

## **INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA SOBRE LA PROPUESTA DE LA CMT DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2012, RELATIVA A “LA REVISIÓN DE LA METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS EX ANTE DE LAS OFERTAS COMERCIALES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y DE DETERMINADAS OBLIGACIONES IMPUESTAS EN EL MARCO DE LOS MERCADOS 1 Y 5 DE LA RECOMENDACIÓN DE MERCADOS”**

### **I. INTRODUCCIÓN**

Con fecha 15 de noviembre de 2012 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) un escrito de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), en el que se recoge un proyecto de medida de la CMT sobre *“la revisión de la metodología ex ante de análisis de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de Mercados”* (proyecto de medida), y mediante el que se solicita a la CNC que emita el preceptivo informe, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 82 y 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y del artículo 3.1 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento de Mercados). En su solicitud, la CMT indica que el informe de la CNC tendrá el carácter de informe determinante a los efectos del artículo 17.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Este informe se estructura en los siguientes apartados.

En primer lugar, se recogen los fundamentos jurídicos que habilitan a la CMT para emitir el proyecto de medida, así como aquéllos que regulan la competencia de la CNC para emitir un informe sobre esta propuesta.

Posteriormente se citan los precedentes del proyecto de medida de la CMT, así como un breve resumen del contenido de la misma.

Por último, se desarrollan las observaciones de la CNC al proyecto de medida de la CMT, que son tanto de carácter formal como sustantivo.

### **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROPUESTA DE LA CMT Y DEL INFORME DE LA CNC**

El proyecto de medida sometido a informe de la CNC es inscrito por la CMT, desde un punto de vista formal, en el marco del análisis de los mercados relevantes, que se produce en el contexto más amplio de la reforma del marco reglamentario europeo aplicable a las comunicaciones electrónicas cuyos principios fueron fijados en la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/140/CE (Directiva Marco).

Por su parte, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, incorpora al ordenamiento jurídico español las directivas que constituyen el nuevo marco normativo en materia de comunicaciones electrónicas, y establece en sus artículos 10 y 13 una serie de principios que debe seguir la CMT a la hora de imponer y modificar las obligaciones específicas a los operadores que posean un poder significativo en cada mercado de referencia considerado.

La CMT menciona los artículos 2 a 5 del Reglamento de Mercados para determinar el procedimiento a seguir por la CMT para la identificación y análisis de los mercados de referencia en la explotación de redes y en el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas, y su facultad para imponer obligaciones específicas apropiadas a los operadores que posean un poder significativo en cada mercado considerado.

En todo caso, hay que tener en cuenta que el Reglamento de Mercados todavía no ha sido adaptado a las Directivas Comunitarias de 2009 ni a la transposición de las mismas mediante la modificación de la Ley 32/2003 que hizo el Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, por lo que determinadas disposiciones del mismo podrían no ser de aplicación.

Por otra parte, el artículo 10.2 de la Ley 32/2003 establece que el análisis de los mercados habrá de realizarse previo informe de la Comisión Nacional de la Competencia. Adicionalmente, el artículo 17.2.b) de la Ley 15/2007, en la redacción dada al mismo por la Disposición Final Trigésima Quinta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece que los reguladores sectoriales solicitarán informe, que tendrá carácter determinante, a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones, decisiones de carácter general o resoluciones en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.

Asimismo, los artículos 25.e) y 34.1.a) de la Ley 15/2007 establecen que el Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación, dictaminará sobre las cuestiones en las que la CNC deba informar de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente.

### **III. PRECEDENTES Y CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE LA CMT**

#### **A) Precedentes**

El proyecto de medida nominalmente revisa la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (TELEFÓNICA) y modifica determinadas obligaciones de información impuestas a TELEFÓNICA en el marco de los mercados 1 y 5.

Sin embargo, en la práctica el proyecto de medida extiende sus efectos a mercados adicionales, y además crea un nuevo bloque de obligaciones regulatorias.

Este proyecto de medida hace referencia a que **la metodología de análisis ex ante se ha desarrollado para determinar los márgenes máximos con que cuenta TELEFÓNICA** para su acción comercial en relación con los servicios incluidos **en determinados mercados sometidos a regulación**, en concreto, el mercado de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija (mercado 1<sup>1</sup>) y los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y banda ancha al por mayor (mercados 4 y 5<sup>2</sup>).

En este sentido, el proyecto de medida busca sustituir **la Resolución de la CMT de 26 de julio de 2007<sup>3</sup>, que establece una metodología que la CMT utiliza actualmente para revisar oferta por oferta cualquier tarifa o empaquetamiento comercial minorista que incluya el servicio de acceso telefónico fijo y banda ancha fija**, así como cualquier promoción sobre los mismos.

Mediante esta metodología actualmente vigente, la CMT calcula el valor actual neto (VAN) derivado de la prestación del servicio como flujo descontado de caja de los ingresos y costes asociados al servicio durante la vida media del cliente. Para calcular estos costes la CMT tiene en cuenta los costes mayoristas, otros costes de red y los costes minoristas específicos. Para los costes de los servicios mayoristas relacionados con los servicios de acceso a Internet de banda ancha, la CMT aplica una media ponderada del coste de los servicios mayoristas de acceso directo e indirecto conforme al uso real que los operadores alternativos hacen de cada una de las opciones.

Esta metodología vigente ya fue objeto de revisión por la CMT el 1 de octubre de 2009<sup>4</sup>, cuando introdujo determinadas modificaciones en relación con el

---

<sup>1</sup> Actualmente regulado por la Resolución de la CMT de 5 de marzo de 2009, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales, la designación de operadores con poder significativo de mercado, la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

[http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=5a66271f-7666-4dc3-90fd-bed08ecb3a26&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=5a66271f-7666-4dc3-90fd-bed08ecb3a26&groupId=10138)

<sup>2</sup> Actualmente regulado por la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

[http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=e64d16cf-e494-48e3-8cc7-d67e2f210db1&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=e64d16cf-e494-48e3-8cc7-d67e2f210db1&groupId=10138)

<sup>3</sup> [http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=7d351f1c-e52f-4404-b83c-63b6654cba5e&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=7d351f1c-e52f-4404-b83c-63b6654cba5e&groupId=10138)

<sup>4</sup> Resolución sobre la actualización de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U.

