



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 26.1.2018
C(2018) 582 final

Comisión Nacional de los Mercados
y la Competencia (CNMC)
Bolivia 56
08018 Barcelona
España

A la atención de
D. José María Marín Quemada
Presidente

Muy señor mío:

**Asunto: Decisión de la Comisión relativa al asunto ES/2017/2047:
metodología del test de replicabilidad económica (ERT) para los
productos mayoristas fijos de Telefónica dirigidos a la prestación de
servicios minoristas a clientes residenciales en España**

**Observaciones con arreglo al artículo 7, apartado 3, de la Directiva
2002/21/CE**

1. PROCEDIMIENTO

El 29 de diciembre de 2017, la Comisión registró una notificación de la autoridad nacional de reglamentación española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)¹, relativa a la metodología del test de replicabilidad económica (ERT) aplicable a los productos de acceso local² y central³ al por mayor de Telefónica (dirigidos a la prestación de servicios minoristas a clientes residenciales) facilitados en una ubicación fija en España.

¹ En virtud del artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 33), modificada por la Directiva 2009/140/CE (DO L 337 de 18.12.2009, p. 37) y el Reglamento (CE) n.º 544/2009 (DO L 167 de 29.6.2009, p. 12).

² Correspondiente al mercado 3a de la Recomendación 2014/710/UE de la Comisión, de 9 de octubre de 2014, 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 Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Recomendación sobre mercados pertinentes) (DO L 295 de 11.10.2014, p. 79).

³ Correspondiente al mercado 3b de la Recomendación sobre mercados pertinentes.

La consulta nacional⁴ se celebró entre el 28 de abril y el 8 de junio de 2017.

El 10 de enero de 2018 se envió a la CMNC una solicitud de información⁵, recibándose respuesta el 16 del mismo mes.

Con arreglo al artículo 7, apartado 3, de la Directiva marco, las autoridades nacionales de reglamentación (ANR), el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Comisión pueden presentar a la ANR interesada observaciones sobre el proyecto de medidas notificado.

2. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE MEDIDA

2.1. Antecedentes

2.1.1. Acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija (mercado 3a)

La última revisión completa del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija en España fue notificada a la Comisión y evaluada por esta en el asunto ES/2015/1818⁶. La CNMC incluyó las redes de acceso de fibra y de cobre en el mercado (nacional) pertinente de productos. El acceso ofrecido a través de redes de televisión por cable permaneció fuera del mercado, puesto que, según la CNMC, no ejercía una fuerte presión directa o indirecta sobre la red de acceso de fibra y cobre tradicional a nivel mayorista.

Telefónica fue designada operador con PSM y la CNMC mantuvo las obligaciones ya existentes, a saber, i) acceso⁷, ii) orientación a costes⁸ y contabilidad de costes, iii) separación de cuentas, iv) no discriminación y v) transparencia.

La CNMC impuso una obligación de acceso virtual a la red de fibra de Telefónica (el denominado «NEBA local»)⁹ en todo el territorio español, con excepción de los 66 municipios denominados UFB (de banda ancha ultrarrápida)¹⁰. El NEBA local se desarrollaría sobre la base del servicio NEBA fibra ya existente¹¹ y sus precios no estarían limitados, pero sí sujetos a un ERT¹².

⁴ De conformidad con el artículo 6 de la Directiva marco.

⁵ De conformidad con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva marco.

⁶ C(2015) 9722.

⁷ En particular, la CNMC mantuvo las obligaciones impuestas a Telefónica a nivel nacional en lo relativo al acceso al bucle local desagregado (LLU) de cobre y a la infraestructura pasiva. La obligación incluía también el procedimiento aplicable cuando se clausurase un repartidor principal (MDF).

⁸ Las tarifas de acceso a los servicios al por mayor de Telefónica basados en el cobre están orientadas a costes y también deben superar un test de replicabilidad económica (ERT).

⁹ El NEBA local tiene un punto de acceso (PoH) local y se desarrolla sobre la base del servicio NEBA fibra ya existente, impuesto en el mercado 3b.

¹⁰ Con el fin de evaluar el nivel global de competencia en los mercados de banda ancha, la CNMC valoró dos criterios: a) el nivel de competencia a nivel minorista, y b) el desarrollo previsible del acceso de nueva generación (NGA). En lo que se refiere al criterio de la competencia minorista, una zona MDF se declara competitiva (forma parte de la «zona 1») en caso de que se cumplan los dos criterios

La Comisión pidió a la CNMC que vigilase de cerca la situación del mercado y garantizase que el enfoque basado en los MDF de los UFB refleja adecuadamente el nivel de competencia del correspondiente municipio UFB a lo largo del tiempo.

