

**RESOLUCIÓN RELATIVA A LA DENUNCIA DE LAS OFERTAS DE FIBRA 10MB Y 100MB DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. INTERPUESTA POR LOS OPERADORES ORANGE ESPAGNE, S.A.U, Y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**

(Expte. OFMIN/DTSA/907/14/Denuncias 10Mb y 100Mb fibra)

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla.

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

**Secretario de la Sala**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 18 de diciembre de 2014

Visto el expediente relativo a la denuncia de las ofertas de fibra 10Mb y 100Mb de Telefónica de España, S.A.U. interpuesta por los operadores Orange Espagne, S.A.U. y Vodafone España, S.A.U., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

**I ANTECEDENTES**

**PRIMERO.- Escrito de denuncia de Orange Espagne, S.A. sobre cuatro ofertas de banda ancha de Telefónica de España, S.A.U.**

Con fecha 5 de mayo de 2014 tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange) por el que denuncia la existencia de prácticas contrarias a la regulación vigente en la comercialización de cuatro productos de Telefónica. En concreto, Orange denuncia los empaquetamientos *Movistar Fusión 10Mb* y *Movistar Fusión Mini 10Mb* que se suministran a través de la red de fibra de Telefónica y que incluyen el componente de televisión *Movistar TV*. Además, Orange denuncia los empaquetamientos *Fusión 100Mb* y *Fusión Mini 100Mb* con *Movistar TV*, también suministrados mediante fibra óptica.

A través del escrito presentado, Orange solicita a la CNMC que paralice en sede cautelar la comercialización de los productos anteriormente mencionados ya que, a su juicio, éstos no permiten ni la replicabilidad técnica ni la económica por parte de los operadores alternativos sobre los servicios mayoristas actuales. Entre otros aspectos particulares, Orange hace referencia a los costes de adquisición de los contenidos audiovisuales incluidos en los empaquetamientos denunciados. En su escrito de denuncia este operador aporta los costes en los que según Orange debe incurrir para ofrecer estos mismos contenidos.

#### **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 Sector Audiovisual de 7 de mayo de 2014, esta Comisión notificó a Telefónica y Orange la apertura del presente procedimiento administrativo, con número de referencia OFMIN/D TSA/14/907.

#### **TERCERO.- Requerimiento de información**

Con fecha 7 de mayo de 2014 esta Comisión requirió a Telefónica y Orange que aportaran los contratos suscritos entre ambos operadores con los proveedores de los contenidos que se emiten en los canales *Disney Cinemagic, Eurosport 1, Eurosport 2, Canal Historia, Baby TV, Calle 13, AXN y Nick*. Telefónica y Orange respondieron al requerimiento el día 15 de mayo de 2014.

#### **CUARTO.- Escrito de denuncia de Vodafone España, S.A.U. sobre la oferta de los paquetes Movistar Fusión de 100Mb y de la migración de determinados clientes a la red de fibra óptica**

Con fecha 30 de mayo Vodafone España, S.A.U. (en adelante Vodafone) presentó en el registro de esta Comisión un escrito en el que denunciaba la oferta de los paquetes Movistar Fusión de 100Mb y la migración de los clientes de las modalidades de productos Fusión con ADSL hasta 10Mb a la red de fibra óptica.

#### **QUINTO.- Escrito de ampliación de denuncia de Orange**

Con fecha 4 de junio de 2014 Orange presentó un escrito a esta Comisión con el objetivo de completar el escrito inicial en lo relativo a la sustituibilidad técnica cobre-fibra.

#### **SEXTO.- Escrito de acumulación**

Mediante escrito de 6 de junio de 2014, la Directora de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual de esta Comisión acordó tramitar las denuncias presentadas por Vodafone y Orange conjuntamente en un único procedimiento administrativo.

### **SÉPTIMO.- Escrito de Telefónica**

Con fecha 13 de junio de 2014 Telefónica presentó un escrito en el que exponía una serie de alegaciones relativas al contenido de las denuncias presentadas por Vodafone y Orange.

### **OCTAVO.- Informe de audiencia**

Con fecha 28 de octubre de 2014 se puso a disposición de los interesados el informe de audiencia realizado por los Servicios de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. En dicho informe se otorgó un plazo de 10 días para que éstos realizaran alegaciones.

### **NOVENO.- Escrito de alegaciones al trámite de audiencia de Orange**

Con fecha 7 de noviembre de 2014, Orange presentó un escrito a esta Comisión respondiendo al informe de audiencia.

### **DÉCIMO.- Escrito de alegaciones al trámite de audiencia de Vodafone**

Con fecha 11 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC el escrito de Vodafone de alegaciones al informe de audiencia.

## **II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES**

### **II.1 HABILITACIÓN COMPETENCIAL**

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial y, de manera especial, en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones. Esta Ley sustituye a la anterior Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003) que establecía las competencias de esta Comisión y que ha determinado sus actuaciones hasta la entrada en vigor del nuevo texto normativo.

El artículo 68.1 de la Ley 9/2014 establece la consideración de la 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:

*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 CMT adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y 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 (en adelante, Resolución de los mercados 4 y 5)<sup>1</sup>.

