

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ARCHIVA LA DENUNCIA DE FRANCE
TELECOM ESPAÑA, S.A. RELATIVA A LA INCORPORACIÓN GRATUITA DEL
COMPONENTE DE TELEVISIÓN A DETERMINADOS PAQUETES DE BANDA
ANCHA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
(Expte. OFMIN/DTSA/447/14/DENUNCIA TV MINI)**

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.

D. Josep María Guinart Solá.

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 28 de mayo de 2014

Visto el expediente relativo a la denuncia de France Telecom España, S.A.U. sobre la incorporación gratuita del componente de televisión a determinados paquetes de banda ancha de Telefónica de España, S.A.U., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Comunicación de una promoción sobre determinados paquetes *Trío*

Con fecha 26 de diciembre de 2013 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (en adelante, CNMC) un escrito¹ de Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange) en el que denunciaba el carácter presuntamente anticompetitivo de la incorporación gratuita por parte de Telefónica

¹ Registro de entrada número 2013090002912.

de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) a su oferta convergente Fusión “*del servicio de televisión con contenidos de televisión de pago*”. Este operador entiende que la oferta de televisión constituye una reducción de precios anticompetitiva y un empaquetamiento de carácter abusivo.

SEGUNDO.- Apertura del procedimiento

A la vista del escrito de Orange y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de fecha 21 de marzo de 2014 se informó a Telefónica y Orange de la apertura del presente procedimiento administrativo, con número de referencia AEM 2014/447.

TERCERO.- Informe de audiencia

Con fecha 16 de abril de 2014 esta Comisión dio traslado del informe de audiencia de la DTSA a los operadores interesados, concediéndoles un plazo de 10 días para que formularan cuantas alegaciones estimaran oportunas.

CUARTO.- Alegaciones de Orange

El día 30 de abril de 2014 tuvo entrada en el registro de esta Comisión un oficio de Orange que contenía las alegaciones de este operador al informe de audiencia de la DTSA.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1 HABILITACIÓN COMPETENCIAL

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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 definición de mercados de comunicaciones electrónicas, la identificación del operador u operadores con poder

significativo de mercado y la imposición de las obligaciones a este operador u operadores que en su caso resultaran necesarias.

Así, el artículo 68.1 de la Ley 9/2014 establece la consideración de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como Autoridad Nacional de Reglamentación, en lo que se refiere a las competencias que la mencionada Ley le atribuye. En el desarrollo de sus respectivas competencias, las Autoridades Nacionales de Reglamentación aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, con arreglo a, entre otros, los siguientes fines criterios:

e) Salvaguardar la competencia en beneficio de los consumidores y promover, cuando sea posible, la competencia basada en infraestructuras.

(...)

g) Ejercer sus responsabilidades de tal modo que se promueva la eficiencia, la competencia sostenible y el máximo beneficio para los usuarios finales.

En concreto, el artículo 70.2 la Ley 9/2014 atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, entre otras, las siguientes funciones:

a) Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente ley y su normativa de desarrollo.

b) Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo de mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constata que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

c) Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en los mercados de referencia, en los términos establecidos en el artículo 14 de la presente ley y su normativa de desarrollo.

(...)

Con fecha 22 de enero de 2009, la extinta CMT² adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a

² La disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, establece que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) implicará la extinción de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y que las referencias que la normativa vigente contiene de la CMT se entenderán realizadas a la CNMC. Por su parte, el artículo 1 de la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, señala que el día 7 de octubre de 2013 se iniciará la puesta en funcionamiento de la CNMC. En consecuencia, desde el 7 de

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 (en adelante, Resolución de los mercados 4 y 5)³.

La Resolución precitada acuerda en su Resuelve Sexto:

“Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en el Anexo 1 de la presente Resolución en relación con el acceso compartido y completamente desagregado; las obligaciones recogidas en el Anexo 2 de la presente Resolución en relación con el acceso mayorista a la infraestructura de obra civil; y las obligaciones recogidas en el Anexo 3 de la presente Resolución en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha”.

Por su parte, el Anexo 3 de obligaciones de la Resolución (“Medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s”) dispone lo siguiente:

“1.- Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha (con velocidad nominal hasta 30 Mbit/s) a todos los operadores.

