

RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO INTERPUESTO POR ORANGE ESPAGNE, S.A.U. EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS VERTICALES DE JAZZ TELECOM, S.A.U.

Expediente: CONF/DTSA/1458/14/Verticales Jazztel/Orange

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 10 de febrero de 2015.

Visto el expediente relativo al conflicto interpuesto por Orange Espagne, S.A.U. en relación con el acceso a las infraestructuras verticales de Jazztel Telecom, S.A.U., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito de Orange

El 25 de julio de 2014 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito de Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange), en virtud del cual interpone un conflicto frente a Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel) en relación con el acceso a las infraestructuras verticales de este operador.

En su escrito, Orange detalla las negociaciones mantenidas hasta la fecha con Jazztel para el despliegue compartido de redes de fibra en el interior de los edificios. Según este operador, los resultados infructuosos de dichas negociaciones justifican la intervención de la CNMC, a fin de asegurar la firma en el menor plazo posible de un acuerdo de acceso a infraestructuras verticales entre Jazztel y Orange.

En particular, Orange solicita de la CNMC que dirima una serie de aspectos, relativos a (i) los precios que Orange deberá abonar a Jazztel por el acceso a sus infraestructuras y (ii) la introducción de cláusulas de prohibición de reventa.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento

Mediante escritos de 1 de agosto de 2014 se comunicó a Orange y Jazztel el inicio del presente conflicto, concediéndose a dichos agentes un plazo para que formularan las alegaciones y aportaran los documentos que en relación con el procedimiento estimaran pertinentes.

TERCERO.- Alegaciones de Jazztel

Mediante escrito de 10 de septiembre de 2014, Jazztel formuló una serie de alegaciones en relación con el conflicto interpuesto por Orange relativo al acceso a su infraestructura vertical.

CUARTO.- Ampliación del plazo para la resolución del procedimiento

Mediante escritos de 13 de octubre de 2014, y dada la complejidad del procedimiento, se notificó a los interesados la ampliación del plazo máximo de resolución del expediente por un periodo de tres meses adicionales.

QUINTO.- Trámite de audiencia

El 19 de diciembre de 2014, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se comunicó a Jazztel y Orange el informe de audiencia elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA).

SEXTO.- Alegaciones de los operadores

Mediante escrito de 13 de enero de 2015, Orange señaló su conformidad con el informe de audiencia referido en el antecedente anterior.

Por su parte, el 14 de enero de 2015, Jazztel presentó sus alegaciones al informe de audiencia elaborado por la DTSA.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

II.1 COMPETENCIA DE LA CNMC

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, este organismo *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”*,

correspondiéndole a estos efectos *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Con la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014), se produce la derogación de la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre. La LGTel de 2014 mantiene en todo caso las potestades atribuidas a la CNMC para la resolución de las controversias que se puedan suscitar entre los operadores.

Según el artículo 15 de la citada ley, *“la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley”*.

En similares términos, el artículo 70 d) de la referida Ley señala que corresponde a la CNMC *“resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley”*, en línea con lo ya previsto por los artículos 6.4 y 12.1.a) 1º de la Ley 3/2013 en materia de resolución de conflictos en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad.

Por su parte, en fecha 12 de febrero de 2009¹ la CMT adoptó una Resolución por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios, y en virtud de la cual se establecen una serie de obligaciones (incluyendo la obligación de acceso) a los operadores que desplieguen redes de fibra en el interior de los edificios (en adelante, Resolución de verticales).

Según sienta la Resolución, los acuerdos que se puedan suscribir entre los operadores deberán ser formalizados entre las partes interesadas, en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación, y sin perjuicio de la facultad de esta Comisión de intervenir en la resolución de los conflictos que puedan surgir.

En el ejercicio de sus funciones en el ámbito de interconexión y acceso, esta Comisión está por tanto plenamente habilitada para supervisar la actuación de los operadores, entre otras cuestiones para garantizar el equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar la protección de un interés general como es el de la interconexión y el acceso. A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008² especifica que en la resolución de conflictos *“el órgano regulador se atiene a lograr el «equilibrio justo entre los intereses de*

¹ Expediente MTZ 2008/965.

² RJ 2008\4601.

las partes», con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios”.

Por otra parte, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio y los artículos 8.2.i) y 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para la resolución del presente expediente es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

III.1 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL CONFLICTO

III.1.1 Descripción de las infraestructuras verticales

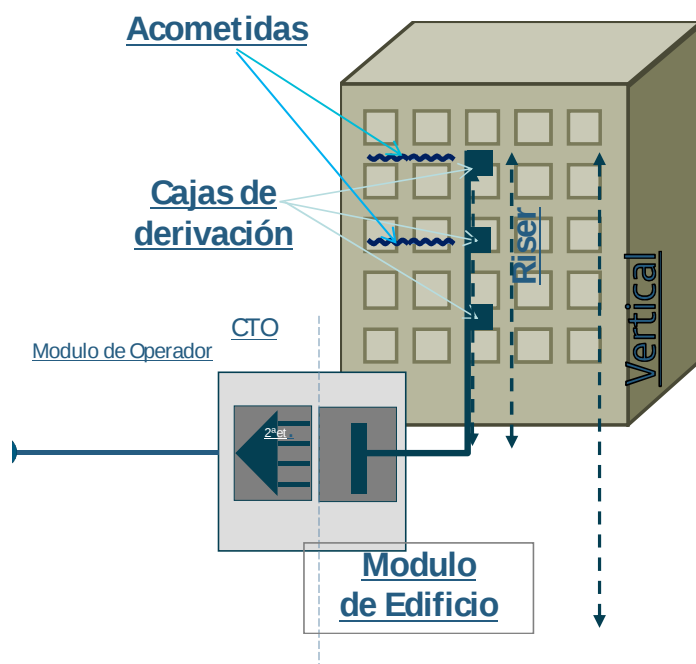
Los precios de acceso a las infraestructuras verticales cuentan con dos elementos principales:

- Compartición de las verticales en el interior de los edificios.
- Transmisión de la acometida de los clientes.

