

**RESOLUCIÓN RELATIVA A LA DENUNCIA INTERPUESTA POR  
EUSKALTEL, S.A. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN  
RELACIÓN CON LA OFERTA PRESENTADA EN UN CONCURSO  
CONVOCADO POR EL GOBIERNO VASCO****OFMIN/DTSA/004/15/REPLICABILIDAD OFERTA GOBIERNO VASCO****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidenta**D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

**Secretario de la Sala**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 11 de mayo de 2017

Visto el expediente relativo a la oferta económica presentada por Telefónica de España, S.A.U. en el concurso convocado por el Gobierno Vasco, la Sala de Supervisión Regulatoria acuerda lo siguiente:

**I ANTECEDENTES DE HECHO****PRIMERO.- Escrito de Euskaltel**

Con fecha 25 de noviembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de Euskaltel, S.A. (en adelante, Euskaltel) por el que denuncia la supuesta existencia de una oferta económicamente irreplicable y por tanto contraria a las obligaciones regulatorias que Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) tiene contraídas.

En concreto, la denuncia versa sobre la oferta presentada por Telefónica en el concurso convocado por el Eusko Jaurlaritza / Gobierno Vasco (en adelante, EJ/GV) durante el mes de agosto de 2015, con código de expediente KM/2016/001.

**SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento**

Mediante sendos escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) de la CNMC, de fecha 4 de diciembre de 2015

se comunicó a las partes interesadas el inicio del procedimiento administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

### **TERCERO.- Escrito de alegaciones iniciales de Telefónica y el Gobierno Vasco**

Con fechas 5 y 13 de enero de 2016 respectivamente, Telefónica y el EJ/GV presentaron sendos escritos de alegaciones al citado acuerdo de inicio del presente procedimiento administrativo.

### **CUARTO.- Requerimientos de información a Telefónica, Euskaltel y EJ/GV**

Mediante respectivos escritos de la DTSA, de fecha 21 de enero de 2016, se requirió a Telefónica, Euskaltel y EJ/GV para que aportaran información sobre la licitación. En concreto, se requirió a ambos operadores que remitieran la oferta presentada en el concurso objeto de análisis, mientras que se requirió a la Administración Vasca la aportación de la documentación de carácter contractual de dicha licitación.

Euskaltel contestó a dicho requerimiento de información mediante escrito de fecha 4 de febrero de 2016, mientras que Telefónica contestó mediante dos escritos de fecha 12 y 19 de febrero de 2016. EJ/GV contestó mediante escrito de 26 de febrero de 2016.

### **QUINTO.- Segundo requerimiento de información a Telefónica**

Mediante un nuevo escrito de la DTSA de la CNMC, de fecha 30 de marzo de 2016, se requirió a Telefónica para que aportara información detallada acerca de aspectos concretos de la oferta presentada en la licitación, incluyendo costes de aprovisionamiento.

Telefónica contestó a dicho requerimiento de información mediante escrito de fecha 20 de abril de 2016. Con fechas 6 de junio y 5 de julio de 2016, Telefónica aportó nueva información relativa a la oferta presentada.

### **SEXTO.- Segundo requerimiento de información a Euskaltel**

Mediante escrito de la DTSA de la CNMC, de fecha 13 de septiembre de 2016, se requirió a Euskaltel para que aportara información sobre la licitación. En concreto, se requirió a este operador información detallada sobre la oferta presentada incluyendo costes específicos.

Euskaltel contestó a dicho requerimiento de información mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 2016.

**SÉPTIMO.- Trámite de audiencia**

Con fecha 10 de febrero de 2017, tuvo salida del registro de la CNMC la notificación a los interesados del informe de la DTSA de la CNMC para que pudiesen presentar las alegaciones y los documentos que estimasen pertinentes, dando así cumplimiento al trámite de audiencia.

Con fechas 22 de febrero y 2 de marzo de 2017, tuvieron entrada en el registro de la CNMC sendos escritos de alegaciones de Euskaltel y Telefónica al informe de audiencia remitido.

En el Anexo II se responde en detalle a las alegaciones de Telefónica y Euskaltel que no han sido incorporadas en el cuerpo de la Resolución.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes:

**II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES****PRIMERO.- Objeto del procedimiento**

El presente procedimiento tiene por objeto dilucidar la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica, consistente en la presentación de una oferta económicamente irreplicable y, por tanto, contraria a las obligaciones regulatorias que dicho operador tiene contraídas en el seno de los mercados regulados ex ante (Mercados 4, 5 y 6/2007<sup>1</sup>).

La oferta analizada es la presentada por este operador en la licitación del Lote 1 del concurso convocado durante el mes de agosto de 2015 por EJ/GV con el objeto de la prestación de “Servicios de telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, con código de expediente KM/2016/001.

**SEGUNDO.- Habilitación competencial**

En relación con la solicitud planteada por Euskaltel, las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. En particular, el artículo 3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) fija, entre otros, como objetivos de la Ley los siguientes:

***“Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las***

---

<sup>1</sup> La alusión “/2007” indica la Recomendación de mercados de referencia. En este caso en concreto, la Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE (DOUE L344/65 de 28 de diciembre de 2007).

*empresas y los consumidores, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y **velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos**”.*

Asimismo, los artículos 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) y 70.2 de la citada LGTel atribuyen a la CNMC las facultades para (i) definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, (ii) identificar el operador/es con poder significativo de mercado (en adelante, PSM) y (iii) establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan al operador/es con PSM.

En uso de la habilitación competencial precitada, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) aprobó la definición y análisis de los siguientes mercados:

- 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, mediante Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009 –expediente MTZ 2008/626– (Mercados 4 y 5/2007)<sup>2</sup>.
- Mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, mediante Resolución de la CMT de 11 de abril de 2013 – expediente MTZ 2012/2017– (Mercado 6/2007).

En estas Resoluciones, tras definir y analizar los mercados citados, se identificó a Telefónica como operador con PSM, imponiéndosele las correspondientes obligaciones, entre las cuales se encuentra la prohibición de realizar prácticas anticompetitivas, por parte de Telefónica y su grupo empresarial, tales como:

- *“Reducciones de precios contrarias a la regulación sectorial (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...).”*

---

<sup>2</sup> En febrero de 2016 se aprobó la nueva revisión de estos mercados, que es la que actualmente está en vigor (expediente ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4).

Asimismo, de conformidad con el artículo 68 de la LGTel, la CNMC, en su condición de Autoridad Nacional de Reglamentación debe actuar, en el ejercicio de las funciones que tiene legalmente atribuidas, con sujeción a los principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados para lograr, entre otros, los siguientes fines:

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

*(...)*

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

En definitiva, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para conocer y resolver el presente procedimiento administrativo, en virtud de lo previsto en el artículo 21.2 de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

Por último, el procedimiento administrativo se rige por la LCNMC y la LGTel, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que ha entrado en vigor en fecha 2 de octubre de 2016.

No obstante, al presente procedimiento le aplican las reglas de procedimiento establecidas en la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en virtud de la disposición transitoria tercera de la citada Ley, que establece la aplicación transitoria de la anterior normativa a los procedimientos iniciados bajo su vigencia.

### **III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

#### **PRIMERO.- Descripción del concurso público convocado por el Gobierno Vasco**

En agosto de 2015, EJ/GV aprobó la licitación del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con código de expediente KM/2016/001, con un presupuesto de gasto indicativo de 92.769.898,41 de euros (sin IVA).

El contrato se dividió en cinco lotes independientes:

- Lote 1: Red multiservicio EJ/GV
- Lote 2: Telefonía Fija
- Lote 3: Comunicaciones móviles
- Lote 4: Servicio SMS masivo

- Lote 5: Internet

La denuncia presentada por Euskaltel se limita al Lote 1. El EJ/GV incorpora en dicho lote tanto servicios demandados inicialmente como servicios que los operadores deben ofertar para posibles contrataciones durante la vigencia del contrato. El objetivo de este lote es doble:

Por un lado, cubrir las necesidades de **transmisión de datos** entre un total de 1.570 ubicaciones físicas<sup>3</sup>, la práctica totalidad de las cuales están situadas en la comunidad autónoma del País Vasco. De acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) los servicios inicialmente demandados se dividen en tres tipos, llamados por el EJ/GV de la siguiente manera:

- “Servicios de Fibra Óptica”: conexiones físicas de fibra óptica para interconexión directa de edificios clave. Se trata de un servicio tipo fibra oscura.
- “Servicios Ópticos”: enlaces Fiber Channel<sup>4</sup> o Gigabit Ethernet para conectar diferentes redes de área local de la Red Sanitaria. Se trata de un servicio tipo circuito dedicado.
- “Servicios MPLS<sup>5</sup>”: servicios de red privada virtual de datos para la conectividad entre diferentes redes locales de los centros del EJ/GV. En particular, incluye el establecimiento de 11 redes privadas virtuales (VPN, en sus siglas en inglés). Se utilizan tanto accesos basados en circuitos dedicados como en conexiones de banda ancha empresarial.

En el presente texto se respetará la nomenclatura establecida por el EJ/GV para referirse a los distintos servicios. Cabe añadir que todos estos servicios están afectados por la regulación referida en la Habilitación Competencial.

Por otro lado, este Lote 1 también define una oferta de servicios y equipamiento asociado con objeto de extender el servicio de voz IP (en adelante, “**Ampliación VoIP**”) a los usuarios de EJ/GV pertenecientes a las redes sanitaria y administrativa. Se trata de la provisión de distintos equipos (por ejemplo, terminales para los usuarios finales), de las licencias de los

---

<sup>3</sup> Se contabilizaron un total de 1.570 ubicaciones físicas (direcciones postales) diferentes a partir de la información proporcionada por Telefónica.

<sup>4</sup> Fiber Channel es una tecnología de red de alta velocidad que se utiliza principalmente en redes de almacenamiento y centros de datos.

<sup>5</sup> Siglas de Multiprotocol Label Switching. Es un protocolo de datos utilizado frecuentemente en redes IP para la creación de redes privadas virtuales.

proveedores necesarias para poder usar dichos equipos y de los servicios para la integración de los mismos en la red de VoIP actual del EJ/GV<sup>6</sup>.

Estos servicios de Ampliación VoIP quedan fuera del marco regulado al tratarse de equipamiento, licencias y servicios de instalación de dicho equipamiento.

El criterio de adjudicación puntuaba las ofertas en función de la oferta económica (70 puntos), así como la solución técnica (hasta 30 puntos). Dentro de la oferta económica los servicios de telecomunicaciones se ponderaban con 65 puntos y la ampliación de VoIP con 5 puntos. En el PPT se indicaba que lo que se valoraba principalmente en las ofertas técnicas de los licitantes era la conexión a la red multiservicio de todas las entidades u organismos del EJ/GV.

