

RESOLUCIÓN SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DEL TEST DE REPLICABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PRODUCTOS DE BANDA ANCHA DE TELEFÓNICA COMERCIALIZADOS EN EL SEGMENTO RESIDENCIAL

OFMIN/DTSA/004/16/TEST DE REPLICABILIDAD ECONÓMICA RESIDENCIAL

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta de la Sala

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017

Visto el procedimiento sobre la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Revisión de los mercados mayoristas de banda ancha

Con fecha 24 de febrero de 2016, el Pleno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adoptó la 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 (Resolución de los mercados 3 y 4).

Esta Resolución está vigente desde el día siguiente a su publicación en el BOE, es decir, desde el 4 de marzo de 2016.

En dicha Resolución se impuso a Telefónica de España S.A.U. (Telefónica) la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso desagregado virtual al bucle de fibra óptica (FTTH), denominado NEBA local, en los términos de su Anexo 4.

La citada Resolución establece asimismo que *“[l]os precios del servicio mayorista NEBA local deben garantizar que los operadores alternativos puedan reproducir las ofertas minoristas de los servicios BAU de Telefónica, en su condición de operador con PSM en el mercado de referencia. Con el objetivo de prevenir una combinación de precios a nivel minorista y mayorista que haga que las ofertas de los servicios BAU de Telefónica no sean replicables para un operador alternativo a partir del servicio NEBA local, los precios de este servicio mayorista de acceso están sujetos a un test de replicabilidad económica”*.

Igualmente, la Resolución de los mercados 3 y 4 impuso a Telefónica la obligación de prestar un servicio mayorista de acceso indirecto sobre la red de fibra (NEBA fibra). En lo que respecta a este servicio, los precios que establezca Telefónica *“deberán garantizar que los operadores alternativos puedan reproducir las ofertas minoristas de los servicios BAU de Telefónica dirigidas a los clientes residenciales. Con este objetivo, los precios de este servicio mayorista de acceso están sujetos a una obligación ex-ante de control de precios conforme a un test de replicabilidad económica”*.

Según se establece en la Resolución, los aspectos definitorios del test de replicabilidad aplicable a los servicios NEBA fibra y NEBA local se concretarán en la metodología que se apruebe a tal efecto. A tal fin, *“la CNMC incoará un expediente específico con el objeto de analizar y determinar los detalles de esta metodología”*.

La Resolución de los mercados 3 y 4 mantiene, por otra parte, el conjunto de obligaciones en materia de comunicación y replicabilidad económica que, para las ofertas dirigidas al segmento residencial y comercializadas sobre la base de la red de cobre de Telefónica, el regulador sectorial ha venido configurando a partir de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se adopta la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica (MTZ 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones.

SEGUNDO.- Escrito de Telefónica

Con fecha 4 de mayo de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Telefónica por el que presenta su propuesta de oferta de referencia para el servicio NEBA local, incluyendo asimismo el modelo de precios que resultará de aplicación.

TERCERO.- Inicio del procedimiento administrativo

Con fecha 11 de mayo de 2016, mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) se inició el procedimiento administrativo de aprobación de la metodología para la aplicación del test de

replicabilidad económica de las ofertas comerciales de Telefónica, con arreglo a la normativa sectorial así como a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹ (LRJPAC). Se trata del test aplicable a NEBA local y NEBA fibra para usuarios residenciales.

CUARTO.- Alegaciones de los operadores

En el marco del procedimiento de referencia, BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A.U. (BT), MásMóvil Ibercom, S.A. (MásMóvil), Orange Espagne, S.A.U. (Orange), Vodafone España S.A.U. (Vodafone) y Telefónica, así como la Asociación de Operadores de Telecomunicaciones Empresariales (Asotem), presentaron sus observaciones.

QUINTO.- Aprobación de la oferta de referencia NEBA local

Mediante Resolución de 10 de enero de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC adoptó la Resolución por la cual se aprueba la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA local².

Esta Resolución está vigente desde el día siguiente a su publicación en el BOE, es decir, desde el 19 de enero de 2017³. El plazo dado en dicha Resolución para el desarrollo de NEBA local es de 12 meses, por lo que el servicio mayorista deberá estar operativo el 19 de enero de 2018.

SEXTO.- Apertura del trámite de información pública

Con fecha 28 de abril de 2017, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acordó la apertura del trámite de información pública relativo a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial.

SÉPTIMO.- Alegaciones de los interesados en el marco del trámite de información pública

Durante el período de consulta pública presentaron alegaciones los siguientes agentes: BT, Masmóvil; Orange; Telefónica; Vodafone y UFINET Telecom, S.A.U. (Ufinet).

¹ Normativa que ha seguido rigiendo la tramitación del presente procedimiento, en virtud de lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

² Resolución por la cual se aprueba la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA local, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) (OFE/DTSA/005/16).

³ Ver BOE número 15, de 18 de enero de 2017.

OCTAVO.- Requerimiento de información semestral

El 4 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Telefónica a través del cual ponía a disposición de esta Comisión los datos correspondientes al requerimiento de información semestral previsto en el marco de la Resolución de 26 de julio de 2007.

NOVENO.- Requerimiento de información adicional

El 19 de septiembre de 2017 se emitió una solicitud de información adicional a Telefónica, con el objeto de aclarar algunas de las cuestiones formuladas por este operador en la respuesta al requerimiento de información semestral.

Como respuesta a dicha solicitud de información adicional, Telefónica presentó un escrito de fecha 3 de octubre de 2017, complementado mediante escritos adicionales de fechas 6 y 10 del mismo mes.

DÉCIMO.- Propuesta de medidas provisionales

Con fecha 30 de noviembre de 2017, se remitió a los interesados un informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, en virtud del cual se proponía la adopción de medidas provisionales en el marco del procedimiento de referencia, a fin de que los interesados pudieran efectuar las alegaciones que estimaran pertinentes.

UNDÉCIMO.- Alegaciones de los operadores

MásMóvil, Orange, Telefónica y Vodafone presentaron sus observaciones a la propuesta de medidas provisionales mencionada en el Antecedente de Hecho anterior.

DUODÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto

Mediante la presente medida se procede a delimitar, en sede provisional, la referencia de precios máximos que resultará de aplicación al servicio mayorista NEBA local, a partir de la fecha en que dicho servicio estará disponible y hasta el momento de la finalización del presente procedimiento.