La efectividad de esta obligación requiere la imposición genérica de las siguientes obligaciones a Telefónica:

[...]

d) Comunicación por Telefónica a la CMT de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, así como el desglose de los precios en el caso de paquetes (Arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso)

Se entenderán sujetas a la obligación anterior las tarifas y condiciones aplicadas por Telefónica o cualquier empresa de su Grupo, así como todo tipo de reducciones sobre las mismas, bonos de descuento, planes de precios, paquetes de servicios y tarifas especiales o moduladas en el marco de ofertas minoristas de acceso de banda ancha. Igualmente aplicará la obligación anterior sobre cualquier modificación de las ofertas ya existentes.

Esta obligación implica que Telefónica o cualquier empresa de su Grupo está obligada a comunicar a la CMT los citados precios y condiciones aplicables a los

octubre de 2013, la CNMC se ha puesto en funcionamiento, continuando el ejercicio de las funciones de la extinta CMT.

³ Expediente MTZ 2008/626.

servicios minoristas de banda ancha, con un mínimo de quince días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva.

En el caso de introducción por Telefónica o cualquier empresa de su Grupo empresarial, de modalidades con nuevas estructuras de precios en la cuota de abono mensual, este operador deberá presentar a esta Comisión con al menos 1 mes de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios necesarios que permitan a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de banda ancha de Telefónica”.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en la Resolución de 13 de diciembre de 2012⁴, relativa a la definición y análisis del mercado 1, Telefónica está obligada “a notificar cualquier modificación de los precios y condiciones aplicables, con al menos 21 días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva. Se entenderán sujetas a la obligación anterior tanto las tarifas generales como todo tipo de reducciones sobre las mismas, planes de precios, paquetes de servicios, tarifas especiales y cualquier otro tipo de ofertas, combinadas o no, que incluyan el acceso a la RTPF. Igualmente aplicará la obligación anterior sobre cualquier modificación de las ofertas ya existentes. Pasado dicho plazo sin oposición de la CMT, Telefónica podrá comercializar el servicio, al precio indicado, sin perjuicio de las potestades de intervención posterior de la CMT”.

Por otro lado, mediante las citadas Resoluciones de mercados 4-5 y del mercado 1 se impuso a Telefónica la prohibición de comercializar ofertas minoristas que impliquen riesgos para la libre competencia, como pudieran ser aquéllas que suponen reducciones de precios anticompetitivos (estrechamientos de márgenes o precios predatorios), empaquetamientos abusivos o injustificados, prácticas discriminatorias o cláusulas contractuales abusivas.

A estos efectos, los citados análisis de mercado establecieron que la evaluación de las eventuales prácticas anticompetitivas anteriores se realizaría de acuerdo con los procedimientos de valoración propios de intervención ex ante que las ANRs sectoriales tienen atribuidos.

En particular, en el caso de los servicios afectados, se señalaba que “serán de aplicación las disposiciones contenidas en la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones”.

⁴ Resolución por la cual se aprueba la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija, la designación del operador 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 (MTZ 2012/1302).

II.2 CONTENIDO DE LA DENUNCIA INTERPUESTA POR ORANGE

Orange denuncia la medida anunciada por Telefónica el día 19 de diciembre consistente en la inclusión gratuita en sus paquetes *Movistar Fusión 10Mb* y *Movistar Fusión Fibra 100Mb* de un servicio de televisión con diferentes modalidades de contenidos. El señalado anuncio se produjo en el contexto de una rueda de prensa que exponía las líneas generales de actuación de este operador para el año 2014. En opinión de Orange, la medida anunciada por Telefónica es contraria a la regulación vigente.

Para justificar la denuncia, Orange alude en primer lugar al requisito de coherencia y consistencia entre los paquetes con y sin servicio de televisión a que hace referencia la Resolución de 30 de mayo de 2013 por la que actualizan determinados parámetros de la metodología (expediente AEM 2012/2061). Según Orange, la gratuidad del servicio de televisión de pago supone el incumplimiento de este requisito.