Como se observa en el gráfico siguiente, la vertical en el interior de los edificios consta de la caja terminal óptica (CTO) común³, de los cables de fibra que discurren por el interior del edificio (*riser*) y de las cajas de derivación en las diferentes plantas donde se segregan las fibras que van a cada hogar. Estas conexiones entre las cajas de derivación y los hogares se denominan acometidas.

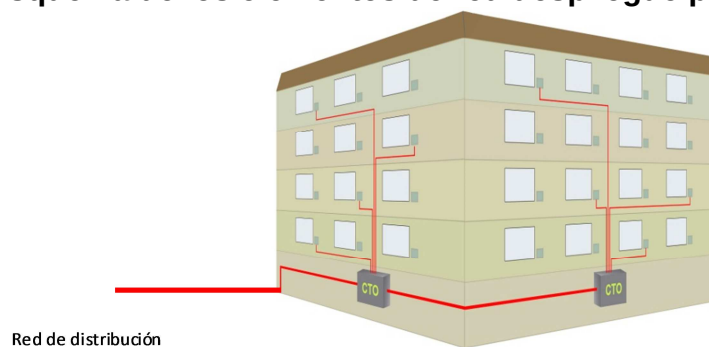
³ La CTO común está conectada con el *riser* y es la que comparten los operadores para acceder a todos los hogares del edificio. Adicionalmente, cada operador debe instalar su propia CTO individual. Cuando un operador consigue un cliente en el edificio, realiza una conexión entre su CTO y la CTO común.

Figura 1. Esquema de los elementos de red en el interior de los edificios



En los edificios donde el despliegue se realiza por fachada, no existen elementos compartibles en relación con la vertical dado que únicamente debe construirse la acometida entre la CTO⁴ y el domicilio del cliente, tal como se muestra a continuación:

Figura 2. Esquema de los elementos de red despliegue por fachada



La tabla siguiente presenta la distribución de los edificios de acuerdo con la forma de despliegue efectuado hasta la fecha así como del ámbito de aplicación de la Resolución de verticales:

⁴ En este caso, cada operador instala su propia CTO a la intemperie en la fachada del edificio. Es decir, si en un edificio han accedido dos operadores, existirán dos CTO, habitualmente una encima de la otra.

Tabla 1. Distribución de los edificios en función de la forma de despliegue

Tipo despliegue		Distribución Edificios	Distribución UUII ⁵	Servicios relevantes
Despliegue por fachada		69%	52%	Acometida exterior
Despliegue por interior	Sin ICT ⁶	21%	32%	Verticales y acometida interior
	Con ICT	10%	16%	No aplica Resolución verticales

Si bien existen discrepancias entre las partes en relación con los importes a satisfacer en contrapartida por el acceso, tanto Jazztel como Orange optan por una fórmula común para la compartición de las infraestructuras en el interior de los edificios. Por una parte, el acceso a las verticales⁷ se instrumenta mediante un Derecho Irrevocable de Uso (IRU⁸) de 20 años cuyo precio no incluiría los costes de mantenimiento. En el caso de las acometidas, tanto de interior⁹ como de exterior¹⁰, las partes plantean el traspaso de su propiedad una vez el cliente conectado opte por cambiar de operador de acceso.

III.1.2 La Resolución de 2009 de acceso simétrico a las verticales

La CMT analizó la problemática relacionada con el despliegue de infraestructuras de fibra y llegó a la conclusión de que el acceso al interior de los edificios para el despliegue de redes de fibra superpuestas podría erigirse como una barrera de entrada, que debía ser resuelta a través de la regulación. Por este motivo, la CMT adoptó el 12 de febrero de 2009 la Resolución por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra

⁵ Unidades inmobiliarias, incluye tanto viviendas como locales comerciales.

⁶ Los edificios de viviendas en España construidos a partir de 1998 deben contar con la denominada ICT (infraestructura común de telecomunicaciones), cuya función principal es facilitar la prestación de servicios de telecomunicaciones en el edificio por parte de distintos operadores.

⁷ Como se ha indicado, la vertical es la red de fibra óptica en el interior de un edificio, entre la Caja Terminal Óptica (CTO) y las cajas de derivación, ambas incluidas.

⁸ *Indefeasible Right of Use*, en español derechos irrevocables de uso. Esta modalidad de contratación consiste en el alquiler de un servicio por un periodo muy prolongado de tiempo (IRU de 15, 20 y 30 años son habituales). El operador contratante del servicio paga el servicio por adelantado y además habitualmente debe abonar una cuota de mantenimiento anual. Los IRU son habituales en el mercado de comunicaciones para la contratación de capacidad o fibras en cables submarinos y otros medios de transmisión.

⁹ Tramo de cable monofibra entre el módulo común o la caja de derivación y el punto de terminación de red óptica (PTRO) en el interior del inmueble.

¹⁰ Tramo de cable monofibra entre la CTO o caja remota de la red de distribución ubicada en el exterior del inmueble y el PTRO del cliente del operador.

de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios (Resolución de verticales).

Dicha Resolución alertaba del riesgo de que el primer operador que desplegara fibra óptica en un determinado edificio pudiera convertirse en el único operador del mismo y monopolizara la prestación de servicios basados en la red de fibra, ya fuera por la solución técnica adoptada, o por las reticencias entre los vecinos afectados a que se procediera a una segunda instalación de cables de fibra óptica.