A estos efectos, según dispone la Resolución de la CNMC de 10 de enero de 2017 por la cual se aprueba la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA local (ver el Antecedente Quinto), dicho servicio deberá estar disponible a más tardar el día 19 de enero de 2018⁴. Resulta por consiguiente necesario que, con anterioridad a dicha fecha, tanto Telefónica como los operadores alternativos dispongan de una referencia del precio que registrará sus relaciones de acceso.

A la hora de determinar el precio que resultará de aplicación al NEBA local, en la presente medida provisional se tomarán en consideración los principios y criterios actualmente fijados por la CNMC para la verificación de la replicabilidad económica de las ofertas minoristas de banda ancha comercializadas por Telefónica.

La presente medida provisional no se extiende al otro servicio mayorista regulado soportado sobre la red de fibra de Telefónica (servicio NEBA fibra), para el cual ya existe una referencia de precios⁵. A este respecto, y de conformidad con lo previsto en la Resolución de los mercados 3 y 4, los precios disponibles para el servicio NEBA fibra se mantendrán vigentes hasta el momento en que la CNMC adopte una medida definitiva relativa a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica⁶.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

En el marco de sus actuaciones la CNMC debe, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), *“garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

En concreto, en lo referente al sector de las comunicaciones electrónicas, el artículo 6 dispone que la CNMC *“supervisar y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”*, y en su apartado 5 añade que, entre sus funciones, estarán las atribuidas por la Ley General de Telecomunicaciones.

⁴ La implantación de NEBA local se llevará a cabo la noche del 20 al 21 de enero, coincidiendo con el fin de semana.

⁵ Ver en particular Resolución de 30 de enero de 2014 por la que se revisan los precios de los servicios mayoristas de banda ancha GigADSL, ADSL-IP y NEBA, así como Resolución OFE/D TSA/003/16/PRECIO CAPACIDAD NEBA de 10 de enero de 2017 sobre la revisión del precio de la capacidad en PAI del servicio de banda ancha mayorista NEBA.

⁶ Ver a estos efectos Anexo 5 de la Resolución de los mercados 3 y 4 (Obligaciones en relación con los servicios mayoristas de acceso indirecto de banda ancha): *“hasta que la CNMC proceda a la adopción de una metodología de análisis de las ofertas comerciales de Telefónica soportadas sobre su red de fibra óptica, y se produce la implantación del servicio NEBA local, resultarán de aplicación los precios en vigor del servicio NEBA, sin perjuicio de la facultad de la CNMC para modificar los precios relativos a elementos comunes a los accesos de cobre, como los servicios soporte”*.

Para realizar las citadas labores de supervisión y control, los artículos 6 de la LCNMC y 70.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), otorgan a esta Comisión, entre otras, las funciones de definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas; identificar al operador u operadores que posean un poder significativo cuando en el análisis se constate que el mercado no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva; así como, en su caso, establecer obligaciones regulatorias a los mismos, todo ello de acuerdo con el procedimiento y efectos determinados en los artículos 13 y 14 de la misma LGTel y en la normativa concordante.

Como consecuencia de dicha habilitación competencial, con fecha 24 de febrero de 2016 el Pleno de la CNMC aprobó la Resolución de los mercados 3 y 4, donde como se ha indicado se imponen una serie de obligaciones a Telefónica en materia de replicabilidad económica, incluyendo la prohibición de realizar determinadas prácticas (tales como reducciones de precios contrarias a la regulación sectorial), la comunicación a la CNMC de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha, y el establecimiento por la CNMC de un test de replicabilidad económica.

Por consiguiente, esta Comisión resulta competente para proceder a la aprobación de la metodología para la aplicación del test de replicabilidad económica a las ofertas comerciales de Telefónica.

La adopción de medidas cautelares por parte de esta Comisión en el ejercicio de sus funciones regulatorias ha sido reconocida, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2008 ([RC 7208/2005](#)) y 25 de octubre de 2017 ([RC 105/2015](#)).

Por ello, de conformidad con los preceptos citados y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud del artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

TERCERO.- Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en el artículo 72 de la LRJPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la LCNMC y la LGTel le atribuyen para la resolución del procedimiento de referencia.

Así, de conformidad con el Derecho administrativo común -artículo 72.1 de la LRJPAC- la CNMC puede adoptar medidas provisionales en los siguientes términos:

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que

estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello”.

A nivel sectorial, la posibilidad de adoptar de modo inmediato las medidas que se estimen oportunas en el marco de los procedimientos de revisión de mercados e imposición de obligaciones se reconoce específicamente en la Directiva Marco⁷. El artículo 7.9 prevé que *“[e]n circunstancias excepcionales, cuando una autoridad nacional de reglamentación considere que es urgente actuar, con objeto de preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios, podrá adoptar inmediatamente medidas proporcionadas y provisionales, en derogación al procedimiento establecido en los apartados 3 y 4. Deberá comunicar cuanto antes dichas medidas, debidamente motivadas, a la Comisión, a las otras autoridades nacionales de reglamentación, y al ORECE. La decisión de la autoridad nacional de reglamentación de hacer permanentes dichas medidas o de prolongar el período de aplicación de las mismas estará sujeta a las disposiciones de los apartados 3 y 4.”*

Este precepto fue incorporado al derecho nacional por medio del artículo 5.6 del Reglamento de mercados⁸ que dispone que *“excepcionalmente, cuando existan razones de urgencia para preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios que no hagan posible actuar de acuerdo con los procedimientos de información pública y de notificación establecidos en los apartados anteriores, la [Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] podrá adoptar inmediatamente medidas cautelares proporcionadas, que deberán comunicarse cuanto antes, junto a su motivación, al [Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital], al [Ministerio de Economía, Industria y Competitividad], a la Comisión Europea y a las otras autoridades nacionales de reglamentación de los demás Estados miembros de la Unión Europea. La decisión correspondiente de hacer permanentes dichas medidas, o de prolongar su periodo de aplicación, estará sujeta a las disposiciones de los apartados anteriores de este artículo”.*

Por otra parte, el órgano competente para adoptar medidas provisionales en el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.e), en relación con el artículo 14, del Estatuto Orgánico de la CNMC⁹.

En definitiva, la CNMC está habilitada para adoptar medidas provisionales en un procedimiento como el presente.

⁷ 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, modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre de 2009.

⁸ Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

⁹ Aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Requisitos necesarios para la adopción de medidas provisionales

De conformidad con el artículo 72.1 de la LRJPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello”*. Según el apartado 3 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

La doctrina y jurisprudencia (entre otras, SSTS de 27 de noviembre –RC 5465/2011– y 21 de diciembre de 2012 –RC 5459/2011– y Auto del TS de 5 de marzo de 2009 –rec. 25/2008–) han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional. Tales requisitos son los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (*“periculum in mora”*) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas provisionales indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se adopten sin audiencia de las partes, siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas provisionales por resolución en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes (ver STC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero). No obstante, en este caso, sí se da audiencia a los interesados.