[http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ee3386e9-a0b9-41be-95c9-ffe93ed7f81b&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=ee3386e9-a0b9-41be-95c9-ffe93ed7f81b&groupId=10138)

análisis de las promociones dirigidas a clientes en planta de TELEFÓNICA, o en relación con las ofertas empaquetadas con servicios de acceso telefónico fijo y servicios móviles. Adicionalmente, el 3 de noviembre de 2011<sup>5</sup> la CMT hizo otra revisión e introdujo determinadas modificaciones en relación con el análisis de las promociones y los servicios empaquetados. La **metodología ex ante** revisada en teoría tiene como función **implementar las obligaciones impuestas por la CMT a TELEFÓNICA** en el marco de la regulación *ex ante* de **determinados mercados de referencia**, como se recoge a continuación.

El primero de ellos es el **mercado 1**, en el que entre otras obligaciones, la CMT impuso a TELEFÓNICA (en el punto 3 del anexo 1) que *“no podrá comercializar ofertas minoristas, que impliquen riesgos para la libre competencia como los descritos en el presente informe y otros de efecto similar, tales como:*

- *Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios);*
- *Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...);*
- *Prácticas discriminatorias, en particular, discriminación abusiva en términos de precios;*
- *Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).”*

En relación con estas obligaciones, la CMT hizo referencia a que para analizar las anteriores prácticas, serán de aplicación las disposiciones contenidas en la Resolución de la CMT de 26 de julio de 2007 objeto de revisión en el proyecto de medida que se informa, así como sus sucesivas actualizaciones.

Asimismo, la CMT impuso a TELEFÓNICA (en el punto 4 del anexo 1) determinadas obligaciones de transparencia en relación con los precios minoristas, que incluyen una obligación de notificación previa con una antelación de 21 días a su aplicación/comercialización efectiva de las ofertas comerciales minoristas y sus modificaciones que afecten a los servicios de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija a clientes residenciales y no residenciales (excluyendo a los clientes cuya facturación global por los conceptos de la oferta comercial supere los 12.000 euros). Estas obligaciones son objeto de modificación en el proyecto de medida de la CMT que se informa.

En todo caso, conviene tener en cuenta que actualmente la CMT está en proceso de revisión de este mercado 1, sin que en ningún momento la CMT haya fundamentado públicamente las razones por las que se debe revisar la

---

<sup>5</sup> Resolución por la que se revisa la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U.

[http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=65fde93b-2b07-42e4-9133-1c85ca98ba73&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=65fde93b-2b07-42e4-9133-1c85ca98ba73&groupId=10138)

metodología de análisis *ex ante* o las obligaciones impuestas en el mercado 1 recogidas anteriormente.

En el proyecto de medida de revisión del mercado 1 que fue comunicado a la Comisión Europea por acuerdo de 25 de octubre de 2012<sup>6</sup>, la CMT no ha introducido modificaciones significativas en relación con las obligaciones anteriormente mencionadas, aunque hace referencia expresa a su posible revisión en el marco del proyecto de medida de la CMT que ahora se informa.

Los siguientes mercados de referencia a tener en cuenta son los **mercados 4 y 5**, en los que la CMT impuso a TELEFÓNICA diversas obligaciones, algunas de ellas relacionadas con la obligación de ofrecer los servicios mayoristas de acceso de banda ancha a precios orientados en función de los costes de producción (en el punto 1.b) del anexo 3). Concretamente, en relación con esta obligación y teniendo en cuenta la posición de TELEFÓNICA en los mercados 4 y 5, la CMT prohibió a TELEFÓNICA las siguientes prácticas:

- *“Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios);*
- *Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...);*
- *Discriminación abusiva en términos de precios;*
- *Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).”*

Asimismo, para analizar el cumplimiento de las anteriores prohibiciones, la CMT hizo referencia a que serían de aplicación las disposiciones contenidas en la Resolución de la CMT de 26 de julio de 2007 objeto de revisión en el proyecto de medida que se informa, así como sus sucesivas actualizaciones.

Por otra parte, la CMT impuso a TELEFÓNICA (punto 1.d) del anexo 3) una obligación de comunicarle los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, el desglose de los precios en el caso de paquetes, así como el deber de notificación previa con una antelación de 15 días a su aplicación/comercialización efectiva de las ofertas comerciales minoristas que incluyan servicios minoristas de banda ancha. Esta obligación es objeto de modificación en el proyecto de medida de la CMT que se informa.

---

<sup>6</sup> Resolución por la cual se acuerda notificar a la Comisión Europea, a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y al Ministerio de Economía y Competitividad el proyecto de medida relativo a la definición y análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija.

[http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=c428330b-39eb-4d13-89e0-4ebb980ca1f5&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=c428330b-39eb-4d13-89e0-4ebb980ca1f5&groupId=10138)

En relación con las obligaciones derivadas de los mercados 4 y 5, cabe señalar que en su Plan de Actuación de 2012<sup>7</sup> la CMT preveía culminar su revisión en el cuarto trimestre de 2012. No obstante, en la consulta pública sobre su Plan de Actuación para 2013<sup>8</sup>, la CMT ha retrasado este objetivo hasta el primer semestre de 2013.

Por otra parte, si bien no hace mención expresa a ello, **de facto el proyecto de medida extiende parcialmente la aplicación de esta metodología de análisis *ex ante* al mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil** (mercado 15<sup>9</sup>), en la medida que prevé que para el análisis de la provisión de servicios móviles de voz o datos, los costes de red propia del operador de referencia se estimarán en base al consumo de minutos de voz y tráfico de datos y las tarifas del operador móvil virtual de referencia de acuerdo con las consideraciones incluidas en la resolución de la CMT de 3 de marzo de 2011 en la que resuelve una denuncia planteada por JAZZTEL contra VODAFONE<sup>10</sup>.

