



JORGE SANCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 37/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 25 de noviembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA DENUNCIA INTERPUESTA POR CABLEUROPA, S.A.U CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA OFERTA PRESENTADA POR ESTE ÚLTIMO OPERADOR EN EL CONCURSO CONVOCADO POR LA AGENCIA DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID (MTZ 2010/1614).

PRIMERO.- Escrito presentado por ONO

Con fecha 26 de julio de 2010 tiene entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de Cableuropa, S.A.U. (en adelante, ONO) por el que pone en conocimiento de la CMT la supuesta existencia de una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones regulatorias que Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) tiene contraídas, en relación con la oferta presentada por este operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (en adelante, ICM) durante el mes de mayo de 2010.

En concreto, ONO se refiere a la oferta presentada por TESAU en relación con el Lote II (Servicio de transporte IP de prestaciones medias) de la licitación convocada por ICM. Según señala ONO, el importe de licitación presentado por TESAU, 151.816,15 euros/mes, es aproximadamente un 10% más reducido que la oferta presentada por ONO, de 168.209,46 euros/mes.

En su escrito, ONO efectúa un análisis de los diferentes costes que, a su entender, debería afrontar un operador alternativo que pretendiese ofrecer los servicios que integran el Lote II sobre la base de los servicios mayoristas regulados de TESAU. De acuerdo con su análisis, para un período de 24 meses¹ el resultado que se obtiene es un VAN negativo para el proyecto de -543.640,79 euros. Si se hace el mismo cálculo considerando un período de contratación de 48 meses², el VAN es de nuevo negativo y asciende a -275.076,92 euros.

¹ Período previsto de duración del contrato con ICM.

² Es decir, considerando los dos años de posible prórroga previstos en el concurso convocado por ICM.



A la vista de dichos elementos, ONO solicita de la CMT que declare el efecto anticompetitivo de la oferta de TESAU y se ordene la paralización y retirada de dicha oferta. ONO también solicita de la CMT que acuerde la incoación del correspondiente procedimiento sancionador contra TESAU por el incumplimiento de las Resoluciones de la CMT, y en particular de la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (MTZ 2008/1944) y la Resolución de 22 de enero de 2009 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 (MTZ 2008/626).

SEGUNDO.- Apertura de procedimiento para la resolución del procedimiento y requerimientos de información a los interesados

Mediante sendos escritos de fecha 14 de septiembre de 2010, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 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 comunica a TESAU y ONO, así como a ICM, que ha quedado iniciado el correspondiente expediente administrativo para la resolución del procedimiento arriba indicado.

Asimismo, en dichos escritos se remite un requerimiento de información a TESAU para la determinación y conocimiento por esta Comisión de los hechos a que se refiere el presente procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 78.1 de LRJPAC.

TERCERO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 14 de septiembre de 2010, y a raíz de la solicitud a tal efecto de ONO, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de ONO anteriormente referido (en particular, datos relativos a los costes específicos asumidos por este operador), por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de este operador.

CUARTO.- Alegaciones de TESAU y contestación al requerimiento de información

Con fecha 21 de septiembre de 2010, tiene entrada en el Registro de la CMT escrito de TESAU por el que evacua el requerimiento de información efectuado por esta Comisión en el marco del presente procedimiento.

QUINTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 28 de septiembre de 2010, y a raíz de la solicitud a tal efecto de TESAU, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos de su escrito, por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de este operador.

SEXTO.- Escrito adicional de ONO

Mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2010, tiene entrada en el Registro de la CMT escrito de ONO por el que efectúa una serie de alegaciones adicionales en el marco del expediente de referencia.



En concreto, ONO se refiere al hecho de que los caudales mínimos ofertados por TESAU son superiores a los caudales licitados en el concurso, lo que supone un incremento de los costes estimados inicialmente para valorar la replicabilidad de la oferta.

Según los nuevos cálculos efectuados por ONO, el margen de rentabilidad de la oferta presentada por TESAU, calculada a partir del VAN, sería de -1.439.511,74 euros para dos años y de -1.559.935,24 euros para cuatro años.

SÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 30 de septiembre de 2010, y a raíz de la solicitud a tal efecto de ONO, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de ONO anteriormente referido (en particular, datos relativos a los costes específicos asumidos por este operador), por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de este operador.

OCTAVO.- Escrito adicional de ONO

Mediante escrito de fecha 7 de octubre de 2010, tiene entrada en el Registro de la CMT escrito de ONO, por el que aporta la localización de los 139 centros de la Comunidad de Madrid a los que debe darse servicio en el entorno sanitario según establece en el concurso convocado por ICM, así como la central de TESAU que daría cobertura a dichos centros.

NOVENO.- Escrito adicional de TESAU

Mediante escrito de fecha 11 de octubre de 2010, tiene entrada en el Registro de la CMT escrito de TESAU por el que efectúa una serie de alegaciones adicionales en el marco del expediente de referencia.

En concreto, TESAU realiza un nuevo cálculo de emulabilidad de los servicios incluidos en el Lote II de acuerdo con el estándar de eficiencia que considera apropiado. Según TESAU, para contratos con grandes cuentas y Administraciones públicas, debe requerirse de todos los operadores – tanto operadores terceros como la propia TESAU – una verdadera voluntad inversora, lo que exige que un potencial análisis de estrechamiento de márgenes se realice sobre la base de la potencialidad de todos los servicios regulados que están a disposición de los operadores, y no sobre aquellos que el tercer operador haya elegido en función de su estrategia y riesgo asumido.

Sobre la base de estas consideraciones, y entre otros aspectos, TESAU toma como base para la elección de los productos mayoristas disponibles la existencia de centrales de las que dependen las diferentes sedes de la Comunidad de Madrid abiertas a OBA, independientemente de que en dichas centrales existan actualmente operadores coubicados o no.

DÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 19 de octubre de 2010, y a raíz de la solicitud a tal efecto de TESAU, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos de su escrito, por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de este operador.

UNDÉCIMO.- Escrito adicional de TESAU

Mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2010, tiene entrada en el Registro de la CMT escrito de TESAU por el que efectúa una serie de alegaciones adicionales en el marco del



expediente de referencia en relación con las diferencias entre los análisis de replicabilidad aportados por este operador en sus escritos de 21 de septiembre y 11 de octubre de 2010.

DUODÉCIMO.- Trámite de audiencia

Los Servicios de esta Comisión emitieron informe sobre el asunto de referencia, comunicándose a los interesados la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del procedimiento mediante escritos de 26 de octubre de 2010.

DECIMOTERCERO.- Contestación al trámite de audiencia

Mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2010, tiene entrada en el Registro de la CMT escrito de ONO por el que efectúa una serie de alegaciones al informe de audiencia de los Servicios de la CMT. Mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2010, tiene entrada en el Registro de la CMT escrito de TESAU por el cual realiza sus alegaciones.

Las alegaciones de los interesados son consideradas en el cuerpo de la presente Resolución.

A los anteriores Antecedentes de hecho le son de aplicación los siguientes

I FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.1 HABILITACIÓN COMPETENCIAL

En relación con la solicitud presentada por ONO, las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En particular, el artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) fija, entre otros, como objetivos de la Ley los siguientes:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación”

De conformidad con lo establecido en el artículo 48.2 de la LGTel, *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto en su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

Asimismo, entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.3 e), la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. [...]”*



Por su parte, el artículo 48.3 g) de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la siguiente función:

“g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.”

En uso de la habilitación competencial precitada, con fecha 23 de julio de 2009 se adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (MTZ 2008/1944). En la citada Resolución, se llega a la conclusión de que el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor no es realmente competitivo, imponiéndose a TESAU en tanto operador declarado con poder significativo de mercado una serie de obligaciones regulatorias. Así, entre otras, la citada Resolución señala que:

“[D]ada la posición de Telefónica y su grupo empresarial en el mercado de referencia, esta CMT asegurará que, en su conjunto, las condiciones mayoristas, tanto técnicas como económicas, sean suficientes para evitar la comercialización de ofertas minoristas que impliquen una extensión de su posición y, por tanto, riesgos para la libre competencia en el mercado minorista. En particular, Telefónica no podrá realizar las siguientes prácticas:

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

La misma Resolución señala que las líneas alquiladas mayoristas terminales con interfaces Ethernet “estarán sometidos a la obligación de control de precios mediante el mecanismo de retail minus de forma que, en ningún caso, los precios ofrecidos a terceros por Telefónica podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente tanto en los mercados minoristas conexos como en los mayoristas descendentes al de referencia”.

Igualmente, con fecha 22 de enero de 2009 se 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 (MTZ 2008/626). En la citada Resolución, se llega a la conclusión de que el mercado de referencia no es realmente competitivo, imponiéndose a TESAU en tanto operador declarado con poder significativo de mercado una serie de obligaciones regulatorias. Así, entre otras, la citada Resolución señala que:

“[D]ada la posición de TESAU y su grupo empresarial tanto en el mercado de referencia como en el mercado conexo de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado)



en una ubicación fija (mercado 4 de la Recomendación de mercados), se le prohíben las siguientes prácticas:

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

En consecuencia, esta Comisión está habilitada para conocer y resolver el presente expediente.

I.2 DESCRIPCIÓN DEL CONCURSO CONVOCADO POR ICM Y LAS OFERTAS DE ONO Y TESAU

En marzo de 2010 ICM anunció la licitación del contrato denominado “Servicios de telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: servicio de operador de datos (3 lotes)”, con un presupuesto total de 34.477.869,40 euros, IVA incluido.

El contrato anterior estaba separado en tres lotes independientes:

Lote I: Servicios de transporte IP de prestaciones altas;

Lote II: Servicio de transporte IP de prestaciones medias;

Lote III: Servicio de acceso a Internet.

El objeto del presente procedimiento es el Lote II que, de acuerdo con el pliego de cláusulas técnicas, da principalmente soluciones de transmisión de datos a centros de salud y educativos de la Comunidad de Madrid. Adicionalmente a estos requerimientos de conectividad, ICM también ha requerido determinadas soluciones tales como una red privada virtual (RPV), un centro de gestión, así como la correspondiente implantación y mantenimiento. El presupuesto máximo de licitación de este lote asciende a 7.939.863,82 euros, IVA incluido, por un periodo de dos años³.

A este Lote se presentaron tres operadores: BT España, ONO y TESAU. En el Anexo I se presentan los requisitos exigidos por el Pliego así como los importes máximos de licitación desagregados por conceptos y las ofertas presentadas por ONO y TESAU.

