

RESOLUCION POR LA QUE SE ARCHIVA EL PROCEDIMIENTO INICIADO PARA LA INCLUSIÓN DE UN NUEVO PERFIL EN LA OFERTA DE REFERENCIA DEL SERVICIO MAYORISTA NEBA POR DESAPARICIÓN SOBREVENIDA DE SU OBJETO

OFE/DTSA/001/21 NEBA PERFIL 500M

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Dña. Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 24 de junio de 2021

Visto el expediente relativo a la inclusión de un nuevo perfil en la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Escrito de solicitud de Telefónica

Con fecha 5 de mayo de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Telefónica por el que solicita la creación de un nuevo perfil denominado "500M" así como la autorización para replicar temporalmente un perfil minorista de estas características con los perfiles existentes en las Ofertas de Referencia de NEBA FTTH y NEBA FTTH Empresas.

Segundo.- Inicio de procedimiento

Mediante escrito a los interesados de fecha 12 de mayo de 2021 la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual comunicó el inicio de oficio de un procedimiento administrativo para la inclusión de un nuevo perfil en la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA.

Tercero.- Escrito adicional de Telefónica

Con fecha 24 de mayo de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Telefónica por el que manifiesta y deja constancia de las razones por las que, en su opinión, ya no resulta necesario crear nuevos perfiles en NEBA, solicitando que se declare concluso el presente expediente.

Cuarto.- Alegaciones de los operadores

Con fecha 2 de junio de 2021 tuvieron entrada en el Registro de la CNMC escritos de alegaciones de Vodafone España, S.A. Unipersonal y Vodafone ONO, S.A. Unipersonal (en adelante, referidos conjuntamente como Vodafone).

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1 Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto el estudio de la solicitud de crear un nuevo perfil denominado “500M” y de autorización para replicar temporalmente un perfil minorista de estas características con los perfiles existentes.

II.2 Habilitación competencial

En el marco de sus actuaciones la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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 (en lo sucesivo, 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*”, estableciéndose en el artículo 5.1.a) entre sus funciones la de “*supervisión y control de todos los mercados y sectores productivos*”. En concreto en lo referente al sector de las comunicaciones electrónicas, el artículo 6 dispone que la CNMC “*supervisará 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.

Para realizar las citadas labores de supervisión y control los artículos 6 de la LCNMC y 70.2, letras a), b) y c) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), otorgan a esta Comisión, entre otras, las funciones de (i) definición y análisis de los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, (ii) la identificación del 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, y (iii) en su caso, cuando proceda, la imposición de obligaciones regulatorias a los mismos que correspondan. Todo ello de acuerdo con el

procedimiento y efectos determinados en los artículos 13 y 14 de la misma LGTel y en su normativa de desarrollo.

Asimismo, el artículo 7.2 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado mediante Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento MAN)¹, señala que este organismo podrá determinar la información concreta que deberán contener las ofertas, el nivel de detalle exigido y la modalidad de su publicación o puesta a disposición de las partes interesadas, habida cuenta de la naturaleza y propósito de la información en cuestión. El artículo 7.3 de dicho Reglamento dispone que esta Comisión podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones.

A su vez, el artículo 69.2 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, dispone igualmente que la autoridad nacional de reglamentación podrá, entre otras cosas, imponer cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la Directiva.

Por consiguiente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 3/2013, esta Comisión resulta competente para introducir cambios en la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA.

Finalmente, y atendiendo a lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, así como en lo dispuesto en los artículos 8.2 j) y 14.1 b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de esta Comisión, el órgano decisorio competente para la resolución del presente expediente es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

II.3 Previsiones sobre replicabilidad

Con fecha 24 de febrero de 2016, el Pleno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, 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 (en adelante, 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.

¹ Vigente de acuerdo con la Disposición Transitoria Primera de la LGTel.

En dicha Resolución se impuso a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) la obligación de proporcionar un servicio mayorista de acceso desagregado virtual al bucle de fibra óptica (FTTH), denominado NEBA local, en los términos de su Anexo 4, y servicios mayoristas de acceso indirecto de banda ancha (NEBA) en los términos de su Anexo 5. Las obligaciones de acceso impuestas en dichos Anexos incluyen, en su apartado 1.d, la obligación de que Telefónica comunique a la CNMC con suficiente antelación (i) los nuevos servicios y (ii) la modificación de las condiciones de prestación aplicables a los servicios minoristas de banda ancha.

La Resolución de los mercados 3 y 4 establece una serie de obligaciones en relación con los servicios mayoristas de acceso desagregado virtual y de acceso indirecto a la red de Telefónica. En particular, la obligación de acceso del Anexo 4 impone, en relación con NEBA local, que dicho servicio *“Permitirá la replicabilidad técnica de todos los elementos contenidos en las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice Telefónica sobre accesos FTTH”*. También el Anexo 5 impone, en relación con NEBA, que este deberá *“Facilitar un acceso mayorista suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice”*.

