

Voto particular que formula el Consejero Crisanto Plaza Bayón en relación a la Resolución del procedimiento sancionador RO 2007/17 incoado contra Telefónica de España S.A. por el presunto incumplimiento de sus obligaciones de no discriminación en los plazos de provisión de prolongación de par. Expediente aprobado en la sesión 39/2008, de 6 de Noviembre de 2008.

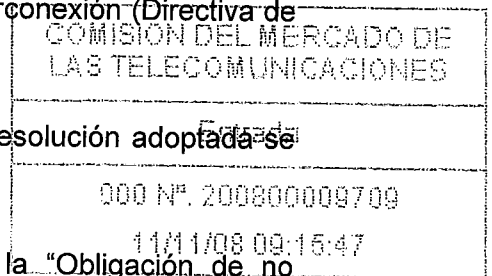
Este Voto particular trae su causa en el desacuerdo por la utilización del concepto de no discriminación como fundamento de la decisión adoptada por el Consejo.

El concepto de "no discriminación", referencia ya antigua en toda la documentación producida en la reflexión sobre el sector de las telecomunicaciones, Green Paper, Open Network Provisión etc., se define en la Directiva 2002/19/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de Marzo de 2002, relativa al acceso de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso), concretamente en los Art 10.2 y 9.2.

La referencia a esta Directiva viene determinada porque la Resolución adoptada se inscribe precisamente en el ámbito del acceso.

El Art. 10 de la Directiva antes mencionada, relativo a la "Obligación de no discriminación" recoge en su Apartado 2. que "Las obligaciones de no discriminación garantizaran, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones". Y en los mismos términos se recoge en la trasposición de la misma efectuada por La Ley General de Telecomunicaciones (Artículo 13.1. b)), concretándose en el Art. 8 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

Y en el Art 9 de la Directiva, referido a la "Obligación de Transparencia", en el Apartado 2 se establece "En particular, cuando se impongan a un operador obligaciones de no discriminación, las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a dicho operador que publique una oferta de referencia, que deberá estar suficientemente desglosada para garantizar que no se exija a las empresas pagar por recursos que sean innecesarios para el servicio requerido, en la que se describan las ofertas pertinentes subdivididas por componentes de acuerdo con las necesidades de mercado, así como las condiciones correspondientes, incluidos los precios. Las Autoridades nacionales de reglamentación podrán, entre otras cosas,



introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la presente Directiva”.

Así, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por Resolución de fecha 11 de Mayo de 2006, se aprueba la Definición del Mercado de Acceso Desagregado al por Mayor, que es el mercado que condiciona el ámbito de referencia de la Resolución 2007/17, y establece en el Anexo de Obligaciones en el punto 3 de la misma, respecto a la no discriminación, “Esta obligación se concreta ..... en la actual oferta de servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle recogida en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.....”,( llamada OBA).

Y en la Resolución citada, tras hacer referencia a la Directiva, Ley y Reglamento ya citados, la Resolución de la CMT, en la Obligación 3 que establece para TESAU, continúa su razonamiento, en el siguiente sentido:

“Por tanto, TESAU implantará en su red pública telefónica fija los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporcionan a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos.

Esta obligación se concreta en la aplicación de todas las previsiones contenidas en la actual oferta de servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle recogida en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado aprobada mediante Resolución de la CMT de 19 de mayo de 2005.

Ello, sin perjuicio de la competencia de la CMT para introducir cambios en la oferta de referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados.”

Por tanto, la obligación de “no discriminación” se concreta en la Oferta de Acceso del Bucle de abonado, y es la OBA la que define el suministro a los otros operadores, sin perjuicio de que la CMT pueda introducir los cambios que considere oportunos hasta su aprobación.

La primera observación que se deduce de la anterior Resolución, es que el concepto de “no discriminación” es una obligación genérica, que se concreta en una obligación particularizada, como es la OBA, que además puede ser corregida por la CMT, introduciendo los cambios pertinentes.

La obligación de la CMT será la de introducir las correcciones pertinentes para que no se produzcan desfases en su actualización, pero no parece razonable sustituir esta obligación concreta, por la aplicación de un principio general, que aumentará la incertidumbre en la gestión y estrategia de de la empresa. .

Cuando se está sustituyendo una ordenación muy concreta y pormenorizada, como es la OBA, por un principio general y abstracto como es la no discriminación sería preciso introducir un mínimo de concreción, que el concepto de "no discriminación" por si mismo no incorpora.

Tratar de imponer como obligación el concepto genérico de "no discriminación", frente a un conjunto ordenado de obligaciones concretas y pormenorizadas, como es la "Oferta de Acceso al Bucle de Abonado" definido con tal concreción y minuciosidad extrema que se extiende a lo largo de 397 páginas en la Resolución de la CMT de 22 de Mayo de 2008, resulta ser una equivocación.

El ejemplo que se utiliza para aplicar el concepto genérico de "no discriminación" en la Resolución RO 2007/17, motivo de este voto, se refiere a TESAU y sus revendedores autorizados, entre los que incluye su filial TTP, y el resto de revendedores de servicios de telefonía y locutorios. Se trata de una Resolución de 19 de Septiembre de 2002, lo que demuestra claramente las escasas ocasiones en las que se ha aplicado este concepto, y cuando se ha hecho, ha sido porque en aquella ocasión no existía una "Oferta de Referencia" lo que justificaba la aplicación del concepto genérico, circunstancia que no se da en este caso.

Desconozco que exista un solo ejemplo, en los últimos seis años de la CMT, en que se haya aplicado el concepto genérico de "no discriminación" en las regulaciones concretas, siempre que existiera una "Oferta de Referencia" solida.

La introducción del principio de "no discriminación", como principio genérico general, sustitutivo de las regulaciones concretas, OBA, OIBA, AMLT, etc., permite un margen de actuación que abre las vías a la discrecionalidad, y un camino al nepotismo.

#### Adenda Económica

El principio de "no discriminación" nace históricamente en el ámbito de las telecomunicaciones en un mercado en monopolio con un solo servicio, la voz, y una sola red, la infraestructura de red de cobre del monopolio, y este principio sirvió

fundamentalmente de soporte importante para la regulación ex –ante, habiendo sido en general muy positivo para los consumidores.

El contexto actual, resulta ser sin embargo bien diferente: los servicios son diversos: voz, Internet, TV, etc. que se abren en multitud de productos; las infraestructuras de red son variadas: cobre, fibra, móvil, WIMAX, satélite, etc., y las operadoras compiten cada vez más en todos los ámbitos de las telecomunicaciones: fijas, móviles, cableoperadoras, etc. integrando también cada vez más todo tipo de servicios.

Por ello, el concepto de “no discriminación” actual, debe entenderse de forma diferente en la medida en que existe una mayor competencia.

Esta mayor competencia presiona precisamente a que la “no discriminación” cambie su sentido, y un mercado en competencia se caracteriza por una mayor diferenciación, y es precisamente la competencia la que conduce a ofrecer una mayor diferencia en las ofertas de los mismos productos y servicios.

La Resolución adoptada parece ir en contra de la lógica de la competencia, que es lo que la CMT tiene como objetivo potenciar, ya que al sustituir la regulación concretas de las Ofertas de Referencia ya sean la OBA, OIBA, AMLT, por un concepto genérico, como es la “no discriminación”, potencia una menor competencia en el mercado.

