

RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO INTERPUESTO POR VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS VERTICALES DE JAZZTEL TELECOM, S.A.U.**Expediente: CONF/DTSA/328/14****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC****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. Joaquim Hortalà i Vallvé, p.s. Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 16 de octubre de 2014.

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

I ANTECEDENTES**PRIMERO.- Escrito de denuncia de Vodafone**

Con fecha 7 de febrero de 2014 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone), en virtud del cual interpone un conflicto de acceso 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, Vodafone detalla las negociaciones mantenidas hasta la fecha con Jazztel para la suscripción de un acuerdo bilateral de compartición de las infraestructuras verticales que cada parte despliegue. Según este operador, los resultados infructuosos de dichas negociaciones justifican la intervención del organismo regulador, a fin de asegurar la firma en el menor plazo posible de un acuerdo recíproco de acceso a verticales entre Vodafone y Jazztel.

Vodafone solicita a la CNMC la imposición de una serie de condiciones a Jazztel que garanticen la consecución de un acuerdo de compartición en un plazo razonable. En particular:

- la fijación como precio razonable de acceso a la infraestructura vertical desplegada por cada operador en el mercado español el establecido en el expediente CONF/DTSA/692/13 (conflicto interpuesto por Orange y Vodafone contra Telefónica por las condiciones de acceso a sus infraestructuras verticales).
- la determinación de los hitos en los que debe producirse el pago de la infraestructura vertical. Vodafone considera que debe abonarse el 100% de la infraestructura vertical en el momento en que tiene lugar la aprobación y firma del acta de entrega de la documentación relativa a la vertical respecto de la cual se solicita el acceso. Según Vodafone, los importes abonados deben devolverse en el supuesto de que finalmente no se lleve a cabo la conexión efectiva de las redes.
- la declaración de que la cláusula de prohibición de reventa que Jazztel desea imponer resulta contraria a la normativa sectorial vigente.
- la eliminación de la obligación de acceder a un determinado porcentaje de fincas sobre las que se ha solicitado previamente información o, de forma subsidiaria, que se fije un porcentaje máximo de un 50%.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento y requerimientos de información

Mediante escritos de 27 de febrero de 2014 se comunicó a Vodafone y Jazztel el inicio del presente conflicto solicitándose, igualmente, determinada información necesaria para la instrucción del procedimiento.

TERCERO.- Respuestas a los requerimientos

Mediante escrito de 21 de marzo de 2014, Vodafone dio cumplimiento al requerimiento de información formulado por la CNMC. Jazztel, por su parte, remitió dos escritos con fecha 24 de marzo de 2013, en virtud de los cuales formulaba las pertinentes alegaciones y aportaba la documentación requerida por la CNMC.

CUARTO.- Escrito complementario de Jazztel

Con fecha 11 de abril de 2014, Jazztel envía un escrito complementando su respuesta al requerimiento de información precitado, por el que comunica su última propuesta de precios a Vodafone.

QUINTO.- Ampliación del plazo para la resolución del procedimiento

Mediante escritos de 7 de mayo 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.

SEXTO.- Nuevo escrito de Jazztel

Con fecha 14 de julio de 2014, Jazztel envía un escrito con alegaciones adicionales en las que manifiesta que su riesgo inversor es más elevado que el de Telefónica.

Según Jazztel, este factor justificaría un precio superior al de Telefónica por el acceso a sus verticales.

SÉPTIMO.- Trámite de audiencia

El 24 de julio 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 Vodafone el informe de audiencia elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA).

OCTAVO.- Alegaciones de los operadores

El 5 de agosto y el 2 de septiembre respectivamente, Vodafone y Jazztel presentaron sus alegaciones al informe de audiencia referido en el antecedente anterior.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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 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.j) 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.

II.2 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL CONFLICTO

II.2.1 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.

