

Don MARCEL CODERCH COLLELL, en su calidad de Vicepresidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y con respecto a la

RESOLUCIÓN RELATIVA A LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN 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).

Aprobado por Acuerdo del Consejo en la sesión 29/08, del día 31 de julio de 2008, hace constar, en relación al mismo, el siguiente

VOTO PARTICULAR

La razón fundamental que me ha llevado a votar en contra de esta resolución es mi desacuerdo con la premisa sobre la que se fundamenta: que la simple comunicación por parte de TESAU – realizada con dos días de antelación a la sesión 29/08 del Consejo de la CMT – de una oferta mayorista de acceso a sus infraestructuras de obra civil permite concluir que queda suficientemente garantizada la continuidad competitiva de los operadores competidores de TESAU, y en plazos de tiempo adecuados. Máxime cuando se ha eliminado la obligación de prestar un servicio mayorista llamado de bucle virtual FTTH/GPON, sin haberla substituido por otras opciones que, en mi opinión, sí hubieran podido garantizar la susodicha continuidad competitiva en un plazo de tiempo casi inmediato.

Además de esta objeción fundamental, hay otras razones adicionales que explicaré a continuación, pero no sin antes dejar bien sentado que coincido plenamente en los objetivos pretendidos por la medida cautelar y también por la resolución objeto de este voto particular: El despliegue de redes de banda muy ancha por el mayor número posible de operadores que puedan rentabilizarlas, y el mantenimiento, o a ser posible la mejora, del nivel de competencia alcanzado hasta el momento. No coincido, sin embargo, en que la mejor forma de hacerlo sea la que ha adoptado esta CMT, tanto en la resolución cautelar de 8 de mayo de 2008 – por las razones que expuse en mi anterior voto particular – como en la presente resolución, por las razones que expongo a continuación.

1. Sobre el posible inicio tardío del procedimiento de revisión de los Mercados 4 y 5

Como alegan algunos recurrentes, el trámite de adopción de cautelares seguramente podía haberse evitado, ya que esta Comisión conoció oficialmente los planes de lanzamiento de servicios minoristas de TESAU a finales de enero de 2008 y extraoficialmente pudo conocerlos bastante antes. Era también perfectamente conocedora de las pruebas piloto que TESAU estaba realizando desde mediados del 2007, y de la experiencia precomercial que TESAU comunicó el 3 de marzo de 2008. Teniendo en cuenta, además, que el nuevo Reglamento de mercados de la CE es de 17

de diciembre de 2007, hubiera sido posible y aconsejable iniciar el proceso de revisión de los mercados a comienzos de año, por ejemplo justo después de concluir los Principios y líneas maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación, con lo que podríamos estar ahora finalizándolo y pudiendo ofrecer al mercado una mayor certidumbre regulatoria.

Por ello no puedo estar de acuerdo con las razones que se dan en la resolución objeto de este voto particular para desestimar las alegaciones al respecto.

2. Sobre el efecto en el mercado del lanzamiento por TESAU de servicios minoristas sobre redes de banda muy ancha y sus probables consecuencias

En las Líneas Maestras se reconocía que el despliegue por parte de TESAU de nuevas redes de acceso puede producir efectos negativos en el marco competitivo, ya que *“pudiera llevar aparejado un riesgo de expulsión del mercado de una parte significativa de los competidores existentes”*. Y en la cautelar de 8 de mayo se insistía en que el despliegue por parte de TESAU de su *“nueva red de acceso, sustitutiva de la de cobre, puede producir efectos en el mercado de provisión mayorista de accesos desagregados y, consecuentemente, en el mercado minorista de banda ancha, en la medida en que el producto regulado ... resultaría inadecuado para que los operadores alternativos pudieran hacer frente a las ofertas que TESAU esté en condiciones de comercializar en el mercado final sobre sus nuevos bucles.”* En la propia resolución objeto de este voto, se considera que *“el hecho de que los operadores alternativos tengan la posibilidad de prestar servicios minoristas basados en las nuevas redes de continua referencia es imperativa¹ ya que ... la provisión de servicios minoristas de forma independiente es esencial para mantener la presión competitiva sobre el operador tradicional en el nivel minorista.”* En el mismo sentido, en las Líneas Maestras se señalaba ya que *“es esencial que la competencia alternativa y cada vez mayor que vienen forjando los operadores que contratan los servicios mayoristas del acceso al bucle desagregado del incumbente no se vea obstaculizada de forma abrupta por el despliegue de las nuevas tecnologías de fibra, tanto en sus modalidades híbrida/cobre como mediante la fibra hasta el hogar, permitiendo a estos agentes la necesaria continuidad competitiva en el futuro inmediato y facilitando su migración a nuevos soportes cuando la progresiva eliminación de las redes de cobre y de conmutación de circuitos hagan este proceso inevitable y necesario”*.