Para mayor claridad, a continuación se muestra una tabla con los criterios puntuables:

**Tabla 1. Aspectos puntuables en la licitación del Lote 1**

<b>Criterios automáticos</b>	<b>Puntos</b>	<b>Criterios juicios de valor</b>	<b>Puntos</b>
Oferta económica:	70	Interconexión con EJ/GV:	30
Servicios de Telecomunicaciones:	65		
Ampliación VoIP:	5		

Fuente: elaboración propia

El presupuesto máximo de licitación de este Lote 1 completo ascendía a 71.665.585,69 de euros sin IVA<sup>7</sup>, por un periodo de 4 años<sup>8</sup>, prorrogable dos años más. De acuerdo con los pliegos de la licitación, la oferta económica se debía presentar mediante precios unitarios para cada uno de los servicios y se especifica que una parte de los servicios debían estar subcontratados<sup>9</sup>.

Al concurso del citado Lote 1 se presentaron dos operadores: Telefónica y Euskaltel (prestatarario de los servicios a la administración autonómica vasca en el momento de la licitación). No obstante, en octubre de 2015, el EJ/GV al analizar la oferta técnica excluyó de la licitación de dicho Lote a Euskaltel por “no cumplir los mínimos y no garantizar suficientemente el cumplimiento de los

<sup>6</sup> En concreto, en el PPT se especifica que se trata de “la definición previa, replanteo, suministro de terminales y licencias, equipamiento de supervivencia, instalación in situ, programación en servidores, configuración de terminales, explicación a usuarios y actualización de documentación e información en las plataformas de EJ/GV.”

<sup>7</sup> El Lote 1 representa un 77% del presupuesto total licitado por el EJ/GV.

<sup>8</sup> Para los ejercicios de 2016 a 2019.

<sup>9</sup> En concreto, el operador ganador del concurso debía subcontratar con terceras empresas una parte de los servicios prestados para una de las redes sectoriales (en concreto, la *Red Informática*), aunque dicha subcontratación no podía superar el 30% del importe del contrato.

objetivos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas”. Por este motivo, el sobre con la oferta económica de Euskaltel no se llegó a abrir.

Con fecha 29 de enero de 2016, el EJ/GV adjudicó el Lote 1 del concurso a Telefónica. De acuerdo al requerimiento de información mencionado en el Antecedente de Hecho Cuarto, Telefónica indica que la oferta económica asciende a 28.193.564 de euros sin IVA para el periodo de los 4 años licitado. Esto supone una bajada del 61% respecto al importe de licitación.

A continuación se muestra el peso de los distintos servicios iniciales ofertados por Telefónica sobre el total de ingresos, desglosados por servicios de transmisión de datos y VoIP:

**Tabla 2. Distribución de los servicios iniciales demandados**

	Ingresos (€)	%
Total servicios de transmisión de datos:	13.295.905	47,16%
Servicio de Fibra Óptica	993.600	3,52%
Servicios Ópticos	537.600	1,91%
Servicio MPLS	11.764.705	41,73%
Ampliación VoIP	14.897.658	52,84%
<b>Total</b>	<b>28.193.564</b>	<b>100%</b>

Fuente: elaboración propia

## **SEGUNDO.- Análisis de replicabilidad de la oferta presentada por Telefónica**

Como se ha recogido en los Antecedentes de Hecho, Euskaltel ha denunciado a Telefónica por un incumplimiento de las obligaciones que tiene impuestas en el seno de los mercados regulados, indicados en la Habilitación Competencial.

A juicio de Euskaltel, la oferta económica presentada por Telefónica en el concurso público de referencia es irreplicable al no permitir a un tercer operador obtener un margen positivo usando los servicios mayoristas regulados del operador con PSM para presentar la misma oferta.

La CMT definió<sup>10</sup> que esta práctica supone “*un comportamiento estratégico por parte de una empresa verticalmente integrada y dominante en un mercado mayorista que, mediante la manipulación del precio minorista y/o del precio mayorista cobrado a sus competidores*”<sup>11</sup>, pretende conseguir su expulsión o

---

<sup>10</sup> Resolución de 30 de mayo de 2013 (MTZ 2012/2259) sobre la revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica.

<sup>11</sup> En el caso que el mercado mayorista tenga un precio regulado, la irreplicabilidad económica solo podrá resultar de la reducción abusiva del precio minorista.



*debilitamiento en los mercados minoristas con el fin de distorsionar la competencia*<sup>12</sup>.

En efecto, esta Comisión viene analizando las ofertas minoristas de Telefónica dirigidas al mercado de masas a partir de una metodología establecida ad hoc<sup>13</sup>. Por el contrario, en el contexto de ofertas personalizadas a empresas y administraciones públicas (como es el caso del presente expediente), esta Comisión no ha establecido hasta la fecha un método específico para su análisis, sino que su replicabilidad se determina caso por caso.

La CNMC ha mantenido la necesidad de diferenciar el tratamiento regulatorio entre las ofertas dirigidas al segmento empresarial y residencial, tal y como puede advertirse ampliamente en varias de sus resoluciones sobre denuncias contra ofertas de Telefónica. En especial, cabe citar la Resolución de 2 de junio de 2015 sobre el Ayuntamiento de Villena (en adelante, Resolución Villena)<sup>14</sup> y la de 20 de diciembre de 2016 sobre la Universidad de Valladolid (en adelante, Resolución UVA)<sup>15</sup>. Anteriormente la CMT también manifestó esta posición en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 sobre la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (en adelante, Resolución ICM)<sup>16</sup>.

La necesidad de este distinto tratamiento viene sustentada por el hecho de que en distintos procedimientos<sup>17</sup> esta Comisión ha constatado que las condiciones

---

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> Metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica (MTZ 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones, la última de las cuales es la Resolución de 22 de diciembre de 2016 (Expediente OFMIN/DTSA/005/16).

<sup>14</sup> Resolución por la que se acuerda archivar la denuncia interpuesta por Cableuropa, S.A.U. (actualmente, Vodafone Ono, S.A.U.) contra Telefónica sobre la oferta económica presentada en el concurso convocado por el Ayuntamiento de Villena (Expediente OFMIN/DTSA/14/1203/DENUNCIA VILLENA).

<sup>15</sup> Resolución por la que se acuerda archivar la denuncia interpuesta por Vodafone España S.A.U. contra Telefónica en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Universidad de Valladolid (expediente OFMIN/DTSA/001/16/DENUNCIA UNIVERSIDAD VALLADOLID).

<sup>16</sup> Resolución relativa a la denuncia interpuesta por Cableuropa, S.A.U contra Telefónica 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 (expediente MTZ 2010/1614).

<sup>17</sup> Ver informes sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios a clientes empresariales publicados en 2011 (MTZ 2011/652 y AEM INF 2010/90), la Resolución de diciembre de 2012 sobre el mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija (MTZ 2012/1302), y más recientemente, en febrero de 2016, en el análisis específico incluido en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha (ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4).

de competencia que se observan en el segmento empresarial de los grandes clientes son diferentes a las del segmento residencial (y empresarial de menor tamaño).

Así, las grandes empresas cuentan con unas necesidades específicas y diferenciales respecto de las necesidades que afronta un cliente residencial e incluso empresarial de menor tamaño<sup>18</sup>. Además, esta demanda diferencial ha dado lugar a la aparición de operadores especializados<sup>19</sup>, con una oferta de servicios adaptada a las necesidades de las grandes empresas con consumos elevados. Estos agentes afrontan unas necesidades diferentes a las de los operadores centrados en el segmento residencial dada, por ejemplo, su mayor dependencia de los servicios regulados de acceso indirecto.

En concreto, dichos operadores especializados no disponen de una escala mínima necesaria, debido a la menor demanda potencial y mayor dispersión geográfica, para utilizar de forma masiva los servicios mayoristas situados aguas arriba, como el bucle, o desplegar sus propias redes en una parte significativa del territorio español, por lo que su despliegue se limita a un número de centrales comparativamente bajo y localizado en núcleos urbanos importantes.

Por todo ello, esta Comisión considera que la metodología de análisis de replicabilidad adecuada para este tipo de ofertas es la que tiene en cuenta las características de estos operadores especializados en empresas, tal y como se ha constatado en las Resoluciones de Villena y de la UVa.

Finalmente, cabe dejar constancia que para dicho análisis se partirá de la regulación vigente en el momento de la presentación de la oferta. Esto significa que, a pesar de que para los mercados de banda ancha existe una nueva regulación aprobada recientemente (febrero de 2016<sup>20</sup>), bajo el principio de no retroactividad, el marco de referencia para estos servicios viene determinado por la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009 citada en el epígrafe de Habilitación Competencial.

## **1 Test de replicabilidad**

Como se ha visto, el test de replicabilidad consiste en analizar si un hipotético operador especializado en empresas obtendría un retorno positivo al presentar

---

<sup>18</sup> Las grandes empresas presentan una estructura compleja, que puede incluir un mayor número de sedes dispersas geográficamente, lo que les lleva a demandar servicios personalizados con cobertura nacional. Este hecho hace, además, que el peso de servicios más estandarizados, como la voz fija y móvil, pierda relevancia con respecto a otros de mayor valor añadido, como los servicios avanzados de datos.

<sup>19</sup> En España, ejemplos relevantes son BT y COLT.

<sup>20</sup> Expediente ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4.

la misma oferta que Telefónica presentó en el concurso público convocado por el EJ/GV, usando para ello los servicios mayoristas disponibles.

Así pues, un operador especializado en empresas debería incurrir en las siguientes grandes fuentes de costes para poder prestar los servicios minoristas licitados:

- Servicio mayorista a partir del cual conformará su oferta minorista, así como los costes de red propia necesarios para completar dichos servicios mayoristas.
- Servicios y productos fuera del entorno regulado.
- Costes minoristas derivados de la actividad comercial, como por ejemplo facturación o coste de venta.

Dado que la licitación establece un contrato plurianual para que el operador adjudicatario pueda recuperar las inversiones que debe afrontar, es necesario determinar el periodo de análisis. Asimismo, también debe establecerse cómo se tomarán en consideración los flujos de ingresos y costes.

A continuación se profundizará en cada uno de estos puntos. En el Anexo I se incluye una tabla con el resumen completo del cálculo de replicabilidad económica.

### **1.1 Oferta objeto de análisis**

Dadas las alegaciones recibidas en el trámite de audiencia, en primer lugar cabe clarificar cual es la delimitación de la oferta sobre la cual se va a realizar el análisis de replicabilidad.

En efecto, en cuanto a servicios y productos fuera del entorno regulado Euskaltel manifiesta que se debería excluir del análisis el bloque “Ampliación VoIP” dado que no resulta esencial para la prestación de los servicios de telecomunicaciones requeridos en el Lote 1 y porque el EJ/GV no se obliga a realizar dicha ampliación.

Euskaltel afirma además que Telefónica podría haber usado este concepto para realizar una subvención cruzada con los servicios sujetos a regulación ex ante. Esto sería debido a que (i) la licitación otorga 70 puntos a la oferta económica, de los cuales solo 5 a VoIP (65 a servicios de telecomunicaciones), mientras que (ii) los ingresos previstos por VoIP pesan un 52% de los ingresos del Lote, y (iii) teniendo en cuenta su estimación de que la VoIP a ese nivel de precios arroja un margen superior al 50%.