El 26 de julio de 2010 se adjudicó provisionalmente el contrato de referencia, en su Lote II, a TESAU. Esta adjudicación se justifica tanto por la valoración técnica como económica. Como se desprende del Anexo I de la presente Resolución, la oferta de TESAU es un 10% inferior a la de ONO lo que, de acuerdo con la fórmula incluida en el Pliego de Cláusulas Jurídicas para la valoración de las ofertas económicas, supone una diferencia en puntos de 5,8 puntos a favor de TESAU.

En relación con los aspectos técnicos, de acuerdo con el Resumen del Informe Técnico elaborado por ICM, TESAU obtiene una diferencia favorable de 10,35 puntos con respecto a ONO, de los que 5 se derivan de la mejora sin coste de los caudales mínimos de

³ Estableciéndose en el Pliego de Cláusulas jurídicas la posibilidad de una prórroga del contrato durante un período adicional de dos años por mutuo acuerdo de las partes.



conectividad requeridos. Efectivamente, la oferta presentada por TESAU mejora sustancialmente las características técnicas mínimas establecidas en el pliego de ICM. En particular, duplica las velocidades de conexión tanto de los servicios ADSL como de los circuitos alquilados.

Así, para los servicios incluidos en el lote V3, TESAU ofrece conexiones ADSL con caudal garantizado. Igualmente, en el lote V8, ICM requería 139 circuitos de 2 Mbit/s, pero TESAU mejoró las condiciones del pliego ofertando 21 circuitos de 10 Mbit/s y 118 circuitos de 4 Mbit/s.

Puesto que la mejora de las características técnicas establecidas en el pliego ha tenido un peso relevante en la adjudicación del concurso (ver el citado informe Técnico), esta Comisión utilizará para el análisis de replicabilidad la oferta la presentada por TESAU, y no los requisitos mínimos establecidos por ICM.

I.3 ANÁLISIS DE REPLICABILIDAD DE LA OFERTA PRESENTADA POR TESAU

Como se ha recogido en los Antecedentes de Hecho, de acuerdo con ONO, la oferta presentada por TESAU en el marco del concurso para el Lote II no es replicable por un operador alternativo. Tanto ONO como TESAU han descrito cómo, a su juicio, debería calcularse la emulabilidad de dicha oferta.

En relación con estas alegaciones cabe decir que la CMT analiza de forma exhaustiva las ofertas minoristas de TESAU en el ámbito del segmento residencial, para el que ha confeccionado una metodología de análisis conocida por todos los operadores. Por el contrario, en el contexto de ofertas para empresas y administraciones públicas, esta Comisión no ha establecido un método específico para su análisis que determine el estándar de eficiencia y los servicios mayoristas que deben tomarse como referencia para el análisis de replicabilidad técnica y económica.

Este segmento de la demanda cuenta con características que lo diferencian del segmento residencial. Así, en la consulta pública recientemente lanzada por el BEREC⁴, se estima que existen elementos, tales como las economías de escala alcanzables dada la dispersión geográfica de la demanda o los requerimientos de calidad y continuidad del suministro, que potencialmente podrían diferenciar ambos tipos de demandantes.

En consecuencia, dadas estas particularidades, de forma previa al análisis de los parámetros concretos del presente caso, cabe analizar de forma genérica la metodología que debe emplearse para analizar la práctica denunciada por ONO.

I.3.1 Test de estrechamiento de márgenes

Como se ha dicho anteriormente, ONO imputa a TESAU un incumplimiento de las obligaciones vigentes por una práctica de estrechamiento de márgenes. Esta Comisión ya definió en la Resolución de la Metodología⁵ que esta práctica supone *“un comportamiento estratégico por parte de una empresa verticalmente integrada y dominante en un mercado mayorista quién, mediante la manipulación del precio minorista y/o del precio mayorista*

⁴ Draft BEREC report on relevant market definition for business services, BoR (10) 46.

⁵ Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU.



cobrado a sus competidores⁶, pretende conseguir su expulsión o debilitamiento en los mercados minoristas con el fin de distorsionar la competencia⁷”.

De acuerdo con lo anterior, el control de las obligaciones impuestas supone evaluar las ofertas minoristas realizadas por TESAU y comprobar si un operador eficiente podría obtener una rentabilidad adecuada utilizando los servicios mayoristas que ofrece. Por tanto, en primer lugar deberá establecerse qué servicio mayorista debe utilizarse y, consecuentemente, determinar el coste subyacente del mismo.

En segundo lugar cabe tener en cuenta que, de forma adicional a la adquisición del servicio mayorista, un operador alternativo debe realizar las siguientes actividades para configurar su servicio minorista:

- Actividades de red. Los servicios mayoristas que demandan los operadores alternativos no se configuran como servicios finales sino que el operador alternativo debe completarlos con su red propia para poder prestar el servicio minorista;
- Actividades minoristas. Finalmente, una vez considerados todos los costes de red anteriores deben añadirse los derivados de la actividad comercial del operador para alcanzar al consumidor final. En esta categoría se incluyen desde la atención al cliente hasta el soporte técnico o la facturación.

Esta Comisión debe determinar los criterios de análisis relevantes teniendo en cuenta que la replicabilidad no tiene por qué corresponderse con ningún operador en concreto sino que debe ser el resultado de una aproximación a los costes que afrontaría un operador eficiente. Adicionalmente, la prestación de los servicios requeridos por ICM exigirá unas inversiones iniciales al operador a que se adjudique el contrato que deberán recuperarse durante la vida del contrato. Es por tanto necesario establecer cómo se tomarán en consideración estos flujos de ingresos y costes así como el periodo de análisis.

A continuación se establecen estos criterios.

I.3.1.1 Servicios mayoristas de referencia

De acuerdo con el análisis técnico de los requisitos de conectividad incluidos en el Lote II, existe una multiplicidad de servicios mayoristas que potencialmente podrían ser utilizados por un operador alternativo para configurar su propia oferta. En los puntos siguientes se describen estas opciones mayoristas y se determina cuál de ellas asegura la replicabilidad de los servicios considerados:

- Conectividad en el entorno no sanitario. La conectividad de centros en el entorno no sanitario supone la prestación, por parte del operador alternativo, de 2.171 conexiones de banda ancha, con diferentes velocidades asimétricas y sin garantías de caudal⁸. Estos servicios pueden prestarse bien a través de los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle o mediante los servicios mayoristas de acceso de banda ancha.

⁶ En el caso que el mercado mayorista tenga un precio regulado, la compresión de márgenes solo podrá resultar de la reducción abusiva del precio minorista.

⁷ Ver Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2000, Asunto T-5/97 Industrie des Poudres Sphériques. Decisión de la Comisión Europea de 19 de octubre de 1988, Asunto 88/518/EEC Napier Brown-British Sugar (DO [1988] L 284/41). Párrafos 117 y 118 de la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/02).

⁸ Estos servicios se están prestando actualmente mediante conexiones ADSL.



Esta Comisión analizó en profundidad en la Metodología cuál de las dos opciones mayoristas debería ser tomada como referencia para el cálculo de replicabilidad en el entorno residencial.

En el contexto de los demandantes residenciales se estimó que los operadores alternativos utilizan un mix de servicios mayoristas que son complementarios y que varía en el tiempo a medida que los operadores progresan en la escalera de la inversión. Como se concluía en la Resolución de 22 de mayo de 2008⁹, *“los operadores alternativos usan un promedio en los servicios mayoristas que debe ser reflejado en el test de emulabilidad ex ante que realiza esta Comisión dado que de otra forma, por un lado, se estaría perjudicando al usuario final limitando la capacidad del operador incumbente para bajar sus precios en beneficio de operadores ineficientes y, por otro, se estaría enviando una señal equivocada al mercado en cuanto a la necesidad de que las bases competitivas de los operadores alternativos se asienten cada vez más (y al propio ritmo marcado por la evolución de los mercados mayoristas) en un modelo de competencia más autónomo y, por tanto, más sostenible a largo plazo”*.

Asimismo, en la citada Resolución de 22 de mayo se estimó que *“la jurisprudencia comunitaria no impide la utilización de criterios más conservadores (operador razonablemente eficiente), basados en figuras menos eficientes que el operador incumbente, algo razonable si se tiene en cuenta que la escala no sólo tiene importancia en términos cuantitativos (número de clientes, economías locales de escala) sino también cualitativos (posibilidad de incorporar una parte más importante de la cadena de valor allá donde los propios costes de operación son menores que los valores medios de los precios minoristas)”*.

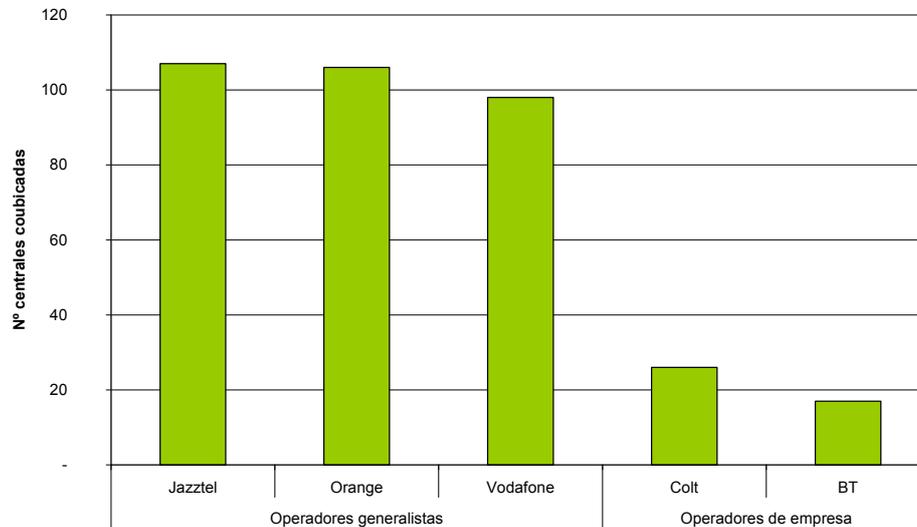
En relación con el expediente de referencia, esta Comisión considera que la metodología anterior es también apropiada para analizar los servicios dirigidos a empresas. Si bien es verdad que estos operadores cuentan con menores economías de escala (ver el citado documento del BEREC), dada la menor demanda potencial y mayor dispersión geográfica, las potenciales alternativas de suministro hacen equivalentes sus condiciones a las de los operadores del segmento residencial.

El despliegue en términos de centrales cubiertas de operadores dirigidos al segmento empresarial y residencial difieren de forma sustancial, como muestra el gráfico siguiente:

⁹ Resolución por la que se actualizan determinados parámetros de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U.