Igualmente, se impone a Telefónica una obligación de control de precios; sobre los accesos FTTH, Telefónica deberá ofrecer los servicios de acceso (desagregado virtual e indirecto) a precios sujetos a un control de replicabilidad económica, basado en los tests de replicabilidad en los términos previstos en el Anexo 6 de la mencionada Resolución, en aplicación de lo previsto en la Recomendación de la Comisión Europea relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes.

Es decir, en el caso de los accesos de fibra (FTTH), el análisis de mercados de banda ancha establece dos principios en relación con las ofertas minoristas de Telefónica: la replicabilidad técnica y económica de las mismas.

Por tanto, cuando Telefónica quiera comercializar nuevos servicios minoristas, deberá asegurar la replicabilidad técnica y económica de los mismos mediante los correspondientes mecanismos previstos en el análisis de mercados. En el caso de la replicabilidad técnica, es de aplicación lo establecido en el apartado 1.d de los anexos 4 y 5:

En el caso de lanzamiento de modalidades en los servicios minoristas de banda ancha ofrecidos por Telefónica o cualquier empresa de su grupo empresarial que incluyan características o parámetros técnicos no incluidos en su oferta mayorista (es decir, elementos que no permitan la replicabilidad técnica de sus ofertas minoristas mediante el servicio mayorista de referencia), este operador deberá comunicarlo y presentar a esta Comisión una propuesta para modificar la oferta, de manera que se posibilite dicha replicabilidad técnica de la oferta minorista de Telefónica.

En su comunicación, Telefónica deberá incluir el calendario esperado de eventos hasta la disponibilidad mayorista del servicio (incluyendo la aprobación de la nueva oferta por la CNMC). Telefónica no podrá proceder a la comercialización del servicio o modalidad a nivel minorista hasta pasado al menos un mes desde la disponibilidad mayorista que permita la replicabilidad técnica.

Por lo tanto, en el caso de la replicabilidad técnica, Telefónica deberá presentar una propuesta de modificación de la oferta de referencia de modo que se posibilite la replicabilidad técnica del servicio minorista que desea comercializar. Además, el servicio minorista no podrá comercializarse antes de un mes tras la disponibilidad mayorista.

II.4 Resumen de escritos

Escrito de solicitud

En su escrito de solicitud, Telefónica indicaba que tenía como objetivo comercializar una nueva modalidad minorista de 500 Mbps. Telefónica exponía que, dado que la replicabilidad técnica se encuentra garantizada con los perfiles mayoristas existentes en NEBA de 600 Mbps simétricos, tanto en las versiones residenciales como empresariales, no es necesario esperar a la disponibilidad del nuevo perfil de 500 Mbps para el lanzamiento de la nueva modalidad minorista, habida cuenta de que la replicabilidad técnica y económica está garantizada con los perfiles existentes. Por ello, solicitaba la posibilidad de replicar temporalmente un servicio minorista de 500 Mbps con los perfiles actualmente existentes en la Oferta de Referencia del servicio NEBA.

Añadía que iba a desarrollar, si la CNMC lo autorizaba, el perfil de 500 Mbps de tal manera que quedara incluido como es habitual, en la oferta de referencia de NEBA.

Las características del perfil a desarrollar serían las siguientes: 500/500 Mbps en calidad Best Effort (BE), 100/10 Mbps en calidad ORO, y 7/7Mbps en calidad Real Time (RT).

En cuanto al calendario de actuaciones, indica que el envío de guías de información adicional sería en un plazo de 2 meses a contar desde la autorización de CNMC, y la comunicación a los operadores de la disponibilidad de contratación del nuevo perfil sería en un plazo de 4 meses a contar desde la aprobación de la CNMC.

Segundo escrito de Telefónica

En su segundo escrito, Telefónica indica que, tras analizar detenidamente la situación, ha encontrado una solución alternativa que evitaría la necesidad de desarrollar un nuevo perfil en NEBA, de modo que propone la prestación de su oferta minorista de “500 Mbps” sobre perfiles actualmente existentes en la oferta de referencia NEBA.