Telefónica, por su parte, afirma en sus alegaciones iniciales que el Lote 1 debe considerarse como un todo ya que (i) sí resulta esencial para la mesa de contratación dado que ésta lo ha incluido en el Lote, (ii) el EJ/GV lo ha considerado como un todo y por tanto el análisis objetivo es considerarlo de

esta forma, y (iii) el criterio del regulador hasta la fecha ha sido de analizar cada oferta o cada lote como un todo y no elementos concretos por separado.

En respuesta a estas alegaciones, como se ha visto, el objetivo del análisis de replicabilidad es asegurar el cumplimiento de las obligaciones que Telefónica tiene impuestas, y en este caso que su oferta no incurra en una irreplicabilidad económica en los servicios relevantes de los mercados regulados. Es por ello que lo deseable es analizar de forma individualizada dichos servicios y evitar contaminar el análisis con terceros elementos. Precisamente por este motivo el informe de audiencia no analizaba el conjunto de los 5 lotes incluidos en la misma licitación del EJ/GV.

No obstante, para poder realizar este ejercicio es necesario disponer de ingresos y costes claramente identificados con los distintos servicios. Esta no es la situación habitual en el mercado empresarial, donde las ofertas suelen incorporar un conjunto de diferentes servicios vinculados por un solo precio. Por ello, en el caso de la UVa, por ejemplo, se tenía en cuenta todo el conjunto de servicios incluidos en la licitación.

Una vez analizado en detalle las alegaciones, esta CNMC ha constatado que en esta ocasión sí es posible analizar un subconjunto del Lote, dado que ingresos y costes están claramente identificados.

En efecto, a partir de los diferentes requerimientos de información a Telefónica, este operador ha aportado información desglosada para cada servicio y se ha constatado que los elementos de la oferta de VoIP son independientes de los servicios de transmisión de datos que forman parte del marco regulado. Es decir, no hay elementos comunes para ambas ofertas, y por tanto hay una identificación unívoca de los costes e ingresos que generan por un lado la VoIP, y el resto de servicios.

En este mismo sentido, de los pliegos de la licitación se extrae que el EJ/GV podría no estar obligado a ejecutar en su totalidad la oferta<sup>21</sup>, por lo que incluir la Ampliación VoIP podría distorsionar el resultado del análisis.

Por otro lado, dadas las características alegadas por Euskaltel en cuanto a la divergencia entre el peso de ingresos y puntos de la VoIP en la licitación, esta Comisión considera que de analizarse ambos servicios de forma agregada se

---

<sup>21</sup> Ver apartado “3.- PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN” del documento “CARÁTULA del pliego de cláusulas administrativas particulares”, donde se indica que (subrayado propio): “*Al estar el precio fijado por unidades de ejecución o de tiempo, e importe total indeterminado (véase el punto correspondiente de esta carátula), el gasto efectivo está condicionado por las necesidades reales de la Administración que, por tanto, **no queda obligada a demandar una determinada cuantía de unidades, ni a gastar la totalidad del presupuesto.***”

distorsionaría el test de replicabilidad. En efecto, existe una descompensación relevante entre el peso que la licitación otorga a la Ampliación VoIP y su importancia en términos económicos en la oferta presentada por Telefónica.

Tal y como se puede observar en la siguiente tabla, si el presupuesto de licitación se distribuyera en función de los puntos máximos que se podía otorgar a los dos tipos de servicios que conforman el Lote 1, implicaría que el presupuesto máximo para los Servicios de Telecomunicaciones ascendería a 66,6M€, por 5,1M€ de la Ampliación VoIP. Así, la oferta de Telefónica implicaría para los primeros servicios regulados un descuento del 80% sobre dicho presupuesto máximo, mientras que la Ampliación VoIP supondría un sobreprecio de un 191% por encima de dicho presupuesto máximo:

**Tabla 3. Peso de la Ampliación VoIP en la licitación**

Presupuesto Lote1	Puntos máximos asignables a la oferta económica	Distribución presupuesto en función de los puntos asignables	Oferta de Telefónica	Descuento/aumento de la oferta de Telefónica según presupuesto distribuido por puntos
71,7M€	Servicios de Telecomunicaciones: 65	66,6M€	13,3M€	-80%
	Ampliación VoIP: 5	5,1M€	14,9M€	+191%

Fuente: elaboración propia

Por último, cabe añadir que aunque se hubiera incorporado la Ampliación VoIP al test de replicabilidad, las conclusiones sobre el mismo no se hubieran visto alteradas<sup>22</sup>.

## 1.2 Ingresos

Como ya se ha mencionado, los servicios de transmisión de datos incluidos en la oferta de Telefónica ascendían a 13.295.905 de euros sin IVA. Esta cantidad, repartida en los 4 años de duración del contrato, equivale a 276.998,02 euros mensuales, por lo que éstos son los ingresos que obtendría un operador alternativo que prestase los servicios al EJ/GV:

**Tabla 4. Ingresos**

Concepto	Total ingresos recurrentes (€/mes)
<b>Ingresos totales</b>	<b>276.998,02</b>

Fuente: elaboración propia

<sup>22</sup> En el pie de página que acompaña el valor final del VAN calculado para la oferta de Telefónica, mostrado en la Tabla 16, se aporta el VAN que hubiera resultado en caso de incluirse dicha Ampliación VoIP.

### 1.3 Costes

#### 1.3.1 Servicios mayoristas de referencia y costes de red propia para la provisión de los servicios minoristas en el entorno regulado

Como se ha visto, la oferta objeto de análisis se basa en la prestación de una red multiservicio para el EJ/GV, basada en tres tipos de servicios. En la siguiente tabla se resume el número de ubicaciones y accesos físicos que un operador alternativo, usando los servicios mayoristas disponibles, debería instalar para prestar los servicios requeridos<sup>23</sup>:

**Tabla 5. Ubicaciones y accesos físicos de la licitación del EJ/GV**

Servicios	Número de ubicaciones físicas	Número de accesos
Servicios de Fibra Óptica	7	10
Servicios Ópticos	11	11
Servicios MPLS	1.579+6	2.060+6

Fuente: elaboración propia

Telefónica subcontrata una parte de los servicios para dar cumplimiento a los requerimientos del EJ/GV. En concreto, subcontrata los servicios de Fibra Óptica, los Servicios Ópticos y 6 ubicaciones de la red de Servicios MPLS que están fuera del territorio español. Por este motivo dichas 6 ubicaciones/accesos se muestran separadamente de los 1.579 y 2.060 respectivamente.

Así, en cuanto a los **Servicios MPLS**, la oferta de Telefónica incluye la prestación de servicios de transmisión de datos entre un total de 1.579 ubicaciones físicas en la comunidad autónoma donde el EJ/GV está presente<sup>24</sup>. Dichas ubicaciones pertenecen a un total de 11 redes sectoriales o entidades del EJ/GV, como por ejemplo la Red Educativa, la Sanitaria, la Informática y la Administrativa. Para cada una de las redes se establece una VPN.

A su vez estas ubicaciones están clasificadas en cinco niveles en función de los requerimientos de servicio. En la tabla siguiente, se resumen las principales características y servicios de cada uno de estos niveles:

**Tabla 6. Servicios MPLS prestados por Telefónica según Nivel de Edificio**

Nivel	Tipo de edificio	Características
Nivel 0 (N0)	Edificios con centros de procesamiento de datos (CPD) de las diferentes redes	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Circuitos MAN Ethernet.</li> <li>■ Accesos hasta 10 Gbps..</li> <li>■ Doble acometida física y doble equipamiento.</li> <li>■ Ruta totalmente diversificada.</li> </ul>
Nivel 1 (N1)	Edificios de especial relevancia	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Circuitos MAN Ethernet.</li> <li>■ Conexiones de banda ancha GPON FTTH.</li> <li>■ Accesos hasta 1Gbps.</li> <li>■ Doble acometida física y doble equipamiento.</li> <li>■ Ruta totalmente diversificada.</li> </ul>

<sup>23</sup> Dado que existen ubicaciones redundadas hay más accesos físicos que ubicaciones.

<sup>24</sup> Incluyendo además una sede en Madrid.

Nivel	Tipo de edificio	Características
Nivel 2 (N2)	Edificios de especial relevancia pero con un único punto de acceso al edificio	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Circuitos MAN Ethernet.</li> <li>■ Conexiones de banda ancha GPON FTTH.</li> <li>■ Accesos hasta 1Gbps.</li> <li>■ Doble equipamiento y doble acceso.</li> <li>■ Ruta diversificada a partir de un punto único de acceso.</li> </ul>
Nivel 3 (N3)	Edificios de carácter general	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Circuitos MAN Ethernet.</li> <li>■ Conexiones de banda ancha GPON FTTH.</li> <li>■ Accesos hasta 10 Mbps.</li> </ul>
Nivel 4A (N4A)	Edificios de carácter general con dificultad en la provisión de acceso	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Circuitos MAN Ethernet.</li> <li>■ Conexiones de banda ancha GPON FTTH.</li> <li>■ Accesos 10 Mbps.</li> <li>■ Doble equipamiento y doble acceso.</li> <li>■ Ruta diversificada desde la red del operador.</li> </ul>
Nivel 4B (N4B)		<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Circuitos MAN Ethernet.</li> <li>■ Conexiones de banda ancha GPON FTTH.</li> <li>■ Accesos 1Gbps.</li> </ul>
Nivel 5 (N5)	Edificios de carácter general fuera del País Vasco	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Banda ancha GPON FTTH.</li> <li>■ Accesos hasta 100 Mbps.</li> </ul>

Fuente: elaboración propia

La mayor exigencia en términos de redundancia se corresponde con los niveles N0 y N1 ya que se trata de edificios que, o bien albergan los CPD (centro de proceso de datos) de las diferentes redes sectoriales, o bien son edificios de especial relevancia para la Administración. Dichos edificios requieren de una redundancia que incluya doble acometida y equipamiento, y rutas totalmente diversificadas.

Telefónica dispone de accesos de fibra óptica para la interconexión directa de los edificios de las tipologías N0 y N1. Para el resto de edificios de N2 a N5, no se precisan infraestructuras de acceso redundadas, mientras que los caudales varían entre 10 Gbps el mayor y 10 Mbps, el menor en los accesos simétricos, o 30/3 Mbps para los asimétricos.

La mayor parte de los edificios se encuentra en las tipologías N3 y N4B (72%), siendo la tipología con menos edificios la N5, constituida por los edificios que se encuentran fuera del País Vasco. A continuación se puede ver la distribución por niveles:

**Tabla 7. Niveles de edificio existentes en las ubicaciones físicas**

N0	N1	N2	N3	N4A	N4B	N5	TOTAL
10	47	190	633	198	509	7	1.594 <sup>25</sup>

Fuente: elaboración propia

<sup>25</sup> La suma de los edificios según nivel supera a las 1.579+6 direcciones físicas porque existen edificios con dos niveles al mismo tiempo. Por ejemplo, en la dirección Gurugu Memerea, 12 de la localidad de Muskiz conviven 2 niveles de edificio, N3 y N4B, ambos pertenecientes a la Red de Educación.