Gráfico 1. Nº de centrales coubicadas por operador en la Comunidad de Madrid



Sin embargo, en términos globales, cabe constatar la existencia de una importante dotación de infraestructuras de operadores alternativos en la Comunidad de Madrid. De hecho, el mix de uso de los servicios mayoristas muestra que más del 80% de las conexiones en la Comunidad de Madrid se prestan mediante la desagregación del bucle de abonado.

Dadas las alternativas de suministro anteriores, los operadores de empresa, con un menor número de centrales abiertas a la coubicación, contarían con proveedores adicionales a TESAU puesto que los operadores generalistas pueden ofrecer servicios mayoristas sobre la base de la desagregación del bucle.

En este contexto, esta Comisión considera apropiado calcular el precio mayorista de referencia para el análisis de replicabilidad a partir del uso real que los operadores hacen de los servicios mayoristas de forma consistente con la emulabilidad en el segmento residencial. En la tabla siguiente se muestran los ponderadores que se aplicarán a los diferentes servicios mayoristas, en línea con los ponderadores fijados para la prestación de este tipo de servicios en el sector residencial:

Tabla 1. Ponderadores a aplicar a los servicios mayoristas para replicar el acceso de banda ancha en el entorno no sanitario del Lote II

	Ponderador
Desagregación del bucle	82,4%
GigADSL	6,7%
ADSL-IP	11,0%

- Conectividad en el entorno sanitario. De acuerdo con los requerimientos del Pliego, la conectividad en el entorno sanitario supone cubrir 139 centros con conexiones simétricas y garantizadas de al menos 2 Mbit/s. El estándar SHDSL permite prestar estas conexiones mediante el par de cobre como soporte físico. Igualmente, una conexión de fibra óptica permitiría ofrecer este tipo de servicios.

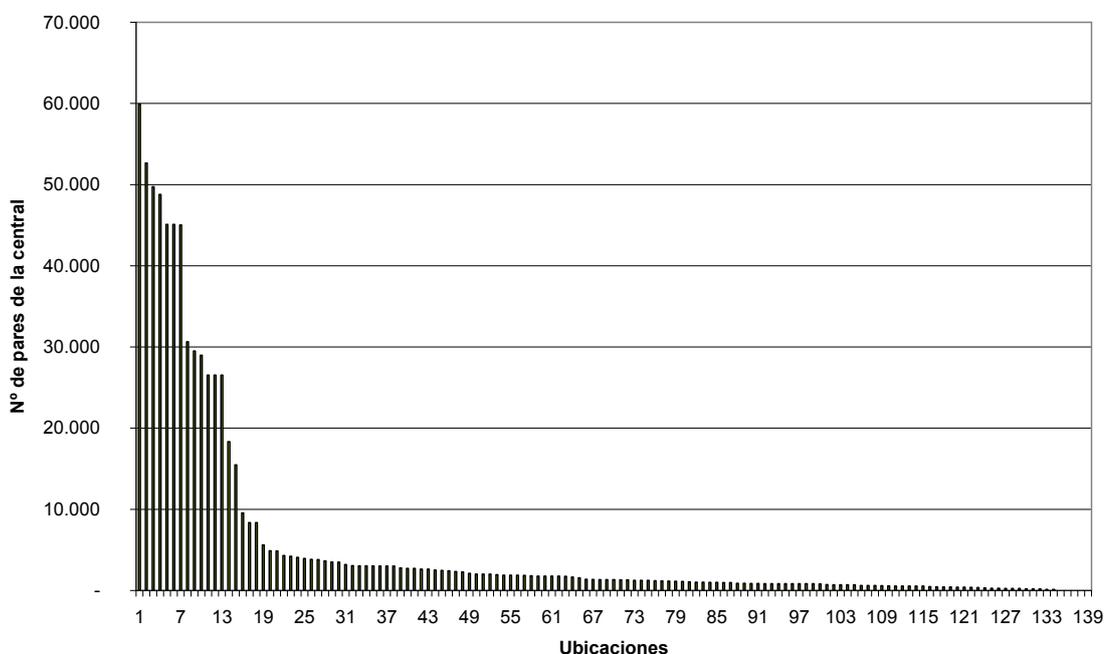


Las conexiones mediante fibra óptica permiten una importante escalabilidad en la velocidad de conexión así como implementar el estándar de las redes locales de ordenadores (Ethernet). La replicabilidad de estas conexiones únicamente es viable a partir de la oferta de circuitos alquilados para esta tecnología (ORLA-E).

Por el contrario, la replicabilidad de los circuitos tradicionales soportados por pares de cobre mediante el estándar SHDSL es viable tanto a partir de la desagregación del bucle como de la oferta mayorista de líneas alquiladas (ORLA-T).

Mediante escrito de 7 de octubre de 2010, ONO aportó la localización de los 139 centros a que debía darse servicio en el entorno sanitario así como la central de TESAU que daría cobertura a dichos centros. A continuación se muestra el tamaño de las centrales de las que dependen los citados 139 centros del entorno sanitario:

Gráfico 2. Tamaño de las centrales (nº de pares) de las centrales que dan cobertura a las ubicaciones del entorno sanitario



Como se observa en el gráfico, las centrales que deben alcanzarse son de reducido tamaño por lo que la demanda potencial existente no permitiría a un operador adicional a TESAU rentabilizar las inversiones necesarias para su coubicación. De hecho, retomando los datos de centrales coubicadas de los operadores alternativos en la Comunidad de Madrid se observa que, a pesar del importante despliegue realizado, en el mejor de los casos, un operador alternativo (Orange) ha alcanzado 21 centrales de las 139 necesarias para prestar el servicio de conectividad en el entorno sanitario:



Tabla 2. Número de centrales coubicadas por los operadores alternativos en la Comunidad de Madrid y cobertura de los centros incluidos en el entorno no sanitario

		Nº centrales coubicadas C. Madrid	Nº centrales coubicadas en ubicaciones incluidas Lote II (entorno sanitario)
Operadores generalistas	Jazztel	107	18
	Orange	106	21
	Vodafone	98	17
Operadores de empresa	Colt	26	4
	BT	17	1

Dada la situación anterior, resultaría una exigencia desproporcionada que un operador alternativo alcanzara la totalidad de las centrales necesarias para prestar el servicio del entorno sanitario incluido en el Lote II tal y como alega TESAU. Acudir a una central por medio del acceso desagregado supone asumir una serie de costes predominantemente fijos: tendido de cable, espacio de coubicación, equipo propio (DSLAM), entrega de señal y transporte hasta punto de presencia propio. A ellos se añadirían los costes variables del alquiler de los bucles prolongados. La existencia de costes fijos elevados en el despliegue de infraestructuras para la desagregación de bucle requiere de una escala mínima que difícilmente podrá conseguirse en centrales de reducido tamaño como las incluidas en el Lote II. De otra forma, como explica el BEREC¹⁰, los costes medios por conexión prestados mediante bucles desagregados serían muy elevados, al deberse imputar todos los costes fijos a un número reducido de líneas activas.

Por tanto, esta Comisión estima que, de forma adicional a la pura replicabilidad técnica, es necesario considerar las centrales en las que es económicamente viable el despliegue de las infraestructuras necesarias para acceder al servicio de acceso desagregado al bucle. Dados los elevados niveles de despliegue en la Comunidad de Madrid de infraestructuras alternativas, el hecho de que actualmente existan únicamente 21 centrales coubicadas de las 139 requeridas para prestar los servicios incluidos en el Lote II no parece responder a una falta de vocación inversora de los operadores alternativos¹¹, como pretende TESAU, sino a la imposibilidad económica de acometer dichas inversiones dada la ubicación de los centros a que se debe prestar servicio y, como consecuencia, el reducido tamaño medio de las centrales afectadas.

Por tanto, al contrario de lo propugnado por TESAU, el test de replicabilidad deberá tener en cuenta la condición de irreplicabilidad económica de las infraestructuras de acceso desagregado al bucle en determinadas ubicaciones.

En conclusión, en relación con la replicabilidad de los servicios incluidos en el Lote II del entorno sanitario se tomará como referencia la oferta mayorista de circuitos alquilados para las conexiones soportadas por fibra óptica, mientras que para las conexiones soportadas por pares de cobre, se utilizará el servicio mayorista de acceso desagregado exclusivamente en aquellas centrales en las que existe un operador coubicado, esto es en 21 centrales de las 139 en que se requieren estos servicios. En el resto de casos se utilizará la oferta mayorista de circuitos alquilados tradicionales.

¹⁰ ERG Report on price consistency in upstream broadband markets, ERG (09) 21.

¹¹ Según los datos del Informe de seguimiento geográfico de la CMT (con datos a junio 2009), los operadores alternativos accedían, de forma conjunta, a aproximadamente el 90% de los pares totales.



I.3.1.2 Determinación del estándar de costes que afronta un operador eficiente

Una vez determinado el servicio mayorista relevante que asegura la replicabilidad de los servicios minoristas incluidos en el Lote II, cabe analizar cómo se determinarán los costes subyacentes de su prestación. Dado que la problemática para la determinación de los costes difiere sustancialmente, se analizarán por separado los costes derivados del uso de los servicios regulados de aquellos que se encuentran fuera de este entorno:

- Elementos de red del operador alternativo asociados a los servicios mayoristas regulados. En este epígrafe se determinará cómo deben estimarse los costes de red que afronta un operador alternativo que esté acudiendo a los servicios mayoristas establecidos en el punto anterior. Efectivamente, como se ha dicho anteriormente, si bien algunos servicios mayoristas, como los circuitos alquilados, suponen costes muy relacionados con el número de conexiones, la desagregación del bucle implica satisfacer, además de las cuotas variables por conexión, cuotas fijas que no dependen directamente del volumen contratado. Por ello resulta necesario establecer un modelo de costes que asigne estos costes a cada una de las conexiones, al objeto de evaluar el coste específico del Lote II.

Adicionalmente a lo anterior, un operador deberá configurar su red de transporte para enlazar las centrales de TESAU, en las que se encuentra desagregando bucles, con su red troncal. De nuevo, este coste deberá asignarse a cada conexión al objeto de evaluar los costes de prestación del Lote II.

Esta Comisión considera que los costes anteriores deben evaluarse en términos del coste medio de prestación de un operador razonablemente eficiente, enfoque que como se ha señalado anteriormente es plenamente consistente con la regulación vigente.

La consideración de operador razonablemente eficiente afecta a los costes de adquisición de equipos y su nivel de utilización, así como a la configuración de la red de transporte para alcanzar las centrales de TESAU.