Se examina a continuación la concurrencia, en relación con las medidas provisionales planteadas en el presente procedimiento, de los requisitos anteriores.

SEGUNDO.- Existencia de una norma jurídica que permita la adopción de las medidas provisionales en el marco del presente procedimiento

Como ya se ha señalado anteriormente, la CNMC está plenamente facultada para la adopción de las medidas provisionales aplicadas al presente caso, tanto sobre la base del artículo 72 de la LRJPAC como de conformidad con la normativa sectorial (en particular, el artículo 5.6 del Reglamento de mercados).

TERCERO.- Apariencia de buen derecho

Con esta expresión se alude a la verosimilitud o apariencia de que el derecho asiste al eventual beneficiario de la medida, de manera que la Administración lleva a cabo un ejercicio de predicción sobre la pretensión de fondo, debiendo tomarse en todo caso con cautela dicho presupuesto, pues no se trata de conocer sobre el fondo del asunto, tal y como se ha pronunciado en sucesivas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 27 de febrero de 2001–RC 9838/1998–, STS de 16 de octubre de 2000 –RC 5836/1993–).

El servicio mayorista de acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local) se configura como uno de los elementos fundamentales para facilitar el desarrollo competitivo de los mercados de banda ancha. De hecho, tal y como detalla la Resolución de los mercados 3 y 4, el servicio NEBA local garantiza la mayor independencia posible del operador alternativo respecto de Telefónica, siendo el servicio mayorista soportado sobre fibra que a día de hoy más se asemeja a un servicio de desagregación física (como sería el caso del acceso al bucle de abonado a partir del par de cobre).

Precisamente, asegurar la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones de competencia efectiva constituye uno de los motivos (*fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho) que justifican la adopción de medidas cautelares por parte de esta Comisión, de acuerdo con el Fundamento Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2017 (RC 105/2015):

“la medida cautelara adoptada está plenamente justificada y el interés que ha de tenerse en cuenta de forma prevalente es el de garantizar la protección de los servicios de telecomunicaciones en libre competencia (...)”

Como se señalaba anteriormente (Antecedente Quinto), las especificaciones técnicas del servicio NEBA local fueron aprobadas por la CNMC en fecha 10 de enero de 2017. Conforme al resuelve tercero de la citada Resolución, el servicio NEBA local deberá estar operativo en un plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de la Resolución, esto es desde el 19 de enero de 2018. Hasta esa fecha, y desde tres meses antes, Telefónica ha de aceptar solicitudes de establecimiento y pruebas de LAGL¹⁰ por vías alternativas a NEON (como correo electrónico).

¹⁰ LAGL: Agrupación lógica de enlaces (Link Aggregation) Local del NEBA local. Equivalente al Punto de Acceso Indirecto del NEBA local (PAI-L).

Es decir, en el momento actual, los operadores alternativos y Telefónica ya están llevando a cabo los procesos necesarios para disponer de PAI-L (y de este modo poder solicitar altas de clientes) a partir del 19 de enero de 2018¹¹, tal y como prevén las resoluciones de la CNMC dictadas a tal efecto.

En este contexto, debe tomarse en consideración el hecho de que la CNMC se encuentra en la actualidad elaborando la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica (en el seno del presente expediente, con núm. OFMIN/DTSA/004/16). A estos efectos, la CNMC evacuó el trámite de información pública (tal y como contemplan los artículos 5 del Reglamento de Mercados y 6 de la Directiva marco) en fecha 28 de abril de 2017. Una vez recibidas las alegaciones de los operadores, la CNMC deberá proceder a notificar el proyecto de medida resultante a la Comisión Europea, al ORECE¹² y demás autoridades de reglamentación, para que en el plazo de un mes dichos organismos formulen las observaciones que estimen pertinentes. La CNMC dictará posteriormente la resolución definitiva, tomando en la mayor consideración posible las observaciones formuladas por el resto de organismos consultados.

Vistos los plazos tasados para la aprobación de una medida como la indicada, cabe colegir que la finalización del procedimiento OFMIN/DTSA/004/16 no tendrá lugar antes del 19 de enero de 2018, fecha en que el servicio NEBA local debe estar plenamente disponible para los operadores alternativos. Resulta por consiguiente indispensable establecer una referencia de precios para el citado servicio mayorista, habida cuenta de que a partir de dicho momento se podrá llevar a cabo la contratación del mismo, de conformidad con lo establecido en la Resolución de los mercados 3 y 4 y la oferta NEBA local y que, como se ha señalado anteriormente, los operadores alternativos y Telefónica ya están llevando a cabo los procesos necesarios para disponer de PAI-L (y de este modo poder solicitar altas de clientes) a partir del 19 de enero de 2018.

En caso contrario, la inexistencia de una referencia de precios verificada por la CNMC podría desincentivar o retrasar la contratación de un servicio fundamental para el pleno desarrollo de los mercados de banda ancha.

A estos efectos, los precios para el servicio NEBA local que se establecen en el marco del presente acto administrativo, y que se detallan en el Anexo I, permiten a los operadores alternativos replicar los productos de banda ancha ultrarrápida (BAU) del catálogo comercial de Telefónica. A tal fin, se ha llevado a cabo un análisis basado en los principios y criterios contenidos en la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica actualmente vigente¹³, tomándose asimismo en cuenta los parámetros aprobados en la última actualización semestral llevada a cabo

¹¹ Como se ha mencionado, la implantación de NEBA local se llevará a cabo la noche del 20 al 21 de enero, coincidiendo con el fin de semana.

¹² Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas.

¹³ Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se adopta la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica (MTZ 2006/1486).

por esta Comisión¹⁴. A este respecto, los parámetros empleados en la metodología vigente –y, por tanto, en esta medida provisional– y aquéllos utilizados por la CNMC en la consulta pública sobre el ERT de fecha 28 de abril de 2017, se encuentran alineados¹⁵.

Por otro lado, desde un punto de vista técnico, los conceptos de las ofertas NEBA local y NEBA fibra que se corresponden con las cuotas de acceso son asimilables entre sí, y así se recoge en la propuesta sometida a consulta pública sobre el ERT de 28 de abril de 2017, dictada en el presente procedimiento¹⁶. Por ello, el que la cuota de acceso de NEBA local que se plantea en la presente medida provisional se encuentre referenciada a la del servicio NEBA fibra resulta coherente con los principios que se exponen en dicha consulta pública.