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:

---

<sup>1</sup> Expediente MTZ 2008/626.

*“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 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 2012<sup>2</sup>, 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

---

<sup>2</sup> 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).

*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*”.

Conforme a las previsiones citadas en el presente apartado, atendiendo a lo señalado en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

### **III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

#### **III.1 CARACTERÍSTICAS DE LOS PRODUCTOS DENUNCIADOS**

Orange denuncia los productos *Movistar Fusión Fibra* con velocidades de descarga de 10Mb y 100Mb y *Movistar Fusión Mini Fibra* de 10Mb y 100Mb, que se ofrecen en el mercado junto a las modalidades de su servicio de televisión *TV Para todos* y *TV Contigo*. En concreto, los productos denunciados por Orange son:

- *Movistar Fusión 100Mb Fibra con TV Para todos*<sup>3</sup>, que se compone del servicio de acceso a Internet 100Mb, una tarifa plana nacional de voz fija,

---

<sup>3</sup> La modalidad TV para todos incluye 80 canales temáticos.

el servicio de acceso telefónico y de un componente móvil que se caracteriza por la gratuidad de todas las llamadas móvil-móvil/móvil-fijo que el cliente curse, y la descarga de 2GB<sup>4</sup> de datos mensual a través de la red de banda ancha móvil. El paquete también incluye el servicio de TV Para todos y se comercializa a un precio mensual de 59,50 Euros (IVA no incl.)

- *Movistar Fusión Mini 100Mb Fibra con TV Contigo*<sup>5</sup>, que se compone del servicio de acceso a Internet 100Mb sobre fibra, una tarifa plana nacional de voz fija, el servicio de acceso telefónico, y de un componente móvil que permite el consumo gratuito de 100 minutos de llamadas móvil-móvil/móvil-fijo, más la descarga de 500MB<sup>6</sup> de datos a través de la red de banda ancha móvil de Telefónica Móviles de España (TME). Además incluye el servicio de televisión *TV Contigo*. Este producto puede adquirirse por 44,63 euros al mes (IVA no incl.)
- *Movistar Fusión 10Mb Fibra con TV Para todos*, que ofrece las mismas prestaciones que el primer producto descrito pero se ofrece sobre 10Mb Fibra. La cuota mensual es de 49,59 euros (IVA no incl.)
- *Movistar Fusión Mini 10Mb Fibra con TV Contigo*, que incluye las mismas prestaciones que el segundo producto descrito pero es comercializado sobre 10Mb Fibra. Su cuota mensual es de 34,71 euros (IVA no incl.)

## III.2 REPLICABILIDAD DE LAS OFERTAS

### III.2.1 Consideraciones de Orange y Vodafone

#### III.2.1.1 Replicabilidad del componente de banda ancha sobre fibra

Orange considera que los productos denunciados suponen una violación de las obligaciones a las que Telefónica está sujeta en virtud de las Resoluciones de los mercados 4 y 5, así como de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica. En opinión del denunciante, los productos comercializados por Telefónica “*no permiten la replicabilidad técnica, ni económica, por parte de los operadores alternativos sobre los servicios mayoristas actuales*”.

---

<sup>4</sup>En el momento de la denuncia este producto incluía 1GB de descarga de datos móviles, pero posteriormente la franquicia de datos incluida ha sido incrementada 2GB.

<sup>5</sup>A través de *Movistar TV Contigo* el cliente tiene acceso a los canales temáticos Fox, AXN, TNT, Calle 13, Cosmo, Hollywood, Paramount Comedy y canal Movistar TV.

<sup>6</sup>En el momento de la denuncia este producto incluía 100MB de descarga de datos móviles, pero posteriormente la franquicia de datos incluida ha sido incrementada 500MB.

En concreto, el operador argumenta que, de acuerdo a la regulación vigente, la replicabilidad técnica de los productos 10Mb fibra debe basarse en las ofertas mayoristas de fibra, como por ejemplo el NEBA. En este sentido Orange apunta que *“no se puede prestar un servicio de las mismas características mediante la tecnología de cobre que mediante la fibra, ni en lo relativo al nivel de mantenimiento y averías, ni en cuanto a la estabilidad de la velocidad y la conexión, así como tampoco desde el punto de vista comercial, por el muy inferior nivel de churn que se observa en los servicios basados en fibra”*.

Además, en opinión del operador denunciante, la replicabilidad económica de las ofertas de Telefónica de 10Mb y 100Mb sobre fibra tampoco está garantizada. Según los cálculos realizados por Orange, los productos denunciados tienen márgenes negativos, por lo que los productos denunciados son económicamente irreplicables.

Por su parte, Vodafone sostiene, en primer lugar, que *“la metodología vigente no aborda el tratamiento de los servicios de banda ancha prestados sobre accesos de fibra óptica, por lo que es necesario realizar unas adaptaciones de la misma tremendamente relevantes”*. Según Vodafone, *“la CNMC ha permitido a Telefónica el lanzamiento de unas ofertas de enorme trascendencia sin aplicar de forma rigurosa una metodología de análisis de estrechamiento de márgenes”*.