En el asunto ES/2016/1951¹³, la CNMC notificó los detalles de la oferta de referencia para el NEBA local presentada por Telefónica¹⁴. El NEBA local iba a ofrecerse con un número limitado de perfiles, empezando inicialmente con un perfil que contuviera el ancho de banda más elevado (300 Mb/s)¹⁵, en las condiciones especificadas en la oferta de referencia y a precios compatibles con el ERT. La Comisión no formuló observaciones sobre la medida propuesta.

2.1.2. Acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas en la zona 1 y en la zona 2 (mercado 3b))

La última revisión completa del mercado de acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas en España fue notificada a la Comisión y evaluada por esta en relación con el asunto ES/2015/1819¹⁶. La CNMC incluyó en el mercado los servicios al por mayor basados en cobre, fibra, cable y LLU. Además, identificó dos mercados subnacionales (zona 1 y zona 2) sobre la base de los criterios aplicados para evaluar la competencia a nivel minorista¹⁷. El mercado incluía únicamente el acceso a los servicios de acceso indirecto para clientes residenciales, quedando excluido el acceso a los servicios de acceso indirecto para clientes no residenciales.

siguientes: i) presencia de al menos dos operadores alternativos que operan bien mediante su propia infraestructura, bien mediante acceso LLU, con una cuota de mercado de al menos el 10 %, y ii) la cuota de mercado de Telefónica en la misma zona es inferior al 50 %. Todos los demás MDF estarán situados en la «zona 2». En lo que se refiere al criterio del despliegue prospectivo del NGA, se considera que existe en una zona MDF si: i) están desplegadas al menos tres redes NGA (FTTH o HFC), y ii) cada una de las redes NGA tiene una cobertura de al menos el 20 %. Cuando un MDF cumple todos los criterios anteriores (competencia minorista y despliegue del NGA), se considera un MDF de banda ancha ultrarrápida y los municipios que contengan al menos uno de estos MDF se consideran municipios UFB.

¹¹ El servicio NEBA es un producto de tipo acceso indirecto impuesto en el antiguo mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

¹² La CNMC iba a notificar los parámetros precisos del ERT a la Comisión en una medida separada (a saber, la que es objeto de la presente Decisión).

¹³ C(2016)8877.

¹⁴ Según notificación de 2015 de la CNMC, el NEBA local debería haber estado disponible en un plazo de 18 meses tras la decisión de revisión del mercado, es decir, a mediados de 2017.

¹⁵ El NEBA local se basará inicialmente en un perfil único que ofrecerá tres clases de tráfico simétricas (calidades «máximo esfuerzo», «oro», y «tiempo real») y las correspondientes capacidades simétricas (300 Mb/s, 50 Mb/s y 2 Mb/s, respectivamente). El ancho de banda máximo se basa en las actuales ofertas de Telefónica en el mercado.

¹⁶ C(2015) 9722.

¹⁷ Véase la nota 10.

En el mercado 3b (zona 1) se produjo una fuerte competencia basada en las infraestructuras debido al uso eficiente de los productos mayoristas disponibles en el mercado 3a. La CNMC no encontró ningún operador con PSM y propuso, en consecuencia, desregular el mercado. En el mercado 3b (zona 2) no hubo un despliegue significativo de infraestructuras alternativas. Telefónica fue designada operador con PSM en este submercado y la CNMC propuso mantener las obligaciones ya existentes, es decir, i) acceso, ii) orientación a costes¹⁸ y contabilidad de costes, iii) separación de cuentas, iv) no discriminación y v) transparencia.

La CNMC mantuvo, para cada uno de los MDF pertenecientes a la zona 2, la obligación de facilitar el acceso al servicio NEBA de cobre. Por lo que respecta a la fibra, la CNMC mantuvo la obligación de facilitar el acceso al servicio NEBA fibra, con excepción de los MDF situados en municipios UFB. Se eliminó el límite de velocidad previo de 30 Mbps.

En el asunto ES/2016/1952¹⁹, la CNMC revisó los precios del elemento basado en la capacidad²⁰ del producto NEBA para el período regulador que llega hasta 2019. Este elemento basado en la capacidad es común a los productos de acceso de fibra y cobre, por lo cual sigue sujeto a la orientación a costes (basada en un modelo de costes BU-LRIC+). La Comisión no formuló observaciones sobre la medida propuesta.

