La CMT considera la posibilidad de que las NGA puedan dar lugar a productos y servicios exclusivos de estas redes, que podrían pertenecer a mercados que se calificaran como emergentes<sup>70</sup>. Inicialmente, ello permitiría atenuar la respuesta normativa. La contrapartida es que la consideración de que los servicios sobre NGA son distintos de los prestados sobre las redes tradicionales de banda ancha –a la larga– incrementaría la regulación *ex ante*.

Se consideran nuevos mercados en expansión aquellos en los que –por su novedad–, son inciertas sus condiciones competitivas (demanda, oferta, acceso al mercado) y, en consecuencia, resulta muy difícil su análisis, a efectos de su eventual regulación *ex ante*<sup>71</sup>. Los mercados emergentes reclaman una atención particular. Es posible que en ellos el operador líder detente una cuota de mercado elevada, por lo que es preciso evitar que se apodere de los mercados emergentes. Con todo, la Comisión Europea advierte que las autoridades nacionales deben actuar con especial precaución a la hora de intervenir en estos mercados. La imposición prematura de obligaciones *ex ante* puede incidir negativamente en las condiciones en que se forme la competencia en un mercado nuevo y emergente, perjudicando su expansión<sup>72</sup>. Además, siempre tienen la posibilidad de in-

63 «(...) Una amplia cobertura de la desagregación del bucle, en combinación con la existencia de redes alternativas tales como las de cable y las de fibra podría suponer que en determinadas zonas, que en buena lógica habrían sido caracterizadas como competitivas, el mercado mayorista de banda ancha podría tender hacia una competencia efectiva. Éste podría ser el caso, por ejemplo, de zonas con elevadas tasas de penetración de la banda ancha, con tasas de desagregación también elevadas, con una presencia significativa del cable y con varios despliegues de fibra planificados (...)». CMT, «Principios...», cit., marginal 3.2.2.

64 DE LA CUÉTARA, J.M., «Las medidas sobre telecomunicaciones», en ARIÑO ORTIZ, G. (coord.), «Liberalizaciones 2000», Cuadernos de regulación y políticas públicas, 2, Comares, Granada, 2000, pp. 75-76.

65 Art. 8.1, párrafo 1º DMarco.

66 Recomendación de 17.12.2007 (2007/879/CE), marginal 18.

67 SEC(2007)1483 final, marginal 3.6, p. 14.

68 CMT, «Principios...», cit., marginal 1.2.

69 SEC(2007)1483 final, marginal 2.4, p. 13.

70 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.1.1.

71 Recomendación de 17.12.2007 (2007/879/CE), marginal 7.

72 EM DMarco, Cdo. 27 y Directrices, núm. 32.

«Los mercados emergentes reclaman una atención particular. Es posible que en ellos el operador líder detente una cuota de mercado elevada, por lo que es preciso evitar que se apodere de los mercados emergentes»

tervenir en la reevaluación periódica de los mercados pertinentes.

En este sentido, el art. 10.4, párrafo 3º, LGTel dispone que —a la hora de imponer obligaciones específicas—, se tomarán en consideración las condiciones peculiares presentes en nuevos mercados en expansión, esto es, aquéllos con perspectivas de crecimiento elevadas y niveles reducidos de contratación por los usuarios y en los que todavía no se ha alcanzado una estructura estable, para evitar que se limite o retrase su desarrollo. En particular, debe evitarse **el establecimiento prematuro de obligaciones que limiten o retrasen su desarrollo** (art. 4.4 Real Decreto 2296/2004).

A efectos de la delimitación de los mercados emergentes, deben tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:

- La característica distintiva de un mercado emergente es su carácter inmaduro, lo que implica un elevado grado de incertidumbre en la demanda y un alto riesgo para los nuevos entrantes (por ejemplo, la oferta de servicios de datos en las redes móviles de nueva generación)<sup>73</sup>. Es, pues, difícil valorar la situación de competencia en estos mercados: la innovación puede cambiar rápidamente la posición del operador establecido; la importancia que hay que conceder a la competencia potencial no permite contrastar la existencia de barreras de entrada.
- Las ANR deben controlar los mercados emergentes, especialmente cuando estén vinculados a mercados existentes en los que exista una empresa con PSM, que puede utilizar dicha posición para bloquear el acceso a aquéllos<sup>74</sup>.
- La oferta de un nuevo servicio, o la realización de una inversión importante, no puede considerarse que automáticamente constituye un mercado emergente<sup>75</sup>.
- Las mejoras graduales de las infraestructuras de red existentes raramente se traducen en un mercado nuevo o emergente<sup>76</sup>.
- La falta de sustituibilidad de un producto debe establecerse tanto desde el punto de vista de la oferta como del de la demanda, antes de que pueda concluirse que no forma parte de un mercado ya existente<sup>77</sup>.
- La aparición de nuevos servicios al por menor puede dar lugar a un nuevo mercado al por mayor derivado, en la medida en que tales servicios al por menor no puedan prestarse utilizando los productos al por mayor existentes<sup>78</sup>.