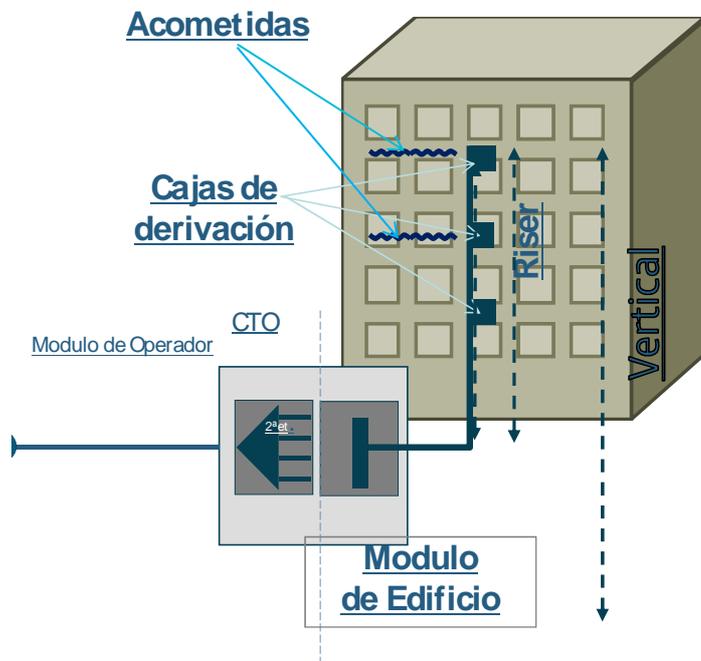
Como se observa en el gráfico siguiente, la vertical en el interior de los edificios consta de la caja terminal óptica (CTO) común³, de los cables de fibra que discurren por el interior del edificio (*riser*) y de las cajas de derivación en las diferentes plantas donde se segregan las fibras que van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

¹ Expediente MTZ 2008/965.

² RJ 2008/4601.

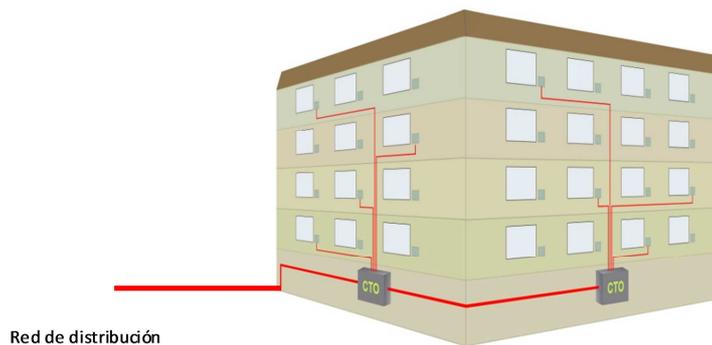
³ La CTO común está conectada con el *riser* y es la que comparten los operadores para acceder a todos los hogares del edificio. Adicionalmente, cada operador debe instalar su propia CTO individual. Cuando un operador consigue un cliente en el edificio, realiza una conexión entre su CTO y la CTO común.

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 compatibles 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 Vodafone 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.

II.2.2 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 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

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.

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.

II.2.3 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/DTSA/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]

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.

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.

II.3 SOBRE LOS PRECIOS DE ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS VERTICALES

Vodafone solicita la fijación como precio razonable de acceso a la infraestructura vertical desplegada por cualquier operador en el mercado español el que se establezca 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.

II.3.1 Planteamiento de los operadores

Jazztel señala que los precios propuestos a Vodafone 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, Vodafone considera que si Jazztel ha ofrecido unos precios de manera voluntaria a Telefónica, no existen razones por las que deba abonar precios superiores a esa referencia.

II.3.2 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 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 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, la CNMC estima razonable que dichos precios también sean ofrecidos a Vodafone.

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%¹², los precios propuestos por Jazztel a Vodafone 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%¹³.

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.

¹² La CNMC calcula el coste del capital (WACC) para cinco operadores: Abertis, Orange, Vodafone, Telefónica y Telefónica Móviles. En 2013, el WACC más reducido fue el de Vodafone (9,21%) y el más elevado fue el de Abertis (13,40%).

En algunas estimaciones del WACC para empresas de baja capitalización bursátil se añade una ligera prima por este concepto (que no suele superar el 2%). En todo caso, la capitalización de Jazztel a julio de 2014 supera los 2500 millones de euros (más de 3300 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).