En definitiva, la cuota de acceso del servicio NEBA local que figura en el Anexo I – 19,93 euros mensuales–, y que se establece como precio máximo provisionalmente, resulta compatible con la finalidad de las presentes medidas, encaminadas a asegurar la eficacia de la resolución que la CNMC finalmente pueda adoptar.

En cuanto a las cuotas aperiódicas del servicio NEBA local, así como las cuotas asociadas a los servicios soporte, se considera adecuado mantener provisionalmente los precios vigentes equivalentes del servicio NEBA fibra, dado que se trata de los mismos conceptos. Como única diferencia, en NEBA local se ofrecen tres¹⁷ tipos de interfaces ópticos para el PAI-L (según su alcance en Km), mientras que en NEBA son dos¹⁸. Por ello, se partirá de un precio provisional que sitúe al interfaz de alcance intermedio en la media aritmética de coste entre el de menor y el de mayor alcance, proporción que se corresponde con sus alcances¹⁹.

CUARTO.- Necesidad y urgencia de las medidas provisionales

En relación con el segundo presupuesto necesario para la adopción de una medida provisional como la presente, cabe reiterar que en el caso de que la CNMC no dictara la presente medida provisional, a partir del 19 de enero de 2018 el servicio NEBA

¹⁴ Resolución de 25 de julio de 2017, sobre la revisión semestral de parámetros utilizados en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (Expediente de referencia OFMIN/D TSA/003/17/Revisión de parámetros de la metodología_17).

¹⁵ Debe señalarse que los costes de red propia vinculados al servicio NEBA local que se emplean para la adopción de la presente medida provisional son los que figuran en el documento sometido a consulta pública, y que han sido calculados expresamente en el contexto de este procedimiento. Dado que el servicio NEBA local no se encuentra aún disponible, la metodología vigente no contiene ninguna estimación de dichos costes de red propia.

¹⁶ Ver sección II.4.3 (Estructura de precios del servicio NEBA) de la Consulta Pública: “[...] el precio máximo que Telefónica imponga para la cuota mensual de acceso NEBA no podrá superar el precio de acceso mensual correspondiente al servicio NEBA-local”.

¹⁷ Para GbE: 10 Km, 40 Km y 80 Km. Para 10 GbE: 10 Km, 40 Km y 80 Km.

¹⁸ Para GbE: 10 Km y 40 Km. Para 10 GbE: 10 Km y 70 Km.

¹⁹ En concreto, los precios que se introducen en NEBA local y que no encuentran correspondencia con otros similares de la oferta NEBA fibra actual son los relativos a los LAGL de 1Gbps de largo alcance y de 10Gbps de medio alcance.

local estaría disponible, sin que sin embargo existiera una referencia de precios – verificados por el regulador sectorial conforme a un test de replicabilidad económica– que pudiera servir como señal a los operadores alternativos (y a la propia Telefónica) a la hora de contratar el servicio.

La falta de concreción de los precios mayoristas de acceso afectaría al principio de seguridad jurídica que debe guiar las relaciones entre los operadores, y podría incidir en la contratación del propio servicio NEBA local, recurriendo los operadores alternativos a otras alternativas (como podría ser el servicio NEBA fibra) que se sitúan en un peldaño inferior de la escalera de inversión y redundan en un menor despliegue de infraestructura propia²⁰ y, por consiguiente, en una menor presión competitiva, sobre todo a medio y largo plazo. Debe además destacarse que, en virtud de la segmentación geográfica llevada a cabo por la Resolución de los mercados 3 y 4, la cobertura de NEBA fibra es menor que la de NEBA local. Esta circunstancia hace especialmente necesario que el servicio NEBA local se encuentre en funcionamiento en la fecha prevista.

En el mismo sentido, la determinación por Telefónica del precio de acceso al servicio NEBA local de manera unilateral podría dar lugar a la fijación de un precio excesivamente alto, que no guardara relación alguna con el precio en función del cual Telefónica comercializa sus ofertas minoristas de banda ancha. En ausencia de esta intervención regulatoria en sede provisional, Telefónica podría asimismo modificar unilateralmente el precio del servicio de acceso en cualquier momento, lo que de nuevo generaría incertidumbre y podría afectar al correcto desarrollo del mercado y del propio servicio NEBA local.

Todo ello provocaría distorsiones contrarias a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de competencia efectiva. Precisamente la evitación de este tipo de distorsiones a los operadores alternativos ha sido considerada por el Tribunal Supremo en el Fundamento Cuarto de su Sentencia 10 de julio de 2008 ([RC 7208/2005](#)) como justificación de la urgencia en la adopción de medidas cautelares (*periculum in mora*) por parte de la CNMC:

“las medidas provisionales adoptadas pretenden evitar los perjuicios que, de seguir estas prácticas contractuales distorsionadoras de la competencia se irrogarían a los demás operadores que compiten en el mercado relevante afectado, por lo que las medidas cumplen con la finalidad de asegurar el efecto útil de la resolución que pudiera recaer”.

De hecho, son precisamente riesgos de esta naturaleza los que determinaron la conveniencia de diseñar un test de replicabilidad económica para los productos comercializados sobre la red de fibra óptica de Telefónica (tal y como por otra parte

²⁰ El servicio NEBA local resulta accesible a partir de las centrales cabecera de Telefónica, hasta donde los operadores alternativos precisan llegar haciendo uso de sus propios medios. Por su parte, la conexión para la provisión del servicio NEBA fibra se hace a partir de un número más reducido de puntos de acceso (50) a partir de los cuales se cubre un ámbito geográfico mayor (nivel provincial) que en el caso del servicio NEBA local (nivel local).

postula la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 2013 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 ancha²¹).

La importancia de delimitar –aun con carácter provisional– las condiciones económicas que resultarán de aplicación al servicio NEBA local queda asimismo de manifiesto habida cuenta de que, una vez el servicio NEBA local esté operativo, en determinadas áreas geográficas se procederá a la supresión de algunas de las obligaciones que Telefónica tenía impuestas hasta la fecha.