#### 4. Separación funcional

La separación estructural o funcional es una receta conocida en la regulación económica. No obstante, su aplicación puede tener un alcance muy diverso: desde una mera separación organizativa, dentro de la empresa, hasta la exigencia de creación de una empresa independiente, con diversidad de accionistas. En su versión más rigurosa, la separación estructural puede conducir, no solo a un cambio de gestión empresarial (desintegración vertical), sino también de modelo de regulación. De ahí que —al hablar de este tema— sea necesario precisar con qué alcance se hace. La normativa propuesta por la Comisión Europea suscita algunas dudas<sup>79</sup>. No obstante, no parece que se esté ofreciendo como remedio la separación estructural, sino simplemente organizativa:

«'Functional separation' complements these existing measures by placing the monopoly elements in a separate business unit. This allo-

73 ERG, *Revised ERG Common Position on the Approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework* (May 2006), ERG (06) 33, pp. 19-20.

74 ERG, *Revised ERG Common Position on the Approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework* (May 2006), ERG (06) 33, pp. 19-20.

75 ERG, *Revised ERG Common Position on the Approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework* (May 2006), ERG (06) 33, pp. 19-20.

76 Recomendación de 17.12.2007 (2007/879/CE), marginal 7.

77 Recomendación de 17.12.2007 (2007/879/CE), marginal 7.

78 Recomendación de 17.12.2007 (2007/879/CE), marginal 7.

79 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, COM(2007) 697 final, de 13.11.2007.

ws any wholesale products and any associated services to be offered to both the incumbent's own retail businesses and to those of rivals, on equal terms.

Unlike structural separation, functional separation does not require the creation of a new company and so does not affect the private property rights of shareholders. Rather it allows the continued running of a vertically integrated telco to remain intact. As functional separation does not require an operator to sell off its monopoly business, the telecoms model is a different remedy from the 'ownership unbundling' currently being discussed in the context of EU energy reform<sup>80</sup>.

La vigente normativa sobre comunicaciones electrónicas prevé una relación limitativa de remedios a adoptar por parte de las ANR, que se contienen en los arts. 9 a 13 DAcceso (art. 13.1 LGTel)<sup>81</sup>. La separación funcional no está entre ellos<sup>82</sup>. No obstante, esta medida puede encontrar cobertura jurídica en el art. 8.3, *in fine*, DAcceso, que –en circunstancias excepcionales– permite que las ANR impongan obligaciones distintas de las previstas en la DAcceso. A estos efectos, deberán solicitarlo a la Comisión, que

autorizará o no su adopción. Esta regla encuentra su traducción en los arts. 13.2º LGTel y 12 Real Decreto 2296/2004.

Además –como hemos avanzado–, la propuesta de reforma de la normativa vigente incluye expresamente la separación funcional entre los remedios a disposición de las ANR<sup>83</sup>.

La llamada separación funcional es una cuestión discutida, que ha de ser decidida a la luz de las concretas circunstancias nacionales. En este sentido, no puede extrañar que las ANR, en unos casos, se hayan posicionado a favor<sup>84</sup> y, en otros, en contra<sup>85</sup>.

A este respecto, la CMT mantiene una posición de cautela. En caso de imponerse, la separación funcional afectaría también a las NGA, lo que exigiría valorar sus efectos –positivos y negativos– sobre éstas<sup>86</sup>. En concreto, la CMT advierte que la separación funcional –aunque refuerza la competencia de los operadores sin red– lleva aparejado el riesgo de desincentivación de las inversiones y de involución a un modelo de competencia en servicios<sup>87</sup>. Por las razones indicadas, la Comisión reconoce que la separación funcional es una medida excepcional, que solo debe acordarse ante la persistencia de situacio-

80 *Ofcom*, *The International Communications Market 2007* (December), marginal 1.3.6.

81 LAGUNA DE PAZ, J.C., «Telecomunicaciones: Regulación y Mercado», Segunda edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 210 y ss.

82 OECD, *Report to the Council on Experiences on the Implementation of the Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries* [C(2006)65]; NORIEGA SANDBERG, R., ARIÑO ORTIZ, G., *Liberalización y competencia en el sector de las telecomunicaciones: balance 1998-2003*, en ARIÑO ORTIZ, G. (dir.), «Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados (1996-2003)», tomo I, Comares, Granada, 2004, p. 197; LAGUNA DE PAZ, J.C., LAGUNA DE PAZ, J.C., «Telecomunicaciones: Regulación y Mercado», Segunda edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 51-52.

83 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, COM(2007) 697 final, de 13.11.2007.