En segundo lugar, este operador apunta una serie de cuestiones clave que han de definir, como mínimo, los principios y bases metodológicos que deben ser aplicables a los análisis ex ante de las ofertas sobre fibra.

Por último, Vodafone aporta una estimación del VAN de los productos *Movistar Fusión 10Mb fibra*, y obtiene un resultado negativo tanto si toma como referencia la oferta mayorista NEBA como si basa sus cálculos en el servicio mayorista MARCo y el acceso a verticales.

### III.2.1.2 Consideración del coste relativo a los contenidos audiovisuales

Además de los aspectos relativos al componente de banda ancha sobre fibra de los productos denunciados, descritos en el apartado anterior, Orange señala que la falta de emulabilidad de los paquetes denunciados también se explica por el elevado coste de los contenidos audiovisuales incluidos en la oferta de Telefónica. Para justificar esa falta de replicabilidad, al igual que hizo en el marco del expediente OFMIN/DTSA/14/447<sup>7</sup>, Orange aporta los costes en que tiene que incurrir por ofrecer

---

<sup>7</sup> Resolución de 28 de mayo de 2014 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.

los mismos canales que forman parte de las ofertas de Telefónica denominadas *Para Todos* y *TV Mini*. Según puso de manifiesto Orange dentro del citado expediente, los costes aportados son los que derivan de los precios negociados por este operador con los diferentes proveedores de contenidos.

Orange hace referencia a las alegaciones presentadas dentro del expediente OFMIN/DTSA/14/447 para expresar su opinión sobre “*los costes mayoristas de acceso a contenidos y la necesidad de que se regule una oferta mayorista de acceso a contenidos*”. En particular, las discrepancias del operador denunciante se concentran en el estándar de operador igualmente eficiente que aplica esta Comisión en el contexto del análisis de replicabilidad que lleva a cabo.

### III.2.1.3 Solicitud de Orange y Vodafone

De acuerdo a los argumentos expuestos, Orange y Vodafone solicitan a esta Comisión que prohíba a Telefónica la comercialización de los productos *Movistar Fusión Fibra* denunciados mediante la adopción de medidas cautelares. Además, Vodafone requiere que esta oferta esté paralizada hasta que se adapte “*la metodología al análisis ex ante de ofertas comerciales de Telefónica para el tratamiento de los productos sobre accesos de fibra óptica*”.

Los operadores denunciantes también solicitan que se proceda a la reducción de los precios del servicio mayorista NEBA Fibra y los precios de referencia de la oferta MARCO, así como los precios de transferencia de la propiedad de las acometidas. Adicionalmente, Orange solicita la adopción de medidas cautelares que regulen un servicio NEBA de nivel local y eliminación del límite de 30Mb en el ámbito de los mercados 4 y 5.

### III.2.2 **Análisis de replicabilidad**

Como se ha expuesto previamente, en virtud de las obligaciones contenidas en las Resoluciones de los mercados 1 y 4-5, Telefónica debe comunicar anticipadamente a esta Comisión el lanzamiento comercial de cualquier producto de acceso RTB<sup>8</sup> o de banda ancha, tanto si la comercialización se produce de 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.

---

<sup>8</sup> Nos referimos a RTB a la red telefónica fija.

En este sentido, Telefónica notificó la comercialización a esta Comisión de una serie de productos entre los cuales se encuentran los cuatros paquetes denunciados por Orange<sup>9</sup>.

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 Telefónica<sup>10</sup>. En particular, la DTSA llevó a cabo el test de replicabilidad que establece dicha metodología para determinar si un operador alternativo eficiente que recurra a los servicios mayoristas del operador incumbente es capaz de emular los productos sometidos a análisis. Este test de replicabilidad fue superado en todos los casos.

Tal y como se apunta en la Resolución de 28 de mayo de 2014<sup>11</sup> (OFMIN/DTSA/447/14), en un contexto de comunicación y análisis ex ante al lanzamiento comercial del producto no resulta procedente la adopción de medidas cautelares por parte de esta Comisión, tal y como solicitan Orange y Vodafone en sus respectivos escritos. En el caso de que alguno de estos productos no hubiera superado el mencionado test, esta Comisión habría incoado de oficio 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.

---

<sup>9</sup>El lanzamiento comercial de los productos denunciados, así como sus respectivos precios y prestaciones, fueron notificados mediante oficios de fechas 25 de febrero, 28 de febrero y 4 de marzo de 2014.

<sup>10</sup>Resolución de fecha 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica (MTZ 2006/1486 y sus sucesivas actualizaciones).

<sup>11</sup>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.

### III.2.2.1 Replicabilidad del componente de banda ancha sobre fibra

Los operadores denunciantes cuestionan la replicabilidad de los productos comercializados por Telefónica y el tratamiento de la fibra dentro del test de replicabilidad. Cabe destacar que la CNMC ya se ha pronunciado sobre estas cuestiones en el expediente OFMIN/DTSA/608/1412. En dicho expediente se establecen los criterios de replicabilidad de los productos de Telefónica cuando éstos son ofrecidos sobre fibra, diferenciando entre los productos de más y menos de 30Mb. Por esta razón, no se comparte los argumentos expuestos por Vodafone sobre la falta de una metodología para el análisis de aplicabilidad de los productos ofrecidos sobre fibra ya que ésta ha sido ampliamente tratada en dicho expediente.