Por tanto, esta Comisión se ha manifestado en repetidas ocasiones sobre la importancia que tiene el hecho de que otros operadores alternativos puedan prestar servicios minoristas sobre las nuevas redes en competencia efectiva con TESAU, y siendo eso así, quien esto suscribe no puede entender cómo se puede ahora considerar que sólo con las obligaciones que mantiene la Resolución objeto de este voto queda suficientemente garantizada, en plazos de tiempo adecuados, la continuidad competitiva de los operadores alternativos que utilizan actualmente la desagregación del bucle. Máxime teniendo en cuenta que, en el mejor de los casos, estos operadores tardarán bastante más de lo que ha tardado TESAU, que conocía y controlaba sus propias infraestructuras, en desplegar su fibra y en poner a punto su oferta minorista. Es decir, cuando previsiblemente durante bastante más de un año lo más probable es que sea físicamente imposible que los operadores alternativos repliquen la oferta minorista de TESAU, y

¹ Énfasis añadido

mucho menos en toda su amplitud. Tampoco puedo entender, conociendo por referencias la magnitud de los despliegues ya realizados por TESAU y sus compras de fibra para los próximos dos años² (a razón de 500.000 Km anuales), que se diga que esta continuidad competitiva queda suficientemente garantizada *“en plazos de tiempo adecuados ... habida cuenta del alcance aún limitado a ciertas centrales que la comercialización prevista tendrá en las primeras fases de su lanzamiento,”* sin que a este Vicepresidente le conste que la CMT haya hecho estimación alguna sobre los plazos que previsiblemente necesitarán los operadores alternativos hasta poner en el mercado sus propias ofertas minoristas y la haya contrastado con la demanda que TESAU puede cubrir anticipadamente en este período.

Por ello, quien esto suscribe no puede compartir la evaluación somera y limitada que se hace en la Resolución de referencia del efecto anticompetitivo que puede tener el próximo lanzamiento de nuevos servicios minoristas por parte de TESAU, mientras los operadores alternativos permanecen, forzosamente y durante un prolongado período, sin capacidad de réplica. Y eso suponiendo que tenga sentido económico para ellos embarcarse en un proceso de duplicación de buena parte de la red de TESAU a varios años vista, y que lo hagan, un aspecto que trato a continuación.

3. El acceso a las infraestructuras de obra civil como condición necesaria aunque no suficiente

Tanto en el apartado Segundo de los Fundamentos jurídicos materiales, donde se argumenta el cumplimiento de los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar, como en el resto de la Resolución objeto de este voto, se hace una prolija defensa de la necesidad de compartir las infraestructuras de obra civil de TESAU para eliminar así una de las mayores barreras al despliegue de redes nueva generación, y hacer posible una mayor competencia. Quien esto suscribe no tiene ninguna duda de lo acertado de esta medida como condición necesaria para alcanzar los objetivos pretendidos, pero sí tiene muchas dudas de que esta medida, por si sola, vaya a ser suficiente.

Tanto en las Líneas Maestras como en la cautelar, y también ahora en la resolución de este recurso, subyace la premisa no explicitada de que la simple compartición de las infraestructuras de obra civil ha de bastar para que se materialicen inversiones eficientes en varias redes de nueva generación, por lo menos en determinados ámbitos geográficos significativos. Y sin embargo, a quien esto suscribe no le consta que esta premisa esté basada en modelo, cálculo o estudio económico alguno. Más bien, todos los modelos económicos que ha visto y compartido con otros miembros del Consejo de la CMT, y varias opiniones de operadores candidatos a invertir, igualmente compartidas, parecen indicar que tal premisa no es tan obvia como se supone.

