

ACUERDO POR EL QUE SE CONTESTA A LA CONSULTA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN SOBRE LA POSIBILIDAD DE FIJAR TARIFAS Y CONDICIONES DISTINTAS DE LAS REGULADAS PARA LOS SERVICIOS MAYORISTAS PRESTADOS DENTRO DE UN PROGRAMA DE AYUDAS AL DESPLIEGUE DE REDES DE BANDA ANCHA POR UN OPERADOR CON PSM

CNS/DTSA/027/16/TARIFAS Y CONDICIONES DEL PROGRAMA DE AYUDAS DE ARAGÓN

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 24 de noviembre de 2016

Vista la consulta presentada por el Gobierno de Aragón en relación con la posibilidad de aplicar tarifas y condiciones de acceso mayoristas distintas de las reguladas a su programa de ayudas “Proyecto de Banda Ancha de Nueva Generación”, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

1.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el año 2013, la Consejería de Industria e Innovación del Gobierno de Aragón solicitó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) informe sobre un proyecto de ayudas al despliegue de una red de alta velocidad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón y la prestación de servicios de acceso de banda ancha a Internet a centros educativos por parte de un operador privado.

En ese proyecto se preveía que el adjudicatario se responsabilizaría del despliegue, explotación, mantenimiento y comercialización de una red de

banda ancha de acceso y transporte, ofreciendo sus servicios como operador mayorista para permitir a otros operadores la prestación a nivel minorista de servicios de banda ancha a velocidades superiores a 30 Mbps¹. La red se desplegaría, al menos, en 295 entidades de población de la comunidad autónoma aragonesa que se consideraban zonas con infraestructuras inadecuadas o inexistentes, lo que hacía que no fueran zonas comercialmente atractivas ni rentables para los operadores privados.

SEGUNDO.- Con fecha 6 de febrero de 2014, en contestación a la solicitud anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC emitió su *“Informe al Gobierno de Aragón relativo al proyecto de despliegue de una red de acceso y transporte de alta capacidad y la prestación de servicios de acceso de banda ancha a internet a centros educativos”*².

TERCERO.- Con fecha 26 de diciembre de 2013, por Orden del Consejero de Industria e Innovación del Gobierno de Aragón³, se ordenó la apertura del procedimiento de diálogo competitivo para la adjudicación de un *“Contrato de colaboración público privada para el despliegue, explotación, mantenimiento y comercialización de una red de acceso y transporte de comunicaciones electrónicas con carácter de operador mayorista para permitir a operadores minoristas la prestación de servicios de banda ancha superior a 30 Mbps en las zonas de Aragón objeto de actuación, y la prestación de servicios de conexión de banda ancha a Internet de 50 Mbps como operador minorista en determinados centro educativos de la comunidad autónoma de Aragón”*, bajo la denominación de “Proyecto Banda Ancha de Nueva Generación”.

CUARTO.- Mediante carta de 14 de diciembre de 2014, los servicios de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea comunicaron que consideraban que *“la medida en cuestión es conforme al artículo 52 del RGEC relativo a las infraestructuras de banda ancha y, por tanto, está exenta de la obligación de notificación establecida en el artículo 108, apartado 3, del TFUE”*⁴.

QUINTO.- En relación con el programa de ayudas del Gobierno de Aragón de continua referencia, con fecha 22 de enero de 2015, esta Sala aprobó un informe sobre el plan de precios de Aragonesa de Servicios Telemáticos (AST), entidad dependiente del Gobierno de Aragón, para los servicios de alojamiento a operadores mayoristas de banda ancha de nueva generación.

¹ Mediante Orden de 4 de noviembre de 2014 del Consejero de Industria e Innovación por la que se aprueba la modificación del documento descriptivo final del contrato de colaboración público privada “Proyecto de Banda Ancha de Nueva Generación”, se modificó el requisito de exigir velocidades superiores a 30 Mbps por velocidades *“de al menos 30 Mbps”*.

² MTZ 2013/2031.

³ BOE de 4 de febrero de 2014.

⁴ SA.40104 (2014/PN) - Proyecto de Banda Ancha de Nueva Generación en Aragón - Aplicabilidad del Artículo 52 del Reglamento General de Exención por Categorías 651/2014 (RGEC).

AST iba a poner sus torres de comunicación situadas en más de 80 emplazamientos por todo Aragón a disposición del operador que resultase adjudicatario del Proyecto Banda Ancha de Nueva Generación y deseaba conocer si los precios que proponía aplicar afectarían de forma significativa a la competencia en el marco de ese programa.

Esta Sala concluyó que “sobre la base de la información aportada a este expediente, este organismo no percibe que los precios de AST considerados en su conjunto puedan afectar de forma significativa a la competencia, en la medida en que son precios de mercado superiores a los precios de la ORAC de Abertis, orientados a costes. Este impacto se verá además reducido al limitarse la aplicación de estos precios al ámbito del Proyecto descrito anteriormente”.

SEXTO.- Por Orden de 24 de febrero de 2015 del Consejero de Industria e Innovación del Gobierno de Aragón, se adjudicó el concurso mencionado en el apartado anterior al operador Telefónica de España, S.A. unipersonal (en adelante, Telefónica) por un importe total de 30.133.000 euros (IVA excluido)⁵, del que se beneficiarían un total de 348 entidades de población.

2.- OBJETO DE LA PRESENTE CONSULTA

Con fecha 22 de febrero de 2016, se recibió en la CNMC escrito del Director General de Administración Electrónica y Sociedad de la Información del Gobierno de Aragón (en adelante, Gobierno de Aragón) en el que plantea, en relación con el programa de ayudas denominado “Proyecto de Banda Ancha de Nueva Generación” la siguiente cuestión:

“¿Existe la posibilidad de que la CNMC establezca tarifas y condiciones de los servicios mayoristas, tanto activos como pasivos, contemplados en el contrato, teniendo en cuenta las características del mismo (actuación en zonas blancas de baja densidad de población, aportación económica del sector público,...) de modo que dichas tarifas y condiciones sean aplicables única y exclusivamente a las zonas y servicios incluidos en dicho contrato sin afectar a otras zonas geográficas que no son objeto del mismo?”