A fin de solucionar esta problemática, las medidas adoptadas por la CMT en la Resolución de 12 de febrero de 2009 tienen carácter simétrico. El primer operador en efectuar la instalación de equipos o cableado óptico en el interior de los edificios debe atender las solicitudes razonables de acceso de terceros operadores, acordando los procedimientos de actuación, condicionantes técnicos, así como precios y plazos de provisión asociados que permitan hacer efectiva la compartición de los recursos de red instalados.

La Resolución contempla una serie de obligaciones adicionales en materia de transparencia de la información y precios, a fin de asegurar la efectividad del acceso a la red de terceros.

La Resolución de 12 de febrero de 2009 señala, en particular, que las condiciones técnicas del acceso no resultan suficientes para poner fin por sí solas a los problemas planteados en relación con el acceso a la red de fibra en el interior de los edificios. Como se ha indicado, estas infraestructuras podrían convertirse en un cuello de botella insalvable si las condiciones económicas no son razonables. A tal objeto, la citada Resolución impuso, de forma complementaria a la obligación de acceso, la obligación de ofrecer el mismo a precios razonables.

La imposición unilateral por el operador propietario de las infraestructuras de red en el interior de los edificios de unos precios no razonables podría configurarse como una negativa constructiva de suministro. En efecto, este operador podría, mediante la fijación de unos precios excesivos, hacer inviable económicamente los despliegues de terceros en determinadas zonas, convirtiéndose en el único operador capaz de ofrecer servicios minoristas basados en una red de fibra en dichas zonas.

Por tanto, la existencia de unos precios adecuados para el acceso a las infraestructuras en el interior de los edificios resulta esencial para asegurar que los despliegues se diseñen de una forma eficiente maximizando las coberturas de los diferentes operadores.

III.1.3 Conflicto Telefónica / Orange-Vodafone de acceso simétrico a las verticales

Orange y Vodafone plantearon un conflicto ante la CMT por los precios de acceso a las infraestructuras verticales de Telefónica (expediente CONF/D TSA/692/13¹¹). Las condiciones establecidas por la CNMC en dicho conflicto son relevantes para la decisión del presente expediente, por lo que se reproducen a continuación:

PRIMERO.- *En relación con el reconocimiento de un derecho irrevocable de uso sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior, Telefónica deberá aplicar los siguientes precios (en euros). Estos precios se dividirán en función del número de operadores compartiendo las mismas:*

[CONFIDENCIAL VERSIÓN PÚBLICA (VP)]

SEGUNDO.- *En relación con el precio de compraventa de las acometidas, Telefónica deberá aplicar los siguientes precios (en euros):*

[CONFIDENCIAL VP]

Los precios anteriores implican que:

1. Los precios de las infraestructuras verticales que Telefónica debe ofrecer a Vodafone y Orange son en esencia los mismos que los acordados libremente entre Telefónica y Jazztel.
2. Los precios de las acometidas que Telefónica debe ofrecer a Vodafone y Orange son un 6,15% inferiores que los acordados libremente entre Telefónica y Jazztel. La reducción del 6,15% se determinó estimando que las acometidas en planta tienen una antigüedad media de 1,23 años. Dado que la vida útil de este activo asciende a 20 años, aplicando una amortización lineal, debe reducirse el precio de las acometidas en un 6,15% para tener en cuenta la depreciación de las mismas.

III.1.4 Conflicto Jazztel / Vodafone de acceso simétrico a las verticales

¹¹ Dicho expediente ha dado lugar a la Resolución de la CNMC de 18 de junio de 2014 sobre el conflicto interpuesto por France Telecom España, S.A.U. y Vodafone España, S.A.U contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con el acceso a las infraestructuras verticales.

Vodafone planteó asimismo un conflicto ante la CNMC por los precios de acceso a las infraestructuras verticales de Jazztel (expediente CONF/DTSA/328/14¹²).

Las condiciones establecidas por la CNMC en dicho conflicto son asimismo relevantes para la decisión del presente expediente, dado que el supuesto de hecho aquí planteado es esencialmente idéntico al planteado en el expediente CONF/DTSA/328/14, por lo que se reproducen a continuación:

PRIMERO.- *En relación con el reconocimiento de un derecho irrevocable de uso sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior, Jazztel deberá aplicar los siguientes precios (en euros). Estos precios se dividirán en función del número de operadores compartiendo las mismas:*

[CONFIDENCIAL VP]

SEGUNDO.- *Los precios establecidos en el Resuelve Primero serán aplicables a todas las solicitudes de acceso, debiendo las partes proceder a la regularización de los precios que, en su caso, hubieran resultado de aplicación hasta el momento de resolución del conflicto, en el plazo de diez días desde la notificación de la Resolución por la que se resuelve el presente procedimiento.*

TERCERO.- *En el marco del acuerdo de acceso que Jazztel y Vodafone deben suscribir, Jazztel no puede exigir la inclusión en el mismo de una cláusula conforme a la cual se prohíbe la comercialización de servicios mayoristas por parte de Vodafone, prestados sobre la base de la infraestructura que Jazztel ha de poner a disposición de Vodafone.*

III.2 SOBRE LOS PRECIOS DE ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS VERTICALES

Orange solicita la fijación como precio razonable de acceso a la infraestructura vertical desplegada por cualquier operador en el mercado español el que se estableció en el expediente CONF/DTSA/692/13 (y que ha dado lugar a la Resolución de la CNMC de fecha de 18 junio de 2014, precitada).