La notable cobertura alcanzada por los operadores de cable que han desplegado sus propias infraestructuras de obra civil, lejos de desmentir estas dudas, probablemente las refuerce, por cuanto la rentabilidad esperada de las inversiones en nuevas redes depende en gran manera de las cuotas de mercado alcanzables en relación a la cobertura desplegada, y, a mayor número de redes en competencia, forzosamente menor ha de ser

² Telefónica arranca la fase II del NGN: contrata fibra para toda España, Vanessa Sanchidrián, Negocio y estilo de vida, 23 de julio de 2008.

la cuota de mercado esperada de cada operador, hasta el punto de poner en cuestión la rentabilidad a largo plazo de estas inversiones.

Por las razones apuntadas, este Vicepresidente piensa que no puede descartarse que la correcta aplicación de la doctrina mantenida por esta Comisión según la cual *“la competencia debe promoverse en el nivel jerárquico más bajo de la red en el que probablemente pueda ser efectiva y sostenible,³ procurando siempre mantener el nivel de competencia en infraestructuras alcanzado e incentivar su profundización”*, lleve a tener que combinar la competencia entre unas pocas infraestructuras físicas de red del nivel más inferior con la competencia en servicios de múltiples operadores a otros niveles más altos de la red, y, concretamente, a que la teoría de la “escalera de inversión” haya que aplicarla también a las nuevas redes.

Si ello fuera así, no tendría mucho sentido obligar a todos los operadores alternativos a invertir en su propia red de fibra so pena de ser expulsados del mercado, ya que el resultado bien podría ser el contrario del deseado. En consecuencia, quien esto suscribe considera un error no haber sustituido el bucle virtual FTTH/GPON por otra obligación, tal y como se argumenta a continuación

4. La obligación de bucle virtual FTTH/GPON y el servicio mayorista MIBA

Ante las alegaciones de TESAU acerca de la imposibilidad material de prestar el servicio mayorista denominado bucle virtual FTTH/GPON en las medidas cautelares de 8 de mayo, y atendiendo al carácter subsidiario de esta obligación en relación a la de compartición de infraestructuras y a la reciente comunicación de TESAU de la pronta disponibilidad de un servicio mayorista de compartición, esta CMT ha considerado oportuno suprimir la obligación de prestación de bucle virtual a los operadores alternativos.

Quien esto suscribe ya se manifestó en su momento acerca de la inviabilidad de la obligación de bucle virtual en los plazos estipulados en la resolución cautelar. Pero no por ello considera que haya que descartar esta solución a futuro. Sin ir más lejos, Ofcom está coordinando un grupo de trabajo entre BT y los demás operadores para especificar lo que ellos llaman un servicio mayorista de Active Line Access (ALA), que no es más que una materialización de la misma idea que subyace en el bucle virtual FTTH/GPON, ya que incorpora también funcionalidades multicast. Por tanto, es de prever que en un futuro relativamente próximo sea un servicio mayorista experimentado y susceptible de ser utilizado como herramienta regulatoria.

Independientemente de eso, y como ya he indicado, no comparto la idea de que basta con la obligación de compartición de infraestructuras para evitar los problemas anticompetitivos comentados anteriormente y tampoco que la reciente oferta mayorista de TESAU al respecto haga innecesaria cualquier tipo de obligación de acceso indirecto sobre fibra. Muy al contrario, creo que la solución más adecuada hubiera sido sustituir la obligación de bucle virtual FTTH/GPON por la de proporcionar el servicio mayorista MIBA (Mayorista de Acceso Indirecto para Banda Ancha) que TESAU comunicó a esta CMT con fecha 14 de marzo de 2008, y con fecha prevista de comercialización a partir del 30 de junio.

³ Énfasis añadido.

20
21

Se trata de un servicio mayorista de acceso indirecto adaptado a la prestación de servicios finales sobre nuevos accesos FTTH/GPON, similar al Ethernet Generic Access (EGA) de Openreach pero con transporte y agregación mediante una red IP/MPLS añadidos, en dos ámbitos geográficos: nacional (Madrid, Barcelona) y regional (por definir); diseñado, según TESAU, con perspectiva de evolución para incorporar progresivamente las nuevas funcionalidades que permiten las redes de nueva generación. Inicialmente permite prestar servicios de acceso a internet y de VoIP sobre una misma conexión fibra óptica.