En relación con el estándar de costes, en primer lugar cabe decir que esta Comisión ya utiliza el estándar de coste medio en el análisis de las ofertas minoristas de TESAU de acuerdo con la Metodología. Por otra parte, la alternativa al uso del estándar de costes medios sería el coste medio incremental a largo plazo (LRAIC), esto es, el coste adicional que afrontaría un operador eficiente para prestar el servicio en cuestión. Ahora bien, esta Comisión considera que este estándar no es el adecuado al caso objeto de análisis.

Así, por una parte, el LRAIC de un operador razonablemente eficiente conlleva la consideración de costes muy elevados, dado que deberían imputarse todos los costes fijos de red a las conexiones incluidas en el Lote II, dado que como se ha visto, los operadores no se encuentran cubiertos en las centrales afectadas. Este enfoque incrementaría de forma poco razonable los costes de prestación.

Por el contrario, considerar los LRAIC de TESAU supondría una exigencia de eficiencia muy elevada a los operadores alternativos, eficiencia únicamente alcanzable por la propia TESAU como consecuencia de su posición preponderante en el mercado. Así, el incremento de demanda que supone la prestación del Lote II para TESAU es relativamente muy pequeño, por lo que el coste incremental se situaría en niveles muy bajos, impidiendo de facto la competencia de terceros.



En definitiva, esta Comisión considera que el modelo de aproximación de los costes de red asociados a los servicios mayoristas actualmente utilizados en el marco de la Metodología aplicable al sector residencial es también aplicable al presente caso.

- Costes de los servicios fuera del entorno regulado. El Lote II, además de los requerimientos de conectividad que se soportan en servicios mayoristas regulados, incluye la implantación y gestión de una red privada virtual (RPV) así como la conexión de centros con capacidades actualmente no reguladas. Adicionalmente, ICM exige disponibilidad del equipo técnico y una atención personalizada por parte del operador que preste el servicio.

Estos servicios no se encuentran vinculados a los mercados regulados por esta Comisión por lo que los costes relevantes a considerar serán los que afronte el operador designado con PSM. A tales efectos, esta Comisión requirió a TESAU los costes tanto de gestión como de implantación de la solución técnica ofertada así como los costes derivados de la atención al cliente y demás costes minoristas asociados con los servicios del Lote II.

I.3.1.3 Periodo relevante de análisis

La prestación de los servicios demandados en el Lote II requerirá de inversiones iniciales, necesarias para implantar la solución elegida por el operador a que se adjudique el contrato. Dichas inversiones serán recuperadas durante la vida del contrato.

Esta Comisión estima que la valoración de los flujos de caja que se producirán como consecuencia de ganar este proceso de licitación deben valorarse de acuerdo con su valor actual neto (en adelante, VAN), descontando los mismos de acuerdo con el coste de capital que afronta TESAU y calculado a partir de la WACC de este operador.

En relación con el periodo que será objeto de análisis cabe decir que el contrato tiene una duración de 2 años prorrogables por 2 años adicionales. Por este motivo, en los cálculos siguientes se ha supuesto una duración total del periodo de análisis de 4 años, siendo ésta la opción más conservadora y por tanto favorable a TESAU. Adicionalmente, se ha considerado que este plazo coincide con la vida útil de los equipos, por lo que no se ha incluido un valor residual de los mismos en el análisis.

I.3.1.4 Alegaciones al trámite de audiencia

Alegaciones de los operadores

En relación con el análisis anterior, TESAU realiza, en su escrito, las siguientes alegaciones:

- De acuerdo con TESAU, la CMT debería tomar en su análisis un operador igualmente eficiente que aprovechara todas las opciones mayoristas disponibles para replicar la oferta de referencia. De acuerdo con este operador, no es apropiado limitar la actuación minorista de TESAU sobre la base de las decisiones de inversión de los operadores alternativos y, en particular, como se hace en el informe de audiencia, un operador que ni siquiera forma parte en el concurso de referencia (Orange). Por todo lo anterior, la CMT debería considerar como servicios mayoristas de referencia los que impliquen una mayor inversión y sean más baratos.
- Aplicando el criterio anterior, TESAU concluye que el servicio mayorista de referencia a utilizar es el bucle desagregado en todas aquellas centrales abiertas a la coubicación, esto es, todas menos dos. Cualquier otra decisión supondría que desde la regulación se permitiera que los operadores alternativos “se limiten a



colgarse cómoda e indefinidamente de la infraestructura con PSM". Por tanto, TESAU se muestra en desacuerdo con los Servicios de la CMT en relación con la replicabilidad de las conexiones asimétricas de banda ancha mediante un mix de acceso desagregado e indirecto al bucle, y que se utilice únicamente este servicio en 21 ubicaciones para replicar las conexiones simétricas.

- TESAU considera que los plazos de licitación confieren a los operadores que participan en los mismos, determinadas ventajas que tampoco han sido consideradas en el análisis. Así, el plazo que transcurre entre que se conoce el Pliego y su adjudicación permite a los operadores realizar inversiones eficientes para prestar los servicios de referencia. Igualmente, el plazo en que se asegura la prestación del servicio, de acuerdo con el Pliego, permite adelantar eficiencias o bajadas de los precios mayoristas, en particular, las que esta Comisión ya ha sometido a audiencia pública como es el caso de los precios de los servicios mayoristas de alquiler de líneas (ORLA).

En relación con el análisis realizado por los Servicios de la CMT, ONO se muestra conforme con el mismo y, en particular, con la consideración del estándar de costes medios y no incrementales a largo plazo dado que, de otra forma, las condiciones del mercado empresarial harían imposible que cualquier operador alternativo alcanzara las eficiencias del operador incumbente. Adicionalmente a lo anterior, ONO plantea que determinados parámetros no resultan adecuados y favorecen a TESAU:

- ONO considera que debería considerarse la misma distancia media para los circuitos tradicionales y Ethernet (20 Km) y, por tanto, no sería apropiado considerar que todos ellos están en la zona 1 (que supone una longitud menor a los 2 Km). En consecuencia, ONO propone considerar que los circuitos Ethernet corresponden a la Zona 2, que abarca una longitud de menos de 12 Km. De acuerdo con los cálculos de ONO esta modificación incrementaría en un 5% los costes calculados de los servicios regulados.
- En relación con el uso del servicio de acceso desagregado al bucle para replicar las conexiones simétricas de banda ancha, ONO considera que el informe de audiencia no consideró las limitaciones técnicas de este servicio en términos de la longitud del par. ONO propone considerar únicamente un porcentaje de estas conexiones dado que el par debe ser especialmente corto para que alcance velocidades de 4 Mbit/s (pares de longitud inferior a 2 Km). Considerando que solo el 50% de las 21 centrales con al menos un operador ubicado contaría con distancias adecuadas para la prestación de las conexiones simétricas a las velocidades ofertadas por TESAU, el coste de los servicios mayoristas se incrementaría en un 3%.
- ONO considera que las conexiones satelitales no están bien recogidas en el análisis de la CMT dado que se replican mediante conexiones fijas. De acuerdo con este operador, dichas conexiones deben prestarse mediante satélite y no otras tecnologías.
- De acuerdo con ONO, la justificación de los Servicios de la CMT para tomar en consideración el mix de servicios de acceso desagregado e indirecto para la replicabilidad de las conexiones asimétricas da a entender que los operadores de empresa cuentan con más opciones de conectividad que los orientados al segmento residencial, cuando no es así.



- ONO estima que el periodo de análisis de cuatro años supone no atender a la incertidumbre que existe en cualquier contrato en relación con la prórroga del mismo. Por tanto, ONO estima que debería exigirse una rentabilidad positiva en el periodo de dos años, en el que no existe incertidumbre alguna.
- Finalmente, ONO estima que si la CMT decide optar por la adopción de un escenario conservador, dicha referencia debe ser en todo caso solamente aplicable al presente expediente, y no debería necesariamente ser la misma para otros expedientes similares que se puedan incoar en el futuro y donde el margen de rentabilidad esté más ajustado.

Contestación a las alegaciones

- Respecto a la consideración de un operador igualmente eficiente.

En relación con las alegaciones de TESAU, esta Comisión considera que lo que este operador propone en realidad no es el uso eficiente del “amplio catálogo” de servicios mayoristas, como parece indicar en su escrito, sino el uso de uno sólo, el acceso desagregado al bucle. Esta Comisión considera que, desde la perspectiva de un operador alternativo, que no ha desplegado sus redes en un entorno de menor competencia y que no alcanza las economías de escala y alcance de que únicamente TESAU disfruta, dada su posición en el mercado, el acceso desagregado al bucle puede no ser la opción que minimice los costes.

Efectivamente, el análisis de los despliegues de red de los operadores alternativos en la Comunidad de Madrid muestra altos niveles de cobertura en términos de cobertura de la población (ver gráfico 1). Por tanto, no puede concluirse, a la vista de esta situación, que los operadores estén “colgados cómodamente” de los servicios mayoristas que pone a su disposición la regulación *ex ante*. En realidad, lo que TESAU pretende es que esta Comisión concluya que, a los efectos de la emulabilidad de los servicios minoristas, únicamente exista un mercado mayorista relevante, el acceso desagregado al bucle, y obvie las argumentaciones contenidas en las Resoluciones de los análisis de mercado según las cuales, este servicio podría no ser económicamente viable en determinadas ubicaciones. En estos casos, son los mercados mayoristas de acceso de banda ancha (mercado 5) y de líneas terminales (mercado 6) y las obligaciones impuestas en los mismos, los que aseguran la posibilidad de entrada de los operadores alternativos.

La regulación vigente establece que las Autoridades Nacionales de Reglamentación (en adelante, ANRs) deben fomentar el despliegue de redes eficiente y de esta forma se han configurado las ofertas mayoristas en España. Dificilmente puede justificarse una postura como la de TESAU cuando en 55 de las sedes del entorno sanitario donde se demandan conexiones simétricas (más del 40% del total), el tamaño de la central no alcanza los 1.000 pares y en más del 86%, no se alcanzan los 5.000 pares. Esta dispersión de las sedes a cubrir exige unos niveles de inversión y duplicación de infraestructuras que difícilmente pueden calificarse de eficientes.

En relación con las alegaciones de TESAU cabe decir que la determinación de la huella que podría alcanzar un operador alternativo eficiente deberá realizarse caso a caso considerando tanto los niveles actuales de despliegue como los que potencialmente podrían alcanzarse de forma que se incentive de forma adecuada la inversión en redes alternativas, no penalizándose las condiciones de prestación de los clientes finales. Sin embargo, en el caso particular de la Comunidad de Madrid,



como se ha dicho, estos despliegues han alcanzado unas cotas muy elevadas por lo que no se estima apropiado ajustar las centrales en las que se considerará como referencia, el servicio mayorista de desagregación de bucle.