Debido a la redundancia y capacidad demandada en determinadas ubicaciones físicas con varias redes virtuales de gran ancho de banda, para poder prestar el servicio en las 1.570 ubicaciones físicas es necesario tener que implementar un total de 2.060 accesos físicos con diferentes niveles de calidad de acuerdo a la información aportada por Telefónica. Toda la infraestructura de red sobre la que se prestan los servicios inicialmente demandados está soportada en medios físicos basados en infraestructuras terrestres, en concreto, en fibra.

Finalmente, de acuerdo con el PPT, para cada acceso se especifican unas calidades de servicio requeridas, de tal manera que permita tráfico de voz, vídeo, y datos. En concreto, la calidad ofertada hace referencia a la latencia, variación del retardo (*jitter*) y pérdida de paquetes, en función de los cuales se definen cinco calidades de servicio (QoS, en sus siglas en inglés) extremo a extremo, tal y como se muestra en la tabla siguiente:

**Tabla 8. Rango de Calidades ofertadas**

Calidad	Latencia (milisegundos)	Jitter (milisegundos)	Pérdida paquetes (%)
QoS 1 (Voz. Unidad: 128 Kbps)	<=10 ms	<=10 ms	<=0,5%
QoS 2 (Vídeo. Unidad: 512 Kbps)	<=15 ms	<=10 ms	<=0,5%
QoS 3 (Datos alta prioridad. Unidad: 1 Mbips)	<=15 ms	<=25 ms	<=0,8%
QoS 4 (Datos prioridad media. Unidad: 1 Mbips)	<=20 ms	<=30 ms	<=0,9%
QoS 5 (Best Effort)	<=50 ms	<=50 ms	<=1%

Fuente: elaboración propia

Las calidades de servicio van de mayor a menor exigencia, siendo QoS1 la más exigente, y van asociadas al tipo de información que se transmite (voz, vídeo y datos).

### Servicios mayoristas de referencia

Los servicios de comunicaciones electrónicas demandados por el Gobierno Vasco se basan en servicios de datos de diferentes características. Para varios de estos servicios minoristas existen distintos servicios mayoristas disponibles que podrían ser usados para replicar técnicamente la oferta de Telefónica.

Como se ha mencionado, esta Comisión a través de distintas Resoluciones ha ido sentando las bases de cómo debe analizarse una oferta empresarial. En efecto, en los procedimientos mencionados se ha constatado la necesidad de usar la figura del operador especializado en empresas que determinará los servicios mayoristas utilizados en cada caso para poder ofertar el producto minorista al cliente.

Telefónica, en sus alegaciones iniciales, defendió un análisis que toma como punto de partida un operador generalista, en concreto la red propia desplegada



por Euskaltel, para determinar el servicio mayorista utilizado para replicar cada servicio minorista.

En este escenario, el mayor grado de utilización de red propia y de servicios mayoristas como la oferta mayorista de acceso a los conductos de Telefónica (MARCo) conlleva unos costes menores de los que supondría una mayor utilización de servicios mayoristas de acceso indirecto, como el Nuevo servicio Ethernet de Banda Ancha (NEBA) y la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA); siendo más probable que la oferta realizada por Telefónica supere el test de replicabilidad.

Así, si partiendo del escenario propuesto por Telefónica la oferta no fuera replicable, lo sería todavía menos si el análisis de costes se hubiera basado en los criterios que esta Comisión considera como adecuados al caso, expuestos en las Resoluciones de Villena y UVa.

De esta forma, a continuación se presentará un análisis de replicabilidad basado en dicho escenario más favorable para Telefónica, aunque cabe advertir que este ejercicio se realizará solo para demostrar que, incluso con el mismo, la oferta continúa siendo irreplicable.

Por ello, se partirá de las características del servicio que la propia Telefónica ha indicado que prestará, diferenciando si se trata de un acceso tipo línea alquilada con fibra dedicada punto-a-punto, o de un servicio de banda ancha para el mercado empresarial basado en acceso de fibra punto-multipunto.

La replicabilidad de ambos tipos de acceso prestados por Telefónica, línea alquilada punto-a-punto, o banda ancha basada en fibra punto-multipunto, se realizará con diversos servicios mayoristas según el siguiente escenario:

- a) donde Euskaltel disponga de red propia, se usa MARCo como elemento de replicabilidad tanto para implementar las líneas alquiladas como las conexiones de banda ancha sobre fibra punto-multipunto;
- b) en caso contrario, si Telefónica dispone de red FTTH y ofrece un servicio de banda ancha empresarial basado en acceso en fibra punto-a-multipunto, la replicabilidad se basará en el uso de NEBA FTTH como servicio mayorista, siempre y cuando este servicio mayorista pueda garantizar la calidad requerida por el EJ/GV para dicho acceso;
- c) si no se cumple a) ni b), se usa la oferta mayorista ORLA, con líneas Ethernet cuando sea una central abierta a este tipo de servicios, o líneas tradicionales cuando no se da esta circunstancia.

## **Costes de red propia para la provisión de los servicios minoristas**

Para poder prestar los servicios minoristas licitados, un operador debe incurrir en costes derivados de la implementación y las actividades de operación y mantenimiento de la red propia necesaria para construir el servicio final sobre el servicio mayorista elegido.

Para el análisis de replicabilidad se ha partido de los costes en los que incurre Telefónica dado que se han obtenido de su propio Sistema de Contabilidad de Costes Regulatorio que usa el estándar de costes corrientes totalmente distribuidos.

A continuación se concretarán en detalle tanto los diferentes servicios mayoristas elegidos como los costes de red necesarios, desglosando por tipo de servicio minorista prestado.

### **A. Accesos de banda ancha**

#### **Costes mayoristas**

La presente oferta objeto de análisis incluye, de acuerdo con la descripción de Telefónica de los servicios provisionados, un elevado número de conexiones de banda ancha empresarial caracterizadas por tratarse de accesos basados en fibra punto-a-multipunto FTTH/GPON.

Como en todos los servicios demandados, el EJ/GV define para cada conexión el ancho de banda requerido que debe estar disponible. De acuerdo con las explicaciones de Telefónica, la provisión de los servicios de banda ancha empresarial conlleva que el tráfico sea marcado con mayor prioridad, hecho que, junto al adecuado dimensionamiento de la red propia, permite asegurar el ancho de banda solicitado por el EJ/GV en todo momento.

Si bien el ancho de banda especificado en el PPT para las conexiones equivaldría a que existiera garantía de caudal, de acuerdo con datos de la red de Telefónica, el coste asociado se calcula considerando que la capacidad de pico efectivamente utilizada por todas ellas en conjunto representa una contención de **CONFIDENCIAL** ] respecto al ancho de banda total requerido por el EJ/GV. Es decir, a pesar de que cada conexión individualizada tiene disponible el caudal solicitado por el EJ/GV, su agregación conlleva una ganancia estadística sin necesidad de transportar a la vez la suma de todas las capacidades solicitadas.

De acuerdo con el razonamiento seguido en el mercado empresarial, un operador de empresas no disfruta de suficientes economías de escala para que el despliegue de red propia mediante el uso de la oferta de referencia MARCo sea económicamente más favorable que la utilización del acceso indirecto

NEBA, al no realizar un despliegue masivo como se realizaría en el mercado residencial, ni tratarse tampoco de servicios de alto valor añadido, como serían las líneas alquiladas, sino servicios de banda ancha. Por tanto, el operador de empresas emplearía el servicio mayorista de acceso indirecto NEBA. Dado que Telefónica oferta los servicios sobre redes de fibra, la modalidad de referencia sería NEBA Fibra.

No obstante lo anterior, tal como se ha explicado antes, el presente análisis se basa en el escenario más favorable a Telefónica y por ello se analizarán los costes considerando que el operador usaría la oferta de referencia MARCo como servicio mayorista para proporcionar el servicio, siempre y cuando exista red propia de Euskaltel en el área de cobertura de la central de Telefónica que da servicio a la ubicación física.

Este es el caso para un total de 1.134 accesos donde Telefónica emplea la tecnología de acceso FTTH. Si bien en el informe de audiencia se utilizaba un coste de despliegue de FTTH/GPON mediante MARCo de 18,87€/mes, incluyendo el puerto de la OLT en la central, coste equivalente al usado para entorno residencial, dicho coste estaba calculado en base a previsiones de despliegues de fibra y usuarios conectados que estaban por debajo de la evolución actual de la demanda, y un valor del WACC sin modificar. Por consiguiente, se ha procedido a actualizar los datos resultando en una disminución sensible de los costes.

La siguiente tabla muestra los costes de dichos accesos de fibra suponiendo que se ha llevado a cabo un despliegue para entorno residencial mediante uso de MARCo:

**Tabla 9. Costes mayoristas de prestación de accesos de banda ancha con caudal no garantizado.**

Servicio	Elemento de replicabilidad	Costes de acceso (recurrentes) (€/mes)	Unidades	Total mensual (€)
FTTH	MARCo/GPON	10,36	1.134	11.748,24

Fuente: elaboración propia

Seguindo con el escenario planteado, se emplearía el servicio mayorista NEBA Fibra para analizar los costes y la replicabilidad de los accesos de banda ancha basados en fibra GPON que Telefónica presta en aquellas ubicaciones donde Euskaltel no dispone de red propia. Esto ocurre para un total de **CONFIDENCIAL [ ]** conexiones adicionales.

No obstante, a pesar de que pudiera estimarse que dichas conexiones no requieren de servicios tipo circuito punto-a-punto con caudales continuamente disponibles y garantizados, sí debe suponerse que Telefónica garantiza la

calidad especificada por el EJ/GV conforme a lo establecido en el PPT. En concreto, las calidades (QoS) de nivel 1 a 4 que se requieren en todas y cada una de conexiones mencionadas. Sin embargo, como se puede ver a continuación, Telefónica no ofrece a los operadores alternativos estas calidades en su oferta mayorista NEBA.

**Tabla 10. Comparativa entre calidades requeridas por el EJ/GV y ofertadas por NEBA-F**

	Requerimientos EJ/GV					NEBA FTTH		
	QoS 1	QoS 2	QoS 3	QoS 4	QoS 5	RealTime	Oro	Best Effort
Pérdida Paquetes	≤ 0,5%	≤ 0,5%	≤ 0,8%	≤ 0,9%	≤ 1%	≤ 0,02%	≤ 0,4%	≤ 0,8%
Latencia	≤ 10 ms.	≤ 15 ms.	≤ 15 ms.	≤ 20 ms.	≤ 50 ms.	≤ 45 ms.	≤ 66 ms.	-
Jitter	≤ 10 ms.	≤ 10 ms.	≤ 25 ms.	≤ 30 ms.	≤ 50 ms.	≤ 10 ms.	-	-

Fuente: elaboración propia

En efecto, los valores para la latencia establecidos actualmente en NEBA solo permiten asegurar la calidad tipo 5 (QoS5-Best Effort) definida por el EJ/GV. Para ello, el operador alternativo debería contratar calidad Real Time. Además, cabe recordar que en el servicio mayorista NEBA Telefónica solo ofrece la posibilidad de contratar Real Time para un máximo de 2Mbps, y que la gran mayoría de estas **CONFIDENCIAL [ ]** conexiones requieren de un mayor ancho de banda.