3.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Tal y como señala el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), la CNMC actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. Con respecto a los mercados de comunicaciones electrónicas, el apartado 3 del mismo artículo establece que,

⁵ El total con IVA fue de 36.460.930 euros.

sin perjuicio de lo dispuestos en los apartados 1 y 2, se estará a lo dispuesto en el artículo 6 de esta Ley.

El artículo 6 del citado texto legal establece que la CNMC “supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

(...) 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”.

A tal efecto, el artículo 70.2.l) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) señala que la CNMC “podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales”.

Por su parte, el apartado 1.6 del Anexo 1 (Programa Funcional) del Documento descriptivo final (en adelante, Programa Funcional), de octubre de 2014, al que se sujeta la relación entre el Gobierno de Aragón y Telefónica, establece que “los precios y condiciones que rijan los servicios mayoristas que se describen a continuación serán los regulados o aprobados por la CNMC”. Asimismo, el apartado 1.5 del citado Programa Funcional dispone que:

“siempre que no exista una oferta de referencia, los precios mayoristas y las condiciones de acceso requerirán la aprobación de la autoridad reguladora española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a solicitud de terceros operadores interesados, podrá intervenir dictando instrucciones para el efectivo cumplimiento de dicha obligación, teniendo en cuenta las condiciones de mercado y la ayuda recibida. Dicho acceso incluirá, además, la infraestructura pasiva, como conducciones, distribuidores, etc. que resulte precisa”.

En conclusión, esta Sala es el órgano competente para conocer y resolver la consulta planteada por el Gobierno de Aragón en virtud de lo previsto en los artículos 5.3 y 6, en relación con los artículos 20.1 y 21.2, de la Ley CNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

4.- CARACTERÍSTICAS Y CONDICIONES REGULADAS DEL PROYECTO ADJUDICADO

El Gobierno de Aragón acompaña al escrito en el que se plantea la consulta los siguientes documentos:

- Documento descriptivo final de octubre de 2014 del *“Contrato de colaboración público privada para el despliegue, explotación, mantenimiento y comercialización de una red de acceso y transporte de comunicaciones electrónicas con carácter de operador mayorista para permitir a operadores minoristas la prestación de servicios de banda ancha superior a 30 Mbps en las zonas de Aragón objeto de actuación, y la prestación de servicios de conexión de banda ancha a Internet de 50 Mbps como operador minorista en determinados centros educativos de la comunidad autónoma de Aragón”*, bajo la denominación de *“Proyecto Banda Ancha de Nueva Generación”* (en lo sucesivo, Documento descriptivo final), en el que se incluyen un total de doce anexos.
- Orden de 4 de noviembre de 2014 del Consejero de Industria e Innovación por la que se aprueba la modificación del documento descriptivo final del contrato de colaboración público privada *“Proyecto de Banda Ancha de Nueva Generación”*.

Según se señala en el anexo I del Documento descriptivo final, con este proyecto se pretendía promover el despliegue en Aragón de una red de acceso de nueva generación, respetando el principio de neutralidad tecnológica, a fin de llegar a determinadas zonas del territorio de esa comunidad autónoma, para poder ofrecer servicios mayoristas que permitieran ofrecer a los usuarios finales servicios de banda ancha de, al menos, 30 Mbps, siendo la demanda objetivo las empresas, los ciudadanos y las administraciones. Junto con los servicios anteriores, con la ayuda pública otorgada el adjudicatario debía prestar servicios de conexión de banda ancha a Internet de 50 Mbps como operador minorista en determinados centros educativos de la comunidad autónoma.

Las condiciones de prestación de los servicios, tanto económicas como de calidad del servicio, deben ser similares a las de los entornos urbanos donde exista pluralidad de oferta. El operador privado, además de contar con su red propia y la del Gobierno de Aragón, debía financiar la ejecución de las nuevas inversiones en infraestructuras y equipamientos adicionales que resultasen necesarias y, una vez construidas, asumir su mantenimiento y conservación durante el plazo de duración del contrato (7 años –apartado 3.4 del Documento Descriptivo Final).

De conformidad con lo dispuesto en el punto 1.4.1.2.2 *“el Gobierno de Aragón será el titular de todas las obras de nueva construcción y éstas pasarán a formar parte de las infraestructuras de Gobierno de Aragón al término”* del contrato, salvo donde expresamente se indique lo contrario.

En última instancia, 348 localidades de Aragón, con una población total de 97.371 habitantes, se incluyeron en este proyecto que, asimismo,

proporcionará conexión de internet a 50 megas en 351 centros educativos, 137 de ellos en localidades distintas a las 348 donde se desplegará la red⁶.

Objeto de la ayuda y regulación de los servicios mayoristas incluidos

De acuerdo con el Programa Funcional, Telefónica, como adjudicatario, está obligado a prestar los servicios a nivel mayorista que se especifican a continuación, sin perjuicio de que sobre la nueva red ofrezca servicios minoristas de banda ancha *“siempre y cuando realice la debida separación de cuentas entre ambos servicios y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación”* (apartado 1.1.4).

Ahora bien, según este mismo apartado, el adjudicatario no podrá ofrecer servicios minoristas a los usuarios finales hasta que no hayan transcurrido 6 meses desde la puesta a disposición efectiva de los servicios mayoristas a los minoristas en esa zona.

Así, en este apartado se prevé que:

*“De conformidad con lo indicado por la CNMC, **cualquier producto minorista debe poder ser replicable por cualquier otro operador** a través de cualquiera de los servicios mayoristas disponibles, en aplicación de los principios de neutralidad y no discriminación.*

*En cualquier caso, el operador mayorista adjudicatario no podrá actuar como minorista en una zona **hasta que no hayan transcurrido seis (6) meses** desde la puesta a disposición efectiva de los servicios mayoristas a los minoristas en esa zona.*

El operador mayorista no tendrá relación comercial ni de servicios con el usuario final. El operador mayorista solamente puede prestar sus servicios a otro operador de telecomunicaciones.