¹³ 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).

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 resolución de los distintos conflictos y las iniciativas regulatorias llevadas a cabo por la autoridad de reglamentación francesa¹⁴.

En definitiva, Jazztel deberá ofrecer a Vodafone 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 compartición¹⁵.

II.3.2.1 Acometidas

En el escrito de interposición del presente conflicto así como en las alegaciones remitidas por las partes hasta el trámite de audiencia, las mismas no señalaron discrepancias en relación con el precio de las acometidas. Por tanto, de conformidad con el principio de intervención mínima que debe regir la actuación de la Administración, en el trámite de audiencia remitido a los interesados se señaló que la fijación de dichos precios no era objeto del presente conflicto, de conformidad con la voluntad manifestada por las partes a este respecto.

En sus alegaciones al informe de audiencia, sin embargo, Vodafone señala que, en su opinión, el precio de las acometidas sí debería ser fijado por la CNMC en el marco de este procedimiento.

Vodafone señala que la imposibilidad de alcanzar acuerdos con Jazztel sobre otras cuestiones que se consideraron prioritarias (precio de acceso a las infraestructuras verticales, forma de pago, etc.) determinó que la cuestión del precio de las acometidas no se abordara en detalle por las partes. Sin embargo, visto el historial de las negociaciones mantenidas hasta la fecha, y la imposibilidad de alcanzar un acuerdo voluntario con Jazztel, resultaría oportuno que la CNMC fijara

¹⁴ Ver por ejemplo Arcep, *Modèle générique de tarification de l'accès aux réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné en dehors des zones très denses*, mayo de 2014 (actualmente en fase de consulta pública).

¹⁵ 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, compatible 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.

directamente los precios de las acometidas. En opinión de Vodafone, dichos precios deberían ser idénticos a los establecidos por la CNMC en la Resolución 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.

En relación con estas alegaciones, cabe reiterar que la fijación del precio de las acometidas no fue una cuestión suscitada por las partes a lo largo de la tramitación de este procedimiento, sin que por tanto dicha problemática fuera abordada en el informe de audiencia que, en virtud del artículo 84 de la LRJPAC, la DTSA puso a disposición de las partes a fin de que emitieran las observaciones que consideraran oportunas.

Esta cuestión deberá por tanto ser objeto de negociación específica por parte de Vodafone y Jazztel, sin perjuicio del derecho de las partes a interponer el correspondiente conflicto ante esta Comisión en el supuesto de que no resulte viable alcanzar un acuerdo sobre este aspecto. A este respecto, y en aras de facilitar las negociaciones entre las partes, cabe señalar que como ya se ha explicado profusamente para el precio de acceso a las infraestructuras verticales, *a priori* no se aprecian, desde el punto de vista regulatorio, condicionantes que pudieran justificar la fijación de un precio de acceso a las acometidas distinto del ya establecido para Telefónica en la Resolución de 18 de julio de 2014, precitada.

II.4 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.

II.4.1 Planteamiento de los operadores

Según Vodafone, 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 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 VODAFONE []**.

II.4.2 Valoración de la CNMC

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 concreto¹⁶.

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, Vodafone) 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 Vodafone 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 Vodafone. Es decir, Vodafone 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 Vodafone 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.

En relación con el comportamiento manifestado frente a terceros, debe señalarse que, en su propuesta, Jazztel reconoce a Vodafone **CONFIDENCIAL VP []**. Esta posibilidad no se extiende, sin embargo, a otros operadores con los que Vodafone pueda 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 (Vodafone), 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 Vodafone. La prohibición de comercializar

¹⁶ 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*.

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 Vodafone, 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 óptica¹⁷. Telefónica obtendría en consecuencia los correspondientes ingresos mayoristas, que no resultarían sin embargo accesibles para otros agentes como Vodafone, que podrían estar interesados en comercializar el mismo tipo de servicios.

También en relación con Vodafone, la prohibición de reventa se extendería a todas 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 Vodafone 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 Vodafone 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 Vodafone 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).

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 Vodafone.