#### Replicabilidad del componente de banda ancha sobre fibra de 10Mb

Respecto a las cuestiones que expone Orange en su denuncia sobre la replicabilidad técnica y económica de los productos de 10Mb sobre fibra, es preciso aclarar que los operadores alternativos pueden ofrecer los productos minoristas de banda ancha 10Mb a partir de la oferta mayorista regulada de banda ancha sobre la red de cobre. Así, un operador alternativo puede recurrir a los servicios mayoristas de acceso indirectos (GigaADSL, ADSL-IP y NEBA cobre) y de acceso desagregado al bucle de abonado. De hecho, Orange y Vodafone ofrecen mediante estos servicios mayoristas velocidades de banda ancha superiores a 10Mb. En concreto, Orange ofrece servicios ADSL de hasta 20 Mb, mientras que Vodafone ofrece velocidades de hasta 35Mb<sup>13</sup>.

En este sentido, la Resolución del expediente OFMIN/DTSA/608/14 señala que *“el control ex-ante de las ofertas minoristas debería garantizar que los servicios que se comercializan actualmente sobre las redes tradicionales se puedan prestar también sobre las nuevas redes NGA al menos en las mismas condiciones económicas. En un mercado en competencia, la inversión en nuevas redes y la consiguiente comercialización de nuevos servicios de mayor calidad para el cliente final no debería llevar aparejada la comercialización (sobre esas nuevas redes) de los servicios existentes a un precio superior al que ya se venían ofreciendo. En consecuencia, en virtud del principio de neutralidad tecnológica, las condiciones bajo las cuales se comercialice un producto no deberían depender de la tecnología de acceso (bien fibra bien cobre) sobre la que se presta”*.

---

<sup>12</sup> Resolución relativa a la revisión semestral de parámetros utilizados en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U.

<sup>13</sup> <http://www.vodafone.es/tienda/particulares/es/moviles/moviles-y-tarjetas/vente-a-vodafone/adsl-movil-fijo/>

En definitiva, y siguiendo lo establecido en el expediente mencionado, en el análisis de replicabilidad de los servicios de banda ancha de 10 Mb prestados sobre fibra se han considerado los mismos servicios mayoristas que se consideraron para el análisis de replicabilidad de los servicios minoristas de 10 Mb prestados sobre cobre.

#### Replicabilidad del componente de banda ancha sobre fibra de 100Mb

Por otro lado, los operadores denunciados han manifestado sus dudas sobre la replicabilidad de los productos *Movistar Fusión 100Mb*. El expediente sobre la revisión de los parámetros de la metodología mencionado anteriormente también analizaba esta cuestión.

En este sentido, para realizar el análisis de replicabilidad del componente de fibra 100Mb de los paquetes se han estimado los costes de red en que incurriría un operador alternativo que prestara ese servicio mediante el despliegue de red propia (recurriendo al servicio de acceso a conductos de oferta MARCo y a las infraestructuras verticales de Telefónica conforme a los precios establecidos en los conflictos de compartición de acceso a verticales<sup>14</sup>) y el coste teórico de un servicio de acceso indirecto de fibra 100Mb. Es decir, se establece un mix de costes de red específico para analizar la replicabilidad de los productos 100Mb fibra.

Este mix tiene dos componentes. El primer componente se basa en el hecho que los operadores alternativos que ofrecen productos minoristas de fibra 100Mb están desplegando red propia basándose en la oferta de canalizaciones y conductos de Telefónica (oferta MARCo), y en las diferentes medidas adoptadas por esta Comisión para asegurar la compartición de infraestructuras verticales.

Por otro lado, el segundo componente considera el coste teórico para un operador alternativo de recurrir a un servicio mayorista de acceso indirecto de fibra 100Mb que permita complementar su cobertura, alcanzando aquellas zonas no cubiertas por los despliegues de red propia a través de un acuerdo. Por lo tanto, tal y como establece la resolución del expediente OFMIN/DTSA/608/14 *“se toma como referencia el coste que tendría que pagar un operador alternativo si subscribiera un hipotético acuerdo mayorista de acceso 100Mb que, dada la regulación actual, estaría al margen de la oferta regulada NEBA, pues ésta está actualmente restringida a velocidades de hasta 30Mb. Para determinar este coste, esta Comisión se ha basado en la estructura de precios de la oferta mayorista NEBA, habiéndola adaptado para tomar en consideración el hecho de que las ofertas objeto de este procedimiento permiten la prestación de servicios de banda ancha de 100Mb”*.

---

<sup>14</sup>MTZ 2013/692 sobre el conflicto interpuesto por Orange y Vodafone contra Telefónica por la compartición de sus verticales y MTZ 2014/328 sobre el conflicto de compartición de infraestructuras verticales entre Vodafone y Jazztel

El mix de servicios mayoristas utilizado es 50% MARCo, 50% NEBA y se estimó en base a los despliegues de red FTTH previstos por Telefónica y por los operadores alternativos.