En efecto, la Resolución de los mercados 3 y 4 establece en su Anexo 7 (Prestación con carácter transitorio del servicio NEBA fibra) que, a partir de la adopción de dicha Resolución, Telefónica deberá atender con carácter transitorio las solicitudes de acceso por parte de terceros operadores al servicio de acceso NEBA, en todos sus accesos FTTH que estén situados en el área de cobertura de las centrales locales de la zona competitiva (mercado 3b_1) localizadas fuera de la zona BAU. Sin embargo, según el Anexo 7 precitado:

*“El plazo para la prestación de este servicio transitorio se extenderá hasta el momento en que esté operativo el servicio mayorista NEBA local, estando previsto que la implantación de dicho servicio requiera de un período de tiempo de aproximadamente 18 meses. A partir de dicho momento, Telefónica no estará obligada a aceptar nuevas altas del servicio mayorista de acceso indirecto NEBA (con PAI provincial) en su variante residencial sobre esos accesos FTTH, sin perjuicio de la obligación de Telefónica de facilitar en todo caso la migración desde dicho servicio mayorista hacia otras modalidades de acceso”*²².

QUINTO.- Proporcionalidad

La adopción de una medida provisional en el presente procedimiento se considera idónea y plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad²³, habiéndose

²¹ DOUE L251/13 de 21 de septiembre de 2013. Según el Considerando (50) de la Recomendación, “para que [la flexibilidad tarifaria permitida a los operadores que invierten en redes NGA] no dé lugar a precios excesivos en mercados donde se haya encontrado PSM, debe ir acompañada de salvaguardias adicionales para proteger la competencia. A tal efecto, la obligación de no discriminación más estricta, es decir, la correspondiente a la EdI y la replicabilidad técnica, se debe completar con una garantía de la replicabilidad económica de los productos descendentes combinada con la regulación de los precios de los productos de acceso al cobre al por mayor”.

²² El subrayado es añadido. El citado Anexo 7 señala igualmente que se prevé un plazo de tiempo de aproximadamente seis meses, durante el que la CNMC monitorizará la evolución del servicio NEBA local. Como se ha señalado, Telefónica deberá mantener las condiciones de la oferta de referencia de NEBA para los accesos FTTH acogidos a este servicio transitorio hasta que la CNMC determine por Resolución el correcto funcionamiento del servicio NEBA local.

²³ El principio de proporcionalidad exige que los medios adoptados sean adecuados para lograr el objetivo perseguido y no rebasen los límites de lo que resulta necesario para su logro, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos

llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que se trata de satisfacer y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la medida provisional. En este sentido, la medida provisional que se plantea no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC).

En concreto, la medida provisional se ciñe a lo estrictamente necesario para asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones que la CNMC fijó en la Resolución de los mercados 3 y 4, en particular en lo que se refiere a la puesta a disposición de los operadores alternativos del servicio mayorista NEBA local.

Como se ha indicado, la Resolución de 10 de enero de 2017 por la cual se aprueba la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA local dispone en su resuelve tercero que dicho servicio mayorista deberá estar operativo a partir del 19 de enero de 2018. La medida aquí planteada tiene por consiguiente un carácter transitorio, sin vocación de permanencia, pues empezará a desplegar sus efectos en el hito temporal que fijaba la Resolución de 10 de enero de 2017, y exclusivamente hasta el momento en que se apruebe la medida definitiva relativa a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica en el segmento residencial, en el presente procedimiento.

Se garantiza de esta manera que tanto Telefónica como los operadores alternativos puedan disponer de una referencia estable de precios que regulará sus negociaciones en materia de acceso hasta la finalización del procedimiento principal, de tal forma que el acceso al servicio NEBA local se lleve a cabo sin ningún tipo de dilación desde el momento en que dicho servicio mayorista se encuentra técnicamente disponible.

Desde el punto de vista de Telefónica, la medida planteada resulta plenamente proporcionada. En efecto, la presente medida provisional garantiza a Telefónica el abono de una contraprestación económica razonable por el acceso a un servicio mayorista regulado, como es el servicio mayorista NEBA local, a partir del momento en que el mismo esté disponible. Debe a estos efectos recordarse que, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 10 de enero de 2017 por la que se aprueba la oferta de referencia del servicio NEBA local, en la actualidad los operadores alternativos ya están llevando a cabo solicitudes de establecimiento y pruebas de PAI-L por vías alternativas a NEON, por lo que puede asumirse que las primeras solicitudes formales de acceso se llevarán a cabo de manera inminente.

Asimismo, la entrada en funcionamiento del servicio NEBA local (incluyendo la verificación en sede provisional de sus precios) permitirá a Telefónica cesar en la provisión de nuevas altas del servicio de acceso indirecto NEBA fibra, en aquellas áreas geográficas donde la existencia de dicho servicio mayorista se supeditó a la puesta en servicio de una alternativa regulada como es el servicio NEBA local.

onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos, ver asunto C-331/88, *Fedesa*, sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990.

En lo que se refiere al criterio de proporcionalidad, debe recordarse por último que la medida se ciñe a la determinación del precio de un insumo (el servicio NEBA local) que en la actualidad no se encuentra aún disponible y sobre el que no existen referencias en materia de precios. La medida así planteada no se extiende por consiguiente al otro servicio mayorista sujeto a un test de replicabilidad económica (el servicio NEBA fibra), al existir para este servicio una referencia de precios que permitirá su contratación mientras se procede a la adopción de la medida definitiva relativa al procedimiento OFMIN/DTSA/004/16²⁴.

Cabe concluir en definitiva que las medidas planteadas en sede provisional son plenamente consecuentes con el principio de proporcionalidad y resultan idóneas para alcanzar los objetivos perseguidos.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- De conformidad con los mecanismos de verificación de la replicabilidad económica de las ofertas comerciales de Telefónica que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene actualmente establecidos, los precios máximos del servicio de acceso NEBA local serán los indicados en el Anexo I.

SEGUNDO.- Los precios del servicio de acceso NEBA local se mantendrán vigentes hasta el momento en que se apruebe la Resolución por la que se ponga fin al presente procedimiento, relativo a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial.

TERCERO.- Los precios del servicio de acceso NEBA local se incorporarán a la oferta de referencia del citado servicio mayorista, y serán publicados en las páginas web tanto de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como de Telefónica de España, S.A.U.

CUARTO.- Comunicar, en virtud de lo establecido en el artículo 5.6 del Reglamento de Mercados y el artículo 7.9 de la Directiva marco, la presente Resolución a la Comisión Europea, a las Autoridades Nacionales de Reglamentación de otros Estados miembros de la Unión Europea, al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE), al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital y al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

²⁴ Como se ha indicado, de conformidad con lo previsto en la Resolución de los mercados 3 y 4, hasta que la CNMC proceda a la adopción de una metodología de análisis de las ofertas comerciales de Telefónica soportadas sobre su red de fibra óptica, resultarán de aplicación los precios actualmente en vigor del servicio NEBA fibra, sin perjuicio de la facultad de la CNMC para modificar los precios relativos a elementos comunes a los accesos de cobre, como los servicios soporte.