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*

¹⁷ Por el momento, limitados a 30 Mbit/s.

de los edificios¹⁸. 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 sectorial¹⁹.

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 mercados de banda ancha sobre la base del despliegue de una red propia de fibra óptica²⁰.

En definitiva, la CNMC 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 edificios²¹.

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 legítimas²² 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 VODAFONE []**.

¹⁸ 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”*.

¹⁹ Opinión nº 09-A-47 de la autoridad de competencia francesa, de 22 de septiembre de 2009, §§ 74-77.

²⁰ Véase el Informe de la CMT sobre los resultados del modelo de despliegue de redes FTTH/GPON en España (2009).

²¹ Expediente MTZ 2008/965.

²² Como puede ser la comercialización de servicios mayoristas de acceso indirecto.

II.5 SOBRE LA FORMA DE PAGO DE LAS VERTICALES EN EL INTERIOR DE LOS EDIFICIOS

Vodafone solicita que la CNMC determine la forma en que debe procederse al pago de las verticales de interior.

II.5.1 Planteamiento de los operadores

Vodafone indica que propuso a Jazztel un mecanismo conforme al cual la obligación de pago nacería en el momento en que se firma el acta de entrega y recepción de la vertical.

El operador demandante de acceso dispondría en todo caso de la facultad de solicitar la devolución del importe abonado, si en el plazo de un año desde la firma del acta de entrega y recepción no hubiese sido posible alcanzar la vertical objeto del IRU por causas no imputables a los propios operadores (por ejemplo, dada la imposibilidad de conseguir los permisos pertinentes de la comunidad de propietarios).

Por su parte, Jazztel propone un sistema de pagos fraccionados, en virtud del cual el operador demandante de acceso debería abonar un 30% del precio en el momento en que se solicitara el acceso a la vertical, y el 70% restante en el momento en que se produjera la conexión efectiva de los equipos del demandante de acceso a la infraestructura vertical.

En el caso de que finalmente el operador demandante de acceso no pudiera conectarse a la vertical, Jazztel plantea la devolución de la cantidad adelantada (el 30% del precio), pero limitado a un máximo del 5% de las fincas solicitadas en un primer momento, **CONFIDENCIAL VODAFONE []**.

II.5.2 Valoración de la CNMC

A los efectos de dilucidar la cuestión objeto de conflicto, resulta conveniente referirse a los diferentes hitos temporales que acaecen hasta que tiene lugar la efectiva puesta a disposición de la vertical de interior:

- El primer hito temporal, una vez recabada la información sobre las fincas potencialmente accesibles, consiste en la solicitud de acceso formal a la vertical de interior ubicada en una determinada finca.
Sería en este momento cuando, según Jazztel, debería procederse al abono del 30% del precio de los accesos formalmente solicitados.
- Una vez efectuada la solicitud, y remitida la información relevante a tal efecto por el operador gestor del edificio (en este caso, Jazztel), se produce la aprobación y firma del acta de entrega de la documentación entre el operador gestor y el operador demandante de acceso u operador comercial (en este caso, Vodafone).
Sería en este momento cuando, según Vodafone, debería procederse al abono del 100% del precio fijado para el acceso a la vertical de interior.

- En tercer lugar, una vez el operador comercial (Vodafone) llegase a conectarse con sus equipos a la vertical de interior, se procedería a la firma del acta de entrega del IRU y tendría lugar la conexión efectiva.

Sería en este momento cuando, según Jazztel, debería procederse al abono de la cantidad pendiente de satisfacer (70%).

También sería en este momento temporal cuando se procedería a la devolución de los importes anteriormente satisfechos (100% en el caso de Vodafone, 30% en el caso de Jazztel) en el hipotético caso de que fuera imposible proceder a la conexión efectiva de los equipos del demandante de acceso con la vertical de interior ya instalada. Como se ha señalado, para Jazztel la facultad de reintegro debería estar en todo caso limitada a un máximo del 5% de las fincas inicialmente solicitadas.