En segundo lugar, el operador denunciante sostiene que Telefónica ostenta una posición de “claro privilegio” en el mercado televisivo y en la distribución de contenidos de televisión. En opinión de Orange *“es inevitable suponer que la capacidad negociadora de Telefónica (...) es muy superior a la del resto de operadores alternativos, y que ejerce su posición en el mercado de contenidos para obtener una ventaja en el mercado de comunicaciones electrónicas mediante las nuevas ofertas convergentes Fusión”*.

Amparándose en los argumentos anteriores, Orange considera que la incorporación gratuita del servicio de televisión a los paquetes de *Movistar Fusión 10Mb* y *Movistar Fusión Fibra 100Mb* *“constituye empaquetamientos abusivos, no replicables por los operadores alternativos y que provocan estrechamiento de márgenes”*. Por tanto, solicita a esta Comisión que prohíba a Telefónica la inclusión gratuita del servicio de televisión en sus diferentes modalidades en las ofertas Fusión mediante la adopción de medidas cautelares.

II.3 ANÁLISIS DE LA DENUNCIA DE ORANGE

Como se ha expuesto previamente, en virtud de las obligaciones contenidas en las Resoluciones de los mercados 4-5 y del mercado 1, Telefónica debe comunicar anticipadamente a esta Comisión el lanzamiento comercial de cualquier producto de acceso RTB o de banda ancha, tanto si la comercialización se produce manera individual y separada, como si el producto se presenta de manera empaquetada con otros servicios. Esta obligación de comunicación previa se extiende a las modificaciones de precio o de prestaciones de las ofertas existentes en el catálogo comercial de Telefónica. Por tanto, la inclusión del servicio de televisión de pago como parte integrante de un paquete de banda ancha debe ser comunicada a esta Comisión.

Telefónica comunicó a esta Comisión una serie de productos que incorporan el servicio de televisión de pago y que se corresponden con la medida anunciada por Telefónica y denunciada por Orange. En concreto, Telefónica notificó la comercialización de los siguientes empaquetamientos:

- Unos empaquetamientos que resultan de añadir a los paquetes Dúo el servicio de televisión de *Movistar TV Mini*⁵ y, adicionalmente, (i) un paquete extra a elegir entre *Energía*⁶, *Para Todos*⁷ y *Fútbol*⁸, o (ii) el paquete *Movistar TV Total*. Los empaquetamientos con un paquete extra tienen un precio incremental de 20 euros al mes (IVA incluido) con respecto al mismo producto sin servicio de televisión, mientras que en el caso de los paquetes con *Movistar TV Total*, el precio incremental es de 50 euros mensuales (IVA incluido).
- Unos empaquetamientos *Movistar Fusión 10Mb* y *100Mb* que incluyen *Movistar TV Mini*, más (i) uno de los paquetes de contenidos extra *Energía*, *Para Todos* y *Fútbol*, o (ii) el paquete *Movistar TV Total*. En estos casos, los precios incrementales son más reducidos. En el caso de *Movistar Fusión 10Mb*, la inclusión del servicio de televisión con uno de los paquetes extra tenía un precio incremental de 14,62 euros (IVA incluido), mientras que la adición de *Movistar TV Total* suponía un precio incremental de 34,62 euros mensuales (IVA incluido). En el caso de *Movistar Fusión 100Mb*, los precios incrementales eran respectivamente 14,52 y 34,52 euros mensuales, incluyendo el IVA.

⁵ A través de “*Movistar TV Mini*” el cliente tiene acceso a los canales TDT, y a los canales temáticos *Fox*, *AXN*, *TNT*, *Calle 13*, *Cosmo*, *Hollywood*, *Paramount Comedy* y *canal Movistar TV*.

⁶ Este paquete de contenidos incluye un conjunto de contenidos deportivos, entre los que destacan los canales *Movistar F1* y *Movistar MotoGP*.

⁷ Este paquete de contenidos cuenta con unos 80 canales de temática variada.

⁸ Este paquete incluye una serie de canales de fútbol, entre los que destacan *Canal+ Liga* y *Canal+Liga de Campeones*.