En esta resolución la CMT analizó la replicabilidad de una oferta comercial minorista de VODAFONE que incluía servicios de telefonía móvil, mediante una interpretación extensiva de las obligaciones impuestas a VODAFONE (y a TELEFÓNICA y a ORANGE) en el marco del mercado 15. En este caso, la CMT consideró que la obligación de ofrecer precios razonables para la prestación de servicios de acceso (punto 1.b) del anexo A), que establece que los precios ofrecidos a terceros no podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante, le permitía a la CMT analizar si una oferta comercial minorista concreta de VODAFONE que incluía servicios móviles generaba una compresión de márgenes.

Esta extensión parcial de las obligaciones del mercado 15 se produce a pesar de que si bien nominalmente la regulación *ex ante* del mercado 15 todavía está vigente, han pasado casi 7 años de su aprobación, a pesar de que el artículo 10.2 de la Ley 32/2003 prevé que la revisión debe producirse cada 3 años. Además, la propia CMT ha propuesto el 5 de mayo de 2012 el levantamiento de las obligaciones de este mercado<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> [http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=112c3ee8-c3bf-4f11-aef0-b9bdca0bfa9b&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=112c3ee8-c3bf-4f11-aef0-b9bdca0bfa9b&groupId=10138)

<sup>8</sup> [http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=aed897f4-34bb-400d-8668-ee22295ebef0&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=aed897f4-34bb-400d-8668-ee22295ebef0&groupId=10138)

<sup>9</sup> Actualmente regulado por Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

[http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=e21f1b8c-5a5f-4aa0-82f5-a91f490f6cb5&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=e21f1b8c-5a5f-4aa0-82f5-a91f490f6cb5&groupId=10138)

<sup>10</sup> [http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=237c453b-c386-4394-b7b3-a08834202cc2&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=237c453b-c386-4394-b7b3-a08834202cc2&groupId=10138)

<sup>11</sup> Resolución por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, 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.

De los precedentes se puede deducir que la CMT no ha hecho todavía una revisión completa de los mercados de referencia, ya sea para verificar si es necesario delimitar nuevos mercados de referencia, si existen nuevos problemas en la dinámica competitiva de los mismos o para justificar la necesidad de imponer nuevas obligaciones a TELEFÓNICA.

Adicionalmente, estos precedentes ponen de manifiesto que la metodología *ex ante* actualmente vigente es un instrumento ceñido al análisis de ofertas comerciales concretas y subordinado a las obligaciones regulatorias establecidas en los mercados 1 y 5.

## **B) Contenido de la Propuesta de la CMT**

En relación con **el proyecto de medida** que se informa, hay que señalar que el mismo **no contiene la preceptiva delimitación de los mercados de referencia afectados por las modificaciones introducidas** en la metodología de análisis *ex ante* y en las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA, **ni un análisis de si dichos mercados se desarrollan en un entorno de competencia efectiva**.

Todo ello a pesar de que la CMT introduce un **nuevo bloque de obligaciones regulatorias**, que la CMT denomina **test agregado**.

En la propuesta de revisión de la metodología que se informa **la CMT plantea que desde 2007 se ha producido una evolución del panorama competitivo de los mercados de acceso fijo** en España, aunque sin hacer un análisis exhaustivo de la dinámica competitiva del sector de las comunicaciones electrónicas.

Así, la CMT indica que **ha aumentado la penetración de la banda ancha fija, y ha caído la cuota de mercado de TELEFÓNICA en el acceso telefónico fijo** (hasta el 63% en el segundo trimestre de 2012) y en el acceso de internet de banda ancha (hasta el 49% en el segundo trimestre de 2012). En todo caso, la CMT destaca que en el segmento empresarial la cuota de mercado de TELEFÓNICA es mucho mayor en ambos servicios.

Además, la CMT señala que **el uso de los servicios mayoristas ha aumentado**, tanto los bucles desagregados (que suponen el 27% de las líneas de banda ancha fija en el segundo semestre de 2012), como los accesos indirectos de banda ancha (6% de las líneas de banda ancha en el segundo semestre de 2012) y los servicios de acceso mayorista a la línea telefónica.

En cambio, **la penetración de las redes fijas alternativas a la de TELEFÓNICA** (cableros), **se ha mantenido estable** en el 19% de las líneas de banda ancha en el segundo trimestre de 2012.

Por otra parte, la CMT destaca que **los empaquetamientos de los servicios (que afectan al 46% de los accesos telefónicos fijos** en el segundo trimestre

de 2012) se han extendido a los servicios móviles. Además, la CMT considera que la banda ancha móvil está ejerciendo una presión competitiva sobre los servicios fijos, a pesar de que todavía estima que es un mercado separado.

A continuación, la CMT hace referencia a que **otras autoridades regulatorias han introducido sistemas de análisis ex ante de ofertas comerciales minoristas**, e introduce una comparativa con Italia, Grecia, Irlanda, Austria y Alemania, señalando que en los cuatro últimos países se hace un análisis de las tarifas con posterioridad a su lanzamiento. Asimismo, la CMT señala que en Irlanda y Austria se hace un análisis a nivel agregado de las tarifas, y que en Alemania y Austria el test de análisis de las tarifas se tiene en cuenta a la hora de fijar los precios mayoristas. En esta comparativa, la CMT destaca que en España se analizan muchas más tarifas que en otros países, lo que en parte se debe a las políticas comerciales de TELEFÓNICA.

A la vista de lo anterior, **la CMT propone la revisión de la metodología con cuatro objetivos:**

- Avanzar en la **liberación del sector**, facilitando la reducción de precios sin que se produzcan efectos anticompetitivos, introduciendo un análisis más agregado.
- Incentivar al **cumplimiento de las obligaciones ex ante**, concentrando los mecanismos de intervención regulatoria en el ámbito mayorista.
- Simplificar el **test de pinzamiento** y mejorar el alineamiento de los costes e ingresos empleado con los ingresos y costes efectivos.
- Adecuar la metodología a los **retos regulatorios** que se presentan en el **segmento empresarial** y en las **redes de acceso de nueva generación**.