Se puede considerar operador mayorista aquel que se encarga de desplegar, explotar y mantener una red de transporte de comunicaciones electrónicas para permitir a otros operadores prestar servicios minoristas a partir de la misma. Dicha red mayorista consiste en obra civil (formada principalmente por torres, casetas, puntos de acceso a energía, canalizaciones, tendido de cables/fibra óptica, arquetas, cámaras, postes, etc.) y de equipamiento (equipos electrónicos, red satélite, red radioeléctrica o de fibra óptica) sin perjuicio de cualquier otro elemento o sistema que permita la prestación de los mismos servicios.

El operador mayorista puede actuar bien como operador de red que pone la misma a disposición de terceros operadores, o bien prestando servicio de capacidad de datos a través de la red de transporte radioeléctrica, óptica o de otro tipo, o bien alquilando la capacidad de

⁶ http://www.aragon.es/Temas/InfraestructurasTranspTerritorio/Subtemas/Infraestructuras-de-Telecomunicaciones/ci.pag_10_conectararagon.detalleTema

sus instalaciones: canalizaciones, fibra óptica oscura desplegada, etc., sin necesidad de gestionar elementos de red.

A través de la puesta a disposición de la red de transporte del operador mayorista pueden prestarse los servicios definidos en el apartado 1.6 y su mantenimiento”.

El periodo de carencia de seis meses para los servicios minoristas no aplica a los centros educativos que entran en el ámbito del programa a los que el adjudicatario prestará sus servicios minoristas desde el inicio.

En cuanto a los tipos de acceso, el Programa Funcional (apartado 1.3.1.1.6) prevé lo siguiente:

“Inicialmente, se habilitará el servicio de acceso directo en un PIR⁷ mediante la prestación de servicios de coubicación y transporte mayorista a operadores minoristas, quienes proveerán el servicio de banda ancha de nueva generación de más de 30 Mbps a los usuarios finales.

En aras a la consecución de los objetivos del proyecto, si transcurridos dos meses de la puesta en servicio del acceso directo en un PIR, no hay cursada ninguna solicitud minorista por parte de ningún operador para dar servicio a una o a varias de las localidades cubiertas por el PIR, el adjudicatario deberá proporcionar servicios mayoristas en modalidad acceso indirecto (tipo bitstream) entre las ubicaciones de los usuarios finales de dichas localidades y el punto o puntos de interconexión de operadores (PIO).

En ese caso, el adjudicatario deberá ofrecer servicios de acceso indirecto a operadores minoristas, para que estos provean servicios de banda ancha de nueva generación de más de 30 Mbps a cliente final en condiciones de mercado”.

En definitiva, el objeto de la ayuda consiste en el despliegue, explotación, mantenimiento y comercialización de una **red de transporte y acceso**, sobre la que el beneficiario de la ayuda ofrecerá sus servicios como operador mayorista para permitir a los operadores la prestación de servicios de banda ancha minoristas superiores a 30 Mbps en las zonas objeto de actuación.

En una primera fase, el operador debe llevar puntos de interconexión de la red de transporte a los núcleos de población de las zonas objetivo y a determinadas áreas de actividad empresarial⁸. En esta fase, el despliegue de la red de acceso desde el punto de interconexión de la red de transporte hasta el usuario final no será responsabilidad del adjudicatario, sino del operador

⁷ Punto de Interconexión de Red.

⁸ Lugares donde haya presencia de PYMES de cualquier tipo o sector o centros de actividad económica como polígonos industriales, centros turísticos u otros enclaves relevantes (Anexo II).

minorista que contrate sus servicios. Es decir, el operador beneficiario ofrecerá el servicio de transporte (o backhaul) sobre su red, que tendrá una capacidad suficiente para permitir que los operadores que tengan una red de acceso o vayan a desplegarla en las distintas ubicaciones puedan prestar servicios finales de 30 Mbps a los usuarios⁹.

No obstante, el Gobierno de Aragón estableció (segunda fase), en aras a la consecución de los objetivos del proyecto, que si transcurridos dos meses de la puesta en servicio de un punto de interconexión, no se había cursado ninguna solicitud de acceso por parte de algún operador minorista, el adjudicatario –a través de su red de acceso- debería ofrecer servicios mayoristas de acceso indirecto a los operadores minoristas interesados, para que estos proveyeran servicios de banda ancha de nueva generación de más de 30 Mbps al cliente final en condiciones de mercado.

Por lo que se refiere al establecimiento y modificación de los precios y condiciones de acceso, el apartado 1.5 del Programa Funcional dispone lo siguiente:

“Siempre que no exista una oferta de referencia, los precios mayoristas y las condiciones de acceso requerirán la aprobación de la autoridad reguladora española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a solicitud de terceros operadores interesados, podrá intervenir dictando instrucciones para el efectivo cumplimiento de dicha obligación, teniendo en cuenta las condiciones de mercado y la ayuda recibida. Dicho acceso incluirá, además, la infraestructura pasiva, como conducciones, distribuidores, etc. que resulte precisa”.

En esta misma línea, el apartado 1.6 del Programa Funcional determina que *“los precios y condiciones que rijan los servicios mayoristas que se describen a continuación serán los regulados o aprobados por la CNMC”.*

Por tratarse de un proyecto de ayudas, en el punto 1.7.3 del Programa Funcional se establece la obligación de que el adjudicatario publique en su página de Internet las características y evolución del despliegue así como los precios y condiciones de acceso a las que puedan acogerse el resto de los operadores en el marco del proyecto.

El plan de despliegue de red previsto en el Documento descriptivo final es el siguiente:

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
% despliegue	30%	75%	95%	100%	100%	100%	100%

⁹ Punto 1.3.1 del Programa Funcional.