Movistar Fusión 4G sobre fibra (Oferta Móvil: TPM, 1GB BA móvil)	Precio (sin IVA)	Precio (IVA incluido)
Fusión 10Mb + TV Mini + Paquete Extra Para Todos	61,98	75,00
Fusión 10Mb + TV Mini + Paquete Extra Fútbol	61,98	75,00
Fusión 10Mb + TV Mini + Paquete Extra Energía	61,98	75,00
Fusión 10Mb + TV Mini + TV Total	78,51	95,00
Fusión 100Mb + TV Mini + Paquete Extra Para Todos	71,90	87,00
Fusión 100Mb + TV Mini + Paquete Extra Fútbol	71,90	87,00
Fusión 100Mb + TV Mini + Paquete Extra Energía	71,90	87,00
Fusión 100Mb + TV Mini + TV Total	88,42	107,00

Previamente a su comercialización, la DTSA analizó todos estos productos siguiendo los criterios previstos en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica⁹. En particular, la DTSA llevó a cabo un test de replicabilidad para determinar si un operador alternativo eficiente que recurra a los servicios mayoristas del operador incumbente es capaz de emular cada uno de los productos sometidos a análisis. Este test de replicabilidad fue superado en todos los casos.

Con posterioridad, Telefónica notificó una modificación de la estructura de precios de los paquetes *Movistar Fusión 10Mb* y *Fusión 100Mb* que incluyen el componente de televisión. Bajo la nueva estructura, los precios incrementales de los paquetes de contenido *Para Todos*, *Energía* y *Fútbol* son respectivamente 0, 8 y 15 euros, IVA incluido¹⁰. La reducción de precios también fue analizada por la DTSA, que concluyó su compatibilidad con la metodología.

Movistar Fusión 4G sobre fibra (Oferta Móvil: TPM, 1GB BA móvil)	Precio (sin IVA)	Precio (IVA incluido)
Fusión 10Mb + TV Mini + Paquete Extra Para Todos	49,39	60,00
Fusión 10Mb + TV Mini + Paquete Extra Fútbol	61,98	75,00
Fusión 10Mb + TV Mini + Paquete Extra Energía	56,20	68,00
Fusión 10Mb + TV Mini + TV Total	78,51	95,00
Fusión 100Mb + TV Mini + Paquete Extra Para Todos	59,50	72,00
Fusión 100Mb + TV Mini + Paquete Extra Fútbol	71,90	87,00
Fusión 100Mb + TV Mini + Paquete Extra Energía	66,12	80,00
Fusión 100Mb + TV Mini + TV Total	88,42	107,00

⁹ Resolución MTZ 2006/1486 y sus sucesivas actualizaciones.

¹⁰ Estos precios sólo son aplicables para el primero de los paquetes contratados. En el caso de que un cliente contrate un segundo paquete, los precios incrementales de las modalidades Para Todos, Energía y Fútbol son, respectivamente, 7, 15 y 22 euros mensuales, IVA incluido.

Por tanto, en este contexto de comunicación y análisis previo al lanzamiento comercial no resulta procedente la adopción de medidas cautelares por parte de esta Comisión, tal y como solicita Orange. A este respecto, conviene destacar que en el caso de que alguno de estos productos no hubiera superado el mencionado test, esta Comisión habría incoado un expediente para paralizar su comercialización hasta que los servicios mayoristas de Telefónica se adecuaran para garantizar su replicabilidad por parte de un operador alternativo eficiente.

En lo que concierne al servicio de televisión de pago, la Resolución de 30 de mayo de 2013 determinó que el VAN de los productos *Trío* –aquéllos que incorporan televisión de pago– sería igual al VAN de los paquetes *Dúo* –sin televisión¹¹. Sin embargo, tal y como apunta el operador denunciante, la adopción de este criterio mantuvo ciertas cautelas, con el fin de evitar consecuencias contraproducentes. Así, la asimilación del VAN del *Trío* al del *Dúo* equivalente quedó condicionada a que los precios de *Dúos* y *Tríos* guarden cierta consistencia y proporcionalidad entre sí. De acuerdo con la Resolución, ante un modificación de Telefónica de los precios incrementales de su servicio de televisión de pago, esta Comisión “*evaluará su consistencia con respecto a los servicios de banda ancha, determinando, en su caso, un VAN diferente*”.