Por tanto, el análisis de replicabilidad descrito garantiza que los operadores alternativos puedan competir con Telefónica ofreciendo los mismos productos de 100Mb teniendo en cuenta los servicios mayoristas regulados por la CNMC y los planes de despliegue de infraestructura propia NGA de los operadores alternativos y de Telefónica.

#### III.2.2.2 Otras consideraciones acerca de la replicabilidad de los productos denunciados

Orange aporta unos cálculos propios de los test de replicabilidad de los productos denunciados. En este sentido, no se puede estar de acuerdo con los resultados obtenidos ya que existen discrepancias a la hora de realizar el test. En concreto, las principales discrepancias son:

- Los cálculos aportados por el operador no tienen en cuenta que los productos que incluyen la *TV Contigo* ofrecen menores prestaciones en el servicio móvil<sup>15</sup> que las ofertas que incluyen el servicio *TV Para todos*.
- Tal y como ya se aclaró a Orange en el expediente OFMIN/DTSA/49/2014<sup>16</sup>, los costes recurrentes como el *router* y el descodificador de TV están incluidos en el cálculo del VAN por lo que no procede volverlos a incluir. Además, cabe señalar que el concepto de ingreso por cuota de alta no se debe tener en consideración en los cálculos debido a que los productos Fusión no tienen cuota de alta.

Los costes de los contenidos audiovisuales que utiliza Orange no son los utilizados en el test de replicabilidad. Tal y como se explica en el apartado II.3.2.2, los costes del servicio de televisión deben ser los que tendría un operador igualmente eficiente por lo que los costes de referencia son los de Telefónica. Todo esto se analiza a continuación.

---

<sup>15</sup> Este caso se trata del producto Fusión Mini que incluye 100 minutos a llamadas a fijos y móviles y 100MB en banda ancha móvil, frente a los productos que incluyen minutos ilimitados y 2GB de banda ancha móvil.

<sup>16</sup> Resolución de 29 de abril de 2014 relativa a la denuncia de Orange Espagne, S.A.U. sobre la promoción consistente en la gratuidad del servicio Movistar TV y Extra Fútbol para los clientes de Movistar Fusión

### III.2.2.3 Coste relativo a los contenidos audiovisuales

En el contexto del análisis de replicabilidad de ofertas minoristas, y de acuerdo al estándar de operador igualmente eficiente, los costes de los contenidos audiovisuales se valoran en función de los costes de Telefónica<sup>17</sup>. Los motivos que fundamentan este criterio son los siguientes:

- El acceso a los contenidos audiovisuales no está actualmente regulado. Sobre esta base, el análisis de replicabilidad considera que los operadores alternativos tienen opciones en el mercado para configurar una oferta audiovisual lo suficientemente atractiva como para igualar la oferta de Telefónica.
- Al mismo tiempo, trata de evitar que se penalice la mayor eficiencia de un operador obtenida en los segmentos no regulados.
- En ausencia de una oferta regulada para el acceso a los contenidos, Telefónica sólo conoce sus propios costes de contenidos. Como el operador cuyas ofertas se someten al test de replicabilidad debe conocer los costes empleados en el análisis, sería contrario al principio de seguridad jurídica que las ofertas de Telefónica se analizaran en función de los costes de un tercero, que desconoce.

Por tanto, la valoración del servicio de televisión que se ha llevado a cabo en el marco del análisis de replicabilidad se fundamenta en los ingresos y costes en los que incurre Telefónica.

No obstante lo anterior, se ha realizado un requerimiento de información a Orange y a Telefónica con el objetivo contrastar el alcance de los argumentos esgrimidos por Orange en su denuncia. A partir de los contratos requeridos, que corresponden a una muestra de ocho canales, se alcanzan las siguientes conclusiones.

- Los costes aportados por Orange en la denuncia no son exactamente los costes que soporta al ofrecer el servicio de televisión, ya que incluye el precio mayorista de una serie de canales que no tiene adquiridos, como por ejemplo, *Eurosport1, Eurosport2 y Baby TV*.

Las diferencias existentes en los costes de los canales que sí son ofrecidos por ambos operadores se deben a la forma de adquisición. Telefónica basa