QUINTO.- Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

SEXTO.- La presente Resolución surtirá efectos a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

ANEXO I: PRECIOS PROVISIONALES DEL SERVICIO NEBA LOCAL

INDICE

1 INTRODUCCIÓN.....	19
2 SERVICIO NEBA LOCAL	20
2.1 Cuotas aperiódicas del servicio NEBA LOCAL en concepto de alta	20
2.2 Cuotas aperiódicas del servicio NEBA LOCAL en concepto de post-ventas ..	20
2.3 Cuotas periódicas del servicio NEBA LOCAL	21
3 SERVICIOS SOPORTE	21
3.1 Cuotas asociadas al LAGL.....	21
3.2 Cuotas post-venta asociadas a los Servicios Soporte.....	22

1 INTRODUCCIÓN

Este Anexo recoge los precios que el OPERADOR AUTORIZADO deberá pagar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA como contraprestación por el Servicio NEBA LOCAL. El OPERADOR AUTORIZADO estará obligado a satisfacer los precios vigentes en cada momento. Los precios están recogidos en los siguientes apartados estructurados como:

- Servicio NEBA LOCAL
- Servicios Soporte del NEBA LOCAL

2 SERVICIO NEBA LOCAL

2.1 Cuotas aperiódicas del servicio NEBA LOCAL en concepto de alta

Las cuotas aperiódicas del servicio NEBA LOCAL en concepto de alta son:

	Cuota (€)
Alta sobre vacante (con instalación PTRO)	68,17
Alta sobre ocupado	21,75

2.2 Cuotas aperiódicas del servicio NEBA LOCAL en concepto de post-ventas

	Cuota (€)
Modificación de parámetros técnicos	21,75
Migración de conexión entre LAGL	21,75
Instalación PTRO (1)	68,17
Baja	19,27
Notificación de falsa avería (incluye el coste por desplazamiento a domicilio, en su caso) (2)	26,12

(1) El PTRO forma parte del Servicio NEBA LOCAL no obstante se prevé el caso de que OPERADOR AUTORIZADO pueda solicitar la reinstalación del PTRO.

(2) Cuando se reciba del operador un aviso de avería o incidencia y finalmente se compruebe que el fallo no es debido a defectos en la prestación del servicio por parte de Telefónica de España, se deberá abonar la siguiente cuantía en concepto de notificación de falsa avería o incidencia sin fundamento, independientemente de si se ha producido desplazamiento del técnico al domicilio del abonado o no. Idéntico importe será de aplicación a los franqueos indebidos.

2.3 Cuotas periódicas del servicio NEBA LOCAL

Las cuotas periódicas del servicio NEBA LOCAL son:

	Cuota mensual (€)
Modalidad	19,93

Las cuotas del servicio de mantenimiento premium son:

Mantenimiento NEBA LOCAL		Cuota mensual (€)
Mantenimiento Integral Fibra (MIF)	“Día siguiente”	10

3 SERVICIOS SOPORTE

3.1 Cuotas asociadas al LAGL

Las cuotas de alta y mensual asociadas al PAI-L son:

LAGL	Alcance	Cuota de alta (€)	Cuota mensual (€)
1 Gbps	Largo	549,15	54,96
	Medio	467,26	42,46
	Corto	385,37	29,96
nx1 Gbps	Largo	nx549,15	nx54,96
	Medio	nx467,26	nx42,46
	Corto	nx385,37	nx29,96
10 Gbps	Largo	2.249,22	314,35
	Medio	2112,16	293,44
	Corto	1.975,10	272,53
nx10 Gbps	Largo	nx2.249,22	nx314,35
	Medio	nx2112,16	nx293,44
	Corto	nx1.975,10	nx272,53

3.2 Cuotas post-venta asociadas a los Servicios Soporte

<i>Movimiento</i>	<i>Cuota (€)</i>
Modificación Tipo Ethernet (ethertype)	120
Modificación (aumento/disminución) de la capacidad de un LAGL (1)	240

- (1) Tanto el aumento de la capacidad de un LAGL (que implica la adición de una o más interfaces) como la disminución de la capacidad, conllevan la modificación de las correspondientes cuotas periódicas asociadas al servicio soporte. En el caso del aumento de capacidad, se abonará adicionalmente, la cuota de alta correspondiente al incremento de enlaces en dicho LAGL.

ANEXO II – ALEGACIONES DE LOS OPERADORES Y CONTESTACIÓN A LAS MISMAS

1. Valoración del precio de NEBA local planteado en sede provisional

Alegaciones de los operadores

En sus alegaciones al trámite de audiencia, Orange, Vodafone y Más Móvil cuestionan la propuesta de la CNMC, conforme a la cual el precio de acceso al servicio NEBA local debe establecerse transitoriamente en 19,93 euros/mes, al ser éste el precio resultante de analizar los productos de banda ancha ultrarrápida de Telefónica conforme a la metodología actualmente vigente, y permitir el citado precio mayorista un alineamiento con el precio que rige en la actualidad el acceso al servicio NEBA fibra.

Según estos agentes, el precio de 19,93 euros/mes estaría en contradicción con el precio mayorista planteado por la DTSA en el trámite de información pública del procedimiento relativo a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial, y que fue puesto a disposición de los operadores en fecha 28 de abril de 2017. Dado que en dicha consulta pública el umbral para la determinación del precio de acceso para los servicios NEBA local y NEBA fibra se establecía en 17,52 euros/mes, este es el precio que debería aprobarse en sede provisional para ambos servicios regulados (y no solamente para el servicio NEBA local).

Orange y Más Móvil destacan asimismo la diferencia entre el precio propuesto en sede provisional y los 17,52 euros de precio mensual máximo para NEBA local planteado en la consulta pública, que no debería existir si los parámetros utilizados en la metodología vigente y en la consulta pública de 28 de abril de 2017 estuvieran realmente “alineados”. Vodafone y Orange consideran asimismo que un precio de 19,93 euros/mes no permite a los operadores replicar las ofertas de Telefónica, y apuntan que la discrepancia entre ambas magnitudes reside en la aplicación del *mix* de servicios mayoristas de la metodología vigente. En opinión de ambos operadores, este *mix* no debería ser tenido en cuenta para determinar la replicabilidad de NEBA local.