Por ello, la CMT propone introducir las siguientes **modificaciones** en la metodología:

- **Limitar el test de pinzamiento de las ofertas individuales** actualmente vigente **a las tarifas nominales** (de carácter permanente) **y a las nuevas formas de empaquetamiento** que no se hayan analizado con anterioridad. Este test se haría con anterioridad al lanzamiento de la oferta y ésta se bloquearía si TELEFÓNICA no ajusta las tarifas mayoristas para eliminar el pinzamiento que se detectase.
- **Introducir un test agregado**, que se realizaría cada 6 meses, **para el conjunto de las ofertas comerciales de características comunes** (que la CMT denomina segmentos de análisis relevantes y clasifica según el tipo de empaquetamiento que hagan). **En el caso de detectarse pinzamiento, la CMT introduciría un ajuste temporal de las tarifas mayoristas** que se mantendría hasta el siguiente análisis semestral. Este test agregado se haría de forma separada para los clientes residenciales y autónomos, por una parte, y para los clientes empresariales (PYME) por otra.

**La CMT considera que el test agregado es compatible con las obligaciones regulatorias establecidas** y es eficaz para salvaguardar las condiciones de competencia en los mercados.

Posteriormente, la CMT desarrolla cómo va a implementar el test agregado, identificando los segmentos de análisis relevantes según el tipo de cliente<sup>12</sup>, los servicios que va a tener en cuenta en cada segmento<sup>13</sup>, el operador de referencia, el estándar de costes, el periodo de referencia, el ámbito geográfico, la determinación de los ingresos relevantes, la determinación de los costes mayoristas<sup>14</sup>, la determinación de los costes de red propia y comerciales, y los factores de ajuste para los ingresos y costes no recurrentes asociados al cliente.

Adicionalmente, la CMT anticipa cómo realizará el test agregado en relación con las redes de nueva generación, a pesar de que reconoce que todavía no están sujetas a regulación. En relación con esta cuestión, la CMT señala que hará un análisis específico para las redes de nueva generación, basado en un test estático bajo el supuesto de que la red ha alcanzado un nivel de penetración eficiente (lo que obliga a ajustar los costes comerciales reales incurridos).

Más adelante, la CMT desarrolla como se aplicará el ajuste temporal de las tarifas mayoristas cuando se detecte estrechamiento de márgenes en algún test agregado.

Este ajuste se aplicaría de forma ponderada a los servicios mayoristas de acceso directo, acceso indirecto de banda ancha fija y acceso indirecto de telefonía fija. Para estas ponderaciones, la CMT tendrá en cuenta cuál es el segmento donde se produce el mayor estrechamiento y donde hay problemas de replicabilidad, así como cuáles son los costes subyacentes de cada servicio mayorista.

Posteriormente, la CMT propone introducir modificaciones en las obligaciones de suministro de información periódica que se han impuesto a TELEFÓNICA, para adaptarlas a la nueva metodología, así como modificar las obligaciones de comunicación previa de ofertas comerciales minoristas de TELEFÓNICA, para ceñirlas a aquellas que tengan un carácter indefinido.

Por último, la CMT prevé la existencia de un periodo transitorio, en el que convivirían la antigua y la nueva metodología de análisis, para el que no se define un plazo, sino que el mismo finalizará a posteriori cuando así lo declare la CMT.

---

<sup>12</sup> En el caso de clientes residenciales y autónomos: sólo telefonía fija; telefonía fija y banda ancha fija; telefonía fija, banda ancha fija y televisión de pago; y servicios fijos y móviles. En el caso de pymes, los mismos excepto el que incluye televisión de pago.

<sup>13</sup> En este punto, cabe destacar que la CMT omite los ingresos de interconexión.

<sup>14</sup> En este apartado, cabe destacar que la CMT para calcular los costes mayoristas, la CMT utiliza una combinación de servicios mayoristas de acceso directo (bucle desagregado) y acceso indirecto, según una ponderación que tiene en cuenta si las líneas de acceso telefónico y de banda ancha convencional en servicio totales de TELEFÓNICA (incluyendo las desagregadas) se encuentran en centrales donde hay operadores alternativos colocalizados o no.

#### IV. OBSERVACIONES

Este apartado de observaciones se estructura conforme al siguiente esquema.

En primer lugar se desarrolla el marco jurídico en el que se adopta el proyecto de medida de la CMT, lo que permite valorar el procedimiento seguido para su adopción, y la habilitación competencial de la CMT a la hora de establecer determinadas obligaciones recogidas en el proyecto de medida.

A continuación se analiza el contenido de la metodología de análisis propuesta por la CMT.

Por último, se recoge la conclusión global de la CNC respecto al proyecto de medida de la CMT.

##### A) Análisis Marco Jurídico de la Propuesta de la CMT

Con carácter previo a valorar el proyecto de medida de la CMT que se informa, es necesario **contextualizar el marco jurídico** en el que tendría lugar la adopción de esta metodología *ex ante* de la CMT.

Como se ha indicado anteriormente, la actuación de la CMT se enmarca en la aplicación de lo dispuesto en **los artículos 10 y 13 de la Ley 32/2003**, que **permiten a la CMT imponer obligaciones a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en algún mercado de referencia** relativo a redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Este mecanismo de imposición de obligaciones por parte de la CMT tiene su justificación en la competencia regulatoria *ex ante* que le atribuye la normativa sectorial, y está sujeta a un procedimiento estricto, que se debe revisar periódicamente, y que sólo permite la imposición de obligaciones específicas basadas en la naturaleza del problema identificado, que deben ser proporcionadas y se mantienen en vigor durante el tiempo estrictamente imprescindible. Además, en la imposición de dichas obligaciones debe otorgarse preferencia a las medidas en materia de acceso, interconexión, selección y preselección frente a otras con mayor incidencia en la libre competencia (artículo 10.4 Ley 32/2003).

Asimismo, el legislador prevé expresamente que **estas obligaciones deben ser compatibles y deben convivir con la competencia exclusiva de la CNC para la aplicación de lo previsto en la Ley 15/2007**, competencia que ha sido ratificada en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo (Sentencias de 1 de febrero de 2006<sup>15</sup> y de 6 de octubre de 2010<sup>16</sup>).