Jazztel, por su parte, propone unos precios para las infraestructuras verticales un 50% superiores a los establecidos en el conflicto de referencia, y que toman como base los precios previamente acordados entre Telefónica y Jazztel en su acuerdo de compartición relativo a las infraestructuras de fibra en el interior de los edificios.

¹² Dicho expediente ha dado lugar a la Resolución de la CNMC de 16 de octubre de 2014 sobre el conflicto interpuesto por Vodafone España, S.A.U. en relación con el acceso a las infraestructuras verticales de Jazz Telecom S.A.U.

III.2.1 Planteamiento de los operadores

Jazztel señala que los precios propuestos a Orange contemplan sus costes más una prima por el riesgo que un operador de su tamaño debe asumir a la hora de acometer el despliegue de una red de fibra óptica.

Por el contrario, Orange considera que los precios propuestos por Jazztel son desproporcionados y contravienen las condiciones definidas por la CNMC para defender la razonabilidad de los mismos, erigiéndose en una barrera de entrada para este operador.

III.2.2 Determinación del precio de las infraestructuras verticales

En el conflicto relativo al acceso a las infraestructuras verticales de Telefónica, la CNMC estableció que los precios acordados entre Jazztel y Telefónica eran una referencia razonable de precios, pues ya incluían un margen sobre costes en torno a un **[CONFIDENCIAL VERSIÓN PÚBLICA (VP)]**.

Cabe destacar que la CNMC estimó los costes de las verticales considerando tres referencias diferentes (Telefónica, Orange y Jazztel). El despliegue de Telefónica es el mayor de los tres operadores y, por tanto, sus referencias de costes se consideraron, en principio, las más representativas. No obstante, la CNMC determinó que las estimaciones de Telefónica acerca de algunas partidas de costes no eran lo suficientemente consistentes. En esos casos, la CNMC tomó, de las dos referencias alternativas disponibles, la más consistente, buscando que la referencia de costes se aproximara, en la medida de lo posible, a la de un operador eficiente.

Es decir, el margen resultante se calcula sobre la base de los costes de un operador eficiente que despliegue infraestructuras verticales en un área de cobertura razonable.

En este sentido, cabe señalar que Jazztel está instalando verticales en un área de cobertura de, al menos, 1,5 millones de hogares. Es un volumen destacable que permite alcanzar unas economías de escala y alcance razonables. Por otro lado, en el despliegue de infraestructuras verticales las economías de escala no son tan relevantes como en otros servicios, pues muchos de los trabajos deben realizarse de manera específica para cada edificio. De hecho, en el conflicto con Telefónica se observó que incluso en partidas como los costes de materiales, en principio más sensibles a la escala, el operador que conseguía los costes más reducidos era Orange.

Por otro lado, Jazztel ya ofrece los precios fijados en la resolución del conflicto entre Telefónica y Vodafone-Orange de manera voluntaria a Telefónica. Dado que dichos precios ya deberían cubrir tanto el coste del capital como la prima de riesgo sobre los costes, se estima razonable que dichos precios también sean ofrecidos a Orange.

Sobre esta cuestión, Jazztel señala que su propuesta de precios incluye una prima de riesgo adecuada para un operador de su tamaño. Ya se ha dicho sin embargo que los precios del acuerdo incluyen un margen sobre los costes de un operador eficiente de un **[CONFIDENCIAL VP]**, lo que permite cubrir el coste del capital. Dado que el coste del capital se suele situar cercano al 10%¹³, los precios propuestos por Jazztel a Orange implican que su prima de riesgo sería superior a un 60%, valor no razonable teniendo en cuenta que la prima de riesgo calculada por la CMT para despliegues de redes NGA se sitúa en un 4,81%¹⁴.

Tampoco debe obviarse que tomar la iniciativa en el despliegue de verticales, por la proximidad de este segmento de red con el cliente potencial, conlleva el beneficio añadido de maximizar la capacidad de captación de usuarios con respecto a operadores que acudan con posterioridad al vertical de un tercero. Y que a su vez, permite al operador que lleva a cabo el despliegue del vertical óptico migrar y fidelizar a sus clientes de cobre, desvinculándose con mayor rapidez que el resto de sus competidores de la red de acceso de cobre del incumbente, con el consiguiente ahorro de costes. Todos estos beneficios no deben perderse de vista al valorar el riesgo en que incurre Jazztel, puesto que vendrían a poner de manifiesto que el recargo del 50% sobre los precios acordados con Telefónica que este operador requiere resulta injustificado.

Por otra parte, el establecimiento de unos precios mayoristas de acceso homogéneos para todos los operadores que invierten en su propia red de fibra óptica está en línea con las referencias existentes a nivel comunitario. En el caso de Italia, Telecom Italia está sometida a una obligación de orientación de sus precios de acceso a costes, en virtud de su condición de operador con PSM en los mercados mayoristas de banda ancha. Para el resto de operadores, la obligación de control de precios se basa en un estándar de razonabilidad. El regulador italiano ha aclarado que para el caso de operadores verticalmente integrados (como sería el caso de Jazztel), el precio aplicado por Telecom Italia debe servir como referencia para determinar la razonabilidad del precio de dichos agentes.

Por su parte, en el caso de Francia, la tendencia es hacia una creciente armonización de los precios de acceso fijados individualmente por los operadores en un entorno de regulación simétrica, sobre la base de la

¹³ La CNMC calcula el coste del capital (WACC) para cinco operadores: Abertis, Orange, Vodafone, Telefónica y Telefónica Móviles. En 2014, el WACC más reducido fue el de Orange (9,00%) y el más elevado fue el de Abertis (11,19%).