5.- CONTESTACIÓN A LA CONSULTA

La cuestión planteada por el Gobierno de Aragón se refiere a si es posible que un operador con obligaciones regulatorias, entre las que se encuentra la de no discriminación, derivadas del análisis del mercado relevante en el que ha sido considerado con poder significativo de mercado (PSM), puede aplicar precios distintos de los contenidos en su oferta de referencia para servicios similares – prestados en el mismo mercado regulado-, en zonas en las que ha sido beneficiario de una ayuda pública para el despliegue de redes, que se fijen por la CNMC en aplicación de las cláusulas del contrato adjudicado.

La consulta incide en uno de los temas más sensibles a la hora de ejecutar un proyecto de ayudas cuando el adjudicatario es un operador con PSM e integrado verticalmente (con rama mayorista y minorista), como es el caso de Telefónica en el concurso adjudicado por el Gobierno de Aragón.

Las consideraciones siguientes se formulan teniendo en cuenta la normativa comunitaria y española, tanto de ayudas de estado como de regulación de comunicaciones electrónicas, y los pliegos del contrato. En particular, procede tener en consideración que la competencia en materia de ayudas de estado es exclusiva de la Comisión Europea (en adelante, CE), en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Al análisis del acervo comunitario se sumará el de las consideraciones que el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (en adelante, ORECE) ha realizado en esta materia, lo que servirá para ilustrar la posición que las Autoridades Nacionales de Reglamentación tienen a nivel europeo.

5.1.- Consideraciones a tener en cuenta de la Comisión Europea y el ORECE

El precio de los servicios de comunicaciones electrónicas que se soportan sobre las redes desplegadas en las zonas consideradas como posibles objetivos de una ayuda constituye uno de los elementos que la CE toma en consideración para declarar una ayuda compatible con el TFUE. Así las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha¹⁰ afirman que la CE evaluará *“si las condiciones de mercado generales no son adecuadas, considerando, entre otras cosas, el nivel de precios actuales de la banda ancha, el tipo de servicios ofrecidos a los usuarios finales (usuarios residenciales y empresariales) y las condiciones de aquéllos”*¹¹.

A la hora de imponer obligaciones mayoristas, en el marco de un proyecto de ayudas se debe tener en cuenta que:

¹⁰ Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2013/C 25/01) (en adelante, Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha).

¹¹ Apartado 70 a) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

*“78.g) **Acceso mayorista:** (...) Al aplicarse únicamente a los beneficiarios de ayudas estatales, esta condición [la de ofrecer acceso mayorista efectivo a la infraestructura de banda ancha] no está supeditada a ningún análisis previo de mercado con arreglo al artículo 7 de la Directiva marco¹⁰⁴. (...) En principio, las empresas subvencionadas deberán ofrecer una mayor gama de productos de acceso mayorista que los impuestos por las autoridades nacionales reguladoras en virtud del Reglamento sectorial, a los operadores que tienen un poder de mercado significativo¹⁰⁶, ya que el beneficiario de la ayuda no solo utiliza sus propios recursos, sino el dinero de los contribuyentes para desplegar su propia infraestructura¹⁰⁷. Este acceso mayorista debe ser concedido lo antes posible antes de comenzar a explotar la red^{108”} 12.*

Por lo que se refiere a los precios aplicables al proyecto de ayudas, el apartado 78.h) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha establece que:

*“78.h) **Precios de acceso mayorista:** la evaluación comparativa es un instrumento importante para garantizar que la ayuda concedida sirva para recrear las condiciones de mercado imperantes en otros mercados de banda ancha competitivos. El precio de acceso mayorista deberá basarse en los principios de fijación de precios establecidos por las autoridades nacionales reguladoras y en patrones comparativos y deberán tener en cuenta la ayuda recibida por el operador de la red¹¹¹. Como parámetro de referencia se utilizarán los precios mayoristas medios publicados prevalentes en otras zonas comparables, más competitivas, del país o de la Unión o, si dichos precios no estuvieran publicados, los precios ya fijados o aprobados por las autoridades nacionales reguladoras para los mercados y servicios afectados. Si no existen precios publicados o regulados para poder comparar determinados productos de acceso mayorista a efectos de la fijación de precios, los precios deberán ajustarse a los principios de orientación en función de los costes según la metodología establecida de acuerdo con el marco normativo sectorial^{112,13}.*

De forma que el primer parámetro que deberá considerarse será el de los precios regulados. Así lo declara también el Reglamento de exención por categorías¹⁴, que considera estos precios como referencia.

La CE ha adoptado diversas decisiones en las que el operador adjudicatario se veía obligado a ofrecer precios de los servicios mayoristas de acceso a las redes objeto de la ayuda, de importe inferior a los regulados *ex ante*. Así, la CE recoge, en la nota al pie 48 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, el siguiente ejemplo que ilustra un supuesto en el que, aun

¹² Apartado 78.g) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

¹³ El subrayado es nuestro.

¹⁴ Artículo 52.6 del Reglamento de Exención por categorías: “El precio de acceso mayorista se basará en los principios de fijación de precios establecidos por las autoridades nacionales de reglamentación”.

habiendo precios regulados, éstos eran demasiado altos para generar demanda en la zona considerada y justificaba que se diera una ayuda para que se ofrecieran esos servicios a precios más asequibles:

Nota al pie 84: “En su Decisión N 131/05 — Reino Unido, Proyecto Fibre Speed Broadband, Gales¹⁵, la Comisión tuvo que evaluar si la ayuda financiera concedida por las autoridades galesas para la construcción de una red de fibra óptica abierta y neutral que conectaba 14 parques empresariales podría seguir considerándose compatible aun cuando su ubicación ya estuviera atendida por el operador de red tradicional, que ofrecía líneas arrendadas a precios regulados. La Comisión consideró que las líneas arrendadas ofrecidas por el operador tradicional eran muy caras y que prácticamente no estaban al alcance de las PYME. Véase también la Decisión de la Comisión N 890/06 — Francia, Ayuda de Sicoval a una red de muy alta velocidad, y N 284/05 — Irlanda, Programa regional de banda ancha: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III”.