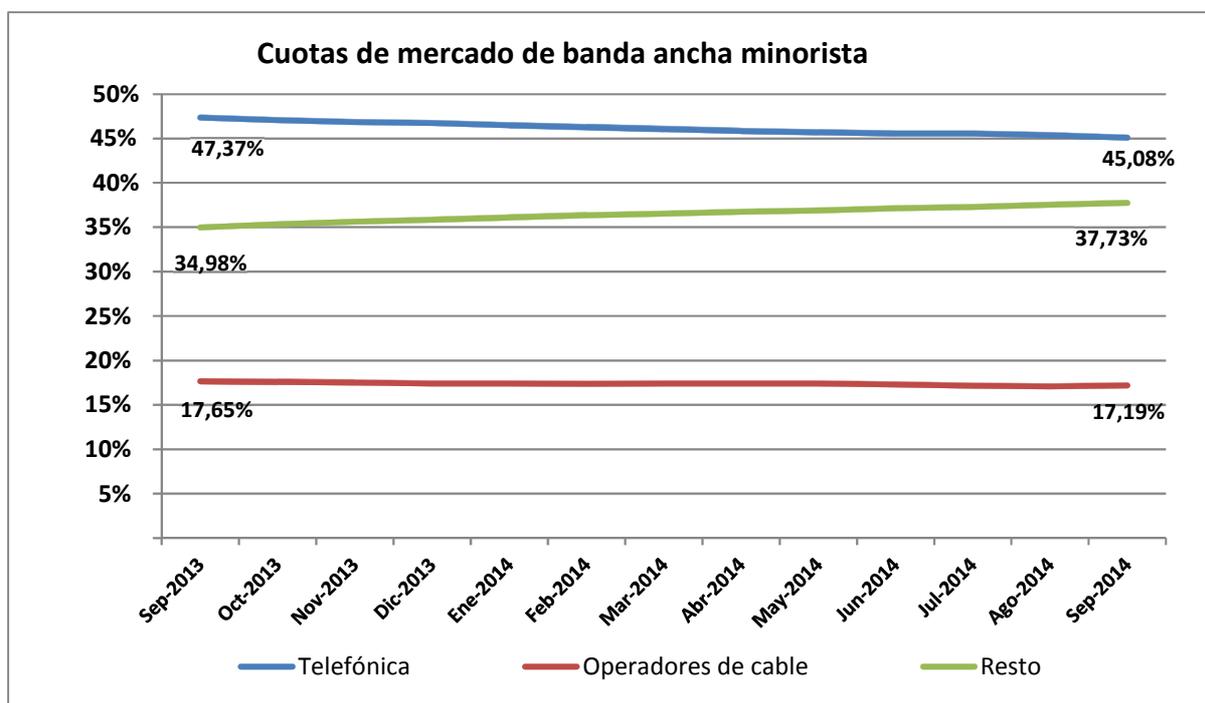
---

<sup>17</sup> La adopción del criterio de utilización de los costes de red y de los contenidos audiovisuales de Telefónica se apoya en lo dispuesto en la Resolución de 30 de mayo de 2013 (expediente 2012/2061), y se concreta en la Resolución de 3 de julio de revisión semestral de parámetros utilizados en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica. (expediente OFMIN/DTSA/14/608)

su estrategia de adquisición en **CONFIDENCIAL** [ ]. Por el contrario, Orange tiene una modalidad de adquisición que consiste en **CONFIDENCIAL** [ ].

#### III.2.2.4. Evolución de las cuotas de mercado de banda ancha en último año

A efectos meramente informativos, a continuación se presenta la evolución de las cuotas del mercado de banda ancha minorista desde julio de 2013 a septiembre de 2014.



La gráfica muestra una disminución de la cuota de mercado de Telefónica y de los operadores de cable en el último año y un aumento de la cuota de mercado de 2,75 puntos porcentuales del resto de operadores, que en su mayoría hacen uso de la desagregación del bucle de abonado para competir. El lanzamiento, en mayo de 2014, de las ofertas de Telefónica denunciadas por Orange y Vodafone no ha modificado esta tendencia en los meses de junio a septiembre de 2014.

#### III.2.2.5. Eliminación límite 30Mb y revisión precios NEBA

A lo largo de su denuncia, Orange solicita la modificación del precio del servicio NEBA y la eliminación del límite de 30Mb introducido en la regulación actual de los mercados 4 y 5. Este expediente no es el marco adecuado para tratar la solicitud de Orange, por lo que estos aspectos serán analizados en la revisión de los mercados

4-5 y en el expediente de modificación de los precios de la oferta mayorista NEBA de Telefónica<sup>18</sup>.

### III.3. ALEGACIONES DE LOS INTERESADOS

#### III.3.1 Sobre la falta de replicabilidad del producto 10Mb sobre fibra

##### Alegaciones de Vodafone y Orange

Los operadores denunciados siguen cuestionando la falta de replicabilidad del producto 10Mb denunciados. Ambos operadores cuestionan el criterio de equiparar las ofertas de 10Mb cobre con las ofertas de 10Mb fibra y, por tanto, no están de acuerdo en que la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica determine la replicabilidad de las ofertas de *Fusión 10Mb fibra* a partir de del test de replicabilidad de los productos *Fusión 10Mb cobre*.

En concreto, Vodafone considera que la metodología “no es el ámbito para determinar la replicabilidad técnica de los productos sobre fibra a partir de los productos sobre cobre”. Además, el operador expone que los test de replicabilidad no pueden ser neutrales tecnológicamente debido a que este supuesto implicaría que los costes de las diferentes tecnologías son idénticos en el tiempo y por tanto la metodología no puede garantizar que el cliente final no vea incrementado el precio del servicio al elegir la fibra óptica, si no es para concluir que la fijación de unos precios mayoristas en el caso de fibra idénticos a los servicios sobre cobre.