En concreto, indica que el servicio minorista objeto de replicación mayorista se ofrece con la etiqueta comercial de “500 Mbps simétricos” pero se soporta sobre el perfil ya existente en red utilizado para la modalidad de 600 Mbps comercializada por Telefónica. Aporta la tabla publicada en las CONDICIONES GENERALES DEL SERVICIO O2 FIBRA donde figura el producto FTTH 500 Mb Simétrico con las siguientes características:

	Velocidad Red usuario	Sentido	Velocidad Sentido usuario - Red
300Mb + Fibra Simétrica	300.000 Kbit/s		300.000 Kbit/s
500Mb + Fibra Simétrica	600.000 Kbit/s		600.000 Kbit/s
600Mb + Fibra Simétrica	600.000 Kbit/s		600.000 Kbit/s

Añade que este perfil comercial minorista ya existente de 600 Mb/s es replicable mediante los perfiles mayoristas de NEBA f28, f29 y g18 (todos ellos con 600 Mb/s de tráfico best effort u oro), así como con el perfil f3 de NEBA local (con 1000 Mb/s de tráfico best effort).

Indica finalmente que esto anula la necesidad de crear el perfil solicitado en su escrito anterior, de modo que solicita que se declare concluso el expediente.

Escrito de alegaciones de Vodafone

Vodafone expone que los perfiles existentes en la oferta de referencia NEBA no permiten replicar una oferta minorista de 500 Mbps. Solo el servicio NEBA local está configurado para poder replicar técnicamente conexiones con velocidades menores a partir de un perfil de máxima velocidad. La replicabilidad técnica con el servicio NEBA requiere necesariamente de la existencia de un perfil comercial mayorista con esta velocidad.

Considera que el análisis de los mercados 3a, 3b y 4 no incluye excepciones ni contempla la posibilidad de que el requisito de replicabilidad técnica pueda ser obviado previa autorización de la CNMC, ni siquiera temporalmente. Por ello, no existe justificación para que se autorice a Telefónica a comercializar productos minoristas de 500 Mbps con anterioridad al transcurso de un mes desde que se ponga a disposición de los operadores un perfil mayorista de 500 Mbps en la oferta NEBA.

II.5 Desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento

La solicitud inicial de Telefónica constaba de dos partes: por un lado, solicitaba la creación de un nuevo perfil mayorista en NEBA, con 500/500 Mbps en calidad BE. Por otro lado, solicitaba una autorización temporal, hasta que esté disponible dicho perfil mayorista, para comercializar su modalidad minorista 500M, considerando que es replicable con los perfiles existentes de 600 Mb/s simétricos de NEBA.

Telefónica está haciendo referencia a la modalidad comercializada bajo su marca comercial O2, denominada “Fibra 500Mb + 30GB”. La Resolución de los mercados 3 y 4 establece la obligación de replicabilidad técnica y económica de sus ofertas minoristas de banda ancha. Dicha replicabilidad técnica, en el aspecto de velocidades de acceso a la red, tiene su plasmación mayorista en los perfiles de uso contenidos en las ofertas mayoristas, y que corresponden a perfiles de usuario en los equipos de la red de acceso (OLT).

En el caso de NEBA local, a diferencia de NEBA, no existe un perfil mayorista para cada modalidad minorista comercializable por los operadores, sino que un perfil dado permite la replicabilidad técnica de los servicios minoristas que utilicen una capacidad de cada tipo (BE, ORO o RT) igual o menor. Es decir, los operadores pueden ofrecer servicios minoristas con velocidades menores en una o varias calidades de tráfico limitando dichas velocidades en su red, lo que reduce el número de perfiles mayoristas necesarios. Por ello, no sería necesaria la creación en NEBA local de un perfil de 500Mbps, al existir perfiles de velocidades superiores.

Sin embargo, en NEBA, se viene manteniendo la necesidad de un perfil mayorista específico para cada velocidad minorista, de modo que los operadores no necesitan limitar la velocidad en su red (aunque pueden hacerlo), sino que pueden contar con que los equipos de red de Telefónica son los que aplican esta limitación. Este esquema, que viene aplicándose desde la definición de NEBA y al que también se ha referido Vodafone, podría en principio modificarse para igualarse a NEBA local, pero sería necesaria una modificación de la oferta de referencia cumpliendo todos los trámites.

Ahora bien, Telefónica, en su segundo escrito, plantea una alternativa a la solicitud inicial de creación del perfil mayorista en NEBA de 500 Mbps, indicando que el mencionado servicio minorista tiene “500M” como etiqueta comercial, pero se soporta sobre el perfil ya existente en red utilizado para la modalidad de 600 Mbps comercializada por Telefónica. Es decir, la velocidad de acceso a la red que dicho servicio permite es igual a la del servicio minorista “Fibra 600Mb + 50GB”.