En cualquier caso, la simple consideración de los servicios mayoristas que propone TESAU en su escrito de 11 de octubre de 2010 no sería suficiente para asegurar la replicabilidad de la oferta que este operador presentó a ICM (en el Anexo III se incluye el análisis de replicabilidad utilizando el acceso desagregado al bucle allí donde es viable técnicamente de acuerdo con TESAU). De acuerdo con el Anexo III, el VAN de la oferta presentada por TESAU es también negativo. Así, lo que en realidad propone TESAU es que el operador alternativo que pretenda competir en este mercado no sólo debería haber alcanzado centrales mediante el acceso desagregado cuyo tamaño, como se ha visto, no justifica los costes fijos asociados a la ubicación, sino que además debería fijar sus precios y competir sobre la base de los costes incrementales a largo plazo de TESAU. Como muestra la tabla siguiente, los costes calculados por TESAU para los elementos de red adicionales al servicio mayorista son, en algunos casos, hasta un 87% menores a los calculados por esta Comisión. Esta diferencia únicamente puede explicarse por el diferente estándar en el cálculo de estos costes.

Tabla 3. Diferencias en los costes estimados para cada servicio incluido en el Pliego

Servicio	Coste mensual calculado	Coste mensual propuesto TESAU	Diferencia (%)
V3. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (garantía de caudal 50%)	90,19	[CONFIDENCIAL]	
V4. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (servicio Plata)	12,66		
V5. Velocidad Down - 4 Mbit/s, Up - 512 Kbit/s	11,99		
V6. Velocidad Down - 2 Mbit/s, Up - 300 Kbit/s	11,66		
V7. Velocidad Down - 2 Mbit/s, Up - 300 Kbit/s (Servicio Plata)	11,66		
V8. Velocidad 4 Mbit/s (simétricos)	544,19		
V8. Velocidad 10 Mbit/s (simétricos)	436,00		
V8. Back Up: Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (servicio Plata)	12,66		
V9. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (75% servicio plata, 25% multimedia)	12,66		
V9. Back Up: Velocidad 256 Kbit/s (simétrico)	7,79		

En los puntos anteriores ya se ha justificado por qué este estándar no puede ser válido para el análisis de replicabilidad en este caso.

En definitiva, esta Comisión considera que el estándar de eficiencia considerado en el marco del informe de audiencia es consistente con los objetivos que la normativa vigente establece, esto es, el fomento de la competencia y de la inversión eficiente. Como se ha dicho, el análisis que propone TESAU supondría, *de facto*, el cierre del mercado para operadores alternativos que no cuentan con las mismas economías de escala y alcance – ningún operador podrá replicar las cuotas de mercado con que cuenta TESAU, dado que supera el 50% – y el despliegue de red en zonas de baja densidad de población, cuyo despliegue se ha producido en condiciones de mercado no asimilables a las actuales.



Sin embargo, el cálculo incluido en el informe sí considera un estándar de eficiencia que, por ejemplo, el denunciante no alcanza y que supone el medio del mercado. Por una parte, de forma consistente con el fomento de inversiones eficientes, se ha considerado que allá donde es viable técnica y económicamente la ubicación, el servicio relevante para la replicabilidad sea el bucle desagregado. En este sentido, la consideración de Orange en el análisis – aunque, como señala TESAU, no ha formado parte del proceso de licitación – supone un buen indicador de hasta donde es viable el despliegue de infraestructuras propias por parte de un operador alternativo. Por otra parte, en el cálculo de los costes de los elementos de red adicionales a los servicios mayoristas, se ha considerado el coste medio de un operador que alcanzara una cuota de mercado razonable – obviamente no superior al 50% como parece pretender TESAU – y utilizara una tecnología eficiente. De nuevo, en este último caso, los parámetros utilizados en el informe de audiencia suponen el mejor escenario para TESAU dado que se ha considerado el uso de infraestructuras propias o el servicio mayorista de entrega de señal mediante circuitos de alta capacidad, incluso en casos en los que el tamaño medio de las central *a priori* no lo justificaría.

Atendiendo a los elementos anteriores no se considera justificado proceder a efectuar modificación alguna en el análisis de replicabilidad contenido en el informe de audiencia.

- Consideración de la ganancia de eficiencia y reducciones de precios en el plazo de vigencia del contrato.

Esta Comisión no considera apropiado asumir como finales y, por tanto, incluirlos en el presente análisis de replicabilidad, las modificaciones de precios contenidas en informes de audiencia (en este caso, al procedimiento de revisión de la ORLA) y, mucho menos, en la contestación a los mismos por parte de los operadores. En efecto, como ya recogía la Resolución de 17 de octubre de 2002 relativa a la oferta de servicios de voz y datos que Telefónica de España, S.A.U. presentó en concurso convocado por la Generalitat de Cataluña para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del departamento de sanidad y seguridad social (MTZ 2001/5774), la oferta de TESAU ha de resultar emulable en el momento de su presentación, pues es cuando el resto de operadores han de estar en condiciones - con los precios mayoristas existentes en ese momento - de poder concurrir frente a TESAU sin que se les impida hacerlo a través de un estrechamiento de márgenes.

Igualmente en el caso de la Metodología de análisis *ex ante* de las ofertas minoristas de TESAU no se consideran, dada la inseguridad jurídica, incertidumbres y errores de estimación que esto supondría, ni los posibles descensos en los precios minoristas de TESAU que se producirán en la vida media del cliente ni los incrementos/descensos en los precios mayoristas.

Es por tanto el precio mayorista vigente en el momento de presentación de la oferta el que debe ser tomado en consideración, sin que de dicha premisa pueda inferirse - como defiende TESAU - que la CMT parta de hipótesis irreales (dado que lo que considera son precisamente los precios mayoristas efectivos en el momento de la oferta) o haya llegado a conclusión alguna acerca de la revisión a la baja o no, en el correspondiente expediente que está en curso de tramitación, de los precios mayoristas. En cualquier caso, como se señala en el Anexo III, la consideración de estas bajadas en los precios mayoristas de la ORLA no modifican sustancialmente el



resultado del análisis de replicabilidad dado que el VAN de la oferta de TESAU se mantiene en valores significativamente negativos.

▪ Consideración de parámetros más conservadores en el análisis.

En relación con la consideración de parámetros más conservadores que sirvan de precedente para otros casos en los que la rentabilidad del proyecto sea más ajustada, tal y como propone ONO, esta Comisión estima que el hecho que se señale una metodología general para el análisis de replicabilidad en un procedimiento concreto, no elimina el análisis que debe realizarse caso por caso y que debe servir para ajustar determinados parámetros de dicha metodología. Efectivamente, como reconoce el propio ONO, incluir en el análisis las modificaciones aportadas en su contestación al informe de audiencia únicamente incrementarían los costes asociados a la prestación del servicio empeorando por tanto, el VAN obtenido por los Servicios de la CMT.

Esta Comisión considera que el presente procedimiento indica a los operadores presentes en el mercado las bases metodológicas generales bajo las que se analizarán las ofertas en el segmento de demanda de grandes clientes, si bien los detalles del análisis deben ser determinados caso por caso. Por tanto, el hecho que en este procedimiento se haya tomado el mejor escenario para TESAU, incluyendo el plazo del contrato, no implica que este aspecto sea una parte sustancial del análisis sino que simplemente responde a la situación particular de este caso, en el que el resultado no se modifica por considerar unos costes superiores, como los que propone ONO.

De hecho, en un segmento de demanda más estándar como el residencial, donde las ofertas no se hacen *ad hoc* como en el empresarial, esta Comisión modifica determinados parámetros dentro de una metodología genérica de acuerdo con la evolución de los mercados afectados. Necesariamente deben producirse estos ajustes en el segmento empresarial, donde las ofertas personalizadas difícilmente permiten el cálculo de un VAN genérico por parte de esta Comisión.

Finalmente, en relación con el caso particular de las conexiones satelitales, el análisis de emulabilidad toma en consideración la oferta presentada por TESAU en la que no se recogía que dichas conexiones fueran a prestarse mediante dicha tecnología sino mediante conexiones fijas.

1.3.1.5 Conclusiones

De acuerdo con las consideraciones anteriores, esta Comisión tomará como referencia:

- En relación con los servicios mayoristas de referencia, el mix vigente en la Metodología para determinar los costes mayoristas de las conexiones prestadas mediante acceso a Internet de banda ancha con tecnología ADSL. En relación con las conexiones que requieren circuitos alquilados, se tomará un mix de servicios en función de:
 - Si el soporte físico es la fibra óptica o el par de cobre. En el primer caso, se tomará como referencia para determinar el coste de prestación las condiciones incluidas en la oferta mayorista de líneas alquiladas prestadas con Interfaces Ethernet.



- En el segundo caso, esto es, los circuitos soportados por el par de cobre, se diferenciarán dos situaciones:
 - Por un lado, si existen operadores cobubicados en la central de que depende el centro a que se quiere dar el servicio, se tomarán los costes de prestación asumiendo que un operador eficiente accede al bucle desagregado;
 - En caso que no haya ningún operador cobubicado en la central de referencia, se tomará como referencia la oferta mayorista de líneas alquiladas, escogiendo el servicio con el que se obtengan los costes más reducidos.
- En relación con el estándar de costes a aplicar para establecer la replicabilidad de la oferta minorista de TESAU, se tomará:
 - Para las conexiones que se soportan sobre servicios mayoristas regulados, el coste medio por conexión de un operador razonablemente eficiente;
 - Para el resto de actividades desarrolladas por el operador hasta configurar la oferta que cumpla con los requerimientos del Lote II, los costes aportados por TESAU sin ajuste alguno.

De acuerdo con lo anterior, se calculará el VAN del proyecto a 4 años, aplicando la WACC de TESAU como tipo de descuento.

I.3.2 Aplicación del test de estrechamiento de márgenes al Lote II

A partir de la metodología anterior, cabe calcular ahora el coste que afrontaría un operador alternativo en caso de haber presentado las condiciones incluidas en la oferta de TESAU.

I.3.2.1 Conexiones incluidas en el Lote II soportadas por servicios mayoristas regulados
De acuerdo con las condiciones establecidas por ICM en el Pliego, los conceptos V3-V9 (ver Anexo I para su detalle) requieren de servicios mayoristas regulados que aseguren la replicabilidad por terceros. De conformidad con la metodología establecida anteriormente, se detallan a continuación los costes medios calculados que soportaría un operador razonablemente eficiente:

- Conectividad en el entorno no sanitario. En la tabla siguiente se presentan los servicios ofrecidos por TESAU así como las conexiones demandadas en el Lote II y los costes calculados por tipo de conexión¹²:

¹² No incluye los costes del acceso a Internet de las conexiones.