Orange también cuestiona la replicabilidad de las ofertas de fibra 10Mb utilizando las soluciones mayoristas de cobre 10Mb. Este operador se remite al segundo escrito de 4 de junio de 2014 presentado en el marco de la presente denuncia para remarcar su postura acerca de realizar un test diferenciado para los productos de fibra y para los productos de cobre y su opinión contraria a la definición de neutralidad tecnológica utilizada por la CNMC.

Adicionalmente, Orange manifiesta que el lanzamiento de este tipo de ofertas por parte de Telefónica ha supuesto el cierre de mercado en zonas donde los operadores alternativos tienen su base de clientes. Según el operador, la oferta *Fusión 10Mb fibra* es tan atractiva que conlleva una migración y fidelización de clientes a la red de fibra de Telefónica.

---

<sup>18</sup> Actualmente se han abierto dos expedientes que tienen como objetivo revisar las condiciones técnicas y económicas de la oferta del servicio NEBA (MTZ 2014/1456 y MTZ 2014/1840)

### Respuesta de la CNMC

Tal y como se expuso en el informe de audiencia y en las diferentes resoluciones emitidas anteriormente por la CNMC, la replicabilidad técnica y económica son objeto de estudio en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica y en sus sucesivas revisiones.

Por lo tanto, no se comparte la apreciación de Vodafone y Orange de modificar el test de replicabilidad y realizar un análisis individual de las ofertas de *Fusión 10Mb fibra* basadas sobre las soluciones mayoristas fibra. Además, esta Comisión quiere remarcar el hecho que de ser necesario cambiar el estudio de esta cuestión se debería realizar dentro del expediente oportuno y que, en ningún caso, sería el marco de esta denuncia.

Por otro lado, es preciso señalar que esta Comisión realiza un seguimiento de la evolución del mercado minorista de banda ancha con el objetivo de detectar problemas de competencia que impidan competir a los operadores. Este seguimiento e identificación de posibles riesgos para la competencia puede conllevar la modificación de la metodología de análisis ex ante de ofertas comerciales. Es decir, la CNMC puede modificar la metodología en cualquier momento si detecta una situación en el mercado que limita la competencia, pero esta situación no se ha detectado en el presente caso, tal y como muestra la evolución de las cuotas de mercado de banda ancha hasta septiembre.

El producto *Fusión 10Mb fibra* es un servicio que está siendo objeto de un especial seguimiento por parte de esta Comisión, realizando requerimientos quincenales los cuales permiten ver el impacto real del producto en el mercado. De acuerdo a los últimos datos disponibles, se concluye que su tasa de captación de clientes ha sido reducida suponiendo un **CONFIDENCIAL** [ ] del total de las altas de los productos Fusión.

### **III.3.2 Sobre la falta de replicabilidad del producto 100Mb fibra**

#### Alegaciones de Vodafone y Orange

Los operadores denunciante reiteran los argumentos presentados en sus respectivos escritos de denuncia acerca de la imposibilidad de replicar las ofertas 100Mb fibra de Telefónica. En concreto, Vodafone cuestiona el hecho de basar la replicabilidad técnica del test para este tipo de ofertas en un servicio mayorista teórico como es el servicio NEBA 100Mb. Además el operador considera que no existe transparencia sobre las hipótesis utilizadas para estimar el coste mayorista y, en concreto, en la elección del mix de costes tenido en cuenta.

Por otro lado, Orange también manifiesta dudas sobre la elaboración de mix de costes mayorista utilizado ya que considera que puede estar sobrevalorando el despliegue de los operadores alternativos. El operador no comparte la utilización de una vida media superior para los clientes de fibra respecto a los de cobre, pues consideran que esto se debe a la menos competencia en el segmento fibra.

Finalmente, ambos operadores solicitan modificar los precios del servicio mayorista NEBA. En este sentido, Orange considera que tal y como ya se expuso en el trámite de audiencia, los precios del citado servicio son un obstáculo para competir en especial el precio de la capacidad NEBA ya que actualmente el operador considera que el servicio de la televisión es determinante para competir en el mercado.

### Respuesta de la CNMC

En primer lugar, esta Comisión quiere destacar que la cuestión del mix de costes mayoristas utilizado en el test de replicabilidad para los productos 100Mb fibra ha sido ampliamente abordada en las resoluciones OFMIN/DTSA/608/14<sup>19</sup> y OFMIN/DTSA/1565/14/Parámetros metodología<sup>20</sup>. En concreto en esta última resolución la CNMC expone que todos los operadores tienen a su disposición los modelos de costes que han sido utilizados para calcular los costes utilizados por lo que no se puede estar de acuerdo con la afirmación de Vodafone relativa a la falta de transparencia en las hipótesis usadas para obtener los costes mayoristas.