Por todo ello, dichas conexiones no se pueden replicar con este servicio mayorista y se debe emplear la oferta mayorista ORLA. Dado que son accesos de alta calidad, los mismos serán incluidos en el siguiente apartado sobre circuitos dedicados.

### Costes de red propia

Los costes de red propia comprenden los costes de red, más allá del acceso de fibra punto-multipunto, gestión<sup>26</sup> y mantenimiento<sup>27</sup> requeridos para ofrecer los caudales de tráfico<sup>28</sup> y conectividad asociados a los servicios VPN/MPLS provisionados sobre los accesos de banda ancha.

Los costes de red que el operador debe añadir al acceso fibra punto-multipunto (i) se han agrupado en 3 categorías según la cantidad de tráfico que el EJ/GV

<sup>26</sup> Costes operativos del Centro de Gestión de la Red que dará servicio a los diferentes centros a los que se da conexión mediante los servicios contratados.

<sup>27</sup> Costes operativos derivados del mantenimiento de red y los Acuerdos de Nivel de Servicio requeridos por el EJ/GV.

<sup>28</sup> Se refieren a los costes derivados del transporte en la red IP del tráfico originado en las diferentes ubicaciones a conectar.

asociaba a dicho acceso: hasta 10 Mbps, entre 10 y 100 Mbps, o de más de 100 Mbps y (ii) se han calculado como una parte de los costes de red, excluido el acceso, asociados en la contabilidad regulatoria de Telefónica de 2015 a los servicios minoristas tipo circuitos equivalentes. Dicha parte es proporcional al grado de contención del tráfico en dichas conexiones respecto a lo que sería un circuito<sup>29</sup>.

Como se ha descrito anteriormente, en una misma dirección física puede haber varias VPN asociadas (una por cada red sectorial existente en esa ubicación) si bien, dependiendo de los anchos de banda y los requerimientos, dichas VPN se pueden implementar como varias conexiones lógicas independientes sobre un mismo acceso físico. Por ello, para calcular los costes de red propia, se considera el coste asociado a cada acceso (independientemente del número de VPN diferentes que haya en ese acceso). Por otro lado, para los accesos redundados solo se computa un único coste de red propia.

A continuación, se muestra una tabla con los costes de red propia que debe hacer frente un operador para proveer el servicio final a partir del servicio mayorista MARCo mencionado:

**Tabla 11. Costes de red propia accesos de banda ancha**

Servicio	Elemento de replicabilidad	Costes de red propia (recurrentes) (€/mes)	Unidades	Total mensual (€)
Accesos FTTH > 100 Mbps	MARCo	34,11	221	7.538,78
Accesos FTTH entre 10 y 100 Mbps	MARCo	7,28	615	4.474,13
Accesos FTTH hasta 10 Mbps	MARCo	4,88	179	873,90
<b>Total red propia de accesos MARCo</b>			<b>1.015<sup>30</sup></b>	<b>12.886,81</b>

Fuente: elaboración propia

## **B. Circuitos dedicados**

### **Costes mayoristas**

Los circuitos mediante fibra óptica punto-a-punto con velocidades y caudal dedicado y garantizado pueden replicarse mediante el uso del servicio mayorista de acceso a conductos MARCo, que permite al operador desplegar su propia red de fibra óptica punto-a-punto, o mediante el uso de accesos indirectos vía la oferta mayorista de circuitos alquilados ORLA.

<sup>29</sup> Para estimar los costes de red propia de los accesos FTTH de Telefónica superiores a 100 Mbps se ha partido del circuito Gigabit Ethernet de la contabilidad regulatoria.

<sup>30</sup> Este valor no concuerda con los 1.136 accesos FTTH mayoristas vistos en la Tabla 9 debido a que existen ubicaciones en las que al requerir redundancia se han duplicado los accesos mayoristas, pero representan un único caudal soportado sobre red propia.

En el presente caso, el servicio minorista ofertado por Telefónica comprende un total de 711 circuitos con caudales garantizados para interconectar diferentes edificios pertenecientes a la red del EJ/GV. **CONFIDENCIAL[ ]** de estas conexiones se corresponden con los accesos de banda ancha con elevada calidad de servicio vistos en el apartado anterior.

Como se ha explicado más arriba, para proveer estos servicios en el presente caso se ha partido de la existencia de red de Euskaltel. En caso de que este operador tuviese cobertura en la central asociada, se han estimado los costes en que incurriría un operador que hubiera desplegado fibra punto-a-punto utilizando MARCo. En caso contrario, se emplearía ORLA.

A continuación, se muestra una tabla resumen con los accesos mayoristas elegidos para los servicios minoristas ofertados, y sus costes asociados:

**Tabla 12. Costes mayoristas de prestación de accesos con caudales garantizados  
[VALOR SEÑALADO CONFIDENCIAL]**

Servicio	Elemento de replicabilidad	Costes de acceso (€/mes) (recurrentes)	Unidades	Distancia (km)	Total no recurrentes (€)	Total mensual (€)
<b>Total accesos MARCo:</b>			<b>336</b>			
Circuito MAN Ethernet hasta 10 Gbps	MARCo		336			
	Distancia MARCo (euros/mes/km)	[ ]		[ ]		28.324,58
<b>Total accesos ORLA-E:</b>			<b>168</b>			
Circuito MAN Ethernet hasta 10 Mbps	ORLA Ethernet (10 Mbps)	298,39	121		73.101,19	36.105,28
Circuito MAN Ethernet hasta 100 Mbps	ORLA Fast Ethernet (100 Mbps)	438,43	40		43.555,28	17.537,23
Circuito MAN Ethernet hasta 1 Gbps	ORLA Gigabit Ethernet (1 Gbps)	1.338,72	7		7.783,03	9.371,05
<b>Total accesos ORLA-T:</b>			<b>207</b>			
Circuito MAN Ethernet hasta 2 Mbps	ORLA 2 Mbps	160,58	12		9.665,19	1.926,97
Circuito MAN Ethernet hasta 34 Mbps	ORLA 34 Mbps	711,34	164		264.971,88	116.659,66
Circuito MAN Ethernet hasta 155 Mbps	ORLA 155 Mbps	954,29	31		55.616,86	29.583,00
<b>Total</b>			<b>711</b>		<b>454.693,43</b>	<b>239.507,77</b>

Fuente: elaboración propia

Como se puede ver, 336 accesos son replicados mediante MARCo y 375 vía ORLA, de los cuales 168 mediante ORLA-E (interfaces Ethernet) y 207 mediante ORLA-T (interfaces tradicionales).

Para evaluar el coste de los **accesos MARCo**, se considera que se trata de despliegues de fibra óptica punto-a-punto para el mercado empresarial, y que, en lugar de unos costes en infraestructura civil, se utiliza el servicio mayorista MARCo con sus costes asociados.

Para Telefónica no es adecuada la estimación realizada en el informe de audiencia del coste mensual por kilómetro de fibra, incluyendo tanto los tramos horizontales como verticales, de **CONFIDENCIAL[ ]** euros, que resultan del coste que tendría un despliegue, sin reutilización de los conductos y cables de fibras (**CONFIDENCIAL[ ]** €/km<sup>31</sup>), sustrayendo el porcentaje de reutilización de dichos recursos en base a la propia ubicación de las sedes del EJ/GV a cubrir (41,8%).

En base a un conjunto de datos aportados en sus alegaciones de forma relativamente detallada y de varias hipótesis, Telefónica señala un valor de **CONFIDENCIAL[ ]**€ al mes por km como coste total del circuito, calculado a partir del propio coste mayorista MARCo y del coste del medio portador junto a su tendido.

En contraposición a los parámetros e hipótesis empleadas por Telefónica para su cálculo, debe hacerse notar que un operador de empresas realizará despliegues propios de fibra para servicios de alto valor añadido, como serían los circuitos, de forma puntual y no a gran escala. En este caso el tamaño de los cables de fibras que se utilizarían y el grado de compartición y uso de las infraestructuras y medio portador sería mucho menor que si se considera un despliegue común para empresas junto a uno masivo para residencial. Por consiguiente resultarían unos costes mayores que los que Telefónica ha aportado.

En este sentido, el coste inicial de **CONFIDENCIAL [ ]**€/km al mes ya se argumentó que era un coste considerando un despliegue dedicado de fibra punto-a-punto para circuitos que permite provisionar múltiples servicios, pero sin ningún grado de reutilización y compartición, es decir sería el techo de coste posible. A partir de dicho valor, suponiendo un determinado grado de compartición, esto es que el despliegue es utilizado para varios usuarios pero únicamente de empresas, en el presente expediente se proponía utilizar un coste de **CONFIDENCIAL [ ]**€/km.

No obstante, en el escenario ad hoc empleado en el presente expediente para analizar la replicabilidad económica de la oferta de Telefónica en base a la red de fibra desplegada por Euskaltel, sí es coherente utilizar los costes que tendría un despliegue de fibra de acceso punto-a-punto para circuitos

---

<sup>31</sup> Valor ya expuesto y justificado en el expediente OFMIN/DTSA/001/16 DENUNCIA UNIVERSIDAD VALLADOLID.

suponiendo que es compartido con un despliegue masivo para el mercado residencial.

En este sentido, si bien el cálculo del coste señalado por Telefónica no ha sido desglosado para poder valorarlo adecuadamente, de forma indirecta, teniendo en cuenta la distancia media aproximada de 1,5 km de los circuitos provisionados mediante MARCo y el coste señalado por Telefónica de **CONFIDENCIAL** [ ]€ por km y mes, resulta un coste por circuito equivalente al asignado en la propia contabilidad regulatoria de Telefónica al tramo de acceso de fibra dedicada punto-a-punto de los circuitos mayoristas Ethernet. En consecuencia, puede admitirse que el valor dado por Telefónica está en línea con el coste que la propia Telefónica tiene para desplegar el circuito.

No sería razonable que en el análisis de replicabilidad se asignara un coste inferior al propio coste que Telefónica asigna en su contabilidad a los accesos de los circuitos regulados Ethernet a 10, 100 Mbps y 1 Gbps. Es decir, no sería justificable que el coste de un tercer operador para desplegar la red propia para provisionar los servicios fuera inferior a los costes que la propia Telefónica declara para un servicio mayorista, cuando además dichos costes están basados en la propia infraestructura civil de Telefónica, que como ella misma argumenta en sus propio escrito, debe ser sensiblemente inferior al coste que supone el uso de la MARCo.

Del mismo modo que el valor de **CONFIDENCIAL** [ ]€/km era un límite superior del coste, el valor indicado por Telefónica, que es acorde con los costes asignados en su contabilidad regulatoria, debe asumirse como un límite inferior puesto que está basado en un despliegue conjunto masivo para el mercado residencial, circunstancia que no se daría en el caso de un operador específico para el mercado empresarial.

Teniendo en cuenta las ubicaciones (i) de las sedes a unir y (ii) de las centrales de Telefónica, así como el recorrido por las calles principales, se obtienen las distancias a cubrir mediante fibra. Como resultado de dichas distancias, con un margen de 10% adicional<sup>32</sup>, se obtienen los costes de la tabla anterior.