En sentido contrario, Telefónica señala que la metodología vigente prevé la aplicación de un *mix* de servicios mayoristas, y que sería posible incrementar el precio de NEBA local a [CONFIDENCIAL]. Es más, Telefónica solicita que el análisis de replicabilidad tenga en cuenta los parámetros más actualizados disponibles por la CNMC, aun cuando los mismos aún no hayan sido aprobados en la última actualización de los mismos. Concretamente, Telefónica considera que la CNMC debería utilizar los costes actualizados del OMV más eficiente alojado en su red, pues son menores que aquéllos que utiliza la metodología vigente conforme a la última actualización de parámetros.

Por último, para Orange y Vodafone, la determinación de un precio en sede provisional que resulte superior al planteado en el trámite de información pública de 28 de enero de 2017 podría resultar contrario a la Resolución de los mercados 3 y 4, conforme a la cual la nueva metodología deberá (según Orange y Vodafone) resultar de aplicación a partir del momento en que el NEBA local esté disponible. La práctica decisonal previa del regulador sectorial²⁵ ampararía por otra parte la determinación de un precio provisional sobre la base de datos más actualizados que los que obraban en un primer momento a disposición del regulador (a fin de tener en cuenta por ejemplo los resultados derivados de la más reciente contabilidad de costes del operador con PSM).

Respuesta de la CNMC

En relación con las alegaciones de Orange, Vodafone y Más Móvil, la Resolución de los mercados 3 y 4 no supeditaba la aplicación de la nueva metodología en materia de replicabilidad a la entrada en vigor del servicio NEBA local, sino a la aprobación definitiva de la misma vía resolución de la CNMC. Así por ejemplo, la Resolución de los mercados 3 y 4 establece de forma meridiana que el precio del servicio NEBA fibra actualmente en vigor seguirá resultando de aplicación hasta el momento en que se apruebe la resolución por la que se pone fin al procedimiento relativo a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica (OFMIN/DTSA/004/16)²⁶. En el mismo sentido, en la sección III.4.7.5.3 (replicabilidad económica) de la Resolución de los mercados 3 y 4 se indicaba que *“En un plazo no superior al año desde la entrada en vigor de la presente Resolución, la CNMC aprobará los detalles de la metodología. Las condiciones económicas de los servicios NEBA local y NEBA fibra no se fijarán conforme a esta metodología aprobada hasta que el servicio NEBA local no se haya efectivamente implantado, lo cual requerirá un período de tiempo de aproximadamente 18 meses desde la entrada en vigor de la presente Resolución”*²⁷.

Es decir, las previsiones contempladas en la nueva metodología –y las nuevas condiciones económicas que de su aplicación se deriven– no resultarán de aplicación hasta que la misma haya sido formalmente aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria.

La propuesta de la DTSA sometida a audiencia en fecha 30 de noviembre de 2017 ponía igualmente de manifiesto las razones por las que el análisis de replicabilidad llevado a cabo en el momento actual debe efectuarse sobre la base de los principios y criterios contenidos en la metodología aún vigente (incluyendo los parámetros aprobados en la última actualización semestral llevada a cabo por la CNMC). Cabe en particular recordar que el informe remitido a los interesados en fecha 28 de abril de

²⁵ En particular, la Resolución de 3 de mayo de 2012 por la que se adopta una medida cautelar en relación con los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP (DT 2011/739).

²⁶ Sin perjuicio de las revisiones que la CNMC lleva periódicamente a cabo en relación con el precio de la capacidad en PAI del servicio NEBA.

²⁷ El subrayado es añadido.

2017 contiene una propuesta de la DTSA, que está aún pendiente de aprobación por parte del órgano decisorio de la CNMC en materia de telecomunicaciones, esto es la Sala de Supervisión Regulatoria.

Por otra parte, respecto a los precedentes regulatorios invocados por Orange, debe indicarse que el precio regulado del servicio NEBA local no está sometido a un criterio de orientación a costes (como era el caso de los insumos soportados sobre la red de cobre de Telefónica). Por tanto, en contraposición con lo dispuesto en la Resolución de 3 de mayo de 2012 citada por Orange, en el caso presente no resulta procedente acudir a la contabilidad de costes del operador con poder significativo de mercado para plantear en sede provisional un precio distinto del que resultaría de aplicar la metodología de análisis que en la actualidad sigue vigente, y sobre cuya base se siguen analizando las ofertas comerciales de Telefónica soportadas sobre su red de fibra óptica.

En lo que respecta a las alegaciones concernientes a la replicabilidad, el hecho de que el precio de 19,93 euros que se establece en sede provisional sea superior a los 17,52 euros que figuran en la consulta pública de 28 de abril de 2017 no implica que el primero de estos precios no permita a un operador alternativo replicar los productos de banda ancha de Telefónica. Como se indicó en el informe de audiencia, los parámetros utilizados en la consulta pública de 28 de abril de 2017 están alineados con los utilizados en la metodología vigente. Sin embargo, debe distinguirse entre los parámetros que utilizan ambas metodologías –que se encuentran alienados– y los criterios de interpretación que aplican cada una de ellas. La metodología vigente y la propuesta en la consulta pública de 28 de abril de 2017 presentan diferentes naturalezas, y ello supone la aplicación de unos criterios de análisis distintos. Entre estas diferencias de criterio destacan las siguientes:

- La metodología vigente calcula un VAN para todos los productos BAU del catálogo comercial de Telefónica, mientras que para el ERT sometido a consulta pública el análisis de replicabilidad se limita a aquellos productos calificados como “emblemáticos”.
- El cálculo del VAN que se realiza en el marco de la metodología vigente no tiene en cuenta el coste correspondiente a las ofertas promocionales que Telefónica comercialice. Por el contrario, el cálculo del VAN que se propone en la consulta pública introduce el coste promocional medio (por cliente y mes) incurrido por Telefónica en los últimos 12 meses, y que en la consulta pública se eleva a **[CONFIDENCIAL]** euros por cliente y mes
- La metodología vigente utiliza un *mix* basado en una ponderación al 50% entre despliegue propio y NEBA fibra. La Resolución de los mercados 3 y 4 descarta de manera específica el uso de este *mix*, y así se recoge en la consulta pública.

Esta Comisión considera que los precios de NEBA local deben cumplir las exigencias de la metodología actualmente vigente, conocida por todos los operadores, y no las de aquella otra cuya versión definitiva no ha sido aprobada, y que puede experimentar variaciones con respecto a la sometida a consulta en función de las alegaciones de los interesados y/o de los comentarios de la Comisión Europea y el resto de ANR. De igual manera, tampoco resultarán de aplicación aquellas otras previsiones contenidas en el documento de consulta pública que suponen un cambio de criterio con respecto a la metodología vigente (por ejemplo, el tratamiento en el test de las ofertas promocionales). Contrariamente a lo que concluye Vodafone, la utilización de unos criterios distintos a los propuestos en la consulta pública –en algunos casos, más estrictos– no significa que el precio de 19,93 euros para NEBA local conlleve la irreplicabilidad de los productos BAU de Telefónica o de las promociones que este operador comercialice²⁸.