Tabla 4. Costes calculados de prestación de los servicios del entorno no sanitario del Lote II

Concepto	Servicio mayorista de referencia	Coste no recurrente (euros/mes)	Coste recurrente (euros/mes)	Nº conexiones	Total costes no recurrentes	Total costes recurrentes (euros/mes) mensual
Edificios Remotos - Entorno no sanitario						
V3. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (garantía de caudal 50%)	Mix mayorista con Modalidad P	26,9	90,19	371	9.991	33.459,3
V4. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (servicio Plata)	Mix mayorista con Modalidad N	26,9	12,66	1.692	45.566	21.414,0
V5. Velocidad Down - 4 Mbit/s, Up - 512 Kbit/s	Mix mayorista con Modalidad C	26,9	11,99	58	1.562	695,4
V6. Velocidad Down - 2 Mbit/s, Up - 300 Kbit/s	Mix mayorista con Modalidad J	26,9	11,66	40	1.077	466,3
Edificios Remotos - Acceso fijo satelital						
V7. Velocidad Down - 2 Mbit/s, Up - 300 Kbit/s (Servicio Plata)	Mix mayorista con Modalidad J	26,9	11,66	10	269	116,6

- Conectividad en el entorno sanitario. Al igual que en el caso anterior, la tabla siguiente incluye los costes calculados de prestar los servicios del entorno sanitario.

Tabla 5. Costes calculados de prestación de los servicios del entorno sanitario del Lote II

Concepto	Elementos para la replicabilidad	Coste no recurrente (euros/mes)	Coste recurrente (euros/mes)	Nº conexiones	Total costes no recurrentes	Total costes recurrentes (euros/mes) mensual
Edificios Remotos - Entorno sanitario						
V8. Velocidad 4 Mbit/s (simétricos)	Desagregación de bucle	24,0	126,27	21	504	2.651,8
	ORLA T	2.224,0	746,82	62	137.888	46.302,8
	ORLA E	765,0	436,00	35	26.775	15.260,0
V8. Velocidad 10 Mbit/s (simétricos)	ORLA E	765,0	436,00	21	16.065	9.156,0
V8. Back Up: Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (servicio Plata)	Mix mayorista con Modalidad N	26,9	12,66	139	3.743	1.759,2
V9. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (75% servicio plata, 25% multimedia)	Mix mayorista con Modalidad N	26,9	12,66	110	2.962	1.392,2
V9. Back Up: Velocidad 256 Kbit/s (simétrico)	RDSI	24,0	7,79	110	2.640	856,9

De la tabla siguiente cabe aclarar que se ha tomado el escenario más favorable para TESAÚ considerando que los circuitos que deben replicarse son, de acuerdo con su propia oferta, de 4 Mbit/s. Por una parte, como se ha dicho, 21 conexiones pueden replicarse mediante la desagregación de bucle porque existe al menos un operador alternativo ubicado en la central de que depende el centro sanitario. Esta hipótesis se considera favorable a TESAÚ porque se asume que dicha velocidad es alcanzable dada la ubicación del centro a que debe prestarse el servicio.

En relación con el resto de centros cabe decir que el precio mayorista de acuerdo con la ORLA-T para un circuito de 4 Mbit/s es superior a su equivalente de la ORLA-E, por lo que se ha optado, allá donde hay cobertura, por esta última opción. De acuerdo con los datos de las centrales a que debe darse cobertura, se obtiene la siguiente disponibilidad de circuitos Ethernet:

Tabla 6. Cobertura mediante circuitos Ethernet de las centrales que dan servicio a los centros del entorno sanitario

Tipo cobertura	Centrales	%
Cobertura A	15	10,80%
Cobertura B	62	44,60%
Sin cobertura	62	44,60%
Total	139	



De acuerdo con estas coberturas, en 62 ubicaciones se deberá prestar el servicio mediante circuitos tradicionales cuyo precio se corresponde con 2 circuitos de 2 Mbit/s de 20 Km. Esta distancia media de los circuitos es la utilizada en sus cálculos tanto por ONO como por TESAU. El resto se replicarán mediante circuitos Ethernet correspondientes a la zona 1 de menos de 2 Km, escenario claramente favorable a TESAU, pues las longitudes medias efectivas de estos circuitos probablemente serán superiores a esta distancia. Finalmente, en los 21 centros en los que TESAU ofreció conexiones a 10 Mbit/s, de nuevo se ha considerado su correspondiente precio mayorista establecido en la ORLA-E para los circuitos de zona 1.

En relación con los precios de estos servicios mayoristas, como se ha expuesto con anterioridad esta Comisión no considera apropiado adelantar futuras reducciones de precios que están siendo objeto de análisis por parte de esta Comisión. Por tanto, los precios mayoristas considerados, tanto en el caso de los circuitos alquilados como en el resto de servicios mayoristas tomados en consideración, son los actualmente vigentes.

I.3.2.2 Otros costes de actividades fuera del entorno regulado

Una vez calculados los costes de las conexiones basadas en servicios mayoristas, cabe completar el análisis con los costes adicionales para prestar la solución presentada por TESAU en el marco del Lote II. De acuerdo con la información aportada por este operador, a continuación se describen los conceptos incluidos en el análisis:

- Equipos de cliente. En este epígrafe de costes se incluyen los routers así como los equipos de aceleración WAN que TESAU instalará en las diferentes ubicaciones. De acuerdo con este operador, es posible reutilizar determinados equipos. Este coste se ha tomado como no recurrente de cara al cálculo del VAN.
- Red de acceso. El Lote II requería la conexión de dos ubicaciones de la red mediante circuitos de alta capacidad. TESAU ofreció aumentar la capacidad hasta 10 Gbit/s en estas dos sedes. Estas capacidades no se encuentran reguladas por lo que se han excluido del epígrafe anterior. Estos costes se han tomado como no recurrentes de cara al cálculo del VAN.
- Costes de caudal. Los costes de caudal aportados por TESAU se refieren a los costes derivados del transporte en la red IP del tráfico originado en las diferentes ubicaciones que deben conectarse incluidas en el Lote II. Estos costes se han tomado como recurrentes de cara al cálculo del VAN.
- Costes de gestión. Los costes de gestión incluyen los costes operativos del Centro de Gestión de la red que dará servicio a los diferentes centros a que se dan conexión mediante los servicios contratados en el Lote II. Estos costes se han tomado como recurrentes de cara al cálculo del VAN.
- Costes de instalación y mantenimiento. Estos costes incluyen tanto los recursos necesarios para implantar las nuevas soluciones como para migrar las líneas actualmente mantenidas por ONO (en el entorno no sanitario) hacia la red de TESAU. Adicionalmente, se engloban en este epígrafe los costes operativos derivados del mantenimiento de red y los SLAs requeridos por ICM. A los efectos del cálculo del VAN, estos costes se han considerado como recurrentes.



- Costes indirectos. Finalmente cabe hacer referencia al conjunto de costes indirectos que deben hacer frente los operadores a la hora de prestar los servicios de referencia. TESAU ha calculado los mismos como un mark up sobre el precio minorista. Estos costes se han considerado como recurrentes en el cálculo de emulabilidad.

En la tabla siguiente se presentan los importes aportados por TESAU de acuerdo con la desagregación anterior:

Tabla 7. Costes de los conceptos no regulados incluidos en el Lote II

[CONFIDENCIAL]

I.3.3 Resultado del análisis de replicabilidad

En la tabla siguiente se muestra el resultado del análisis de replicabilidad, de acuerdo con los cálculos de costes anteriores y aplicando el valor actual neto a los flujos que suponen (en el Anexo II se presenta el cálculo completo de replicabilidad):

Tabla 8. VAN de la oferta presentada por TESAU al Lote II

	Total costes no recurrentes (euros)	Total costes recurrentes (euros/mes) mensual
Total costes conceptos sujetos a regulación	249.043	133.530,44
Total costes conceptos no sujetos a regulación [CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	
Total costes contrato [CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	
Oferta minorista presentada por TESAU a ICM para el Lote II (euros/mes)		151.816,2
VAN (euros)		- 2.198.237,6

De acuerdo con la tabla anterior, un operador que prestara los servicios incluidos en el Lote II al precio ofertado por TESAU obtendría una rentabilidad negativa.

I.3.3.1 Alegaciones al trámite de audiencia

Alegaciones de TESAU

TESAU alega que las características de la licitación de una gran Administración Pública hacen que la misma se configure como un mercado relevante propio en el que la demanda cuenta con un elevado poder de negociación. En este contexto, es un operador eficiente el que debería resultar elegido dado que sería el que ofrecería una solución de mayor calidad al menor precio, garantizando el mayor beneficio social posible. Un operador medio no aseguraría este resultado.

Por otra parte, alega TESAU que de acuerdo con la jurisprudencia del Derecho de la competencia, la CMT debería utilizar el estándar de operador igualmente eficiente (tal como planteó el TJUE en el asunto *Deutsche Telekom*¹³).



Finalmente resalta TESAU que la actuación de la regulación no debería frenar el proceso competitivo establecido en el seno de una licitación pública por lo que la aplicación de la misma debería evitar que operadores alternativos se “*apalanquen en una regulación orientada a promover la competencia en el mercado de masas, para así minimizar su esfuerzo, reducir sus incentivos a invertir, en perjuicio del cliente, del mercado y de la sociedad en su conjunto*”. En definitiva, TESAU estima que el análisis incluido en el informe de audiencia, que merma el resultado competitivo y de traslado de las eficiencias a los clientes finales, únicamente puede explicarse en términos de defensa de los competidores y de la rentabilidad de un operador concreto, sin considerar los intereses del cliente final.

Contestación a las alegaciones

Esta Comisión considera apropiado aclarar la metodología de análisis utilizada en este procedimiento. Por un lado, como se ha dicho, se ha determinado el servicio mayorista de referencia que debe tomarse. Por otro lado, se ha establecido el estándar de eficiencia que debe emplearse para el resto de costes necesarios para la prestación del servicio final por parte de un operador alternativo que utiliza los servicios mayoristas puestos a su disposición. En este caso, el informe de audiencia considera apropiado utilizar el estándar de operador razonablemente eficiente para los elementos de red mientras que, para los costes minoristas, el estándar escogido es el del operador igualmente eficiente. Por las razones que se indican a lo largo del presente expediente, esta Comisión considera que el análisis anterior es perfectamente consistente con la jurisprudencia del Derecho de la competencia y las previsiones de la Comisión Europea¹⁴ y el BEREC (ERG)¹⁵ en el marco del análisis *ex ante* de situaciones de estrechamiento de márgenes.