84 Los responsables de *Ofcom* valoran positivamente la experiencia británica: «(...) Whilst functional separation has proven successful in the UK, we have never argued that it is necessarily appropriate for other markets. Clearly, many Member States may find that Functional Separation is not a suitable or proportionate remedy, given their specific market circumstances. However, many of the claimed concerns about Functional Separation are dramatically overstated. Indeed, some of them are simply myths.

For instance, we hear that Functional Separation has reduced investment in the UK telecoms market. This is the exact opposite of the truth. The introduction of FS led to a wave of new investment in the UK from competitor companies because it has significantly increased their confidence that the regulatory system will address anti-competitive practices – and thereby increases their willingness to invest.

The incumbent BT has benefited from increased regulatory certainty, allowing it to move forward with a £10bn investment in its core next generation network, the biggest of its kind in Europe.

And consumers are also benefiting from the focus of regulation on the real sources of market power in other ways. In particular, the focus on the real economic bottleneck through functional separation has allowed us to deregulate in other areas of their business, instead relying more on competition law, as the drafters of the Framework intended (...)» [Comparecencia de Ed Richards ante el Parlamento Europeo, 27.2.2008 (<http://www.ofcom.org.uk/media/speeches/2008/02/itre>)].

85 Paul Champsaur [Chairman of ARCEP], «Towards a competitive fibre mass market», FTTH Council Europe - Annual conference, 27.2.2008 [<http://www.arcep.fr>]: «(...) Development of a sustainable competition in the long term, requires that a sufficient number of operators engage in this new investment cycle. Climbing the next rung on the ladder of investment is possible. Regulation of broadband, focusing on local loop unbundling, has encouraged investment by operators in the roll-out of national and regional fibre networks. These operators had sufficient economic space in unbundled areas to invest in their own infrastructure. As a consequence, competition has flourished on all the value chain except for the local loop. We believe that competition on all the value chain including the local loop is possible for FTTH networks, i.e. in concrete terms the deployments of several fibre local loops duplicated by competitors in a significant part of France is not out of reach.

As a consequence, ARCEP believes that in France, vertical separation of the incumbent is not the appropriate solution to foster competition upstream (...)».

86 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.7.3.

87 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.7.2.

nes discriminatorias que afecten a la competencia<sup>88</sup>. Además, la Comisión entiende necesario que la normativa le habilite explícitamente para poder imponer esta medida.

A ello cabría añadir que –en caso de imponerse–, los principios *favor libertatis* y de proporcionalidad exigirían optar por la medida menos restrictiva posible para alcanzar el resultado perseguido. En consecuencia –si se ofrecen suficientes garantías–, la separación debería reducirse a una pura reestructuración interna de la empresa, pero sin cambio en su estructura jurídica, ni mucho menos accionarial.

## B. Su aplicación

### 1. Acceso mayorista a las infraestructuras de red (nuevo mercado 4)

La Comisión Europea destaca que la implantación de las NGA no tendrá una incidencia inmediata sobre la regulación de los servicios mayoristas de acceso a banda ancha, que –mientras no cambien las condiciones competitivas de los respectivos mercados– seguirán sujetos a regulación *ex ante*<sup>89</sup>.

En esta misma línea, la CMT considera necesario garantizar la continuidad de la competencia basada en la desagregación del par de cobre. Con todo, hay que contar con la posible reducción de la regulación sobre los servicios mayoristas de acceso a la red de par de cobre, a medida que ésta vaya perdiendo importancia competitiva<sup>90</sup>.

La sustitución de las infraestructuras de par de cobre por las de fibra puede hacer más cortos los bucles locales, o incluso, llevar a su desaparición<sup>91</sup>. En estos casos, la Comisión Europea reconoce que la inexistencia de una infraestructura alternativa podría obligar a considerar la oportunidad de imponer al operador establecido el **deber de acceso a los conductos**.

En esta línea, la CMT también destaca que la nueva definición del mercado 4 abarca elementos físicos del acceso, frente a la delimitación anterior, que solo comprendía el acceso al par de cobre<sup>92</sup>. En consecuencia –tras el análisis correspondiente de los mercados–, en su caso, ello permitiría imponer al operador con PSM obligaciones *ex ante* sobre la in-

fraestructura de obra civil: deber de transparencia y acceso a las infraestructuras soporte entre la central y los edificios (zanjas, conductos, canalizaciones, arquetas, postes, fibra oscura)<sup>93</sup>.

En esta línea, se mueve también la Administración francesa:

«ARCEP considers that the incumbent's ducts have the characteristics of an essential facility and that their access must be guaranteed on non discriminatory terms and conditions to competitors (...) It seems therefore possible for several operators to deploy in France Telecom's ducts, under several conditions:

– to use appropriate engineering rules that optimize the available space and the usage of the ducts ;

– to have a transparent, non discriminatory, cost oriented access to the ducts ;

– to share part of the capital costs by coordinating work (by sharing studies for availability e.g.).