Una vez analizada la estructura de precios del servicio de televisión de pago en los productos comunicados los nuevos empaquetamientos, la DTSA constató que los mismos quiebran la estructura de precios incrementales uniformes que hasta entonces caracterizaba la oferta de televisión de pago de Telefónica empaquetada con la banda ancha. Esta nueva estructura de precios es incompatible con las condiciones exigidas para mantener el criterio de valoración del componente de televisión en los servicios de banda ancha que se ha venido utilizando, basado en la identificación del VAN de *Dúos* y *Tríos*. En consecuencia, y siguiendo lo establecido en la Resolución de 30 de mayo de 2013, el análisis de replicabilidad de los nuevos empaquetamientos de Telefónica determinó un VAN específico que consideró los ingresos y costes asociados a la prestación del servicio de televisión.

En la estimación del coste del servicio de televisión de pago se calculó (i) el coste de los recursos de red asociados a la prestación del servicio de televisión y (ii) el coste de los contenidos audiovisuales. A este respecto, cabe recordar que la metodología aplica el estándar de operador igualmente eficiente. Por tanto, la valoración del servicio de televisión que se lleva a cabo en el marco del análisis de replicabilidad se fundamenta en los ingresos y costes en los que incurre Telefónica. De este modo, no cabe utilizar otra referencia que no sea la de Telefónica a hora de valorar el coste

¹¹ El test de replicabilidad de los productos minoristas de Telefónica se basa en el método de flujos de caja descontados, y se concreta en la determinación de un VAN calculado a partir de los ingresos y costes que generaría el cliente que contrate el producto durante el tiempo su horizonte de permanencia, tomando como referencia a un operador alternativo eficiente que recurra a los servicios mayoristas del incumbente. Un producto o paquete es considerado replicable si el VAN es positivo.

de los contenidos audiovisuales, sin que la supuesta mayor capacidad negociadora de Telefónica con respecto a otros operadores, a la que alude Orange, sea un elemento relevante a efectos de la metodología.

En definitiva, los productos de Telefónica denunciados por Orange superaron el test de replicabilidad teniendo en cuenta los ingresos y costes del servicio de televisión que ofrece este operador.

II.4 ALEGACIONES AL INFORME DE AUDIENCIA

II.4.1. Alegaciones de Orange

II.4.1.1. Consideraciones sobre el cálculo del VAN de Movistar Fusión

A juicio de Orange, la metodología adolece de una serie de deficiencias relativas a la valoración de los servicios fijos y móviles, y considera que deberían ser corregidas en el expediente 2014/608, de revisión de los parámetros de la metodología de análisis ex ante.

Sin perjuicio de lo anterior, Orange expresa su preocupación por el incremento de margen de *Movistar Fusión*. Este producto ha incrementado paulatinamente su VAN en las sucesivas revisiones de parámetros, lo que contrasta con los últimos indicadores de ingresos y márgenes del sector. Orange solicita que, en el ámbito del presente expediente, el VAN de *Movistar Fusión* debería corregirse para tener en cuenta el efecto de la subvención del terminal y para considerar adecuadamente el margen que aportan las líneas móviles adicionales de *Movistar Fusión*.

Con respecto a la subvención del terminal, el operador denunciante señala que Telefónica está regalando terminales móviles, valorados entre 80 y 90 euros, a sus clientes de *Movistar Fusión*. En opinión de Orange, el importe de los terminales debe restarse del VAN.

Por otro lado, Orange considera que debe revisarse el margen que aportan al VAN las líneas adicionales de *Movistar Fusión*. Según este operador, la competencia no permite albergar márgenes extraordinarios, produciéndose el alineamiento de los ingresos con los costes, por lo que no debería considerarse en el VAN margen incremental alguno por las líneas adicionales. Además, Orange sostiene que a menudo las segundas líneas móviles de *Movistar Fusión* no se corresponden con la tarifa de 20 euros/mes, sino con la tarifa más económica *Movistar Cero*¹², “que a buen seguro proporcionará menos márgenes”.

II.4.1.2. Acceso a contenidos de televisión.

¹² La Tarifa *Movistar Cero* consiste en la aplicación de un precio de 0 euros por minuto por llamada móvil-móvil/móvil-fijo nacional, con un establecimiento de llamada de 0,15 euros + IVA. Esta tarifa tiene una cuota mensual de 9 euros + IVA.