En algunas estimaciones del WACC, para empresas de baja capitalización bursátil se añade una prima por este concepto (que no suele superar el 2%). En todo caso, la capitalización de Jazztel a diciembre de 2014 supera los 3200 millones de euros (más de 3900 millones de dólares), cuando por empresas de baja capitalización comúnmente se asume que está por debajo de 2000 millones de dólares (unos 1500 millones de euros).

¹⁴ Resolución de la CMT de 28 de febrero de 2013 sobre el procedimiento de cálculo de la prima de riesgo en la tasa de retorno nominal para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación (MTZ 2012/2155).

resolución de los distintos conflictos y las iniciativas regulatorias llevadas a cabo por la autoridad de reglamentación francesa¹⁵.

En definitiva, Jazztel deberá ofrecer a Orange los mismos precios por las infraestructuras verticales que los establecidos en el conflicto Telefónica – Vodafone/Orange para la solución modular, que son a su vez los mismos que los acordados libremente entre Jazztel y Telefónica en el marco de su acuerdo de compartición¹⁶.

El resto de alegaciones formuladas por Jazztel en relación con esta cuestión son tratadas en Anexo.

III.2.2.1 Acometidas

Las partes no han señalado discrepancias en relación con el precio de las acometidas, por lo que de conformidad con el principio de intervención mínima que debe regir la actuación de la Administración, la fijación de dichos precios no es objeto del presente conflicto.

III.3 SOBRE LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS MAYORISTAS

Jazztel exige la introducción en el acuerdo de una cláusula de prohibición de reventa de servicios a otros agentes u operadores, si para ello resulta necesario el uso de la infraestructura vertical sujeta a compartición.

III.3.1 Planteamiento de los operadores

Según Orange, la introducción de una cláusula de prohibición de reventa como la aquí considerada resulta contraria a la normativa sectorial, e impediría la configuración de ofertas comerciales de acceso indirecto a redes FTTH que, por ejemplo, pudieran competir con la oferta NEBA del operador declarado con poder significativo de mercado en los mercados mayoristas de banda ancha (Telefónica).

Jazztel, tanto en sus alegaciones al inicio del procedimiento como en sus alegaciones al trámite de audiencia, señala que la cláusula de prohibición de reventa busca evitar que se rompa el equilibrio económico alcanzado entre el propietario de la infraestructura vertical y el demandante de acceso, plasmado

¹⁵ Ver por ejemplo Arcep, *Modèle générique de tarification de l'accès aux réseaux mutualisés en fibre optique en dehors des zones très denses*, diciembre de 2014 (actualmente en fase de consulta pública).

¹⁶ Debe aclararse que Telefónica ha instalado hasta la fecha dos tipos de infraestructuras verticales. En las primeras etapas del despliegue, Telefónica instaló una vertical que requiere de una actualización de la CTO para permitir su compartición. Posteriormente, Telefónica comenzó a instalar de forma masiva una solución denominada modular, compartible desde un principio. Jazztel, por su parte, ha instalado únicamente infraestructuras verticales con la solución modular. Por ello, los únicos precios que deben fijarse para Jazztel son los de la solución modular.

en el precio de acceso a dicha vertical. Jazztel señala asimismo que las prohibiciones de reventa son habituales en el tracto comercial, y por ejemplo **CONFIDENCIAL VP** [].

III.3.2 Valoración

En primer lugar, es preciso señalar que las cláusulas de prohibición de reventa no resultan *per se* contrarias a la regulación sectorial, y deben valorarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto¹⁷.

Para la resolución de esta cuestión en el contexto del presente procedimiento resulta relevante atender a factores como (i) el ámbito de aplicación de la prohibición de reventa; (ii) el comportamiento desplegado por las partes en relación con terceros operadores; (iii) los efectos concretos sobre el operador demandante de acceso (en este caso, Orange) y sobre Jazztel de la introducción de una cláusula de prohibición de reventa; (iv) los efectos concretos sobre el mercado de la prohibición de prestar servicios mayoristas en el marco del progresivo despliegue de redes NGA que está acaeciendo en la actualidad.

En relación con el ámbito de aplicación, de la lectura de las propuestas circuladas por Jazztel puede colegirse que nos encontramos ante una prohibición total de prestar servicios mayoristas haciendo uso de cualquier tramo de la red de fibra óptica de Jazztel.

La prohibición de reventa no afectaría por consiguiente exclusivamente a la prestación de hipotéticos servicios mayoristas a partir de la base del edificio donde se produce la interconexión de las redes de Orange y Jazztel (en cuyo caso, solo se verían afectados los tramos de red propiedad de Jazztel), sino que se extendería a la posible provisión de servicios mayoristas a partir de tramos superiores de la red de acceso de Orange. Es decir, Orange no podría prestar ningún servicio mayorista sobre aquellos accesos que acabaran en un vertical de Jazztel, aunque dicha vertical sea solo un elemento con un peso reducido dentro de un servicio mayorista mucho más amplio, como puede ser un acceso indirecto.

La prohibición de comercializar servicios mayoristas va por tanto más allá del propio ámbito del acuerdo de acceso que Jazztel y Orange tienen previsto suscribir (acuerdo relativo al acceso a las infraestructuras verticales de interior de Jazztel). En este contexto, los riesgos de cierre de mercado se ven incrementados, al impedirse cualquier forma de reventa independientemente de que se haga un uso extensivo de la red propia del operador que pretende ofrecer servicios mayoristas.

¹⁷ Este es también el enfoque seguido en derecho de competencia, ver por ejemplo Decisión de la Comisión Europea de 16 de julio de 2003 en el asunto COMP/38.369 – *T. Mobile Deutschland/02 Germany*.