Under these conditions, several operators should be able to deploy FttH networks in the streets (...)

Access to the infrastructures will include all relevant information, as for example maps or chamber locations (...)<sup>94</sup>.

En cambio, la CMT no contempla la extensión de obligaciones de acceso desagregado a la fibra óptica, lo que plantearía problemas técnicos y desincentivaría su despliegue<sup>95</sup>.

A su vez, la transformación de la red troncal conllevará la supresión de determinadas centrales y el traslado de los puntos de interconexión previamente establecidos. Ello requerirá la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR), lo que puede exigir la imposición de obligaciones de transparencia, no discriminación e información con antelación suficiente<sup>96</sup>.

### 2. Acceso mayorista indirecto de banda ancha (nuevo mercado 5)

La eventual imposición de obligaciones *ex ante* a las NGA dependerá del análisis de las condiciones com-

88 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.7.4.

89 SEC(2007)1483 final, marginal 3.3, p. 17.

90 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.2.1.a).

91 SEC(2007)1483 final, p. 32, marginal 4.2.2.

92 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.1.2.

93 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.2.1.b).

94 Champsaur, P. [Chairman of ARCEP], «Towards a competitive fibre mass market», FTTH Council Europe - Annual conference, 27.2.2008.

95 «(...) si bien el mercado 4 cubre ahora tanto los medios de transmisión metálicos como los no-metálicos, extender las obligaciones del acceso desagregado a la fibra óptica plantearía serios inconvenientes técnicos y podría provocar un serio desincentivo a la velocidad de su despliegue (...) esta Comisión pretende incentivar el despliegue de las redes de acceso de nueva generación y en particular el despliegue de la fibra hasta el hogar (...). CMT, «Principios...», cit., marginal 3.2.1.c).

96 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.3.2.

petitivas del mercado y, en particular, de su segmentación geográfica<sup>97</sup>.

En las **zonas competitivas**, se reduciría (o se eliminaría) la regulación actual, si bien –de manera transitoria– podrían mantenerse las obligaciones de acceso mayorista de banda ancha. Es importante destacar que –aunque estas obligaciones se extenderían también a la fibra–, la CMT contempla la imposición de obligaciones singulares mucho más matizadas (fijación de plazo máximo de vigencia, *sunset clauses*, condicionamiento objetivo)<sup>98</sup>.

En las **zonas no competitivas**, debería garantizarse el acceso indirecto mediante obligaciones singulares. Estas podrían extenderse también sobre la fibra óptica<sup>99</sup>. No obstante, la CMT –preocupada por no desincentivar la inversión– parece advertir que sólo se impondría esta obligación de manera subsidiaria, es decir, en caso de que los servicios sobre fibra óptica no fuesen replicables utilizando servicios mayoristas sobre par de cobre o híbridos. Además, el precio no estaría orientado a costes, aunque debería permitir la replicabilidad de los servicios minoristas.

### 3. Acceso en el interior de los edificios

La CMT entiende que debe modificarse la normativa ICT para asegurar que los edificios de nueva construcción –y los que renueven sus instalaciones– dispongan de infraestructuras capaces de albergar la

fibra y equipos de varios operadores: «(...) se hace evidente el riesgo de que el primer operador que realice el despliegue de verticales y acometidas de fibra óptica en un determinado edificio, pueda convertirse en operador único del edificio (...) conveniente la modificación de la normativa de ICTs para asegurar que el despliegue de fibra en los nuevos edificios disponga de espacio en las canalizaciones así como en las arquetas, registros y recintos reglamentados, teniendo en cuenta la posible instalación de fibra y equipos de varios operadores»<sup>100</sup>.

En los edificios antiguos (no sujetos a la normativa ICT), es probable que la iniciativa de las comunidades de propietarios no tenga la suficiente incidencia, por lo que los operadores podrían tener que correr con los costes de adaptación, como ocurre con las empresas de cable y de televisión por satélite<sup>101</sup>.

Los cableados de fibra óptica deben discurrir por el mismo trazado: «(...) si nos referimos al parque de edificios sin ICTs, esta Comisión fomentará que se establezca legalmente la obligatoriedad de que los cableados de fibra óptica de diferentes operadores discurran por un único trazado (...)»<sup>102</sup>.

El deber de compartición de infraestructuras ópticas en el interior de los edificios podría ser impuesto al operador con PSM (habida cuenta de la delimitación del nuevo mercado 4), o incluso, a todos los operadores (solución esta última que podría requerir la modificación de la normativa vigente)<sup>103</sup>. CA

97 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.2.2.b).

98 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.2.2.b).

99 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.2.2.b).

100 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.4.1.

101 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.4.2.

102 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.4.3.

103 CMT, «Principios...», cit., marginal 3.4.3.