Orange considera que los nuevos paquetes *Fusión*, que incluyen gratuitamente un conjunto de canales de televisión, resultan irreplicables. Al margen de los aspectos relativos al cálculo del VAN de *Movistar Fusión*, descritos en el apartado anterior, Orange señala que la falta de emulabilidad se explica por el elevado coste de los contenidos audiovisuales incluidos en la oferta de Telefónica. Para justificar esa falta de replicabilidad, Orange aporta los costes en que tiene que incurrir por ofrecer los mismos canales que forman parte de las ofertas de Telefónica denominadas *Para Todos*, *TV Mini* y *Fútbol*. Los costes aportados por Orange derivan de los contratos que este operador tiene suscritos con los correspondientes proveedores de contenidos.

Además, el operador denunciante se refiere a la irreplicabilidad de los paquetes *Fusión Energía*. En este caso, su irreplicabilidad *“transciende el plano económico toda vez que además de contenidos no deportivos (...) incorpora canales deportivos en exclusiva de Telefónica en España (Moto GP, Fórmula 1)”*. Orange sostiene que *“deben revisarse los procesos de adjudicación en exclusiva de contenidos a operadores con posición de dominio en mercados conexos como es Telefónica”*.

Por otro lado, Orange discrepa de lo expresado por la DTSA en el informe de audiencia, cuando asevera que *“no cabe utilizar otra referencia que no sea la de Telefónica a la hora de valorar el coste de los contenidos audiovisuales, sin que la supuesta mayor capacidad negociadora de Telefónica con respecto a otros operadores, a la que alude Orange, sea un elemento relevante a efectos de la metodología”*.

La discrepancia de Orange se basa en tres argumentos:

- El estándar de operador igualmente eficiente sólo aplicaría a los costes minoristas, no así a los mayoristas. Orange considera que la contratación de contenidos audiovisuales son costes mayoristas, y que la referencia en el test de replicabilidad debería ser la del coste de la oferta más desfavorable para los operadores de telecomunicaciones.
- La capacidad negociadora de Telefónica no es comparable con la de cualquier otro agente del mercado, dada su posición histórica como adquirente de estos contenidos y su posición accionarial en empresas con fuerte presencia en el sector audiovisual.
- El acceso a contenidos Premium está vinculado a la adquisición del paquete televisivo. En este sentido, Orange se refiere al expediente que tiene la CNMC abierto en relación con el acceso de los contenidos Premium de fútbol.

En otro orden de cosas, Orange estima necesaria una revisión inmediata de los precios de capacidad de NEBA, debiendo reducirse de manera significativa dichos

precios, por considerar que la demanda de capacidad de los usuarios de banda ancha con TV multiplicaría por cuatro la demanda actual en hora cargada

II.4.1.3. Solicitud de Orange.

Amparándose en los argumentos expuestos en los apartados anteriores, Orange solicita a esta Comisión (i) que se paralicen las ofertas *Fusión* que incluyen gratuitamente contenidos de pago, (ii) que la CNMC declare que éstas son irreplicables y (iii) se “*imponga a Telefónica la obligación de que presente una oferta mayorista de acceso a contenidos que haga replicables las ofertas Fusión TV*”. Asimismo, Orange solicita una revisión inmediata de los precios de capacidad de NEBA.

II.4.2. Respuesta a las alegaciones

II.4.2.2. Consideraciones sobre el cálculo del VAN de Movistar Fusión

Primeramente, y como la propia Orange señala, los aspectos relativos a cómo se analiza la replicabilidad de los productos de Telefónica han de ser tratados en el marco de los expedientes de revisión de la metodología. A este respecto, actualmente se está instruyendo por la CNMC el expediente 2014/608, en cuyo seno Orange podrá presentar los documentos y alegaciones que estime oportunos.

Dicho lo anterior, esta Comisión entiende necesario clarificar las dudas planteadas por Orange acerca de cómo se ha calculado el VAN de *Movistar Fusión*.

- La campaña de subvención del terminal móvil de Telefónica, a la que hace referencia Orange, fue comunicada a esta Comisión y analizada de conformidad a la metodología. Se trata de una promoción –y como tal se ha analizado– que consiste en el regalo de un terminal móvil a los clientes de determinados empaquetamientos de banda ancha, cuya ventana de contratación concluye el 30 de junio de 2014.