En decir se considera que *“en cuanto a la cuestión relativa a los costes utilizados para determinar el mix, cabe señalar que, en lo que se refiere al despliegue de la red de acceso, resultan del modelo bottom-up que fue elaborado por WIK, y que se encuentra disponible para todos los operadores, sustituyendo los costes de determinados elementos por los precios vigentes<sup>21</sup> de los servicios mayoristas equivalentes utilizados por los operadores alternativos.*

*Igualmente, los costes relativos al resto de elementos de red que el operador despliega para ofrecer el servicio –electrónica de acceso, backhaul, red de agregación, red troncal IP, etc.– se basan en el modelo de costes elaborado por Frontier Economics para determinar los precios de NEBA y ADSL-IP. Se trata, por tanto, de un modelo y de costes que se encuentran a disposición de Telefónica”.*

---

<sup>19</sup> Resolución por la que se actualizan los parámetros utilizados en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica (OFMIN/DTSA/608/14)

<sup>20</sup> Resolución relativa a la revisión semestral de parámetros utilizados en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U.

<sup>21</sup> Entre estos precios se incluyen los precios de la ofertas mayoristas reguladas OBA, MARCo, NEBA y también, para las infraestructuras de acceso a las verticales, los establecidos en la Resolución de 18 de junio de 2014, sobre el conflicto interpuesto por Orange y Vodafone contra Telefónica en relación con esta cuestión (CONF/DTSA/692/13).

En segundo lugar, es necesario precisar que las cuestiones relativas a los precios de la oferta mayorista NEBA y vida media de los clientes de fibra son cuestiones que este expediente no puede entrar a discutir en el fondo ya que, debido a su complejidad, requieren de un análisis global. En este sentido se debe tener en cuenta que se han iniciado dos procedimientos<sup>22</sup> relativos a la revisión de las condiciones económicas y operativas del servicio NEBA. En el marco de dichos expedientes será el entorno adecuado para dirimir la racionalidad y adecuación del nivel de precios actual.

### **II.3.3 Sobre la falta de replicabilidad de los paquetes que incluyen televisión**

#### Alegaciones de Vodafone y Orange

Finalmente los dos operadores denunciados cuestionan la utilización del operador igualmente eficiente para calcular los costes del servicio de televisión. De acuerdo a estos operadores la utilización de dicho estándar de coste no tiene en cuenta el mayor poder de compra que puede tener Telefónica en el mercado de adquisición de contenidos. Para reafirmar su postura ambos alegantes se basan en la posición de BEREC en su informe sobre test de replicabilidad<sup>23</sup>, postura que consideran contraria al planteamiento de la CNMC. En este sentido los operadores hacen referencia al siguiente párrafo del citado informe:

*“Where NGA-based bundles of retail services include IPTV or mobile services, it may be possible to assess the costs of these elements using retail prices of the standalone products, when available. In such cases, the standalone price might be used as a first proxy to derive the cost of the service. [...] On the other hand, costs of providing IPTV services can be calculated taking into account that program content costs can be higher for a smaller operator due to its lower bargaining power.”*

#### Respuesta de la CNMC

Tanto Orange como Vodafone realizan una interpretación incompleta del borrador publicado por el BEREC, en cuya redacción ha participado activamente esta Comisión. En primer lugar, la Recomendación de 11 de septiembre de 2013<sup>24</sup> se inclina claramente por el estándar de operador igualmente eficiente, y así es recogido tanto en el borrador al que se hace referencia como en el texto definitivo

---

<sup>22</sup> MTZ 2014/1840 relativo a la revisión del precio de la capacidad en PAI de la oferta de referencia del servicio NEBA y MTZ 2014/1456 relativo a la revisión de la oferta de referencia del servicio NEBA.

<sup>23</sup> *BEREC draft Guidance on the Regulatory accounting approach to the economic replicability test.*

<sup>24</sup> Recomendación de la Comisión de 11 de septiembre de 2013 relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha.

del *BEREC Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test (i.e. ex-ante/sector specific margin squeeze tests)*. Así, en el apartado 4.1.2 del texto definitivo se señala lo siguiente:

*“According to the Recommendation the ERT should assess whether the SMP operator’s own downstream retail arm is profitable on the basis of the upstream price charged to its competitors by the upstream operating arm of the SMP. For that reason the level of efficiency of the operator to be used according to the Recommendation is the equally efficient operator (EEO) test”.*

En segundo lugar, la sección 3.4.3. del *BEREC Guidance*, que enumera los principales elementos a considerar a la hora de realizar el test de replicabilidad de paquetes con contenidos audiovisuales, se refiere específicamente a los costes de adquisición de los contenidos. Bajo el estándar de operador igualmente eficiente, estos costes se identifican con los costes del operador incumbente. Eso no obsta para que se contrasten esos costes con el precio minorista del componente IPTV, considerado individualmente, o incluso con los costes de los operadores alternativos.

Finalmente, cabe señalar que la versión definitiva del *BEREC Guidance* no contiene la referencia a posibles diferencias en el coste de adquisición de contenidos que tanto Vodafone como Orange citan en sus respectivos escritos de alegaciones.

En definitiva, se mantienen las conclusiones preliminares alcanzadas en el trámite de audiencia.

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 expediente en relación con la denuncia de ORANGE ESPAGNE, S.A. UNIPERSONAL TELECOM ESPAÑA, S.A. y Vodafone España, S.A.U. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., relativa a la denuncia de las ofertas de fibra 10Mb y 100Mb 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.