La diferencia de planteamientos en relación con los hitos temporales en que debe procederse al pago (es decir, con la aprobación y firma del acta de entrega de la documentación o en el momento de la conexión) parece derivar de los acuerdos que las partes en conflicto tienen suscritos con terceros agentes, y de la interpretación que hacen de los mismos. Así, **CONFIDENCIAL VODAFONE []** Por su parte, **CONFIDENCIAL JAZZTEL [] [CONFIDENCIAL]**. En el presente conflicto, Jazztel propone además que Vodafone adelante un 30% del precio del IRU en el primer hito del proceso: la solicitud de la vertical.

Hechas estas consideraciones, se reproduce a continuación el esquema de pagos planteados por las partes en el conflicto:

Hito temporal	Propuesta Jazztel	Propuesta Vodafone
Solicitud de información		
Solicitud de acceso a la vertical	30% del precio del IRU (dicha cantidad sólo se devolverá para un máximo del 5% de las fincas inicialmente solicitadas)	
Aprobación y firma del acta de entrega de la documentación		100% del precio del IRU (dicha cantidad deberá en todos los casos devolverse íntegramente al operador comercial en el supuesto de que no se produzca la conexión)
Acta de entrega del IRU y conexión a la vertical	70% del precio del IRU	

En línea con las alegaciones formuladas por Jazztel, cabe señalar que, en principio, el IRU queda constituido en el momento en que se produce el acceso a la vertical de interior por parte del operador demandante de acceso (operador comercial). Dado lo que antecede, no parece proporcionado exigir que se proceda al pago del 100% del precio en un momento (aprobación y firma del acta de entrega de la documentación) en que todavía no se ha tenido acceso de manera definitiva a la vertical.

Asimismo, y también en línea con la propuesta de Jazztel, resulta razonable asumir que una parte del precio que debe satisfacerse por el acceso a la vertical haya de adelantarse, para sufragar los posibles costes que para el operador gestor del edificio tiene garantizar el acceso a operadores terceros. Dicho pago adelantado podría efectuarse en el momento en que se produce la solicitud formal de acceso por parte del operador comercial. A juicio de la CNMC, la propuesta de Jazztel de destinar un 30% sobre el total del precio es proporcionada y, por tanto, aceptable.

Por otra parte, y frente a lo alegado por Jazztel, resulta injustificado que se limite a un máximo del 5% de las fincas inicialmente solicitadas la posibilidad de que se proceda a la devolución de los importes anticipados en el caso de que, en ausencia de causas imputables a ninguna de las partes, no se pueda proceder a la efectiva conexión de la vertical y por consiguiente no se pueda disfrutar de un derecho de uso irrevocable sobre dicha infraestructura.

Por consiguiente, la cantidad susceptible de reintegro en todos aquellos casos en que finalmente no se produzca la conexión definitiva de los equipos del operador comercial a la vertical de interior debe incrementarse hasta un 20% de las fincas inicialmente solicitadas. Habida cuenta de la información aportada por Jazztel **CONFIDENCIAL VODAFONE []**, dicho umbral resulta razonable para asegurar que en casos en que no sea posible proceder a la conexión de las redes, se procederá al reintegro de las cantidades previamente anticipadas a cuenta de un acceso que al final no se ha producido por causas ajenas a la voluntad de las partes.

El esquema de pagos quedaría por consiguiente de la siguiente manera:

Hito temporal	Cantidades a satisfacer
Solicitud de información	
Solicitud de acceso a la vertical	30% del precio del IRU (dicha cantidad se reintegrará para un máximo del 20% de las fincas inicialmente solicitadas)
Aprobación y firma del acta de entrega de la documentación	
Acta de entrega del IRU y conexión a la vertical	70% del precio del IRU

Todo ello sin perjuicio de la existencia de otras formas de fijación de los mecanismos de pago que puedan acordar las partes entre ellas, o en el marco de otros acuerdos de acceso a infraestructuras verticales que se puedan suscribir con terceros agentes.