Respecto a los **accesos ORLA**, se ha considerado la utilización de circuitos de tecnología Ethernet si la central asociada al acceso corresponde a una central con cobertura de servicios ORLA-E, y se opta por circuitos tradicionales ORLA-T en caso contrario.

En ambos casos se elige la modalidad que redunde en el menor coste posible de entre las opciones que garantizan el caudal requerido. Por ejemplo un

---

<sup>32</sup> El margen del 10% adicional estimado viene dado por el incremento en longitud que supone el recorrido a través de los conductos y las cámaras respecto a las líneas rectas de las calles.



circuito minorista con un caudal de 20Mbps y fuera de cobertura ORLA-E se replica con un acceso ORLA-T de 34Mbps, dado que un acceso de 2Mbps no garantiza el caudal y un acceso de 155Mbps supone un coste mayor.

A su vez, priorizar el menor coste posible implica que en ocasiones se emplean dos accesos mayoristas para replicar un circuito minorista. Por ejemplo, los circuitos minoristas con caudal de 20Mbps se replican con dos accesos ORLA-E de 10Mbps. En efecto, dos accesos de 10Mbps suponen un menor coste que la opción alternativa, esto es un acceso de la modalidad superior (100Mbps).

Finalmente, para ambos tipos de accesos ORLA, se ha estimado que nunca existen circuitos de alto coste asociados a la provisión de los circuitos mayoristas. Asimismo, para calcular el coste de los circuitos, se ha supuesto siempre una distancia de 0 km para el servicio de enlace a cliente independientemente del tipo de circuito, salvo en aquellas ubicaciones asociadas a centrales no abiertas a interconexión de líneas alquiladas tradicionales, en las cuales se ha considerado una distancia de 4 km.

### **Costes de red propia**

Para poder prestar los servicios minoristas licitados, un operador debe incurrir en costes derivados de la implementación y las actividades de operación y mantenimiento de la red propia necesaria para completar los servicios mayoristas regulados.

Como se ha visto con anterioridad, la parte de red de acceso de los servicios minoristas de circuitos dedicados se replica con los servicios mayoristas de acceso ORLA y MARCo. Para completar la prestación de los servicios minoristas, se han considerado los costes de red, gestión<sup>33</sup> y mantenimiento<sup>34</sup> en que incurre el operador alternativo con sus propios medios para ofrecer la conectividad y los caudales de tráfico<sup>35</sup> asociados a los servicios de MPLS/VPN de los distintos circuitos.

Los costes de red propia para los servicios de circuitos dedicados replicados mediante el servicio mayorista **MARCo** se han calculado como equivalentes a los costes de red de la contabilidad regulatoria de Telefónica asociados al servicio minorista de línea alquilada Ethernet pero descontando todos los costes medios asociados al despliegue mediante MARCo de la fibra de la red

---

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Costes operativos derivados del mantenimiento de red y los Acuerdos de Nivel de Servicio.

<sup>35</sup> Costes derivados del transporte del tráfico originado en las diferentes ubicaciones que deben conectarse.

de acceso de última milla, calculados a partir del coste dado por Telefónica en el apartado anterior.

En este caso, los costes de red propia incluyen tanto el coste asociado a los equipos en central como el de la red de agregación. En los accesos dedicados de capacidades superiores a Gigabit Ethernet, se ha supuesto que sus costes de red propia se aproximan al valor de esta categoría en la contabilidad regulatoria.

No obstante, existen 4 accesos replicados con el servicio mayorista MARCo que requieren de anchos de banda de 10 Gbps para satisfacer las necesidades de capacidad especificadas en el PPT. En dichos casos, si bien el coste del acceso no es dependiente de la velocidad al estar replicado con MARCo, el coste de red propia se ha aproximado como el doble del coste que tendría el acceso a 1 Gbps.

Los costes de red propia para los servicios de circuitos dedicados replicados mediante el servicio mayorista **ORLA** deben cubrir toda la red a partir de la propia central en la que se interconectaría el operador alternativo (en la que se ubicaría el extremo de la línea alquilada mayorista), para ofrecer el servicio minorista.

En el presente caso, al haberse supuesto servicios mayoristas de 0 km en casi su totalidad, dichos costes de red propia incluyen la red de agregación excluyendo únicamente el coste asociado a los equipos en central que ya es proporcionado por el servicio mayorista ORLA. Por ello, los valores resultantes son prácticamente iguales que los considerados para los circuitos provisionados mediante MARCo, habiéndose restado los costes que la propia contabilidad de Telefónica asigna a los equipos de central para los servicios mayoristas Ethernet.

A continuación, se muestra una tabla con los costes de red propia que debe hacer frente un operador alternativo para configurar el servicio final a partir de los servicios mayoristas citados:

**Tabla 13. Costes calculados de red propia [COSTES CONFIDENCIALES]**

Servicio	Elemento de replicabilidad	Costes de red propia (recurrentes) (€/mes)	Unidades	Total mensual (€)
<b>Red propia desde accesos MARCo:</b>				
Accesos hasta 10 Gbps	MARCo			
Accesos hasta 1 Gbps	MARCo			
Accesos hasta 100 Mbps	MARCo			
Accesos hasta 10 Mbps	MARCo			

Servicio	Elemento de replicabilidad	Costes de red propia (recurrentes) (€/mes)	Unidades	Total mensual (€)
<b>Red propia desde accesos ORLA-E:</b>				
Accesos hasta 1 Gbps	ORLA-E Gigabit Ethernet			
Accesos hasta 100 Mbps	ORLA-E Fast Ethernet			
Accesos hasta 10 Mbps	ORLA-E Ethernet			
<b>Red propia desde accesos ORLA-T:</b>				
Accesos hasta 2 Mbps	ORLA-T 2 Mbps			
Accesos hasta 34 Mbps	ORLA-T 34 Mbps			
Accesos hasta 155 Mbps	ORLA-T 155 Mbps			

Fuente: elaboración propia

### **C. Servicios subcontratados**

Finalmente, para dar cumplimiento a una de las condiciones de la licitación del EJ/GV, Telefónica subcontrata con terceros una parte de los servicios de telecomunicaciones.

En concreto, Telefónica ha optado por subcontratar tanto los Servicios de Fibra Óptica usados para interconectar de forma directa determinados edificios clave, como los Servicios Ópticos empleados para conectar diferentes redes de área local de la red sanitaria, así como los Servicios MPLS para las ubicaciones fuera del territorio español.

Por ello, se le ha requerido a Telefónica que aportara el detalle de dichos costes. Se muestran en la siguiente tabla:

**Tabla 14. Costes de los servicios subcontratados [COSTES CONFIDENCIALES]**

Servicio <sup>36</sup>	Coste no recurrente (€)	Coste recurrente (€/mes)	Costes de red propia (recurrentes) (€/mes)	Total no recurrentes (€)	Total mensual (€)
Servicios de Fibra Óptica (Iberfibra)					
Servicios de Fibra Óptica (Iberdrola)					
Servicios Ópticos (SIA)					
Servicios MPLS fuera del País Vasco (TIWS)					
<b>TOTAL</b>					

<sup>36</sup> En paréntesis se citan las empresas subcontratadas.

Fuente: elaboración propia

Por simplicidad, en esta tabla se han incorporado también los costes de red propia que incluyen aquellos costes derivados de la implementación de la red y las actividades de mantenimiento necesarias para el correcto funcionamiento de los servicios demandados.

Para el cálculo de los Servicios Ópticos se ha tomado un coste de red propia equivalente al de un circuito de 1 Gbps. Para los servicios prestados fuera de España se ha tomado el coste de red propia de un circuito correspondiente a la velocidad requerida.

### **1.3.2 Costes de los servicios fuera del entorno regulado**

En la licitación pública también se incluye una serie de equipos y servicios que quedan fuera del marco de los mercados de regulación ex ante. En concreto, se trata por un lado de los equipos instalados en las dependencias del cliente necesarios para proveer los servicios de datos ya analizados y, por otro lado, de la extensión del servicio de Telefonía IP a los usuarios de la Red Administrativa y Sanitaria.

Dado que son actividades en las que Telefónica no cuenta con un elevado poder de mercado y otros operadores pueden tener un nivel de costes similar, se han empleado los costes aportados por Telefónica.

A tal efecto, se requirió a Telefónica los costes de dichos equipos y servicios ofertados. A continuación, se detallan cada uno de ellos juntamente con sus costes asociados:

#### **Equipos en domicilio de cliente**

Telefónica ha ofertado más de dos mil equipos de cliente que se emplean para prestar los servicios de datos ya analizados. Como el EJ/GV contrata la prestación de los servicios y en éstos van incluidos los equipos en cliente, se estima que Telefónica mantiene la propiedad de estos equipos. Así pues, a continuación, se muestran, por un lado, los costes unitarios de cada uno de los equipos y, por otro lado, la transformación de los mismos en costes recurrentes mensualizados, asumiendo una vida útil de 4 años para los mismos.

**Tabla 15. Equipos en domicilio de cliente  
[DATOS CONFIDENCIALES]**

Equipo	Coste unitario (€)	Unidades	Total Recurrentes (€/mes)
OneAccess 540			
HP 10G Claro			
HP 70-500 Mbps (Claro y Cifrado)			
HP 1G Claro			
HP 2G Cifrado			
Teldat M1-GE			
<b>Total equipos de cliente</b>			

Fuente: elaboración propia

### 1.3.3 Costes minoristas

Finalmente, deben considerarse los costes en que incurre un operador para poder prestar servicios minoristas, provenientes de actividades tales como facturación, publicidad o gestión del cobro.

En coherencia con el tratamiento de los costes que quedan fuera de la actividad regulada, se han empleado los costes de Telefónica.

En la ya citada Resolución sobre la oferta presentada al Ayuntamiento de Villena se realizó un análisis en profundidad para determinar cuáles eran los costes minoristas que debían tenerse en cuenta a la hora de analizar las ofertas empresariales como la del EJ/GV.

En concreto, partiendo del sistema de contabilidad de costes regulatoria y de varios requerimientos de información específicos realizados a Telefónica sobre los centros de actividad relevantes (marketing y publicidad, comercialización, coste de ventas, facturación y gestión del cobro y del fraude), se calculó el peso que representan estos costes minoristas sobre los ingresos provenientes del segmento no-residencial de Telefónica.

De todo ello se concluyó que los costes minoristas de Telefónica representan un **[CONFIDENCIAL ]**% de sus ingresos por servicios provenientes del segmento no-residencial.

Dado que la Resolución de Villena se aprobó en fechas similares a la licitación (junio y agosto de 2015 respectivamente) se considera que esta cifra continúa siendo válida para el presente caso, por lo que se usará dicho valor como coste minorista en el presente procedimiento.

#### 1.4 Período relevante de análisis y valoración de los flujos de caja

El contrato formalizado entre EJ/GV y Telefónica tiene una duración de 4 años, por lo que se opta por dicho plazo como periodo de análisis.