Por tanto, en este ejemplo, si el adjudicatario hubiese sido el operador con PSM, los precios de acceso a las nuevas redes e infraestructuras desplegadas en el marco del proyecto de ayudas adjudicado para esas zonas tendrían que haber sido inferiores a los regulados que aplicarían a sus redes en el resto del territorio excluido del proyecto, ya que ese era el objeto de la ayuda pública: poner a disposición dichos servicios a unos precios más asequibles.

Los diferentes objetivos y complementariedad entre la regulación ex ante y los instrumentos de las ayudas de estado han sido señalados por el ORECE en su informe sobre acceso abierto -BoR (11) 05¹⁶- en los siguientes términos:

“Las obligaciones de acceso basadas en análisis de mercados y las derivadas de una ayuda de estado pueden ser impuestas en paralelo porque siguen diferentes procesos y se justifican en distintas razones, aunque ambas pretenden llevar beneficios a los usuarios finales. Mientras que las obligaciones de acceso derivadas de ayudas de estado se imponen a cambio de recibir fondos públicos por el despliegue de infraestructuras de red, las obligaciones de Mercado se imponen para alcanzar un determinado “level-playing field” y favorecer la competencia.¹⁷

(...)

¹⁵ N 131 / 2005 "Fibre Speed Broadband Project Wales",

¹⁶ [BEREC Report on “Open Access”](#), febrero de 2011.

¹⁷ “SMP-based access obligations and State Aid-based access obligations can be imposed in parallel because they follow separate processes and are underpinned by different rationales, although both are intended to deliver benefits to end users. Whereas State aid access obligations are imposed in exchange of receiving public funds for rolling-out network infrastructures, SMP obligations are imposed to achieve a level-playing field and enhance competition” -BoR (11) 05 p. 17-.

Sin embargo, estas obligaciones de PSM coexistirían con, y serían independientes de las obligaciones derivadas del contrato de ayudas de estado. Cabe señalar que la coexistencia de estos esquemas (obligaciones regulatorias vs obligaciones derivadas del contrato de ayuda de estado) afecta a los precios relativos de los productos mayoristas. Puede haber un riesgo de inconsistencias, por ejemplo, resultantes de un estrechamiento de márgenes. Esto puede deberse a que las obligaciones regulatorias se basan en un análisis de mercado nacional, mientras que las ayudas estatales tienen un enfoque regional”

¹⁸

A juicio de esta Sala, si un operador con PSM recibe una ayuda, la regulación existente en materia de condiciones de los servicios y precios pasa a un segundo plano en relación con el proyecto de que se trate. Es decir, las obligaciones regulatorias adquieren un carácter complementario y deberán ser consideradas por el adjudicatario como un mínimo que puede ser modificado para el proyecto concreto de la ayuda, en función de sus propias circunstancias (densidad de población, distancia de zonas más competitivas, importe de la ayuda, etc.). En cuanto a los precios, los regulados constituyen el nivel superior de referencia a aplicar por el adjudicatario –los precios de los servicios mayoristas no podrán ser superiores a los regulados para servicios idénticos-. En línea con este argumento, el ORECE afirma:

“Por último, hay que subrayar que las obligaciones de acceso que se imponen sobre la base de un -supuesto- análisis de proporcionalidad no podrán ser inferiores a las obligaciones de acceso impuestas actualmente a un operador con PSM”¹⁹.

Esta interpretación encaja asimismo con la previsión del artículo 52.6 del Reglamento de exención por categorías²⁰, que dispone que el “precio de acceso mayorista se basará en los principios de fijación de precios establecidos por las autoridades nacionales de reglamentación y en valores de referencia prevalentes en otras zonas comparables, más competitivas, del Estado miembro o de la Unión, teniendo en cuenta las ayudas recibidas por el operador de la red”.

¹⁸ “However, these SMP obligations would co-exist with, and be independent from, the obligations derived through the State Aid contract. It should be noted that the co-existence of these schemes (regulatory obligations resp. obligations derived from the State Aid Contract) affect the relative prices of wholesale products. There may be a risk of inconsistencies e.g. resulting in a margin squeeze. This may result where the regulatory obligations are based on a national market analysis whereas State Aid has a regional focus” -BoR (11) 05 p. 17-.

¹⁹ “Finally, it has to be underlined that access obligations that are imposed on the basis of a – assumed – proportionality analysis shall not go below the access obligations currently imposed on a SMP operator” -BoR (11) 42 p. 15-.

²⁰ Reglamento 651/2014, de la Comisión Europea, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE.

Para lograr los objetivos de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 8 de la Directiva Marco²¹, el artículo 8.5.b) de esa misma Directiva obliga a que las autoridades nacionales de reglamentación apliquen principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados:

“b) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”.

Los precios y condiciones fijados en el análisis de mercado responden a circunstancias distintas de las consideradas en el ámbito de ayuda, donde hay unos fondos públicos que deben tomarse en consideración para fijar esos precios y condiciones.

5.2.- Valoración de la cuestión planteada a partir de las previsiones anteriores

La regulación ex ante busca que en un mercado potencialmente competitivo pero donde existen barreras estructurales, reglamentarias o legales se elimine o minimice el impacto de estas barreras para que nuevos operadores puedan entrar a ofrecer sus servicios y de esta forma aumentar la competencia para conseguir servicios de mayor calidad a mejores precios, en beneficio de los consumidores y usuarios.