II.6 SOBRE LA OBLIGACIÓN DE SOLICITAR LA COMPARTICIÓN DE UN PORCENTAJE DE LAS VERTICALES RESPECTO DE LAS CUALES SE HAYA SOLICITADO INFORMACIÓN

II.6.1 Planteamiento de los operadores

En la propuesta formulada por Jazztel a lo largo de las negociaciones, el operador demandante de acceso tendría la obligación de solicitar la compartición de, al menos, el 75% de las verticales sobre las que, en un primer hito del proceso operativo, hubiera solicitado información.

Según Jazztel, dicha obligación resulta razonable, al ser necesario exigir una solicitud mínima obligatoria para evitar la formulación de requerimientos de información sin que medie una voluntad real de acceso por parte del operador solicitante. Para Jazztel, la puesta a disposición de manera incondicionada –y sin necesidad de adquirir ningún compromiso– de información relativa al despliegue de la red de fibra óptica permitiría al operador tercero conocer los detalles del despliegue real de su competidor, incluso en casos donde no existiera la intención de compartir la infraestructura vertical.

Para Vodafone, la propuesta de Jazztel resulta injustificada, siendo necesario plantearse otras vías que aseguren el acceso por parte de los operadores demandantes a la información que precisan para poder efectuar sus propios despliegues.

II.6.2 Valoración de la CNMC

La Resolución de 12 de febrero de 2009 contiene una serie de previsiones en relación con la información que los operadores gestores han de aportar a los operadores demandantes de acceso (obligación de transparencia).

Según la citada Resolución, *“los primeros operadores que tomen la iniciativa en el proceso de cableado óptico en los edificios deben poner a disposición de terceros la información necesaria para que éstos puedan planificar sus solicitudes de acceso basándose en decisiones técnicas y comerciales eficientes. A tal fin, se estima necesario establecer la obligación de facilitar a operadores terceros con los que hayan suscrito un acuerdo recíproco de acceso, información debidamente actualizada en la que se especifiquen los edificios donde se haya llevado a cabo el cableado óptico. [...]”*.

La Resolución de 12 de febrero de 2009 no supedita por tanto la entrega de la información necesaria para que los operadores puedan planificar sus despliegues a la existencia de algún tipo de compromiso firme de compartición de las verticales respecto de las cuales se solicita información. **CONFIDENCIAL VODAFONE []**. **CONFIDENCIAL JAZZTEL []**.

Por tanto, en línea con lo previsto en otros procedimientos en relación con el acceso por terceros a información sobre despliegues de una red de fibra, la CNMC considera que la firma de un acuerdo de acceso (como el que Jazztel y Vodafone tienen previsto suscribir) es suficiente para garantizar el adecuado uso de la información que se pueda requerir del operador gestor del edificio.

En particular, en la Resolución de 11 de noviembre de 2010 sobre la propuesta de nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha²³ (oferta NEBA) se requiere de Telefónica la elaboración de un listado de edificios (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca) en los que pueden suministrarse conexiones de fibra. Dicha información es directamente accesible por los operadores que hayan suscrito un contrato con Telefónica para la provisión de servicios de acceso mayorista de banda ancha o demuestren inequívocamente su voluntad de adherirse al citado servicio mayorista, asegurándose así que el operador demandante de acceso pueda tener una visión global de la cobertura de fibra a partir de la cual es posible prestar servicios a los clientes finales.

En relación con el posible uso estratégico de información comercialmente sensible por parte del solicitante de acceso, cabe señalar que, junto con la firma del acuerdo de acceso, pueden articularse otras salvaguardas que minimicen dicho riesgo, correspondiendo en todo caso a los operadores asegurar que dichas salvaguardas se adecúan a los objetivos perseguidos con el establecimiento en la Resolución de 12 de febrero de 2009 de una obligación de transparencia.

Es importante en todo caso señalar que, dado el carácter recíproco de la obligación de transparencia, Jazztel podrá beneficiarse de las mismas condiciones en materia de acceso a la información cuando solicite el acceso a las infraestructuras verticales que Vodafone está comenzando a desplegar.

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

²³ Expediente DT 2011/738.

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.