---

<sup>15</sup>

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=936477&links=telecomunicaciones&optimize=20060223&publicinterface=true>

<sup>16</sup>

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=5753427&links=telecomunicaciones&optimize=20101021&publicinterface=true>

A estos efectos, tanto el artículo 48.4.e.2) de la Ley 32/2003 como el artículo 17.2.a) de la Ley 15/2007 exigen a la CMT poner en conocimiento de la CNC los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 15/2007.

Por ello, a la hora de configurar la regulación *ex ante*, es fundamental, para que la actuación de la CMT sea conforme con el marco normativo vigente, es decir, sea ajustada a derecho, que se sirva de estos instrumentos regulatorios dentro de sus estrictas competencias y que lo haga de una forma proporcionada y motivada, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, y garantizando la compatibilidad de sus actuación *ex ante* con la actuación *ex post* de la CNC, dentro del deber de colaboración que tienen ambas autoridades.

En lo que se refiere al estrechamiento de márgenes, que es la obligación cuya supervisión desarrolla el proyecto de medida que se informa, el artículo 13.1.e) de la Ley 32/2003 prevé que en el marco de la regulación *ex ante* la CMT pueda establecer al operador con poder significativo de mercado obligaciones de control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales.

Así se deduce, además, de las previsiones contenidas en el Reglamento de Mercados al enumerar medidas de control de precios que puede imponer la CMT, y que enmarca claramente en un contexto de fomento, que no de supervisión, de la competencia.

Es decir, la intervención para la que, conforme a la normativa aplicable, parece estar habilitada la CMT en materia de estrechamiento de márgenes se circunscribe a la adopción de medidas que, *ex ante*, permitan evitar que tenga lugar esta conducta.

Esta apreciación viene ratificada en la propia propuesta de medida remitida por la CMT, en la que se alude a que nos encontramos con una “*metodología para el análisis ex ante de las ofertas de telefónica*”, y que su finalidad es “*prevenir*”, que no corregir a posteriori, que la combinación de precios minoristas y mayoristas del operador con poder significativo de mercado resulte en una situación de pinzamiento o estrangulamiento de márgenes.

Pues bien, si como se expone con mayor detalle con posterioridad, la metodología de análisis que propone la CMT no es un instrumento de control *ex ante*, sino *ex post*, ni parece encajar dentro de las medidas que, en materia de control de precios, puede imponer la CMT, existe un elevado riesgo de que el regulador sectorial esté actuando más allá del título competencial que le faculta el establecimiento de obligaciones regulatorias.

Adicionalmente, la adopción de esta medida puede contribuir, por los motivos que se concretan a lo largo del presente informe, a dificultar aún más la aplicación de un marco normativo, el regulatorio en materia de comunicaciones electrónicas, caracterizado por cierta indefinición en cuanto a cuál es el alcance de las competencias regulatorias de la CMT y de los instrumentos jurídicos que

puede utilizar para implementarlas. Esto lleva a que se genere un mayor grado de incertidumbre e inseguridad jurídica para los operadores de comunicaciones electrónicas que, como se ha expuesto anteriormente, no se encuentran sometidos únicamente a esta legislación, sino también a la normativa de competencia.

## **B) Observaciones en relación con el Procedimiento seguido y el Contenido formal del Proyecto de Medida:**

A pesar de que el proyecto de medida se adopta sobre la base de las competencias de la CMT para imponer obligaciones a los operadores con poder significativo en un mercado de referencia en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 13 de la Ley 32/2003, el mismo no contiene una definición de los mercados de referencia afectados por el proyecto de medida, a pesar de que así lo prevé el artículo 10.1 de la Ley 32/2003. El proyecto de medida tampoco contiene un análisis detallado (exigido por el artículo 10.3 de la Ley 32/2003) de si los mercados afectados se desarrollan en un entorno de competencia efectiva, ni justifica que la modificación de las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA que introduce el proyecto de medida se haya basado en la naturaleza del problema identificado y sea proporcionada (conforme a lo previsto en el artículo 10.4 de la Ley 32/2003).

La apuntada alteración sustancial del orden procedimental a que debe ajustarse la imposición por la CMT de obligaciones a los operadores con poder significativo de mercado, y que se exponen con mayor detalle con posterioridad, podría trascender la mera irregularidad formal para incidir en el proceso de formación de voluntad de la CMT, que podría no estar tomando en consideración todos los elementos de juicio necesarios para que dichas obligaciones se ajusten a las exigencias de proporcionalidad y motivación de la Ley 32/2003.

La justificación de este modo de proceder podría estar en que supuestamente el proyecto de medida se limita a desarrollar lo ya previsto en los análisis específicos de los distintos mercados de referencia afectados a los que sería de aplicación de esta metodología *ex ante* de análisis de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA, por lo que para unificar la metodología y evitar reiteraciones, se omiten dichos aspectos en el proyecto de medida.

Esta justificación podría servir para la adopción originaria de la metodología *ex ante*, pero no es válida en la actualidad.

En primer lugar, aunque vía la revisión de la metodología *ex ante*, **la CMT reduce una obligación preexistente**, el **test individual** de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA, al limitar la revisión *ex ante* de las ofertas de TELEFÓNICA que incluyan servicios de acceso telefónico fijo o de banda ancha fija a las ofertas comerciales de carácter permanente o a las que incluyan nuevas formas de empaquetamiento, **a la vez la CMT introduce una obligación nueva y que afecta directamente a la política comercial**

**mayorista de TELEFÓNICA, el test agregado**, que conlleva la modificación *ex post* y de forma cuasi-automática de los precios mayoristas de acceso de servicios de telefonía fija y de banda ancha fija.

En segundo lugar, con la introducción del **test agregado**, la CMT parece intentar hacer frente a la problemática que genera el desarrollo de las ofertas empaquetadas de servicios de comunicaciones electrónicas basadas en tarifas planas, en un contexto de multiplicidad y encadenamiento de promociones, lo que dificulta verificar la replicabilidad de las ofertas comerciales individuales de los servicios de comunicaciones electrónicas objeto de regulación.

Sin embargo, con el **test agregado** y su aplicación a combinaciones de servicios de comunicaciones electrónicas, la CMT de facto está asumiendo que lo relevante no es asegurar la replicabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas regulados, sino **asegurar que las distintas ofertas empaquetadas de TELEFÓNICA son replicables**.