Por otro lado, en línea con la metodología de análisis de ofertas residenciales y las Resoluciones Villena, UVa e ICM, la valoración de los flujos de caja se realizará mediante el método de valor actual neto (VAN), descontando dichos importes con el coste de capital de la propia Telefónica calculado por esta Comisión<sup>37</sup>.

#### 1.5 Resultado del análisis de replicabilidad

En la siguiente tabla, se expone el resultado del análisis de replicabilidad, de acuerdo con los criterios y costes anteriores, y aplicando el valor actual neto a los flujos de caja obtenidos (en el Anexo I se presenta el cálculo completo de replicabilidad):

**Tabla 16. VAN de la oferta presentada por Telefónica  
[DATOS PARCIALMENTE CONFIDENCIALES]**

Conceptos	No recurrente (€)	Recurrentes (€/mes)
Ingresos directos de la licitación		276.998,02
<b>TOTAL INGRESOS</b>		<b>276.998,02</b>
Total costes conceptos sujetos a Regulación Mayorista	561.723,26	418.230,52
Total costes conceptos NO sujetos a Regulación Mayorista		12.705,13
Costes minoristas		[ ]
<b>TOTAL COSTES</b>	<b>561.723,26</b>	<b>[ ]</b>
<b>MARGEN</b>	<b>-561.723,26</b>	<b>[ ]</b>
<b>VAN (a 4 años)</b>		<b>-8.539.429<sup>38</sup></b>

Fuente: elaboración propia

<sup>37</sup> Coste del capital medio ponderado, en sus siglas en inglés. Esta Comisión calcula dicho valor de forma anual, ascendiendo a 8,35% para el año 2015, momento de presentación de la oferta. Resolución de 5 de noviembre de 2015 (WACC/DTSA/0003/15/WACC 2015 OP INTEGRADOS)

<sup>38</sup> De haberse incluido el servicio de Ampliación VoIP, el VAN resultante hubiera mantenido su signo negativo, ascendiendo a -3.525.952 euros. Es decir, la ampliación de la VoIP no hubiera modificado el resultado negativo del análisis de replicabilidad.

De acuerdo con la tabla anterior, un hipotético operador de empresas obtendría una rentabilidad negativa al prestar los servicios incluidos en la oferta de Telefónica mediante las ofertas mayoristas disponibles.

De nuevo, cabe remarcar que el análisis presentado aquí parte de un escenario más favorable a Telefónica del que esta Sala de Supervisión Regulatoria considera como el adecuado dadas las obligaciones impuestas al operador declarado con PSM en los mercados regulados. Así pues, de haberse empleado el escenario apropiado, esto es, el establecido en las Resoluciones Villena y Universidad de Valladolid, la rentabilidad negativa hubiera sido todavía más acusada.

### **TERCERO.- Alcance de la intervención de la CNMC en la resolución del presente expediente**

El presente procedimiento tiene por objeto dilucidar la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica consistente en la realización de una oferta minorista económicamente no replicable por un operador especialista en empresas eficiente, en el marco de un concurso público convocado por el EJ/GV en el mes de agosto de 2015.

Como se ha puesto de manifiesto de manera detallada en el Fundamento Jurídico Material Segundo, la CNMC ha llegado a la conclusión de que Telefónica ha llevado a cabo una práctica de irreplicabilidad económica contraria a los objetivos y obligaciones regulatorias que dicho operador tiene contraídas en el seno de los mercados regulados 4, 5 y 6/2007 citados en la habilitación competencial.

En el caso que nos ocupa, procede señalar que nos encontramos ante un supuesto de competencias concurrentes entre distintas administraciones públicas, donde sobre el 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.

En este escenario, corresponde exclusivamente a la CNMC asegurar la debida aplicación del marco regulatorio vigente, incluyendo aquellas resoluciones en virtud de las cuales se ha procedido a regular de manera preventiva, mediante la imposición de las correspondientes obligaciones regulatorias, aquellos mercados que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

Así pues, las medidas correctoras a adoptar por parte de la CNMC tienen como único destinatario a Telefónica como operador declarado con PSM en los mercados afectados por el presente expediente: mercados de banda ancha al por mayor y mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

Dada la fragilidad de la estructura competitiva de los mencionados mercados, resulta necesaria una intervención por parte de la CNMC que garantice el cumplimiento de las condiciones competitivas en que han de desarrollarse los mercados de comunicaciones electrónicas.

Es por ello que procede instar la apertura del correspondiente procedimiento sancionador contra Telefónica por el incumplimiento de las obligaciones regulatorias que tiene establecidas en los mercados mayoristas de banda ancha y de líneas alquiladas terminales. Por otro lado, se analizará si es necesaria la revisión de las ofertas mayoristas para asegurar que los operadores alternativos pueden prestar servicios minoristas equivalentes a los prestados por Telefónica, incluyendo las calidades asociadas.

Por el contrario, esta CNMC no cree procedente intimar a Telefónica a cesar en la prestación de los servicios que viene suministrando al EJ/GV. Esta consideración se basa en el elevado perjuicio que le supondría a este cliente minorista, en especial teniendo en cuenta el volumen de recursos que debería dedicar (i) tanto para llevar a cabo una nueva licitación pública, más si cabe de esta envergadura, (ii) como también a la potencial consecuente migración de redes hacia un tercer operador, más teniendo en cuenta que ha tenido que realizar este proceso recientemente.

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

## RESUELVE

**ÚNICO.-** En relación con el concurso convocado por Eusko Jaurlaritza / Gobierno Vasco en el mes de agosto de 2015, con código de expediente KM/2016/001, Telefónica de España, S.A.U. ha incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba el 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 y la Resolución de la CMT de 11 de abril de 2013 por la que se aprueba el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella



recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

## ANEXO I. CÁLCULO DE REPLICABILIDAD [COSTES PARCIALMENTE CONFIDENCIALES]<sup>39</sup>

**Tabla 17. Cálculo de Replicabilidad**

CÁLCULO DE REPLICABILIDAD											
	Servicio	Elemento de replicabilidad	Costes de acceso		Costes de red propia		Unidades	Distancia	Total no recurrentes	Total mensual	
			No recurrentes	Recurrentes	No recurrentes	Recurrentes					
<b>Conceptos servicios de transmisión de datos</b>											
Servicios mayoristas	Accesos MARCo										
	FTTH (Tabla 9)	MARCo/GPON		10,36			1.134		-	11.748,24	
	MAN Ethernet 10 Gbps (Tabla 12)	MARCo Distancia MARCo (euros/mes/km)					336		-	-	
	Accesos ORLA-E (Tabla 12)										
	Circuito MAN Ethernet hasta 10 Mbps	Ethernet (10 Mbps)		298,39			121		73.101,19	36.105,28	
	Circuito MAN Ethernet hasta 100 Mbps	Fast Ethernet (100 Mbps)		438,43			40		43.555,28	17.537,23	
	Circuito MAN Ethernet hasta 1 Gbps	Gigabit Ethernet (1 Gbps)		1.338,72			7		7.783,03	9.371,05	
	Accesos ORLA-T (Tabla 12)										
	Circuito MAN Ethernet hasta 2 Mbps	2 Mb		160,58			12		9.665,19	1.926,97	
	Circuito MAN Ethernet hasta 34 Mbps	34 Mbps		711,34			164		264.971,88	116.659,66	
Circuito MAN Ethernet hasta 155 Mbps	155 Mbps		954,29			31		55.616,86	29.583,00		
Red propia	Red propia de accesos MARCo MAN Ethernet (Tabla 13)										
	Accesos hasta 10 Gbps	MARCo					4				
	Accesos hasta 1 Gbps	MARCo					74				
	Accesos hasta 100 Mbps	MARCo					203				
	Accesos hasta 10 Mbps	MARCo					20				
	Red propia de accesos MARCo GPON (Tabla 11)										
	Accesos FTTH > 100 Mbps	MARCo					34,11	221	-	7.538,78	
	Accesos FTTH entre 10 y 100 Mbps	MARCo					7,28	615	-	4.474,13	
	Accesos FTTH hasta 10 Mbps	MARCo					4,88	179	-	873,90	
	Red propia de accesos ORLA-E (Tabla 13)										
Accesos hasta 1 Gbps	ORLA-E Gigabit Ethernet						7				
Accesos hasta 100 Mbps	ORLA-E Fast Ethernet						77				
Accesos hasta 10 Mbps	ORLA-E Ethernet						41				
Red propia de accesos ORLA-T (Tabla 13)											
Accesos hasta 2 Mbps	ORLA-T 2 Mbps						12				
Accesos hasta 34 Mbps	ORLA-T 34 Mbps						100				
Accesos hasta 155 Mbps	ORLA-T 155 Mbps						29				
Servicios de telecomunicaciones subcontratados (Tabla 14)											
Servicios de Fibra Óptica Iberfibra											
Servicios de Fibra Óptica Iberdrola											
Servicios Ópticos SIA											
Servicios MPLS fuera de España (TIWS)											
<b>TOTAL COSTES CONCEPTOS SUJETOS A REGULACIÓN MAYORISTA</b>									<b>561.723,26</b>	<b>418.230,52</b>	
<b>Conceptos fuera del entorno regulado</b>											
Equipos de cliente (Tabla 15)											
OneAccess 540	Coste con vida útil de 4 años										
HP 10G Claro	Coste con vida útil de 4 años										
HP 70-500 Mbps (Claro y Cifrado)	Coste con vida útil de 4 años										
HP 1G Claro	Coste con vida útil de 4 años										
HP 2G Cifrado	Coste con vida útil de 4 años										
Teildat M1-GE	Coste con vida útil de 4 años										
<b>TOTAL COSTES CONCEPTOS NO SUJETOS A REGULACIÓN MAYORISTA</b>									<b>12.705,13</b>		
Costes comerciales (% de los ingresos)											
<b>TOTAL COSTES CONTRATO</b>									<b>561.723,26</b>		
<b>INGRESOS (Tabla 4)</b>									<b>276.998,02</b>		
<b>VAN (a 4 años)</b>	<b>WACC (anual)</b>	<b>8,35%</b>							<b>-8.539.429,01</b>		

Fuente: elaboración propia

<sup>39</sup> De acuerdo con las confidencialidades indicadas en el cuerpo del documento.

## **ANEXO II. CONTESTACIÓN A LAS ALEGACIONES DE TELEFÓNICA Y EUSKALTEL**

### **I. Alegaciones de Telefónica**

#### **Alegación sobre la injustificada intervención de la CNMC debido a la no afectación al mercado de la oferta minorista de Telefónica y la ausencia de interés público en el procedimiento**

Telefónica reitera, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, el archivo del procedimiento administrativo debido a la ausencia de afectación al interés general y a la competencia efectiva que justifique la intervención de la CNMC.

A su entender, su oferta económica no ha tenido ninguna incidencia en las posibilidades de Euskaltel de ser el operador adjudicatario del concurso ya que dicho operador fue excluido del procedimiento de licitación por el propio EJ/GV al no reunir su oferta técnica los requisitos/criterios exigidos en el pliego del Lote 1, motivo por el que *“el EJ/GV sólo recibió una oferta que cumpliera con los requisitos marcados en el pliego y que la misma fue, lógicamente, la adjudicataria de señalado Lote 1”*.