CUARTO.- En relación con la forma de pago de las verticales en el interior de los edificios, el esquema de pagos se llevará a cabo de la siguiente manera:

Hito temporal	Cantidades a satisfacer
Solicitud de acceso a la vertical	30% del precio del IRU (dicha cantidad se devolverá para un máximo del 20% de las fincas inicialmente solicitadas)
Acta de entrega del IRU y conexión a la vertical	70% del precio del IRU

QUINTO.- En el marco del acuerdo de acceso que Jazztel y Vodafone deben suscribir, Jazztel no puede exigir de Vodafone que solicite la compartición de un porcentaje de las verticales respecto de las cuales se haya solicitado previamente información.

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 DE LAS PARTES AL INFORME DE AUDIENCIA

Sobre los precios de las infraestructuras verticales

Jazztel considera que la propuesta de precios de los Servicios 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.

Asimismo, Jazztel relaciona la Resolución del conflicto de verticales con Telefónica y la propuesta de audiencia del presente conflicto con la reciente comunicación de Orange y Vodafone por la que el despliegue inicial previsto de tres millones de hogares pasados con una red FTTH se convierte en un despliegue conjunto de dos millones de hogares y la prestación sobre la red cable de ONO de acceso mayorista a Orange de un millón de hogares adicionales²⁴. Es decir, según Jazztel, una de las consecuencias de la Resolución del conflicto de verticales con Telefónica ha sido que Orange y Vodafone han reducido el ámbito de su acuerdo.

Finalmente, Jazztel añade que con las decisiones de la CNMC sobre los precios de las verticales, a Orange y Vodafone les resulta más conveniente solicitar el acceso a las verticales de otros operadores que desplegar la fibra óptica y ampliar de esta forma su huella.

Respuesta:

Jazztel hace referencia al acceso a las verticales en el inferior de un edificio como si se tratara de un servicio mayorista de acceso indirecto, que podría ser sustituido 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.

Por otra parte, las alegaciones de Jazztel acerca del efecto de la Resolución del conflicto Vodafone/Jazztel son contradictorias. Si tal como afirma Jazztel, los precios establecidos por la CNMC fueran demasiado reducidos, el impacto no podría ser nunca desincentivar el despliegue ni de Orange ni de Vodafone, sería el contrario. La renegociación del acuerdo de despliegue de verticales entre Vodafone y Orange se ha producido tras la adquisición de ONO por parte de Vodafone, y este factor podría ser la principal causa de la renegociación.

Por último, Jazztel parece confundir el despliegue de red FTTH con la ampliación de la huella FTTH en España. Los tres millones de hogares previstos en el acuerdo Orange/Vodafone podrían tener un elevado grado de solapamiento con las redes NGA de los operadores de cable, Telefónica o la propia Jazztel. De hecho, tras los últimos anuncios de previsiones de despliegues NGA realizados por parte de Telefónica, en los que afirma querer cubrir 20 millones de UUII en 2017 (cerca del 80% de la población) será complejo ampliar la cobertura de despliegues en España más allá de esos valores. Por otro lado, además de ampliar la huella, que en una

²⁴ <http://www.vodafone.es/conocenos/es/sala-de-prensa/notas-de-prensa/vodafone-y-orange-redefinen-el-alcance-de-su/>

zona concreta coexistan más redes NGA es positivo para fomentar la competencia basada en infraestructuras.

En conclusión, se desestiman las alegaciones de Jazztel sobre este punto.

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.”²⁵

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 2014²⁶, 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.”

- (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 VODAFONE]**, Jazztel: **[CONFIDENCIAL VODAFONE]**.

²⁵ 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.”

²⁶ <http://inversores.bolsa.jazztel.com/documents/10156/1573351/Resultados+del+primer+trimestre+de+2014>

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 ambos operadores es reducida, en torno a **[CONFIDENCIAL VODAFONE]**. 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 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. 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.²⁷"*

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 naturaleza, basadas en arquitecturas y soluciones diferentes. Así, aunque el despliegue masivo de FTTH puede ayudar a conectar emplazamientos móviles, la

²⁷ Resultados del primer trimestre de 2014, página 4.

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 conectados 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.