En efecto, en las condiciones generales del servicio² se indican las características de velocidad de los servicios comercializados por O2, y en el apartado “4.2.Modalidades Servicio de O2 Fibra” se encuentra la tabla aportada por Telefónica en su segundo escrito, en la que se aprecia que la velocidad de acceso de los servicios “500Mb + Fibra Simétrica” y “600Mb + Fibra Simétrica” es idéntica, 600 Mbps. Además, en el apartado “4.3. Velocidad de las modalidades del Servicio O2 Fibra” se encuentra una tabla con las velocidades

² https://dlvt1u0vrr0ux.cloudfront.net/media/public/generales_servicio_fibra__a_05_05_21.pdf, enlace disponible en la sección “Condiciones legales” de la página web <https://o2online.es>, en su apartado “Servicio fibra”.

reales medidas por sondas, en la que se aprecia igualmente la identidad entre los servicios “FTTH 500 Mb Simétrico” y “FTTH 600 Mb Simétrico”.

Producto	Velocidad Nominal	Velocidad bajada (kbps)			Velocidad subida (kbps)		
		Máxima	Media	Mínima	Máxima	Media	Mínima
FTTH 300 Mb Simétrico	300 Mb / 300 Mb	300.000	299.829,00	283.929,00	300.000	292.185,00	284.847,00
FTTH 500 Mb Simétrico	600 Mb / 600 Mb	600.000	599.562,00	553.476,00	600.000	573.168,00	562.830,00
FTTH 600 Mb Simétrico	600 Mb / 600 Mb	600.000	599.562,00	553.476,00	600.000	573.168,00	562.830,00

Igualmente, el “Resumen de producto”³, que describe las características y componentes del servicio minorista ofrecido, contiene la siguiente tabla:

Producto	Velocidad nominal	Velocidad de bajada (kbps)			Velocidad de subida (kbps)		
		Máxima	Media	Mínima	Máxima	Media	Mínima
FTTH 500Mb simétrico	600Mb / 600Mb	600.000	599.562	553.476	600.000	573.168	562.830

Por lo tanto, cabe concluir que ambos servicios, a pesar de su diferente denominación comercial, son desde el punto de vista técnico el mismo servicio, de modo que la replicabilidad técnica del servicio minorista de 600 Mb/s aplica también al de 500 Mb/s. En consecuencia, no es necesario añadir perfiles adicionales en NEBA para asegurar la replicabilidad técnica del servicio minorista “500 Mb” comercializado por O2, no siendo necesario continuar con la modificación de la oferta de referencia.

Cabe señalar que, aun cuando Telefónica califica su segundo escrito como un escrito de “desistimiento de solicitud”, lo que se produce en última instancia es un cambio de las circunstancias que motivaron la incoación del actual procedimiento administrativo, y que determina la desaparición de su objeto. En efecto, de conformidad con las atribuciones que este organismo tiene encomendadas en materia de replicabilidad técnica, el objeto del procedimiento estaba inicialmente encaminado a valorar la necesidad de introducir determinados cambios en la oferta de referencia NEBA, dada la comercialización a nivel minorista de un perfil (500 Mb simétricos) que no estaba disponible en el nivel mayorista. Dicho objeto decae a raíz del escrito de Telefónica de fecha 24

3

https://dlvt1u0vrr0ux.cloudfront.net/media/public/fibra_500mb__movil_30gb_llamadas_ilimitada_s_zl.pdf, enlace disponible en el epígrafe “Resumen de producto” en la página web <https://o2online.es/fibra-y-movil-cp>, introduciendo un código postal en el que el producto esté disponible, como 28001.

de mayo, donde pone de manifiesto un cambio en las condiciones de comercialización del producto minorista, que como se ha visto pasará a prestarse sobre la base de los perfiles actualmente existentes en la oferta de referencia NEBA (en concreto, el perfil de 600 Mb simétrico). Debe a mayor abundamiento recordarse que, en este caso, el procedimiento de referencia se inicia de oficio por parte de este organismo, al ser su objeto la posible modificación de la oferta de referencia NEBA y los perfiles allí disponibles, a la luz de la primera comunicación efectuada por Telefónica y sobre la base de las obligaciones que este operador ha debido asumir en virtud de la regulación de los mercados de banda ancha.

Hechas estas consideraciones, se constata como se ha visto que el objeto del presente procedimiento ha desaparecido, sin que exista ninguna cuestión sobre la que la CNMC deba pronunciarse.

Tal y como dispone el artículo 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC):

“La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”.

En el mismo sentido, el artículo 84.2 de la LPAC establece como causa de terminación del procedimiento, la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que ponga fin al procedimiento por desaparición sobrevenida de su objeto ha de ser motivada, de conformidad con lo señalado en los artículos 35.1.g) y 84.2 de la LPAC.

Por consiguiente, ha de dictarse resolución declarando la desaparición del objeto del presente procedimiento, y en consecuencia archivar el presente expediente.

En virtud de los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

Primero.- Declarar concluso el procedimiento de análisis de la solicitud de Telefónica, procediéndose al archivo del procedimiento, por desaparición sobrevenida del objeto que justificó su iniciación y no existir motivos que justifiquen su continuación.

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.