El análisis de replicabilidad llevado a cabo por la DTSA comprobó que el coste del terminal era inferior al VAN de cada uno de los productos afectados por la promoción. Además, se tuvieron en cuenta las restricciones aplicables a las promociones dirigidas a clientes en planta y la compatibilidad con otras promociones cuya vigencia concurría con la subvención al terminal.

En resumen, el coste del terminal al que se refiere Orange ha sido tenido en cuenta en el análisis de replicabilidad de conformidad a las disposiciones de la metodología.

- En cuanto al margen correspondiente a las líneas adicionales, cabe precisar que la determinación del VAN de los productos *Movistar Fusión* sólo tiene en cuenta el efecto de las líneas adicionales vinculadas directamente a este empaquetamiento¹³. Las líneas móviles con la tarifa *Movistar Cero*, que tienen un precio de 9 euros mensuales, no están condicionadas a tener contratado un paquete de banda ancha *Movistar Fusión*, y por tanto quedan fuera del análisis (también en lo que respecta al número medio de líneas adicionales de los clientes de *Fusión*)¹⁴.

Por otro lado, si de la situación competitiva en el mercado móvil se derivara un alineamiento entre los ingresos y los costes correspondientes al componente móvil de *Movistar Fusión*, como señala Orange, esta reducción del margen encontraría su reflejo en el test de replicabilidad, concretándose en una reducción significativa del VAN. A este respecto no cabe sino recordar que la estimación de los ingresos y costes del componente móvil de *Movistar Fusión* que se lleva a cabo en el cálculo del VAN utiliza datos reales sobre el consumo de los clientes de *Fusión* y sobre los costes en los que incurriría un operador alternativo que replicara el producto¹⁵.

II.4.2.2. Acceso a contenidos de televisión.

Antes de pasar a responder las alegaciones presentadas por Orange, conviene recordar cuál es la finalidad de la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica y qué perspectiva adopta el análisis de replicabilidad. La metodología está vinculada a la regulación de los mercados mayoristas de banda ancha (mercados 4 y 5), y del mercado minorista de acceso telefónico fijo (mercado 1)¹⁶. Por tanto, el análisis de replicabilidad de los paquetes llevado a cabo orbita en torno a los servicios mayoristas de banda ancha y al servicio minorista de acceso telefónico, y valora el efectivo cumplimiento de las obligaciones impuestas a Telefónica en los correspondientes análisis de mercados. De manera particular, se evalúa si la oferta mayorista de Telefónica resulta suficiente para que un operador alternativo eficiente pueda competir en el mercado.

¹³ Estas líneas tienen un precio de 20 euros mensuales y ofrecen llamadas ilimitadas móvil-móvil/móvil-fijo, además de 1GB de descarga de datos de banda ancha móvil. Sólo pueden ser contratadas por clientes de alguna de las modalidades de *Movistar Fusión*. En el análisis de replicabilidad se tiene en cuenta el número medio de líneas adicionales de este tipo contratadas por los clientes de *Fusión*, de acuerdo con los datos del requerimiento de información semestral.

¹⁴ Si se incluyeran estas líneas, el número de líneas adicionales consideradas en el análisis de replicabilidad de los paquetes *Movistar Fusión* se vería incrementado y el VAN aumentaría.

¹⁵ La determinación de estos costes se fundamenta en el contrato que tiene suscrito Telefónica con ONO.

¹⁶ Tanto la Resolución del mercado 1 como la de los mercados 4 y 5 señalan, para sus respectivos mercados, que Telefónica “no podrá comercializar ofertas minoristas que impliquen riesgos para la libre competencia como los descritos en el presente procedimiento y otros de efecto similar, tales como a: (i) Reducciones anticompetitivas de precios (estrechamiento de márgenes o precios predatorios); (ii) Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...); (iii) Prácticas discriminatorias, en particular, discriminación abusiva en términos de precios, y (iv) Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...) ».

No obstante, el servicio de banda ancha se presta generalmente de manera empaquetada con otros servicios, como el de telefonía móvil y el de televisión. Esta tendencia parece acentuarse a la vista de las últimas acciones de los principales operadores. En este contexto, y sin dejar de tener presente cuál es el fin de la metodología, no puede ser ignorado el efecto de la introducción de la televisión de pago como componente de los empaquetamientos de banda ancha.