En primer lugar, el análisis del estándar de eficiencia contenido en la sentencia del caso *Deutsche Telekom* no se refiere, como pretende TESAU, al servicio mayorista que debe escogerse para el análisis de replicabilidad sino al cálculo de los costes una vez se ha escogido dicho servicio mayorista. Por tanto, la elección del servicio mayorista de referencia es independiente del estándar de eficiencia que decida utilizarse en relación con los costes en que incurre el operador para prestar los servicios minoristas de referencia. Así, esta Comisión ha aplicado el estándar de operador igualmente eficiente en las actividades en las que TESAU no cuenta con un elevado poder de mercado que convierte en irreplicables sus costes, como es el caso de los servicios de valor añadido (RPV, centro de gestión...) y los costes propiamente minoristas (atención al cliente,...).

En segundo lugar, en relación con las alegaciones de TESAU relativas al impacto de la intervención de la CMT sobre el proceso competitivo, cabe establecer que ni el poder de la demanda de los grandes clientes ni el proceso de licitación aseguran, en modo alguno, un resultado eficiente en el largo plazo ni la maximización del bienestar social. Por el contrario, la presencia de competidores y, por tanto, de alternativas de suministro, es el parámetro relevante que garantiza la innovación, la mejora de la calidad en la prestación de los servicios y las mejores condiciones económicas posibles. La propia ICM ha podido comprobar este extremo cuando ha obtenido importantes descuentos, superiores al 40%, en

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010 en el asunto C-280/08P, *Deutsche Telekom c. Comisión*.

¹⁴ Ver entre otras, la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (párrafo 118) y Recomendación de la Comisión de 20 de septiembre de 2010 relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (considerando 26).

¹⁵ Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory Framework, ERG (06) 33; ERG Report on price consistency in upstream broadband markets, ERG (09) 21.



aquellos lotes en los que existía una competencia real y efectiva (lotes II y III) mientras que en caso contrario, el lote I, el descuento de la oferta de TESAU sobre el precio de licitación fue del 0%.

Por tanto, esta Comisión estima que la intervención *ex ante* en este tipo de ofertas únicamente impide la exclusión del mercado de operadores eficientes por parte del operador declarado con PSM, que aprovecha sus ventajas en aquellos tramos de red en los que goza de una capilaridad y de economías de escala y alcance inalcanzables para operadores entrantes. En este punto es preciso resaltar que, sin que el operador denunciante deba ser establecido como operador de referencia para el análisis del estrechamiento de márgenes, ONO no puede calificarse de un operador ineficiente cuando, a pesar de los pagos mayoristas a que debe hacer frente, ha sido capaz de ajustar los costes de las actividades que no dependen del acceso a la red de TESAU presentando una oferta muy competitiva que supone un descuento sobre los precios de licitación del 40%.

En conclusión, esta Comisión considera que el poder de la demanda, en ausencia de una competencia efectiva, no es suficiente, como pretende TESAU, para disciplinar el comportamiento de un operador con poder de mercado como la dinámica competitiva del concurso de referencia ha mostrado. De esta forma, es necesaria la intervención de esta Comisión para asegurar que el proceso competitivo se desarrolle de forma no falseada, asegurando que competidores eficientes en aquellas actividades en las que la situación con TESAU es simétrica no sean excluidos del mercado y evitando, a su vez, que TESAU se apalanque en las ventajas con que cuenta por su propia prevalencia en los mercados regulados. En ningún caso puede concluirse, como alega TESAU, que garantizar una competencia en méritos suponga “mermar” el resultado competitivo.

Finalmente cabe resaltar el importante papel que juegan este tipo de clientes en el mercado de las comunicaciones electrónicas, dado el volumen de negocio que suponen tanto individualmente como en su conjunto, por lo que una competencia no falseada en este segmento resulta esencial para asegurar una competencia efectiva y sostenible en el largo plazo.

Resulta especialmente relevante en este punto resaltar que, precisamente en este segmento de mercado, - el de los clientes empresariales, de los que las Administraciones Públicas constituyen una parte esencial- , TESAU mantiene una cuota de mercado extraordinariamente estable, superior al 70% en determinados servicios, alcanzándose incluso cuotas del 80% en el caso de los servicios de acceso de banda ancha (datos del Informe Anual 2009 de la CMT). Ello, unido a la importancia que este tipo de clientes tienen, por sus dimensiones y características, para el asentamiento de la competencia – con competidores cuya oferta se centra, precisamente, en la oferta de servicios corporativos-, hace que la vulneración de las obligaciones impuestas a TESAU, revista una gravedad extrema y requiera de medidas que garanticen la eliminación de la práctica detectada a la mayor brevedad posible.

I.3.4 Necesidad de adopción de medidas por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

I.3.4.1 Contexto en que se enmarca la actuación de la autoridad nacional de reglamentación

El presente procedimiento tiene por objeto dilucidar la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de TESAU, consistente en la realización de una oferta que comporta una compresión de márgenes en el concurso convocado por ICM.



Como se ha puesto de manifiesto de manera detallada en las anteriores secciones de esta Resolución, esta Comisión ha llegado a la conclusión de que TESAU ha llevado a cabo una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a los objetivos y obligaciones configurados por las Resoluciones de los mercados 4-5 y 6.

En aras de la resolución del expediente, y a fin de analizar las medidas correctoras que corresponde adoptar a la CMT en caso de que se detecte la existencia de un estrechamiento de márgenes, resulta conveniente realizar una serie de consideraciones previas relativas al ámbito en que se enmarca la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en tanto ANR.

En particular, debe recordarse que este expediente trae causa del procedimiento de contratación convocado por el organismo público ICM de la Comunidad de Madrid, al que tanto TESAU como ONO han concurrido.

En este contexto, no corresponde a esta Comisión enjuiciar la conformidad a derecho de los actos de otras Administraciones Públicas, materia sobre la que, en su caso, habrán de pronunciarse los Tribunales. Corresponde a la CMT exclusivamente enjuiciar aquellas cuestiones sobre las que incida la normativa de comunicaciones electrónicas, que es el ámbito material esencial en el que esta institución despliega sus competencias de derecho público. Englobándose dentro de estas funciones la de velar por la debida aplicación del marco regulatorio vigente, incluyendo aquellas Resoluciones en virtud de las cuales la CMT procede a regular de manera preventiva, mediante la imposición de las correspondientes obligaciones, aquellos mercados que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

En definitiva, el objeto de este expediente se centra en el análisis del cumplimiento por parte de TESAU de las obligaciones que le son propias dada su especial posición (como operador con PSM) en los mercados sujetos a regulación, sin que la actuación de la CMT sobre la base de sus prerrogativas implique que se invada actividad administrativa de contratación alguna¹⁶. En este caso se da un supuesto de competencias concurrentes entre distintas Administraciones Públicas, donde sobre un mismo hecho o una misma relación jurídica se proyecta la actuación de diversos órganos administrativos con competencias propias, atribuidas por el ordenamiento jurídico a cada uno de ellos en garantía de los intereses públicos que están obligados a salvaguardar.

1.3.4.2 Medidas a adoptar por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

En este escenario, es preciso valorar las posibles medidas correctoras que la CMT puede adoptar para asegurar el debido respeto del marco regulatorio por parte del operador declarado con poder significativo de mercado¹⁷.

Atendiendo a los hechos expuestos que llevan a la conclusión de que TESAU ha llevado a cabo una práctica expresamente prohibida por la regulación sectorial, ha de exigirse de

¹⁶ Ver sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de diciembre de 2005 en el rec. nº 1794/2002 (recurso interpuesto por TESAU contra la Resolución de 17 de octubre de 2002 relativa a la oferta de servicios de voz y datos que Telefónica de España, S.A.U. presentó en concurso convocado por la Generalitat de Cataluña para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del departamento de sanidad y seguridad social).

¹⁷ La medida que adopte la CMT tendrá como único destinatario a TESAU, que deberá someterse a la normativa de comunicaciones electrónicas y habrá de responder en su caso de sus actos frente a terceras personas afectadas por su actuación, sin que la existencia de tales terceros interesados pueda vincular o limitar la intervención de esta Comisión cuando, como en el caso presente, se detecta un incumplimiento de la regulación específica en materia de comunicaciones electrónicas.



TESAU que proceda al cese inmediato en la prestación del servicio que viene prestando a ICM en relación con el Lote II (“servicio de transporte IP de prestaciones medias”) en las condiciones que están recogidas en la oferta analizada en el presente expediente. Debe recordarse que los mercados afectados por el presente expediente no son plenamente competitivos, dada la existencia de un operador (TESAU) que ha sido declarado con poder significativo de mercado en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor y en el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

Dada la fragilidad de la estructura competitiva de los mercados afectados, resulta necesaria una intervención inmediata por parte de la CMT que asegure el restablecimiento de las condiciones competitivas en que han de desarrollarse los mercados de comunicaciones electrónicas, siendo la medida señalada la única vía que garantiza el cumplimiento de la función encomendada al regulador sectorial.

La adopción de una medida consistente en intimar a TESAU para que cese de manera inmediata en la prestación del servicio que viene prestando a ICM según las condiciones analizadas en este expediente es plenamente proporcionada, pues no hace sino asegurar el cumplimiento de las obligaciones de las que TESAU ya es destinataria, y sobre cuya base este operador tiene prohibidas la realización de prácticas que puedan suponer un riesgo para la libre competencia. Siendo procedente recordar que la exigencia del cese en la prestación de posibles ofertas comerciales anticompetitivas de TESAU ha sido también requerida en ocasiones por esta Comisión en el ámbito residencial¹⁸.

I.3.4.3 Alegaciones al trámite de audiencia

Alegaciones de los operadores

En sus alegaciones al informe de audiencia, TESAU indica que exigir el cese inmediato en la prestación de los servicios que este operador pueda venir prestando a ICM conculcaría los objetivos de interés público que los procedimientos de contratación pública persiguen. Según TESAU, la Resolución que ponga fin al expediente debería limitarse, en su caso, a exigir de TESAU el *“cese en la práctica calificada como anticompetitiva [...] de la forma menos perjudicial para el interés público”*.

Por su parte, ONO se muestra conforme con el planteamiento de los Servicios de la CMT en el informe de audiencia. Sin embargo, este operador plantea la posible imposición de multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de la Resolución dictada por la CMT, así como la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU.