Por su parte, **los programas de ayudas al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas** tratan de fomentar los despliegues de redes en zonas donde se prevea razonadamente que ni siquiera la regulación ex ante vaya constituir un estímulo suficiente para que los operadores los lleven a cabo y ofrezcan sobre ellas servicios de telecomunicaciones avanzados. Los objetivos a alcanzar persiguen incrementar la presencia de determinadas infraestructuras –de las que normalmente carecen o en las que son deficientes-²² y los servicios, tanto mayoristas como minoristas, que se soportan sobre esas redes, para que estén disponibles, en áreas menos desarrolladas y con menos perspectivas de desarrollo, a precios similares a los de zonas más competitivas, con el fin último de fomentar y facilitar su demanda por considerar que son relevantes y beneficiosas para la ciudadanía y con ello contribuir al desarrollo económico de la zona.

Por lo tanto, aunque en principio, en un proyecto de ayudas, el operador beneficiario debería ofrecer sus servicios mayoristas a precios similares a los regulados, podría darse el caso de que ni siquiera con éstos se logren alcanzar los objetivos de asequibilidad y paridad con los precios de servicios minoristas

²¹ 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).

²² En línea con las previsiones de la [Agenda Digital para Europa](#) y la [Agenda Digital para España](#).

de otras zonas más competitivas. Por este motivo, como señalan las Decisiones comunitarias de Gales, Sicoval e Irlanda antes mencionadas, en ocasiones el beneficiario tendrá que reducir los precios mayoristas para cumplir con los términos del programa de ayudas en la búsqueda del objetivo de equilibrio entre las condiciones de los servicios minoristas en las zonas beneficiarias y las que se ofrecen en zonas más competitivas –esto es, facilitar a los usuarios acceso a los nuevos servicios de banda ancha en condiciones y precios que supongan el mismo trato que el de aquéllos que acceden a los mismos o similares servicios en áreas con mayores despliegues-.

Dentro del esquema de ayudas que abarcará a nivel geográfico las zonas beneficiarias y, en cuanto a su ámbito subjetivo, a todos aquellos operadores que soliciten acceso a las infraestructuras y nuevas redes desplegadas –incluidas las infraestructuras existentes que formen parte del proyecto- deberán ofrecer unos precios que se ajusten a los principios recogidos en la normativa de ayudas, la convocatoria y las determinaciones, en su caso, de la CNMC.

Por este motivo, un proyecto de ayudas bien diseñado exige que en él se establezca de manera clara el objetivo final para que los operadores que concurren como solicitantes puedan diseñar sus ofertas a nivel técnico y económico de forma adecuada para satisfacerlo.

En el ámbito de ayudas de estado, un operador que participe en un procedimiento de selección competitiva para optar a una ayuda debe calcular el importe con la que concurre partiendo del análisis de los precios a los que se ofrecen los servicios minoristas similares en zonas más competitivas que serán los que se tengan que replicar por los operadores que accedan a nivel mayorista a la nueva red desplegada.

A partir de ahí, el operador que solicita la subvención deberá calcular qué precio mayorista debe cobrar al resto de los operadores para que, teniendo en cuenta la demanda potencial de la zona, sus clientes mayoristas puedan ofrecer precios minoristas similares a los precios minoristas en los que se prestan los mismos servicios en zonas más competitivas. Finalmente, la ayuda solicitada debería consistir en la diferencia entre el coste que le supone prestar el servicio mayorista en la zona subvencionada y el coste que le supone prestar el mismo servicio mayorista en zonas más competitivas.

Descendiendo a los detalles, no se incurre en los mismos costes –fijos- para desplegar una red de acceso, ni para prestar servicios minoristas a través de ella, cuando la red es para 5.000 potenciales clientes que para una de 200 clientes. Por lo tanto, al ser normalmente la demanda potencial menor, para que los precios minoristas de zonas más competitivas resulten replicables el operador integrado deberá calcular los precios mayoristas que cobrará, que podrían tener que ser inferiores a los regulados que se toman como referencia.

Los precios regulados han de actuar como punto de referencia pero no determinan el importe final a cobrar. Como se señaló por la CE, en ocasiones la ayuda se ofrece precisamente porque los precios regulados resultan demasiado caros en esa zona.

Si el beneficiario de la ayuda no es un operador con PSM en alguno de los mercados afectados por los servicios mayoristas que se presten en el marco del proyecto de la ayuda pública y, por tanto, no se le ha impuesto ninguna obligación de no discriminación, a priori no plantea especiales problemas el hecho de que el precio de los servicios mayoristas que ofrezca sobre la red subvencionada sea inferior al determinado en la regulación, porque parte del mismo corresponde al importe de la ayuda.

En definitiva, el criterio no debería ser distinto cuando el beneficiario es un operador con PSM con obligaciones ligadas a la fijación de los precios mayoristas y de no discriminación. A juicio de esta Sala, en ambas situaciones concurren circunstancias distintas –por ejemplo, la financiación de la red a desplegar-, que obedecen a supuestos de partida distintos, y esto permite tratarlos de forma diferente.

5.3.- Aplicación al contrato firmado entre el Gobierno de Aragón y Telefónica

Como ya se señaló en el apartado 3 de este acuerdo, la ayuda del proyecto de Aragón se convocó para que el adjudicatario realizara el despliegue, explotación, mantenimiento y comercialización de una red de banda ancha de acceso y transporte, ofreciendo sus servicios como operador mayorista para permitir a otros operadores la prestación de servicios de banda ancha minoristas a velocidades superiores a 30 Mbps a precios similares a los de zonas más competitivas²³. En línea con esta previsión, el apartado 1.3, denominado “Objeto del contrato”, del Programa Funcional señala que *“Las condiciones tanto económicas como de calidad del servicio deberán ser similares a las de los entornos urbanos donde exista pluralidad de oferta”*.

El apartado 1.1.4 del Programa Funcional exige que el beneficiario de la ayuda actué, entre otros, bajo los principios de no discriminación entre operadores y máxima neutralidad posible, evitando interferir en las posibles ofertas comerciales de los operadores prestadores de servicios en el mercado minorista.