En relación con el comportamiento manifestado frente a terceros, como recoge la Resolución de 16 de octubre de 2014, Jazztel **CONFIDENCIAL ORANGE** []. Esta posibilidad no se extiende, sin embargo, a otros operadores con los que Vodafone (en aquel caso), u Orange (en el presente caso) puedan desear suscribir acuerdos para la prestación de servicios mayoristas equivalentes.

En relación con los efectos concretos de la prohibición de reventa sobre el operador demandante de acceso (Orange), cabe incidir en que dicha prohibición tiene carácter absoluto, y resulta de aplicación con independencia del hecho de que los servicios mayoristas se soportarían en gran medida sobre la base de la red de fibra óptica desplegada por la propia Orange. La prohibición de comercializar servicios mayoristas tendría por tanto un efecto directo sobre los incentivos del operador que despliega red propia a amortizar libremente su inversión, a través del diseño de las estrategias comerciales que considere convenientes (incluyendo la posible puesta a disposición de su red a favor de terceros).

Como señala Orange, se estaría asimismo privilegiando de manera indirecta al operador declarado con PSM en los mercados mayoristas de banda ancha (Telefónica), puesto que la oferta regulada de dicho agente sería la única alternativa disponible para el acceso por parte de operadores terceros a servicios soportados sobre redes de fibra óptica¹⁸. Telefónica obtendría en consecuencia los correspondientes ingresos mayoristas, que no resultarían sin embargo accesibles para otros agentes como Orange, que podrían estar interesados en comercializar el mismo tipo de servicios.

También en relación con Orange, la prohibición de reventa se extendería a todos las fincas donde este operador hiciera uso de la infraestructura vertical de interior de Jazztel, pero en teoría no resultaría de aplicación en fincas donde Orange fuera a llevar a cabo su propio despliegue de interior, o en fincas donde el despliegue se fuera a realizar directamente por fachada (y donde no existe infraestructura vertical susceptible de compartición). La prohibición de reventa daría por tanto lugar a una importante fragmentación del ámbito de cobertura de la oferta mayorista que Orange podría diseñar, limitando en gran medida el atractivo de la misma.

Cabe asimismo señalar que, desde el punto de vista de Jazztel, la prestación por parte de Orange de servicios mayoristas soportados sobre una red de fibra óptica no tendría más consecuencias que las derivadas de la existencia de una mayor oferta de servicios y por ende un mayor nivel de competencia (como ocurre en cualquier caso en que se pone a disposición de terceros una oferta mayorista, por ejemplo vía la configuración de ofertas comerciales de acceso indirecto prestadas sobre la base del bucle de abonado de Telefónica).

¹⁸ Por el momento, limitados a 30 Mbit/s.

En particular, Jazztel no se vería forzado a proceder a ningún proceso de adaptación de su red por el mero hecho de que el servicio fuera prestado al usuario comercial sobre la base de una oferta de acceso indirecto en lugar de directamente por Orange.

Por último, en relación con los efectos sobre el mercado, cabe acoger los comentarios realizados por la autoridad de competencia francesa en uno de sus informes a los proyectos de mutualización de la fibra existentes en Francia. Como señala el citado organismo, en particular en las zonas geográficas menos densas, *“la existencia de ofertas mayoristas [de reventa] es necesaria, al menos de modo transitorio, para [un operador tercero] que desee entrar en el mercado de la banda ultra-ancha. En efecto, teniendo en cuenta su reducida cuota de mercado en el mercado de banda ancha, [el operador tercero] no tiene la capacidad, al menos en este momento, de co-invertir masivamente en el despliegue de fibra en el interior de los edificios”*¹⁹. Para zonas densas, la autoridad de competencia francesa también se refiere a la importancia que tiene la existencia de una oferta mayorista situada aguas arriba de los tramos de compartición vertical y disponible para terceros operadores, con independencia de que dicha oferta se desarrolle comercialmente o por vía de la regulación sectorial²⁰.

El reducido número de operadores partícipes hasta la fecha en acuerdos para el despliegue de redes de fibra óptica (Telefónica, Jazztel, Orange y Vodafone) apunta asimismo en contra de la sostenibilidad de esta cláusula, al producirse una reserva del mercado a favor de los citados agentes, sin que exista la posibilidad de entrada de terceros a través de modalidades alternativas al despliegue de red propia, libremente negociadas con los operadores que puedan estar interesados en prestar servicios mayoristas.

Este hecho es particularmente relevante, habida cuenta de que en un entorno de transición hacia las redes de nueva generación no resulta previsible la presencia de un elevado número de operadores capaces de competir en los

¹⁹ Traducción propia. Opinión nº 10-A-18 de la autoridad de competencia francesa, de 27 de septiembre de 2010, § 26: *“ensuite, les préoccupations exprimées par l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 09-A-47 quant à un risque de repli du marché du très haut débit autour des principaux acteurs actuels du haut débit sont apparues fondées. Les premières versions des offres de mutualisation de certains des acteurs précités empêchaient ou désincitaient fortement à la fourniture, par les opérateurs prenant part au cofinancement ab initio de la fibre dans l'immeuble, d'offres de gros à des tiers, y compris lorsqu'il s'agissait d'offres de gros de type dégroupage ou «bitstream» et non de la simple revente de l'accès au réseau de l'immeuble. Or, l'existence de telles offres de gros est nécessaire, au moins à titre transitoire, pour un acteur comme Bouygues Télécom souhaitant entrer sur le marché du très haut débit. En effet, compte tenu de ses parts de marché encore limitées sur le marché du haut débit, Bouygues Télécom n'est sans doute pas en mesure, en tout cas à ce stade, de cofinancer massivement le déploiement de la fibre dans les immeubles. L'Autorité note que les négociations entre acteurs sont encore en cours et que l'ARCEP veille à ce qu'elles aboutissent”*.