No obstante, **la posible mayor facilidad de implementación de las obligaciones regulatorias no justifica su carácter desproporcionado ni la introducción de nuevas obligaciones que, adoptadas través de cauces procedimentales que no se ajustan a la normativa aplicable, van a juicio de la CNC más allá de las facultades que tiene atribuidas la CMT**.

Además, si la CMT entiende que se está desarrollando un mercado minorista de ofertas empaquetadas, que se superpone a los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas tradicionales, para poder imponer obligaciones que afectan a estas ofertas empaquetadas y a los mercados mayoristas relacionados, **para adecuarse a las previsiones normativas que justifican, legitiman y garantizan la adecuación de su intervención, la CMT debería definir este mercado minorista de ofertas empaquetadas y los mercados mayoristas relacionados como mercados de referencia, analizar en profundidad la dinámica competitiva de los mismos, y justificar la imposición de obligaciones específicas y proporcionadas a los problemas detectados**.

De lo contrario, se producen situaciones como las que se derivan del proyecto de medida, en las que **la regulación de la CMT se extiende de facto, aunque de forma parcial, a mercados no regulados**, si bien los **mecanismos implementados para evitar los posibles estrechamientos de márgenes** que se detecten **se ciñen a los mercados nominalmente regulados**, lo que **reduce la eficacia** de estos instrumentos y puede generar **inseguridad jurídica** a TELEFÓNICA y los demás operadores del sector de comunicaciones electrónicas.

En este sentido, **la CMT está extendiendo de facto la regulación a mercados de referencia o ámbitos no regulados** (televisión de pago; banda ancha fija de > 30 Mb/s), **para los que ha propuesto no regular** (mercado 15 de acceso y originación de llamadas de telefonía móvil), **o en los que la**

**prohibición del estrechamiento de márgenes no se ha establecido formalmente en la regulación actualmente vigente (mercados 2<sup>17</sup> y 4).**

Además, el proyecto de medida puede llevar a casos en los que el estrechamiento de márgenes surja fundamentalmente de segmentos no regulados (por ejemplo, del ámbito de la telefonía móvil), por lo que o bien la CMT se vería obligada a reducir los precios mayoristas regulados (telefonía fija y banda ancha fija) a niveles excesivamente bajos, o bien estaría bendiciendo de facto la existencia del estrechamiento de márgenes sin tomar medidas al respecto.

Además, incluso si la CMT mantuviese la regulación del mercado 15 en relación con la telefonía móvil y obligase a TELEFÓNICA a publicar una oferta mayorista regulada (algo que con la regulación *ex ante* vigente no hace), el instrumento de adaptación automática de los precios mayoristas sería ineficaz en el ámbito de la telefonía móvil, en la medida que una parte muy importante de los Operadores Móviles Virtuales (OMV) que compiten con TELEFÓNICA con ofertas convergentes de servicios fijos y móviles han contratado los servicios mayoristas de acceso y originación de llamadas móviles con VODAFONE u ORANGE, por lo que una reducción de los precios mayoristas de TELEFÓNICA no afectaría a estos OMV, y dados los costes existentes para cambiar de proveedor de estos servicios, difícilmente estos OMV tendrían incentivos a cambiar de proveedor ante la incertidumbre de si esa modificación de los precios mayoristas se va a mantener en el tiempo, como consecuencia de las revisiones periódicas cada 6 meses de los precios mayoristas que TELEFÓNICA puede generar modificando temporalmente sus políticas comerciales.

Todo ello en un contexto en el que **la CMT todavía no ha terminado de revisar los mercados de referencia expresamente afectados por la nueva metodología** (mercados 1 y 5), **ni los implícitamente afectados por las obligaciones de revisión de precios mayoristas** (mercados 2 y 4) a pesar de que ya se ha cumplido el plazo de tres años desde la última revisión previsto en el artículo 10.2 de la Ley 32/2003, por lo que la CMT no habría analizado la dinámica competitiva actual de estos mercados, ni los problemas identificados ni la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

En el caso de los mercados 2, 4 y 5, la CMT todavía no ha iniciado formalmente el proceso de revisión (aunque de forma preliminar en su propuesta de plan de actuaciones para 2013 la CMT prevé que se complete en el primer semestre de 2013 para los mercados 4 y 5, y en el segundo semestre de 2013 para el mercado 2), mientras que en el mercado 1 la CMT ha comenzado esa revisión, aunque no ha anticipado ni desarrollado en

---

<sup>17</sup> Actualmente regulado por la Resolución de la CMT de 12 de diciembre de 2008, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

[http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=cfdecd8c-11fd-451d-ba0f-3e6ff9de17e8&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=cfdecd8c-11fd-451d-ba0f-3e6ff9de17e8&groupId=10138)

profundidad los motivos por los que se deben modificar las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA, especialmente en relación con la necesidad de abandonar el análisis oferta a oferta e introducir un análisis global *ex post* de la política comercial de TELEFÓNICA, que además se extiende de facto a otros mercados, regulados y no regulados por la CMT.

Además, en el proyecto de medida la CMT se separa de la definición de los mercados de referencia que ha propuesto en la revisión del mercado 1, sin justificar suficientemente las razones de esta diferencia.

Así, en la revisión del mercado 1, la CMT ha adoptado un enfoque a la hora de definir el mercado diferenciando, por un lado, los clientes que, siendo personas físicas no estén adscritos a planes específicos de negocios (lo que englobaría clientes residenciales puros y autónomos no adscritos a planes específicos de negocios) y, por otro lado, el resto de los clientes no residenciales (que incluirían tanto a trabajadores autónomos adscritos a planes específicos de negocio, como a personas jurídicas, independientemente de su tamaño y de que estén adscritas o no a planes específicos de negocios).

En cambio, en el proyecto de medida que se informa se agrupa en el análisis, por un lado, a lo que denomina “segmento de gran público” o “residencial y autónomos”, que incluye los clientes residenciales y autónomos (sin distinguir entre los adscritos o no a planes específicos de negocios), y, por otro lado, a lo que denomina “segmento no residencial” o “empresas” en el que se haría un análisis específico para las PYME (sin que el proyecto defina qué entiende por PYME), y se excluiría del análisis a las grandes empresas.