Esta Comisión ha establecido los criterios a partir de los cuales se valora el componente de televisión en el análisis de replicabilidad de empaquetamientos de banda ancha que lo incluyan. Los criterios adoptados han tenido en cuenta la realidad del mercado de televisión y cómo afecta a la comercialización de paquetes de banda ancha. Así, la anteriormente citada Resolución de 30 de mayo de 2013 estableció unos criterios que guían el análisis de la CNMC. Como se expone en el apartado II.3, la nueva estrategia comercial de Telefónica ha dado lugar a un cambio de criterio en el análisis de replicabilidad con respecto al inicialmente establecido en la Resolución de 30 de mayo, tal y como expresamente contemplaba la propia Resolución citada. De esta manera, la replicabilidad de los últimos empaquetamientos de Telefónica ha sido determinada teniendo en cuenta los costes que ha afrontado este operador por los contenidos audiovisuales que incluyen.

El expediente sobre la revisión semestral de parámetros de la metodología¹⁷ profundiza en este cambio de criterio y ofrece a los operadores interesados la posibilidad de presentar las alegaciones al respecto que estimen oportunas. En opinión de esta Comisión, las consideraciones de Orange sobre la valoración del componente de televisión en los análisis de replicabilidad de los paquetes de banda ancha han de ser abordadas en el marco del citado expediente de revisión de parámetros, y no en el contexto de la denuncia de unos empaquetamientos concretos que, además, han superado el análisis de replicabilidad al que han sido sometidos.

Por otro lado, Orange ha denunciado ante esta Comisión la comercialización de unas modalidades de *Movistar Fusión 10Mb* prestadas sobre la red de fibra, y que también incluyen el servicio de televisión de pago. En el marco de esta denuncia, que ha dado lugar a la incoación del expediente de referencia OFMIN/DTSA/14/907, Orange también ha aportado sus costes de contenidos audiovisuales y reitera los argumentos expuestos en el trámite de audiencia del presente expediente. Será por tanto en dicho expediente donde se valorarán las apreciaciones efectuadas por Orange en relación con esta cuestión.

Finalmente, en cuanto a la revisión de los precios del NEBA para tener en cuenta el incremento de capacidad derivado de la prestación del servicio de televisión IPTV, no cabe sino remitirse a la Resolución de los mercados 4 y 5, que excluía la prestación del servicio de televisión del mercado mayorista de acceso indirecto. No obstante, Orange tiene la opción, y así la ejerce, de prestar el servicio de televisión

¹⁷ Expediente OFMIN/DTSA/14/608

de pago a sus clientes de banda ancha a través de la desagregación del bucle o del despliegue de infraestructuras propias.

II.5 CONCLUSIONES

Los productos denunciados por Orange, así como sus posteriores modificaciones de precios, son analizados por esta Comisión con carácter previo a su lanzamiento comercial siguiendo los criterios que establece la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica. En este contexto, no cabe la adopción de medidas cautelares para paralizar la comercialización de los productos.

Por otro lado, en su escrito de alegaciones, Orange realiza una serie de manifestaciones relativas a los criterios que aplica la metodología en el análisis de replicabilidad de determinados empaquetamientos y aporta información adicional sobre el coste de los contenidos audiovisuales que incluye en sus empaquetamientos de banda ancha. En cuanto al primero de estos aspectos, esta Comisión considera que las cuestiones relativas a la metodología deben abordarse en sus revisiones semestrales, especialmente teniendo en cuenta que actualmente se encuentra en fase de instrucción un expediente de este tipo. En lo que se refiere al coste de los contenidos audiovisuales de Orange, éstas serán abordadas en el marco de expediente OFMIN/DTSA/14/907, puesto que las cuestiones planteadas por este operador forman parte del contenido de la denuncia que dio lugar a la apertura del procedimiento.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Proceder al archivo del procedimiento en relación con la denuncia de ORANGE ESPAGNE, S.A.U. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., relativa a la incorporación gratuita del servicio de televisión a determinados paquetes de banda ancha de Telefónica.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y 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.