Para ello, resultaba de suma importancia que los operadores que concurrieran al concurso convocado por el Gobierno de Aragón calcularan bien el importe de la ayuda de forma tal que el operador tercero –beneficiario indirecto de la

²³ Vid asimismo el Anexo a este acuerdo, sobre el esquema de red a desplegar por el beneficiario.

ayuda como señala la CE²⁴- que pide acceso a la red soporte, tuviera que pagar un precio mayorista que le permitiera replicar a nivel minorista precios de zonas más competitivas, lo que constituye en definitiva el objetivo último de la ayuda. En ese cálculo, Telefónica, operador con PSM, conocía con antelación el precio minorista que cobra a sus usuarios en zonas más competitivas y debería haber calculado el precio mayorista que podría aplicar en las zonas beneficiadas del proyecto de banda ancha para que terceros operadores, que pidieran acceso a la nueva red, pudieran replicarlo.

Los ingresos que percibe Telefónica en el ámbito del proyecto de Aragón –para que dicho proyecto sea rentable- tienen un doble origen: una parte consiste en los ingresos por los servicios mayoristas que aportará el operador alternativo que pida acceso a la red objeto de ayuda –y los ingresos minoristas cobrados a los usuarios finales -; y la otra parte consiste en el pago que realiza el Gobierno de Aragón, que otorga la ayuda, que va dirigido a subvencionar parcialmente el coste del despliegue y parcialmente la prestación de los servicios mayoristas durante al menos 7 años. Visto en su conjunto, un proyecto de ayudas permite fijar precios teniendo en cuenta la subvención otorgada.

La anterior solución está en línea con las resoluciones de la CE de Gales, Sicoval e Irlanda, antes citadas, cuando apuntan a que en ocasiones la ayuda se da precisamente porque los precios regulados para los servicios mayoristas resultarían elevados para prestar servicios minoristas en condiciones competitivas. Por tanto, lo que se busca es establecer los precios mayoristas en las zonas subvencionadas a niveles que efectivamente permitan a los operadores que accedan a estas redes replicar los servicios minoristas similares que se prestan en otras zonas más competitivas.

El artículo 14.1.b) de la LGTel prevé que las obligaciones de no discriminación impuestas a un operador con PSM *“garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores 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”*.

Los precios que serán de aplicación en el proyecto de Aragón, según el artículo 52.6 del Reglamento de exención por categorías, se basarán en los principios de fijación de precios establecidos por las autoridades nacionales de reglamentación y en valores de referencia prevalentes en otras zonas comparables, más competitivas, del Estado miembro o de la Unión, teniendo en cuenta las ayudas recibidas por el operador de la red.

Además, esta Sala entiende que puesto que ya se ha adjudicado la ayuda, habrá que estar a las cláusulas del contrato (que reproduce el clausulado de

²⁴ Apartado 12 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha: *“(…) Además del beneficiario directo de la ayuda, los operadores terceros que logran un acceso mayorista a la infraestructura subvencionada podrían ser beneficiarios indirectos”*.

los pliegos) suscrito entre la administración que concede la ayuda y el adjudicatario. En este último punto, el apartado 1.1.4 del Programa Funcional impone una obligación de no discriminación cuando fija que *“cualquier producto minorista debe poder ser replicable por cualquier otro operador a través de cualquiera de los servicios mayoristas disponibles, en aplicación de los principios de neutralidad y no discriminación”*.

Por otro lado, el apartado 1.6 del Programa Funcional determina que *“los precios y condiciones que rijan los servicios mayoristas que se describen a continuación serán los regulados o aprobados por la CNMC”*.

Los servicios que podrá ofrecer el operador adjudicatario, en función de la demanda mayorista, en el marco del proyecto, son los definidos en el apartado 1.6 del Programa Funcional: (i) servicios mayoristas asociados al servicio de transporte como la coubicación, el alquiler de conductos o de postes²⁵, el servicio de conectividad Ethernet, de interconexión y el alquiler de fibra oscura; (ii) servicios mayoristas de acceso entre los que se incluyen la coubicación, la desagregación de bucle y el acceso indirecto tipo bitstream.

Con respecto a los servicios mayoristas relacionados con la red troncal los precios deberán fijarse tomando como punto de partida los establecidos en zonas más competitivas en España, al no existir referencias de precios regulados. Ahora bien, existen precios de este tipo de servicios publicados por otros operadores como por ejemplo – pero no sólo- los de Xarxa Oberta o servicios regulados parecidos que pueden facilitar una primera aproximación a la Administración autonómica.

En relación con los servicios mayoristas de acceso directo e indirecto, algunos de sus precios sí están recogidos en la regulación de los mercados 3a, 3b y 4/ Rec. 2014²⁶ (mercados mayoristas de banda ancha), en la Resolución de la CNMC de 24 de febrero de 2016²⁷. En los términos indicados en esta Resolución, Telefónica ha sido declarado operador con PSM y se le han impuesto obligaciones de acceso, en materia de precios, de no discriminación en las condiciones de acceso y de transparencia, en función de los servicios regulados en las distintas zonas geográficas, al amparo de los artículos 14 de la LGTel y el Capítulo Tercero del Título Primero del Reglamento de

²⁵ En el ámbito de red troncal y por tanto, no le es de aplicación la oferta MARCo.

²⁶ Recomendación relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas susceptibles de regulación ex ante de conformidad con la Directiva Marco (DOUE L 295/79 de 11 de octubre de 2014).

²⁷ Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) - Expediente núm. (ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4).

Mercados²⁸. Estas obligaciones se precisan en mayor detalle, en particular, en las respectivas ofertas de referencia de Telefónica.

La consulta del Gobierno de Aragón se refiere a este último supuesto, en el que existen precios regulados para servicios mayoristas que se prestarán, en función de la demanda, en el marco del proyecto de la ayuda. La redacción del Programa Funcional no resulta clara pues de un lado exige precios de zonas más competitivas y de otro la de aplicar los regulados.