En conclusión, el **proyecto de medida** sobre la modificación de la metodología *ex ante* de análisis de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA, adolece de **significativas deficiencias de forma que, por no respetar ni el cauce para la correcta formación de su juicio ni los límites existentes al ejercicio de competencias por parte de la CMT, podrían incidir en su validez jurídica.**

En particular, **la CMT introduce un análisis de la política comercial global de TELEFÓNICA que se extiende a mercados regulados y no regulados, en una actuación que es propia de la aplicación *ex post* del artículo 2 de la Ley 15/2007, si bien sus instrumentos de corrección de los posibles estrechamientos de márgenes detectados se limitan a los mercados mayoristas regulados, lo que puede conllevar la ineficacia de las medidas regulatorias adoptadas, permitir la continuidad de las conductas anticompetitivas en perjuicio de la competencia efectiva en los mercados y generar una significativa inseguridad jurídica.**

Concretamente, el **test agregado** que propone la CMT **supone un cambio sustantivo en el esquema regulatorio *ex ante*** aplicado hasta ahora por la CMT, que sin embargo se basa en las delimitaciones tradicionales de los mercados de referencia y no viene acompañado de un análisis específico y exhaustivo de los problemas de competencia efectiva detectados que justifique la proporcionalidad y la eficacia de las obligaciones impuestas, lo que pone en

cuestión la viabilidad del test agregado tanto desde un punto de vista formal como sustantivo.

Todo ello en un contexto en el que las propias normas son ambiguas a la hora de delimitar las fronteras entre las actuaciones *ex ante* de la CMT y las actuaciones *ex post* de la CNC.

Por estos motivos, este tipo de actuaciones regulatorias de la CMT, basadas en interpretaciones extensivas de las normas legales y de las obligaciones formalmente impuestas, únicamente sirven para generar incertidumbre jurídica entre los operadores y reducen la eficacia de las actuaciones de la propia CMT y de la CNC para preservar la competencia efectiva en el sector de las comunicaciones electrónicas en España.

### **C) Sobre la Metodología utilizada por la CMT para analizar el Estrechamiento de Márgenes en el Test Agregado:**

Por las razones expuestas anteriormente, la CNC considera que debe replantearse la forma en que se pretende adoptar esta revisión de la metodología propuesta por la CMT en el proyecto de medida. Por ello, esta CNC no entra a analizar en profundidad la misma.

En todo caso, el hecho de que no se hagan observaciones en relación con determinados aspectos de esta metodología no significa que la CNC esté de acuerdo con el enfoque propuesto por la CMT o que ésta sea un precedente a tener en cuenta por la CNC a la hora de determinar si una determinada compañía ha podido incurrir en estrechamiento de márgenes al determinar su política comercial en determinados mercados de comunicaciones electrónicas.

Sin perjuicio de lo anterior, esta CNC quiere poner de manifiesto varias **deficiencias graves en la metodología propuesta.**

La **primera deficiencia** se refiere al criterio utilizado por la CMT para calcular los precios asociados a los servicios mayoristas de acceso directo e indirecto de telefonía fija y banda ancha fija.

En este caso, y siguiendo el mismo enfoque que la metodología de la CMT actualmente vigente, se utiliza una combinación de servicios mayoristas de acceso directo e indirecto de telefonía fija y banda ancha fija.

Todo ello a pesar de que la CMT sigue reconociendo que los servicios mayoristas de acceso directo e indirecto corresponden a mercados relevantes distintos.

Esto choca con la **jurisprudencia comunitaria**<sup>18</sup>, que **exige que el análisis del estrechamiento de márgenes se haga mercado mayorista a mercado mayorista.**

---

<sup>18</sup> Ver Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012 en el asunto T-336/07, párrafos 201 y siguientes.

Apartarse de esta jurisprudencia y aplicar el criterio de combinación de servicios mayoristas propuesto por la CMT puede llevar a considerar, por ejemplo, que no hay estrechamiento de márgenes cuando se utilizan los servicios de acceso indirecto de banda ancha fija, debido a que los precios de los servicios mayoristas de acceso directo pueden ser lo suficientemente reducidos como para que con la combinación de acceso directo e indirecto no resulte el estrechamiento de márgenes.

Sin embargo, este estrechamiento de márgenes sí podría existir para un nuevo entrante que utilice exclusivamente servicios mayoristas de acceso indirecto de banda ancha fija, o para los ámbitos geográficos donde el acceso mayorista directo de banda ancha fija no es económicamente viable y, en estos casos, el estrechamiento de márgenes generado en el acceso indirecto no podría ser compensado por los menores precios del acceso directo.

Por ello, esta deficiencia llevaría a que la CMT estuviese bendiciendo de facto situaciones de estrechamiento de márgenes en las que se excluye a nuevos entrantes en la prestación de servicios de banda ancha fija, o en las que se limita la competencia en los ámbitos geográficos en los que los servicios mayoristas de acceso directo de banda ancha fija no son económicamente viables.

La **segunda deficiencia** se refiere a la **exclusión de los ingresos de interconexión** (por terminación de llamadas y mensajes cortos en las redes fijas y móviles) del análisis del estrechamiento de márgenes.

Al excluir estos ingresos y, en su caso, los costes asociados a la prestación de estos servicios de terminación a terceros, la CMT está siendo inconsistente y puede estar concluyendo que existe un estrechamiento de márgenes cuando realmente no existe.

Esta inconsistencia deriva de que la CMT sí que tiene en cuenta los gastos en servicios mayoristas de interconexión para la terminación de llamadas y mensajes cortos en redes de terceros operadores.

Por otra parte, la exclusión de los ingresos de terminación (y de los costes asociados a la prestación de estos servicios a terceros) sí afecta al análisis, en la medida que estos ingresos son por norma general bastante superiores a los costes que generan.