2.2. Obligaciones reglamentarias

El actual proyecto de medida establece los parámetros clave del ERT que aplicará la CNMC a los productos minoristas residenciales²¹ más importantes de banda ancha ultrarrápida de Telefónica,. El objetivo es supervisar los precios que Telefónica tiene previsto imponer a los operadores alternativos por la prestación de servicios de acceso al por mayor regulados a su red FTTH. Estos servicios de acceso mayorista (y la correspondiente obligación de control de precios sobre la base del ERT) fueron introducidos como medidas correctoras por la CNMC en la última revisión de los mercados 3a y 3b, según lo descrito anteriormente.

¹⁸ Por lo que respecta a la fibra, la equivalencia de insumos y un test de replicabilidad económica y técnica sustituyeron al anterior enfoque de orientación a costes. En el caso del cobre, los precios del acceso permanecieron orientados a costes y también debían superar un ERT.

¹⁹ C(2016)8877.

²⁰ Las conexiones NEBA se tarifican sobre la base de una cuota fija mensual por acceso, más una cuota mensual por capacidad en el PoH, más cuotas puntuales (activación, cancelación, etc.) y precios de los enlaces físicos en el PoH.

²¹ En la respuesta a la solicitud de información, la CNMC informó a la Comisión de que espera notificar los detalles del ERT para servicios minoristas destinados a clientes no residenciales durante el primer trimestre de 2018.

Aunque el ERT se orienta básicamente al servicio NEBA local al por mayor (producto de tipo VULA), el test deberá desempeñar también un papel importante a la hora de determinar el precio del servicio NEBA fibra (producto de acceso indirecto de fibra)²².

El precio resultante del ERT fijará un límite superior de la cuota mensual de acceso que puede aplicar Telefónica a sus productos de acceso mayorista, pero esta será libre de especificar la estructura de precios exacta de componentes adicionales tales como las cuotas únicas aplicables a la migración entre servicios, la cancelación, etc.

El nuevo ERT de la CNMC introduce varias simplificaciones y modificaciones con respecto al ERT de 2007 utilizado actualmente. Se define con las siguientes características, que son coherentes en líneas generales con las disposiciones de la Recomendación de la Comisión de 2013 sobre la no discriminación y las metodologías de costes²³:

- i) En contraste con la metodología actual, el ERT no se aplicará a todo el catálogo de productos minoristas de Telefónica, sino solo a seis productos emblemáticos de fibra indicados por la CNMC. El regulador podrá modificar la lista de productos emblemáticos cada seis meses, con arreglo a criterios predefinidos²⁴.
- ii) El ERT aplicará un modelo dinámico para determinar la replicabilidad de cada uno de los productos emblemáticos. La evaluación se basa en un sistema de valor actual neto que tiene en cuenta los ingresos y los costes que genera el operador hipotético para un determinado producto emblemático durante la «vida media del cliente» (cinco años).
- iii) Los ingresos y los costes del operador se modelizan mediante el estándar del operador igualmente eficiente (EEO), lo que significa que las economías de escala y la estructura global de costes teóricas del operador se considerarán comparables a las de Telefónica. Los costes se modelizarán utilizando un BU-LRIC estándar.

²² La intención de la CNMC es mantener una relación coherente entre los precios al por mayor de los dos tipos de servicios de fibra, dado que comparten una parte importante de la infraestructura subyacente de Telefónica. El servicio NEBA fibra puede dividirse en dos componentes separados, cada uno con su propio precio: en primer lugar, el acceso a la red, que abarca la conexión entre el usuario final y la central de cabecera (MPoP) y, en segundo lugar, la capacidad, que incluye todas las transmisiones entre el MPoP y el punto de acceso indirecto. En tanto que el precio de la capacidad NEBA fibra seguirá fijándose sobre la base de la orientación a costes, el precio del acceso a la red para NEBA fibra no podrá ser superior a la cuota mensual máxima del NEBA local, que se determina de conformidad con el ERT.

²³ Recomendación de la Comisión relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha - C(2013) 5761.

²⁴ Los productos emblemáticos son: i) paquetes minoristas de Telefónica con el mayor número de abonos de clientes finales (que alcanzan el umbral acumulado del 80 % de la base de clientes de banda ancha de Telefónica), ii) productos que migran clientes de un producto incluido en el primer criterio a otro producto con mejores servicios, o iii) otros productos cuya inclusión en la lista de productos emblemáticos se justifica por su carácter representativo o excepcional.

- iv) Se tendrá asimismo en cuenta en el ERT la media de las promociones ofrecidas por Telefónica a sus clientes minoristas durante los doce meses anteriores, para cada uno de los productos emblemáticos indicados.
- v) Los descuentos por volumen que Telefónica podría incluir en la oferta de referencia NEBA local o NEBA fibra (que sean transparentes y estén a disposición de cualquier tercero) también se tomarán en consideración en el ERT. Por otra parte, la CNMC explicita la posibilidad de abrir un procedimiento separado a fin de evaluar si los precios pactados entre Telefónica y los solicitantes de acceso en los acuerdos comerciales (es decir, los que no se celebran conforme a las condiciones de la oferta de referencia obligatoria de Telefónica) respetan la obligación vigente de no discriminación²⁵.