- (6) A juicio de Jazztel, las referencias de Francia e Italia utilizadas por la CNMC como argumento para fijar el mismo precio para todas las verticales no son válidas, pues las situaciones de despliegue no son exactamente iguales.

Respuesta:

Las referencias de Francia e Italia son las más parecidas al caso español, y por esta razón se citan, como ejemplo de países con una regulación simétrica equiparable a la española, y donde la tendencia es hacia la convergencia de precios.

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

Sobre la forma de pago de las verticales en el interior de los edificios

En sus alegaciones al informe de audiencia, Vodafone señala que (i) la exigencia de que se proceda al abono por adelantado del 30% del precio de acceso a la vertical no se corresponde con ninguna prestación por parte de Jazztel que justifique dicho adelanto; (ii) la propuesta contenida en el informe de audiencia puede dar lugar a que no se proceda al reintegro de cantidades adelantadas a

Jazztel por la prestación de servicios de acceso, independientemente de que los mismos finalmente no se hayan consumado.

Vodafone plantea de manera subsidiaria que el límite para el reintegro de las cantidades previamente abonadas a Jazztel aumente hasta un máximo del 50% de las fincas inicialmente solicitadas en los supuestos en que finalmente no se pueda llevar a cabo la conexión por causas no imputables al operador solicitante de acceso.

En contestación a estas alegaciones, cabe señalar que la propuesta formulada por la DTSA busca acomodar los intereses contrapuestos que, en relación con la forma de pago, pueden tener el operador gestor del edificio y el operador solicitante de acceso. Así, se ha considerado razonable que al menos una cantidad del precio que deberá ser finalmente satisfecho por el acceso a las infraestructuras verticales de interior sea adelantado al operador gestor del edificio, a efectos de tomar en consideración los costes y gestiones que dicho operador ha de asumir a fin de instrumentalizar el acceso. En relación con la posibilidad de que se proceda al reintegro de las cantidades adelantadas, el informe de audiencia reconoce este derecho a Vodafone pero limitado hasta un máximo del 20% de las fincas inicialmente solicitadas, sin que este agente haya aportado documentación alguna que corrobore que dicho porcentaje (fijado para tomar en consideración las posibles conexiones fallidas una vez formulada la petición de acceso) no es razonable, o resulte más proporcionada la extensión de dicho límite hasta el 50%, tal y como plantea.

Por su parte, también Jazztel cuestiona la propuesta de la DTSA de que pueda procederse a la devolución de los importes anticipados hasta en un 20% de las fincas inicialmente solicitadas, en casos en que finalmente no pueda llevarse a cabo la conexión de las redes. Según este operador, **CONFIDENCIAL VODAFONE []**.

En contestación a estas alegaciones, debe indicarse que el límite del 20% **CONFIDENCIAL VODAFONE []**. Las afirmaciones de Jazztel a este respecto no pueden por tanto ser acogidas.

Sobre la obligación de solicitar la compartición de un porcentaje de las verticales respecto de las cuales se haya solicitado información

Jazztel cuestiona la propuesta contenida en el informe de audiencia, según la cual la obligación propuesta por Jazztel, y en virtud de la cual Vodafone debería comprometerse a solicitar la compartición de al menos el 75% de las verticales respecto de las cuales se solicita información, debe rechazarse. Según Jazztel, la negativa de la CNMC a su propuesta genera el riesgo de que se haga un uso estratégico de la información demandada por el operador solicitante de acceso, sin que por otra parte la CNMC especifique qué mecanismos alternativos podrían ser empleados por los operadores garantes del acceso para salvaguardar información que resulta particularmente sensible.

En contestación a esta alegación, deben reiterarse los motivos ya contenidos en el informe de audiencia, conforme a los cuales el establecimiento de una obligación

como la propuesta por Jazztel es desproporcionada, y no resulta acorde con el principio de transparencia fijado en la Resolución de 12 de febrero de 2009. Por otra parte, atendiendo al principio de intervención mínima, no resulta proporcionado que la CNMC –sin que haya mediado negociación alguna a este respecto– sustituya la voluntad de las partes que deben suscribir el respectivo acuerdo, fijando de manera detallada los términos por los que las partes deben regirse.