Este servicio mayorista de TESAU, impuesto como obligación sujeta, por ejemplo, a precios razonables o regulados, no-discriminación y transparencia, y condicionando el lanzamiento de los servicios minoristas de TESAU a su efectiva disponibilidad, si hubiera colocado, entiendo, a los operadores alternativos en una situación de continuidad competitiva casi total ya que les hubiera permitido emular los paquetes duo que son hoy por hoy los más populares del mercado. Y hacerlo desde el primer momento del lanzamiento minorista de TESAU, mientras iban planificando y abordando sus despliegues a medida que se iba demostrando efectiva la obligación de compartición de infraestructuras.

En cambio, quien esto suscribe, cree que haber condicionado la comercialización minorista de TESAU al efectivo cumplimiento de los plazos señalados en su escrito de 28 de julio no tendrá los efectos positivos que si hubiera tenido haberla condicionado al MIBA por las razones que se exponen a continuación.

5. La oferta de compartición de infraestructuras de TESAU

Como ya se ha señalado, dos días antes de que el Consejo de la CMT adoptara a decisión a la que responde este voto particular, TESAU comunicó a la CMT las actividades, tareas e implementaciones realizadas hasta aquella fecha en ejecución de la medida cautelar impuesta. En dicha comunicación, TESAU indica que el servicio mayorista de compartición de infraestructuras estará disponible en dos fases. En la primera de estas fases, que durará desde el 16 de septiembre hasta el segundo trimestre de 2009, todos los procedimientos internos de Telefónica se harán manualmente. A mediados del 2009 el sistema habrá de funcionar ya a pleno rendimiento.

El poco tiempo de que hemos dispuesto para analizar este servicio no permite evaluarlo para ver si cumple los mínimos requisitos exigibles (ni siquiera incorpora un contrato tipo para la compartición), incluso en sede cautelar, por lo que no haremos más que un comentario muy general. Baste con señalar que si TESAU cumple con el compromiso de poner a disposición de los operadores alternativos un sistema de consulta sobre la disponibilidad de espacio en los conductos (sin garantía de que la información sea correcta) y un sistema de recepción de solicitudes de compartición de infraestructuras, antes de su lanzamiento minorista, habrá cumplido con la condición impuesta en la resolución objeto de este voto, sin que, a nuestro juicio, ello necesariamente implique la verdadera disponibilidad efectiva del servicio mayorista. Ante la indefinición de muchos aspectos en la propuesta de TESAU, no es creíble ni lógica, caso de que se demuestren poco efectivos o poco viables los procedimientos de compartición, la suspensión de la comercialización minorista de TESAU por esta sola razón, ni seguramente tampoco sería viable la imposición de sanciones, caso de que esta

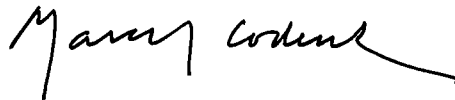
Comisión advirtiera un comportamiento obstruccionista por parte de TESAU, durante el período cautelar.

Por ello, y sin perjuicio de variar esta opinión como resultado de un mejor análisis, quien esto suscribe opina que la condición impuesta a TESAU para el lanzamiento minorista comercial es poco exigente y poco incentivadora para TESAU.

6. Sobre la titularidad de las infraestructuras de obra civil

Alega Euskaltel que debiera exigirse a TESAU un título jurídico válido que acredite la titularidad de la infraestructura de obra civil como condición previa a la instrumentalización del acceso. A lo cual esta Comisión le responde que la obligación impuesta a TESAU incluye en principio toda la infraestructura en posesión de TESAU, o que pueda ser usada por TESAU, sin entrar a pronunciarse sobre la titularidad real de estas infraestructuras.

Sin embargo, olvida la resolución que en el modelo de contrato que TESAU ha propuesto para la prestación del Servicio de Información de Conductos (SICO), el único especificado en su comunicación, TESAU se declara titular de todas las infraestructuras que ofrece y posiblemente el reconocimiento de esta propiedad sea requisito para la firma de los correspondientes contratos, extremo que quien esto suscribe desaprobaría si esa fuera la circunstancia.



Firmado
Marcel Coderch Collell