La cuota mensual de acceso fijada por Telefónica con arreglo al ERT se revisará cada seis meses utilizando la información facilitada por el operador.

En caso de que las cuotas mensuales de acceso revisadas de sus productos emblemáticos existentes, resultantes de la aplicación del ERT sobre datos reales, fueran inferiores a las establecidas por Telefónica durante los seis meses anteriores (lo que significaría que el producto no habría superado el ERT), la cuota mensual de acceso para el NEBA local y el NEBA fibra disminuirá automáticamente durante el período siguiente, a fin de compensar a los solicitantes de acceso por haber pagado un precio al por mayor «demasiado elevado» de acuerdo con el ERT. En cuanto a los nuevos paquetes de servicios al por menor añadidos por Telefónica a la lista de productos emblemáticos, tendrán que superar el ERT antes de poder comercializarse.

El producto NEBA local está operativo desde el 19 de enero de 2018. Dado que en esa fecha aún no había concluido el procedimiento actual relativo al ERT, el regulador impone una cuota mensual de acceso provisional para los productos NEBA local de Telefónica fijada en el nivel de la actual cuota mensual del NEBA fibra, es decir, 19,93 EUR/mes²⁶.

²⁵ Es probable que las condiciones pactadas en acuerdos comerciales entre Telefónica y los solicitantes de acceso sean de naturaleza específica y compleja, motivo por el cual la CNMC propone no tenerlas en cuenta en el ERT, sino vigilarlas a través de un proceso independiente. En particular, Telefónica tendrá la obligación de informar a la CNMC de: i) cualquier acuerdo comercial mayorista suscrito entre Telefónica y un solicitante de acceso, y ii) el número de líneas mayoristas vendidas con arreglo al acuerdo comercial sobre una base mensual.

²⁶ En la respuesta a la solicitud de información de la Comisión no queda claro cuándo presentará Telefónica a la CNMC su propuesta sobre los precios que propone aplicar a sus servicios minoristas y mayoristas, lo que permitirá a la CNMC llevar a cabo el ERT.

El proyecto de medida notificado por la CNMC también examina el ERT que debe aplicarse a los servicios basados en el cobre prestados por Telefónica, cuyos precios siguen orientados a costes. No se alterará en lo fundamental la actual metodología del ERT, establecida en 2007, aunque se introducirán algunos ajustes para garantizar la coherencia con el ERT que se aplique a los servicios de fibra de Telefónica y reflejar la disminución de la importancia de los servicios de cobre con respecto a los productos de fibra²⁷.

3. OBSERVACIONES

La Comisión ha examinado la notificación y la información adicional facilitada por la CNMC, con respecto a las cuales expone las siguientes observaciones:

Necesidad de garantizar la no discriminación efectiva en el contexto de los acuerdos comerciales entre Telefónica y los solicitantes de acceso

La CNMC considera que la existencia de ofertas reguladas no excluye la posibilidad de que Telefónica celebre acuerdos comerciales voluntarios con solicitantes de acceso. Esto podría significar el suministro de acceso con productos mayoristas similares al NEBA local o al NEBA fibra en condiciones que podrían diferir de la oferta de referencia regulada de Telefónica. La Comisión se congratula del planteamiento flexible de la CNMC por lo que respecta a los acuerdos comerciales voluntarios, ya que estos ofrecen la posibilidad de adaptar los servicios al por mayor a las necesidades específicas de los solicitantes de acceso, como complemento de las ofertas reguladas. Por ejemplo, podrían comportar la prestación de los servicios de acceso en diferentes regiones geográficas, el suministro de acceso mayorista mediante fibra o hilo de cobre, un número diferente de líneas, características técnicas especiales del servicio, una diferente estructura de precios, etc.

La ley obliga a Telefónica a notificar sistemáticamente a la CNMC cualquier acuerdo comercial mayorista que implique productos de NEBA local o NEBA fibra, pero no se requiere que el regulador apruebe tales acuerdos.

Dada la complejidad potencial de estas operaciones y su carácter confidencial (solo la CNMC recibe los pormenores de los acuerdos), la CNMC llega a la conclusión de que los precios pactados en acuerdos voluntarios firmados por Telefónica en relación con sus servicios NEBA no deben contabilizarse en el ERT.