Esta Sala considera que atendiendo al conjunto del proyecto deberán aplicarse los precios regulados pero si se acreditara que su aplicación impidiera competir a los operadores con Telefónica a nivel minorista –por ejemplo, por imposibilidad de replicar precios-, el adjudicatario debería modificar los importes a aplicar en el programa de Aragón para dar cumplimiento a esa previsión del contrato.

En este caso, Telefónica aplicaría estas tarifas y condiciones única y exclusivamente a las zonas y servicios incluidos en el contrato de ayudas con el Gobierno de Aragón sin extenderlas a otras zonas geográficas que no son objeto del mismo, sin por ello incurrir en una vulneración de las obligaciones que le han sido impuestas en la regulación de los correspondientes mercados.

Hay que recordar que los precios regulados son precios máximos y que la obligación de no discriminación no exige tratar situaciones diferentes de la misma manera. En particular, la obligación de no discriminación exige aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a las empresas, que presten servicios equivalentes, y proporcionar a las empresas servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales, o incluso para operadores terceros, pero si hay circunstancias diferentes, motivadas por las condiciones de un proyecto de ayudas públicas, las condiciones de tratamiento a las empresas podrían ser distintas.

6.- CONCLUSIONES

Siempre que esté debidamente justificado, en los términos señalados en el presente Acuerdo, los servicios mayoristas y los precios fijados en un proyecto de ayudas pueden ser distintos de los impuestos en el marco de un análisis de mercado –que deberán servir de referencia, sin que los limite-, atendiendo a lo dispuesto en el contrato o pliegos que regulen el programa de ayudas. En el caso de que el operador que recibe la ayuda sea a su vez un operador con PSM en los mercados afectados, dicha diferenciación no entraría en colisión con las obligaciones impuestas en la regulación *ex ante*, si existen diferencias

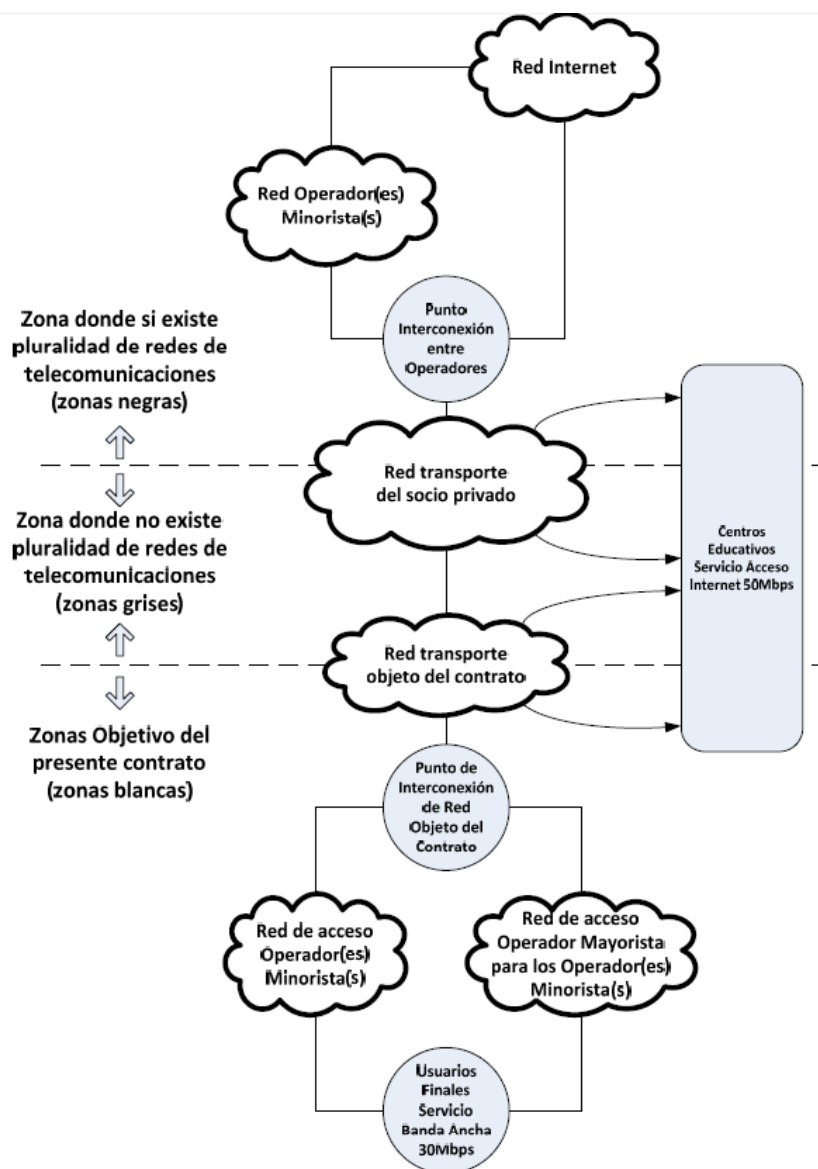
²⁸ Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

que justifiquen un tratamiento distinto de las obligaciones. Así, en las ayudas una parte del importe del coste de despliegue será sufragado con la subvención percibida y los precios establecidos para el proyecto se limitarán al ámbito geográfico del proyecto de ayudas. Además, la configuración del proyecto de ayudas, la normativa aplicable y los objetivos que se persiguen, difieren de los objetivos de la regulación ex ante que afectarán al resto de la red.

Si el Gobierno de Aragón o los operadores que solicitan el acceso mayorista a los despliegues realizados dentro del Proyecto y consideran que los precios de los servicios mayoristas regulados no permiten cumplir con los apartados 3.1 del Documento Descriptivo Final y 1.1.4 del Programa Funcional que imponen la obligatoriedad de que los precios minoristas de Telefónica puedan ser replicables por el operador alternativo, se podrá acudir a la CNMC para que establezca las tarifas aplicables estos servicios.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.

Anexo: esquema proyecto de ayudas Aragón²⁹



²⁹ Programa Funcional (pág. 43).