²⁰ Opinión nº 09-A-47 de la autoridad de competencia francesa, de 22 de septiembre de 2009, §§ 74-77.

mercados de banda ancha sobre la base del despliegue de una red propia de fibra óptica²¹.

En definitiva, se estima que, a los efectos del presente procedimiento, la introducción de una cláusula de prohibición de reventa resultaría contraria a la normativa sectorial, al limitarse el alcance de la obligación de acceso tal y como viene configurada en la Resolución de 12 de febrero de 2009 por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios²².

Dicha obligación de acceso ha de tener un carácter incondicionado, y no puede vincularse al cumplimiento de requisitos no proporcionados como la prohibición de llevar a cabo prácticas comerciales perfectamente legítimas²³ y que pueden redundar en beneficio del operador demandante de acceso, que además ha procedido al despliegue de su propia red hasta la base del edificio. Por otra parte, y dado que las obligaciones regulatorias que los operadores deben asumir en virtud de la Resolución de 12 de febrero de 2009 tienen carácter indisponible para las partes, **CONFIDENCIAL ORANGE []**.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- En relación con el reconocimiento de un derecho irrevocable de uso sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior, Jazztel deberá aplicar los siguientes precios (en euros). Estos precios se dividirán en función del número de operadores compartiendo las mismas:

[CONFIDENCIAL VP]

SEGUNDO.- Los precios establecidos en el Resuelve Primero serán aplicables a todas las solicitudes de acceso, debiendo las partes proceder a la regularización de los precios que, en su caso, hubieran resultado de aplicación hasta el momento de resolución del conflicto, en el plazo de diez días desde la notificación de la Resolución por la que se resuelve el presente procedimiento.

TERCERO.- En el marco del acuerdo de acceso que Jazztel y Orange deben suscribir, Jazztel no puede exigir la inclusión en el mismo de una cláusula conforme a la cual se prohíbe la comercialización de servicios mayoristas por

²¹ Véase el Informe de la CMT sobre los resultados del modelo de despliegue de redes FTTH/GPON en España (2009).

²² Expediente MTZ 2008/965.

²³ Como puede ser la comercialización de servicios mayoristas de acceso indirecto.

parte de Orange, prestados sobre la base de la infraestructura que Jazztel ha de poner a disposición de Orange.

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 – CONTESTACIÓN A LAS ALEGACIONES ADICIONALES DE LAS PARTES

Sobre los precios de las infraestructuras verticales

Jazztel considera que la fijación de unos precios de acceso idénticos a los fijados para el acceso a las infraestructuras verticales de Telefónica supone un incumplimiento de la normativa vigente, al ser una medida que no fomenta la inversión en el despliegue de redes y que no permite una tasa razonable de rendimiento del capital en función de los riesgos asumidos.

Respuesta:

Jazztel hace referencia al acceso a las verticales en el interior de un edificio como si se tratara de un servicio mayorista de acceso indirecto, que podría ser sustituto de la inversión en redes propias. Cabe remarcar que un operador que accede a las verticales de otro está desplegando una red de fibra óptica hasta el edificio dónde está situada. Por ello, con la Resolución de este conflicto la CNMC pretende justamente fomentar la inversión en el despliegue de redes, no solo de Telefónica o Jazztel, sino también del resto de operadores.

Sobre los precios de las infraestructuras verticales de Jazztel

Jazztel considera razonable que el precio de acceso a sus verticales sea superior al de Telefónica en un 50%, ya que:

- (1) Los costes de Jazztel son superiores a los de Telefónica debido a sus menores economías de escala. Señala que Jazztel va desplegar verticales en un área de 1,5 millones de UUII, mientras que Telefónica alcanzará 13,5 millones en 2016.

Respuesta:

En el cuerpo del documento ya se ha argumentado que las economías de escala no son tan relevantes en el despliegue de verticales. En este sentido, la Comisión Europea ya argumentó en su Recomendación de tarifas de terminación que los operadores fijos alternativos pueden reducir el impacto de las economías de escala gracias a la posibilidad de contratar servicios mayoristas del operador dominante y centrarse en las áreas geográficas más densas.

“It is particularly difficult to determine minimum efficient scale for fixed networks due to a number of factors. Firstly, in fixed networks operators have the ability to rent infrastructure and to purchase interconnection. Secondly, fixed operators have the opportunity to build their networks in a particular geographic area and focus on higher-density routes. Consequently, fixed operators can potentially achieve low unit costs at

low levels of output and thereby reduce the impact of economies of scale.”²⁴

Finalmente, cabe señalar que Jazztel ha señalado en diversas ocasiones en sus comunicaciones a inversores que los costes de despliegue de la red FTTH han sido significativamente inferiores a los esperados. Por ejemplo, en el primer informe trimestral de 2014²⁵, Jazztel afirmaba lo siguiente:

“[...] las inversiones continúan situándose por debajo de las previsiones de la compañía debido a los ahorros obtenidos en el despliegue de red FTTH, de manera que el coste real por hogar pasado es aproximadamente un 20% inferior al coste presupuestado en el plan de negocio.”

Jazztel señala en sus alegaciones que la CNMC desconoce el origen de los ahorros obtenidos en el despliegue de red comunicados a los inversores, pero este operador tampoco detalla de donde provienen dichos ahorros. Por tanto, para la CNMC son simplemente una constatación de que los costes de despliegue han sido inferiores a los inicialmente previstos.