En el proyecto de medidas notificado, la CNMC señala que se reserva el derecho de revisar estos acuerdos e intervenir si llega a la conclusión de que las condiciones no se ajustan a los objetivos de la regulación *ex ante* de los productos NEBA de Telefónica, en particular por lo que respecta a la no discriminación de los solicitantes de acceso. Si se deduce de los análisis que un acuerdo es discriminatorio para otros solicitantes de acceso, la CNMC estaría facultada para intervenir.

²⁷ Por ejemplo, el ERT para servicios de cobre adoptará también el modelo del producto emblemático.

Ante esta situación, aun cuando la Comisión aprueba la posibilidad de que Telefónica firme acuerdos comerciales con solicitantes de acceso, desearía reiterar la necesidad de hacer un seguimiento de dichos acuerdos para garantizar que no impongan condiciones que puedan afectar negativamente a la competencia. Por lo que respecta a ese seguimiento, la Comisión observa que, habida cuenta de su carácter confidencial, la CNMC no debe apoyarse exclusivamente en las reclamaciones de terceros para detectar posibles problemas en los acuerdos comerciales. La Comisión urge más bien a la CNMC a examinar atentamente cualquier acuerdo comercial relacionado con productos NEBA de Telefónica, a fin de garantizar que el operador con PSM respeta realmente la obligación de no discriminación. En particular, la Comisión destaca la importancia de que todos los solicitantes de acceso tengan la posibilidad de beneficiarse de las mismas condiciones no discriminatorias (incluidos los descuentos por volumen) en acuerdos comparables con Telefónica. La CNMC debe asegurarse, en particular, de que no se utilicen los acuerdos comerciales de manera estratégica en beneficio de un solicitante de acceso concreto, con el posible objetivo de evitar la competencia de otros solicitantes de acceso.

Duración de los precios provisionales del NEBA local y del NEBA fibra

La Comisión observa que Telefónica no ha presentado aún a la CNMC los precios que propone aplicar a sus productos emblemáticos de fibra y servicios al por mayor, cifras necesarias para llevar a cabo el nuevo ERT.

Por este motivo, la CNMC propone establecer un precio mensual de acceso provisional para el NEBA local, disponible en el mercado a partir del 19 de enero de 2018, que se fija en el nivel de la actual cuota mensual del NEBA fibra, es decir, 19,93 EUR/mes.

La Comisión toma nota de las razones que alega la CNMC para introducir un precio transitorio en relación con el servicio NEBA local recién iniciado. No obstante, reitera la necesidad de pasar lo antes posible al ERT que acaba de establecer, pues se espera dé lugar a precios más adecuados para el NEBA local y el NEBA fibra.

En este contexto, la Comisión invita a la CNMC a velar por que Telefónica presente su propuesta de precios al por mayor en un plazo razonable una vez finalizado el modelo del ERT. De este modo se garantizará que, una vez actualizados los insumos al por mayor y al por menor en el modelo, los precios actuales basados en un modelo obsoleto puedan ser efectivamente sustituidos cuanto antes por precios que cabe esperar se ajusten al nuevo régimen del ERT.

De conformidad con el artículo 7, apartado 7, de la Directiva marco, la CNMC deberá tener en cuenta en la mayor medida posible las observaciones de otras ANR, del ORECE y de la Comisión y podrá adoptar el proyecto de medidas resultante, en cuyo caso lo comunicará a la Comisión.

La posición de la Comisión sobre esta notificación concreta debe entenderse sin perjuicio de la posición que eventualmente pueda adoptar con respecto a otros proyectos de medidas notificados.

De acuerdo con el punto 15 de la Recomendación 2008/850/CE²⁸, la Comisión publicará el presente documento en su sitio web. La Comisión no considera que la información contenida en él sea confidencial. Se le invita a informar a la Comisión²⁹, en el plazo de tres días hábiles a partir de la recepción de la presente, de si considera que, de conformidad con la normativa nacional y de la UE sobre el secreto comercial, el presente documento contiene información confidencial que desea sea suprimida antes de su publicación³⁰. Deberá motivar tal solicitud.

Atentamente,

Por la Comisión,
Roberto Viola
Director General



²⁸ Recomendación 2008/850/CE de la Comisión, de 15 de octubre de 2008, sobre las notificaciones, los plazos y las consultas previstos en el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 301 de 12.11.2008, p. 23).

²⁹ La solicitud deberá enviarse por correo electrónico a la dirección CNECT-ARTICLE7@ec.europa.eu o por fax al número +32 2 298 87 82.

³⁰ La Comisión podrá dar a conocer el resultado de su evaluación antes de que finalice este plazo de tres días.