Contestación a las alegaciones

En contestación a las alegaciones formuladas por TESAU, la exigencia de que TESAU cese de manera inmediata en la prestación de los servicios a ICM en las condiciones analizadas en la presente Resolución es la única vía de actuación que permite evitar los efectos perniciosos derivados de la práctica anticompetitiva detectada. En efecto, la adopción de un mecanismo de intervención a nivel mayorista, consistente en la revisión de los precios de los servicios regulados con el objetivo de evitar la existencia a futuro de un estrechamiento de márgenes, resultaría difícilmente viable habida cuenta del hecho de que se deberían modificar los precios de un conjunto de servicios (acceso al bucle desagregado, acceso de

¹⁸ Ver por ejemplo Resolución de 29 de mayo de 2009 relativa a la existencia de prácticas anticompetitivas con respecto a determinadas promociones sobre servicios de acceso a Internet de banda ancha realizadas por Telefónica de España, S.A.U. en la Comunidad Autónoma de Galicia (AEM 2009/1201).



banda ancha al por mayor, líneas arrendadas terminales) disponibles en todo el territorio nacional y para la generalidad de los operadores alternativos. La regulación de precios debe responder además a una serie de objetivos (tales como la promoción de la inversión eficiente¹⁹) que pueden tener difícil cabida en un caso como el presente. Dicha revisión tomaría como base exclusiva la presentación por parte de TESAU de una oferta dirigida a un cliente específico y en un ámbito geográfico restringido (Comunidad de Madrid) lo cual exigiría que esta Comisión modificara los precios mayoristas con resultados no deseables en términos de los objetivos regulatorios anteriores. Efectivamente, a la vista de los resultados obtenidos, las reducciones de precios necesarias para hacer emulable la oferta realizada por TESAU deberían ser muy elevadas, generando precios mayoristas que desincentivarían la inversión eficiente en infraestructuras, algo que precisamente TESAU ha reclamado en su escrito de contestación al trámite de audiencia.

En el mismo sentido, la paralización temporal en la prestación del servicio por parte de TESAU en tanto se procediera a la revisión de las ofertas mayoristas constituiría una medida difícilmente viable, y generaría una situación de incertidumbre de cara a la prestación de los servicios que ICM precisa durante el tiempo en que se resolvieran los citados expedientes de revisión de precios. En este sentido, es además necesario distinguir entre la situación del segmento empresarial y del residencial. La paralización temporal de la oferta en tanto no se modifican las condiciones mayoristas, sin exigir la paralización de la prestación a los clientes ya captados mediante la oferta, es una opción que puede resultar proporcionada en el contexto del segmento residencial dado que en este segmento se produce un continuo temporal de altas que limita el daño en el mercado. Por el contrario, el segmento empresarial cuenta con un número muy inferior de clientes que contratan los servicios con un dilatado horizonte temporal. En este caso, la captación individual de los clientes puede significar una importante proporción del mercado, por lo que la modificación de las condiciones mayoristas, además de no deseable por las razones anteriores, no resultaría eficaz.

En definitiva, en contraposición con las alegaciones de TESAU, la medida adoptada en esta resolución es plenamente conforme con los objetivos de interés público por los que las autoridades administrativas deben velar, al ser esta la única forma de asegurar el cumplimiento de la normativa sectorial vigente. Debe además reiterarse el impacto que la política de TESAU tiene en casos como el presente, dado el limitado número de demandantes potenciales de este tipo de servicios (Administraciones públicas), y la larga duración de la relación contractual entre ICM y TESAU (contrato de 2 años, prorrogable durante un período adicional de 2 años).

Por otra parte, en cuanto a la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU, tal como plantea ONO en su escrito de alegaciones iniciales así como en sus alegaciones al trámite de audiencia, es preciso señalar que corresponde a esta Comisión la decisión sobre la eventual apertura de tal procedimiento sin que ello constituya un derecho del denunciante tal y como se ha señalado reiteradamente por la CMT y ratificado por la jurisprudencia.

En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

¹⁹ Artículo 3 a) de la LGTel.



RESUELVE

PRIMERO.- En relación con el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid para la adjudicación del contrato de servicios denominado “Servicios de telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: servicios de operador de datos” (expediente de contratación ECON/000108/2010), Telefónica de España, S.A.U. ha incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y la Resolución de 22 de enero de 2009 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.

SEGUNDO.- En relación con el Lote II (“servicio de transporte IP de prestaciones medias”) del expediente de contratación ECON/000108/2010, si Telefónica de España, S.A.U. se hallare prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones según las condiciones que están recogidas en la oferta objeto del presente expediente, deberá cesar de manera inmediata en la prestación del mismo.

TERCERO.- En caso de que dicha prestación se hubiera iniciado y se produzca cualquier modificación por parte de Telefónica de España, S.A.U. en las condiciones en que viniera prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, la misma deberá ser consistente con lo establecido en la presente Resolución y habrá de ser comunicada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el momento de su presentación a la Agencia de Informática y Comunicaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contra desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.



El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.



ANEXO I. REQUISITOS DEL PLIEGO Y OFERTAS PRESENTADAS

[CONFIDENCIAL]



ANEXO II. CÁLCULO DE REPLICABILIDAD

Concepto	Elementos para la replicabilidad	Coste no recurrente	Coste recurrente	Unidades	Total no recurrentes	Total mensual
1. Conceptos sujetos a regulación mayorista						
Edificios Remotos - Entorno no sanitario						
V3. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (garantía de caudal 50%)	Mix mayorista con Modalidad P	26,9	90,19	371	9.991	33.459,3
V4. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (servicio Plata)	Mix mayorista con Modalidad N	26,9	12,66	1.692	45.566	21.414,0
V5. Velocidad Down - 4 Mbit/s, Up - 512 Kbit/s	Mix mayorista con Modalidad C	26,9	11,99	58	1.562	695,4
V6. Velocidad Down - 2 Mbit/s, Up - 300 Kbit/s	Mix mayorista con Modalidad J	26,9	11,66	40	1.077	466,3
Edificios Remotos - Acceso fijo satelital						
V7. Velocidad Down - 2 Mbit/s, Up - 300 Kbit/s (Servicio Plata)	Mix mayorista con Modalidad J	26,9	11,66	10	269	116,6
Edificios Remotos - Entorno sanitario						
V8. Velocidad 4 Mbit/s (simétricos)	Desagregación de bucle	24,0	126,27	21	504	2.651,8
	ORLA T	2.224,0	746,82	62	137.888	46.302,8
	ORLA E	765,0	436,00	35	26.775	15.260,0
V8. Velocidad 10 Mbit/s (simétricos)	ORLA E	765,0	436,00	21	16.065	9.156,0
V8. Back Up: Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (servicio Plata)	Mix mayorista con Modalidad N	26,9	12,66	139	3.743	1.759,2
V9. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (75% servicio plata, 25% multimedia)	Mix mayorista con Modalidad N	26,9	12,66	110	2.962	1.392,2
V9. Back Up: Velocidad 256 Kbit/s (simétrico)	RDSI	24,0	7,79	110	2.640	856,9
Total costes conceptos sujetos a regulación					249.043	133.530,44
2. Conceptos sin regulación mayorista [CONFIDENCIAL]						
Equipos de cliente	Costes aportados por TESAU	[CONFIDENCIAL]				
Red de acceso	Costes aportados por TESAU					
Caudal	Costes aportados por TESAU					
Gestión	Costes aportados por TESAU					
Instalación y mantenimiento	Costes aportados por TESAU					
Costes indirectos	Costes aportados por TESAU					
Total costes conceptos no sujetos a regulación					[CONFIDENCIAL]	
Total costes contrato					[CONFIDENCIAL]	
Ingresos						151.816,2
VAN cliente						- 2.198.237,6



ANEXO III. CÁLCULO DE REPLICABILIDAD CON LOS SERVICIOS MAYORISTAS PROPUESTOS POR TESAU

Concepto	Elementos para la replicabilidad	Coste no recurrente	Coste recurrente	Unidades	Total no recurrentes	Total mensual
1. Conceptos sujetos a regulación mayorista						
Edificios Remotos - Entorno no sanitario						
V3. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (garantía de	Desagregación de bucle	26,9	74,1	366	9.856	27.137,8
	GigADSL modalidad P	26,9	176,5	5	135	882,6
V4. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (servicio Plata)	Desagregación de bucle	26,9	11,2	1.649	44.408	18.550,3
	GigADSL modalidad N	26,9	18,9	43	1.158	810,8
V5. Velocidad Down - 4 Mbit/s, Up - 512 Kbit/s	Desagregación de bucle	26,9	10,8	58	1.562	624,7
	GigADSL modalidad C	26,9	17,3	-	-	-
V6. Velocidad Down - 2 Mbit/s, Up - 300 Kbit/s	Desagregación de bucle	26,9	10,5	35	943	368,4
	GigADSL modalidad J	26,9	16,5	5	135	82,6
Edificios Remotos - Acceso fijo satelital						
V7. Velocidad Down - 2 Mbit/s, Up - 300 Kbit/s (Servicio Plata)	Desagregación de bucle	26,9	10,5	7	189	73,7
	GigADSL modalidad J	26,9	16,5	3	81	49,6
Edificios Remotos - Entorno sanitario						
V8. Velocidad 4 Mbit/s (simétricos)	Desagregación de bucle	24,0	126,3	79	1.896	9.975,7
	ORLA T	2.224,0	674,2	2	4.448	1.348,4
	ORLA T	765,0	381,2	37	28.305	14.102,6
V8. Velocidad 10 Mbit/s (simétricos)	ORLA E	765,0	431,2	21	16.065	9.056,0
V8. Back Up: Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s	Desagregación de bucle	26,9	11,2	137	3.689	1.541,2
	GigADSL modalidad N	26,9	18,9	2	54	37,7
V9. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s (75% servicio	Desagregación de bucle	26,9	11,2	102	2.747	1.147,4
	GigADSL modalidad N	26,9	18,9	8	215	150,9
V9. Back Up: Velocidad 256 Kbit/s (simétrico)	RDSI	24,0	12,32	110	2.640	1.355,2
Total costes conceptos sujetos a regulación					118.525	87.295,42
2. Conceptos sin regulación mayorista						
Equipos de cliente		[CONFIDENCIAL]				
Red de acceso						
Caudal						
Gestión						
Instalación y mantenimiento						
Costes indirectos						
Total costes conceptos no sujetos a regulación					[CONFIDENCIAL]	
Total costes contrato					[CONFIDENCIAL]	
Ingresos					151.816,2	
VAN cliente					-	251.608,1