- (2) Jazztel argumenta que hace frente a un coste de capital y a una prima de riesgo superiores a los de Telefónica, lo que justifica un diferencial en precios. Jazztel aporta la siguiente estimación del coste del capital realizada por Bloomberg a 30 de julio de 2014 para ambas operadoras: Telefónica: **[CONFIDENCIAL ORANGE]**, Jazztel: **[CONFIDENCIAL ORANGE]**.

Jazztel añade que el diferencial entre los dos WACC sería mayor si su nivel de endeudamiento fuera similar al de Telefónica. También señala que Telefónica cuenta con una mayor diversificación geográfica, lo que hace que su riesgo sea mayor.

Respuesta:

Las estimaciones de coste de capital facilitadas por Jazztel muestran que la diferencia entre ambas operadores es reducida, en torno a **[CONFIDENCIAL ORANGE]**. Esta diferencia no justifica la fijación de un precio superior por el acceso a las verticales de Jazztel.

Por otro lado, el nivel de endeudamiento y la diversificación geográfica son dos factores que se tienen en cuenta a la hora de estimar el coste del

²⁴ Traducción propia: “Es particularmente difícil, por diversos factores, determinar la escala mínima eficiente para las redes fijas. En primer lugar, los operadores fijos disponen de la posibilidad de alquilar infraestructura y contratar servicios de interconexión. En segundo lugar, los operadores fijos pueden desplegar su red en áreas geográficas concretas y concentrarse en las de mayor densidad. En consecuencia, los operadores potencialmente pueden conseguir menores costes unitarios a menores niveles de producción y, por tanto, reducir el impacto de las economías de escala.”

²⁵

capital. Una compañía muy endeudada puede ver incrementado el coste de sus recursos propios. Por tanto, el elemento relevante para determinar el precio de los servicios regulados es el coste del capital total.

- (3) Telefónica obtiene beneficios por el despliegue de FTTH que Jazztel no consigue. Señala a este respecto Jazztel que Telefónica aprovechará el despliegue FTTH para cerrar centrales de la red legada de cobre. Jazztel argumenta que no cuenta con una red de cobre y no se va a poder beneficiar de estos ahorros.

Jazztel añade que Telefónica aprovecha el despliegue FTTH para conectar estaciones base (BTS) para desplegar la tecnología 4G, lo que conlleva unas sinergias en costes de las que no disfruta Jazztel.

Respuesta:

Jazztel presta la mayoría de sus servicios mediante la desagregación del bucle de abonado. Al desplegar su red FTTH, Jazztel está migrando sus clientes a su red de fibra y deja de abonar a Telefónica los servicios mayoristas relacionados con la desagregación del bucle de abonado. Por ello, Jazztel cuenta en este sentido con un beneficio similar, incluso más directo, que Telefónica, pues la reducción de costes por el ahorro en el pago de servicios mayoristas es inmediata.

Sobre esta afirmación, Jazztel alega que los ahorros por dejar de abonar los servicios mayoristas relacionados con la desagregación no son tan importantes, pues debe abonar a Telefónica la cuota de baja del par de cobre. No puede aceptarse esta argumentación de Jazztel, ya que la cuota de baja del par de cobre es de 18,40 €, mientras que la cuota mensual es de 8,60 €, por lo que Jazztel recupera el importe de la cuota de baja en menos de tres meses.

De hecho, en sus comunicaciones a inversores Jazztel ha señalado que su mejora en el margen bruto se debe, entre otros factores, a la migración de clientes de ADSL a FTTH:

"[...] [La] mejora en el margen bruto en el trimestre se debe principalmente a:

- El positivo efecto de la migración de los clientes de productos ADSL a productos FTTH que cuentan con un margen bruto significativamente más elevado.²⁶"*

En lo que respecta a las sinergias relacionadas con el despliegue de red móvil, debe aclararse que los enlaces de fibra para estaciones base y los segmentos terminales de la red FTTH constituyen redes de muy distinta

²⁶ Resultados del primer trimestre de 2014, página 4.

naturaleza, basadas en arquitecturas y soluciones diferentes. Así, aunque el despliegue masivo de FTTH puede ayudar a conectar emplazamientos móviles, la capilaridad de la red de estaciones base es muy inferior a la que resulta característica de la red FTTH, por lo que la sinergia que pueda resultar de su superposición es reducida.

Asimismo, los operadores móviles están conectando con fibra las estaciones base desde antes del despliegue masivo FTTH. En efecto, el incremento de la velocidad de transmisión de datos en las redes móviles fruto del avance tecnológico de los últimos años (HSPA, HSPA+, ambas tecnologías 3G) ya ha requerido un incremento en la capacidad de transmisión (*backhaul*) que conecta los distintos emplazamientos radio con la red troncal.

- (4) Jazztel afirma que debe existir un recargo sobre los precios acordados con Telefónica, pues con este operador existe un compromiso mutuo de despliegue, mientras que con Vodafone y Orange no hay compromiso por su parte.

Respuesta:

Esta cuestión ya se analizó en el conflicto Telefónica/Vodafone-Orange, y la CNMC concluyó que los compromisos recíprocos de constitución de verticales entre Telefónica y Jazztel no eran razón suficiente para discriminar en precios a Orange y Vodafone.

- (5) Jazztel señala que tomar la iniciativa en el despliegue de verticales presenta una serie de incertidumbres que deben ser reconocidas en los precios.

Respuesta:

Esta cuestión también se analizó en el conflicto con Telefónica, indicándose que los precios aprobados para Telefónica y para Jazztel tienen un margen razonable sobre los costes, que permiten cubrir tanto el coste del capital como la prima de riesgo asociada a despliegues NGA.

En definitiva, tras haber analizado todas las alegaciones de Jazztel al respecto, se considera que el recargo del 50% respecto de los precios acordados por Telefónica no está justificado.