Por otra parte, el establecimiento en sede provisional de un precio de **[CONFIDENCIAL]**, propuesto por Telefónica, no puede ser aceptado en el marco del presente procedimiento. La equivalencia de los precios establecidos en sede provisional para NEBA local y los 19,93 euros de NEBA fibra no sólo responde a cuestiones de carácter técnico. También garantiza que todas las ofertas promocionales que Telefónica comercializa, y que se han analizado basándose en un precio de NEBA fibra de 19,93 euros, continuarían siendo replicables si se tomara como referencia NEBA local. Este extremo no se garantiza con un precio de NEBA local de **[CONFIDENCIAL]**.

Finalmente, la CNMC ha respondido en ocasiones anteriores a solicitudes de Telefónica de utilizar los últimos datos correspondientes a determinados parámetros²⁹. Las actualizaciones de parámetros se llevan a cabo de manera global, y no sólo para algunos valores. Es decir, debe descartarse una actualización selectiva de determinados parámetros empleados en la metodología, manteniendo otros inalterados. Por ejemplo, unos precios de originación móvil actualizados a diciembre de 2017 deben aplicarse a los tráficos correspondientes al mismo periodo; de otra manera, se obtiene un resultado inadecuado.

En definitiva, es en el contexto de las revisiones semestrales de parámetros donde se actualizan globalmente los valores que se utilizan en el test.

2. Regularización de los precios definitivos de NEBA local y NEBA fibra

²⁸ De hecho, en tanto se utilice como referencia la metodología vigente Telefónica no podrá contar con la flexibilidad para lanzar promociones que otorga la metodología sometida a consulta pública de 28 de abril de 2017, sino que deberá ajustarse a las restricciones actualmente en vigor.

²⁹ Véase por ejemplo la más reciente actualización de parámetros, aprobada mediante Resolución de 25 de julio de 2017 (OFMIN/D TSA/003/17/REVISIÓN DE PARÁMETROS DE LA METODOLOGÍA_17).

Alegaciones de los operadores

Con carácter subsidiario con respecto a los argumentos expuestos en el apartado anterior, Orange y Vodafone consideran que los precios que finalmente se fijen para el acceso a los servicios NEBA local y NEBA fibra, una vez la CNMC apruebe la resolución por la que se ponga fin al procedimiento relativo a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica, deberán aplicarse con carácter retroactivo a partir de la fecha en que se adopte la medida provisional (o en su defecto, a partir de la fecha en que el NEBA local esté disponible). En similares términos, Más móvil considera que la CNMC debería aclarar si los precios que finalmente estarán en vigor una vez finalice la tramitación del procedimiento principal serán aplicados o no con carácter retroactivo a partir del momento en que el NEBA local esté disponible.

Respuesta de la CNMC

En relación con esta cuestión, procede reiterar que, en lo que se refiere al servicio NEBA fibra, en la actualidad existe una referencia de precios, que hace innecesaria la intervención del regulador sectorial en sede provisional. Dado que la presente medida provisional se limita por consiguiente al servicio NEBA local, la regularización de los precios de dicho servicio mayorista una vez se proceda a la adopción de la resolución definitiva daría lugar a posibles divergencias a nivel regulatorio entre dos productos mayoristas (el NEBA local y el NEBA fibra) que se encuentra íntimamente relacionados.

La regularización de los precios del NEBA local una vez se adopte la medida definitiva no es por otra parte una medida que se estime proporcionada o que resulte necesaria, habida cuenta del carácter incipiente de este servicio (respecto del cual no se empezarán a producir contrataciones hasta enero del 2018).

Debe por último señalarse que la decisión acerca de la conveniencia de proceder o no a la regularización de los precios de los servicios mayoristas regulados ha de evaluarse caso a caso y compete en última instancia al regulador sectorial. A este respecto, la adopción de una medida de esta índole no está justificada en el presente procedimiento, habida cuenta de que –en contraposición con el precedente invocado por Vodafone³⁰– no se ha detectado la existencia de incumplimientos por parte de Telefónica de los que este agente pueda beneficiarse (por ejemplo en lo que se refiere al sometimiento estricto a las obligaciones de control de precios), ni los actos procedimentales que quedarán pendientes a partir de la adopción de las presentes medidas dependen de la actuación del operador declarado con poder significativo de mercado en los mercados de referencia, sino de la propia Administración³¹.

³⁰ Resolución de 27 de marzo de 2008 sobre la revisión de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha (OIBA) de Telefónica (MTZ 2006/1019).

³¹ Ver a este respecto sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 2015 y 15 de enero de 2016 (rec. cont. administrativo 181/2014 y 187/2014), en relación con los recursos interpuestos por

3. Otras cuestiones planteadas

Alegaciones de los operadores

En su escrito de alegaciones, Masmóvil hace referencia a la oferta convergente de Telefónica, comercializada bajo la marca Tuenti, consistente en un servicio de acceso a Internet de banda ancha de 50Mbps, que incluye un componente móvil con llamadas a 0 céntimos por minuto y una franquicia de datos móviles de 1,5GB. Este operador considera que dicha oferta es “difícilmente replicable”, y aporta sus propios cálculos para sostener su afirmación. Aunque MásMóvil reconoce que la denuncia de la presunta irreplicabilidad de una oferta excede el ámbito de esta medida provisional, solicita que la información que aporta sea tenida en cuenta en la Resolución que finalmente se adopte relativa al test de replicabilidad económica residencial.

Respuesta de la CNMC

En respuesta a Masmóvil, cabe aclarar que la Resolución de los mercados 3 y 4 obliga a Telefónica a notificar a la CNMC con 30 días de antelación todas las ofertas comerciales de carácter indefinido que pretenda lanzar al mercado. La oferta a la que Masmóvil hace referencia fue comunicada a la CNMC y sometida al test de replicabilidad conforme a la metodología vigente, por lo que no cabe hacer valoraciones adicionales.

Orange y Telefónica contra la Resolución de 30 de enero de 2014 por la que se revisan los precios de los servicios mayoristas de banda ancha GIGADSL, ADSL-IP y NEBA (DT 2011/739).