Esto se aprecia tanto en el ámbito de los mensajes cortos, donde el precio mayorista de terminación no está regulado y la CNC ha detectado que se sitúa muy por encima de los costes<sup>19</sup>, como en el ámbito de la terminación de llamadas vocales en redes fijas y móviles, que sí están regulados, y en los que el precio regulado se sitúa con frecuencia significativamente por encima de los costes incrementales asociados<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Esta cuestión está siendo investigada en el marco del expediente S/0248/10 de la CNC.

<sup>20</sup> Por ejemplo, en el ámbito de la terminación de llamadas vocales en redes móviles, la CMT ha regulado mediante resolución de 10 de mayo de 2012 un precio de 1,09 céntimos de euro por minuto, que será de aplicación a partir de julio de 2013, precio que no recoge exclusivamente los costes incrementales puros (que la CMT cuantifica en 0,74 céntimos de euro por minuto), sino que también incluye los costes comerciales asociados a la terminación, que por su

De esta manera, la no inclusión de estos ingresos de terminación (y de los costes asociados a la prestación de estos servicios a terceros) podría llevar a la conclusión de que existe un estrechamiento de márgenes cuando realmente no tiene lugar, lo que sería un falso positivo que en este caso perjudicaría a TELEFÓNICA.

**Otra deficiencia** detectada está en que **el test agregado puede alterar los incentivos del operador regulado a la hora de actuar en algunos mercados afectados**, lo que podría distorsionar los resultados del test agregado planteado por la CMT.

En particular, al haber ligado la CMT el cálculo de los costes comerciales asociados a los servicios de telefonía móvil a las condiciones comerciales mayoristas fijadas por TELEFÓNICA a sus OMV, se están generando incentivos a que TELEFÓNICA ponga fin a sus relaciones comerciales con algunos o todos ellos, y a que no mantenga OMV o a que sólo mantenga en condiciones privilegiadas y no de mercado a OMV propios u OMV de terceros, en este último caso OMV de terceros que no serían oferentes de servicios fijos y móviles en una oferta convergente y que, por lo tanto, no competirían directamente con TELEFÓNICA en este ámbito.

De esta manera, TELEFÓNICA podría distorsionar los costes comerciales asociados a los servicios de telefonía móvil utilizados por la CMT, lo que afectaría a la validez de los test que la CMT pretende desarrollar para prevenir el estrechamiento de márgenes.

## **D) Conclusión**

A la vista de lo anterior, se puede concluir que **el proyecto de medida** de la CMT sobre *“la revisión de la metodología ex ante de análisis de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de Mercados”* no es una mera adaptación de la metodología *ex ante* de análisis de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA a las revisiones de los mercados *ex ante* que ha realizado la CMT, sino que introduce modificaciones sustanciales en esta metodología que llevan al establecimiento de **nuevas obligaciones regulatorias a TELEFÓNICA** y a su extensión por vía indirecta a mercados que no son objeto de regulación por la CMT o que en principio van a dejar de serlo.

Concretamente, el objeto principal del proyecto de medida es introducir un método de revisión *ex post* de la política comercial mayorista y minorista global de TELEFÓNICA, que no se liga a ofertas comerciales concretas, que se extiende a ámbitos de actuación de TELEFÓNICA no regulados o que en

---

carácter fijo, previsiblemente tendrán tendencia a reducirse en términos de minutos de llamadas terminadas conforme a vaya creciendo el volumen de llamadas cursadas en el ámbito de la telefonía móvil. Además, no se puede descartar que existan sinergias en estos costes comerciales de cara a la prestación de servicios de terminación a terceros y la demanda a terceros de servicios de terminación en sus redes. Asimismo, esta resolución reconoce implícitamente que hasta julio de 2013 los precios de terminación de llamadas móviles se van a situar muy por encima de sus costes incrementales.

principio van a dejar de estar regulados por la CMT, y que únicamente prevé, en caso de detectar estrechamiento de márgenes, la adaptación de las tarifas mayoristas de TELEFÓNICA en los ámbitos de acceso directo e indirecto mayorista de telefonía fija y banda ancha fija.

Así, **la CMT introduce un análisis ex post de la política comercial global de TELEFÓNICA más propio de la aplicación del artículo 2 de la Ley 15/2007**, si bien sus **instrumentos de corrección de los posibles estrechamientos de márgenes detectados se limitan a los mercados mayoristas regulados**, lo que puede conllevar la **ineficacia de las medidas regulatorias** adoptadas y generar **inseguridad jurídica**.

Todo ello **sin haber hecho una revisión específica de los mercados relevantes afectados** directa o indirectamente por el proyecto de medida, ni un análisis de si dichos mercados se desarrollan en un entorno de competencia efectiva. Asimismo, tampoco se habría hecho un análisis pormenorizado y suficiente de la proporcionalidad de las obligaciones establecidas ni de su correspondencia con el problema detectado.

Por ello, esta revisión de la metodología no cumpliría con el contenido mínimo exigido por la Ley 32/2003 para poder modificar las obligaciones establecidas por la regulación *ex ante* de la CMT.

De esta manera, el test agregado supone un **cambio de calado en la regulación ex ante del sector de las comunicaciones electrónicas**, pero desde un punto de vista formal y sustantivo no se habrían utilizado los instrumentos adecuados para introducir una modificación de este tipo.

Además, **iniciativas regulatorias de este tipo pueden generar incertidumbre jurídica para los operadores, en detrimento de la eficacia de las normas**.

Por otro lado, el proyecto de medida **no respeta la práctica comunitaria a la hora de valorar el estrechamiento de márgenes** en el ámbito del derecho de la competencia, en la medida que el análisis del estrechamiento de márgenes no se hace mercado mayorista a mercado mayorista.

Además, el proyecto de medida **tiene deficiencias en el análisis del estrechamiento de márgenes** que pueden invalidar sus conclusiones, en la medida que se omiten los ingresos de interconexión, a pesar de que sí se tienen en cuenta los gastos de interconexión en redes de terceros operadores.

Por último, tal y como se configura el proyecto de medida, se da margen para que **el operador regulado** pueda tener la capacidad y los incentivos de **alterar su comportamiento en algunos mercados afectados**, lo que podrían **distorsionar los resultados** de la metodología de análisis propuesta en el test agregado.

Madrid, 12 de diciembre de 2012