#### **Respuesta:**

Debe recordarse que los mercados afectados por el presente expediente no son plenamente competitivos dada la existencia de un operador (Telefónica) 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, circunstancia que aconsejó el establecimiento de obligaciones regulatorias a dicho operador basadas en la naturaleza del problema identificado, proporcionadas y justificadas a la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, entre los que se incluyen, *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores”*, un interés jurídico-público susceptible de dar lugar a la intervención por parte de esta Comisión según resulta de la propia LGTel.

Como se ha dicho en el cuerpo del documento, la práctica analizada pretende conseguir la expulsión o debilitamiento de los competidores en los mercados minoristas con el fin de distorsionar la competencia, lo que confirma la importancia de la actuación del organismo regulador en esta esfera.

Telefónica es perfectamente conocedora de que tiene prohibido llevar a cabo prácticas de irreplicabilidad económica de acuerdo con las resoluciones en materia de regulación de los mercados señalados, habiendo sido incluso sancionada por el incumplimiento de tal prohibición. Concretamente, en la

Resolución de 7 de junio de 2012 por el incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 por la que se finaliza el expediente sancionador núm. RO 2011/2321.

Dada la fragilidad de la estructura competitiva de los mencionados mercados, el test de replicabilidad económica constituye una de las herramientas regulatorias básicas previstas por la normativa sectorial para garantizar la supervisión, por parte de la CNMC, del correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Así pues, la intervención de la CNMC resulta más que necesaria para (i) impedir que se consoliden situaciones de antijuridicidad –como el debilitamiento de los competidores, distorsionando la competencia en los mercados minoristas y perjudicando a los consumidores en el medio y largo plazo– y (ii) salvaguardar un interés general como es garantizar el cumplimiento de las condiciones competitivas en que han de desarrollarse los mercados de comunicaciones electrónicas. Esto confirma sin duda alguna la importancia de la actuación del organismo regulador en esta esfera. Por todo ello, la competencia de intervención de la CNMC en el presente procedimiento está fuera de duda.

La CNMC es competente para analizar cualquier oferta minorista presentada por Telefónica en el segmento empresarial para asegurar el cumplimiento de las obligaciones regulatorias que en materia de replicabilidad este operador tiene contraídas.

Como ya señaló la CMT a Telefónica en su Resolución de fecha 31 de mayo de 2012<sup>40</sup> y se le recordó en el trámite de audiencia del presente procedimiento, no importa que la citada oferta de Telefónica haya sido la única admitida o, que por contrario, no hubiera sido la oferta ganadora. Concretamente, en la citada resolución de mayo de 2012, la CMT dispuso lo siguiente:

*“Con independencia del resultado final del procedimiento de licitación llevado a cabo por una Administración Pública, es preciso señalar que el cumplimiento de las obligaciones que TESAU tiene impuestas en virtud de la normativa sectorial es exigible en todos los casos. Es decir, el hecho de que TESAU finalmente resulte o no adjudicatario del concurso convocado por una Administración contratante es irrelevante, puesto que la actuación de la CMT se centra en el hecho de si la oferta presentada por este operador es compatible o no con las obligaciones que debe asumir. Corresponde en definitiva a TESAU asegurar que sus ofertas minoristas sean emulables”*

---

<sup>40</sup> Resolución de 31 de mayo de 2012 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 Confederación Hidrográfica del Júcar (expediente núm. MTZ 2012/377).

*atendiendo a las condiciones mayoristas vigentes. De otra forma, este operador estaría imponiendo a sus competidores una presión competitiva en precios que su división minorista no debe afrontar”.*

Por tanto, sí es procedente analizar en el marco del presente procedimiento la oferta presentada por Telefónica y objeto de la denuncia de Euskaltel, independientemente de que este último operador haya resultado excluido del procedimiento de licitación por no cumplir su oferta con los requisitos técnicos exigidos en el pliego del Lote 1.

### **Alegación sobre la caducidad del procedimiento**

Telefónica afirma en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia que el presente procedimiento administrativo está caducado pues, entiende que la duración legítima del procedimiento es de tres meses a contar desde su acuerdo de inicio producido el 4 de diciembre de 2015. Estima, por tanto, que aun considerando las suspensiones de plazo producidas en el marco del presente procedimiento, su resolución será emitida después de que haya transcurrido el plazo legítimo para dictar y notificar tal resolución.

### **Respuesta:**

Con carácter general, el artículo 92.4 de la LRJPAC impide la aplicación de la figura de la caducidad cuando la cuestión suscitada –como es el caso del objeto del presente procedimiento– afecta al interés general ya que persigue una finalidad pública que merece su esclarecimiento.

Pues bien, como se ha señalado, la supervisión del cumplimiento de las obligaciones regulatorias que tiene impuestas Telefónica en virtud de la normativa sectorial a través del test de replicabilidad económica tiende a lograr el correcto funcionamiento de los mercados y, por ende, la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas. El test de replicabilidad económica, por tanto, afecta de manera directa al interés general.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante un procedimiento de naturaleza fuertemente singular, de notoria dificultad y en el que han existido varias suspensiones de plazo y en el que la intervención de la CNMC está encaminada a conseguir el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas.

En procedimientos administrativos de análoga naturaleza que también están afectados por el mismo interés general de lograr la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas –como es el caso de la orientación a costes de los precios de interconexión efectuada por la CMT– el Tribunal

Supremo ha declarado en sus Sentencias de 29 de mayo y 11 de diciembre de 2007<sup>41</sup> que:

*“[S]ería difícil dar soluciones de carácter general habida cuenta la distinta intensidad que, según las situaciones que se contemplen, tengan los beneficios sobre los perjuicios o viceversa. Para ello es necesario tener presente otras consideraciones que pueden concurrir en el caso cuestionado. El primero de ellos y más relevante es el de la incidencia que para el interés general vaya a tener la resolución que se dicte, que puede incluso llevar, en casos extremos, a la eliminación de la caducidad, como proclama el artículo 92.4 de dicha Ley. Pues bien, en el presente caso ya se dijo el efecto beneficioso que la orientación a costes tendrá para el mercado de la telefonía móvil, evitando que los operadores dominantes creen barreras de entrada a los otros operadores mediante la elevación abusiva de los precios de interconexión, con el grave detrimento que eso supone para una limpia, no discriminatoria y efectiva competencia, que son los principios sobre los que se asienta tanto a nivel nacional como europeo dicho mercado. De otro lado, también debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la potestad que a través del acto impugnado ha ejercitado la CMT, es imprescriptible, lo que supone que, aunque se decrete la caducidad del procedimiento, tendría que nuevamente pronunciarse en el mismo sentido. Una declaración de caducidad llevaría a reabrir el procedimiento para obtener el mismo resultado con grave deterioro de la economía procesal”* (El subrayado es nuestro).

Del mismo modo se ha manifestado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 12 de enero de 2009<sup>42</sup> en relación con la existencia de caducidad en los procedimientos de definición y análisis de los mercados de referencia – concretamente, en relación con la duración del procedimiento de análisis del Mercado 15/2003–. En la citada sentencia, la Audiencia Nacional ha señalado que:

*“(...) atendiendo a la específica naturaleza del procedimiento, en el que concurren diversos intereses particulares, un manifiesto interés general y una notoria dificultad, y siguiendo las indicadas pautas jurisprudenciales, consideramos de igual modo prevalente en este caso la aplicación del apartado 1º del art. 44 LRJPAC (...)”.*

Por todo ello, se desestima la alegación formulada por Telefónica en relación con la caducidad del procedimiento.

---

<sup>41</sup> Recursos de Casación núm. 8209/2004 y 1539/2005.

<sup>42</sup> Recurso de Casación núm. 307/2006.

## **Alegación sobre el operador de referencia para el test de replicabilidad**

Telefónica solicita que se considere a Euskaltel como el operador de referencia para el análisis de replicabilidad. Para ello, mayoritariamente en sus apartados de “SEGUNDO” a “QUINTO”, repite y amplía sus alegaciones iniciales al respecto.

Por un lado, alega que Euskaltel mantiene una posición de liderazgo en el País Vasco en empresas y administraciones públicas y que compite en infraestructura en el País Vasco. Para ello se basa en los siguientes argumentos:

- Los operadores a los que la CNMC denomina especialistas de empresa no son actores importantes en el segmento empresarial. Aporta datos de cuotas de mercado en servicios de Comunicaciones de Empresa y de banda ancha con contención (“*de navegación*”) del segmento Negocios.
- La red NGA de Euskaltel es mayor a la de Telefónica en el país Vasco. Aporta datos propios y de CNMCDData.
- Euskaltel es líder en banda ancha en el país Vasco. Aporta la cuota de banda ancha para todo el mercado, extraída de CNMCDData.
- Euskaltel ha ganado recientes ofertas empresariales similares a la analizada aquí, con fuertes rebajas de precio respecto al precio de licitación.
- Euskaltel es un operador “muy enfocado en el segmento empresarial”. Telefónica interpreta esto a partir de recortes de las cuentas anuales y del informe de gestión de Euskaltel de 2015, aunque no aporta ninguna referencia propia de Euskaltel al respecto.

Por otro lado, afirma que si no se toma ese operador como referencia las consecuencias serán:

- La CNMC estaría excluyendo a Telefónica del segmento empresarial en el País Vasco, sin permitirle competir en igualdad de condiciones. Esto eliminaría la competencia y provocaría en el medio plazo un aumento de precios y una menor calidad e innovación, resultando la actuación de la CNMC contraria a los objetivos y principios de la LGTel.
- Crear una situación de “absoluta inseguridad jurídica” para Telefónica al no saber cuál es el criterio que emplea la CNMC para el análisis de replicabilidad.

Finalmente, si bien Telefónica abogaba en sus alegaciones iniciales a favor de que el análisis de replicabilidad calcule los costes del despliegue por parte de un operador que utilizara su oferta mayorista MARCo, en sus alegaciones al trámite de audiencia quiere dejar constancia que un operador con red propia suficiente como Euskaltel utilizaría su propia infraestructura, que según

Telefónica es mucho más económica, sin tener que recurrir a la oferta mayorista con sus costes asociados.

**Respuesta:**

En primer lugar cabe señalar que ni en los mercados regulados 4, 5 y 6/2007, citados en la Habilitación Competencial y por los cuales se analiza la presente oferta empresarial, ni en la revisión de los mismos (Mercados 3a 3b 4), se ha identificado un mercado geográfico menor al nacional para los servicios prestados al segmento empresarial. Es por ello que las cuotas de mercado referentes al País Vasco que Telefónica presenta carecen de relevancia en el presente expediente, en tanto en cuanto dicha Comunidad Autónoma no se conforma como un mercado geográfico aislado del resto del territorio nacional.

En la mencionada revisión de los mercados de febrero de 2016, la CNMC ha analizado en detalle las condiciones de competencia existentes en el segmento empresarial<sup>43</sup> justamente en el periodo coincidente al de la presentación de la oferta denunciada. Lejos de la situación que Telefónica pretende mostrar, (i) este operador mantiene una posición predominante en dicho segmento, con una cuota a fin de 2014 del 68% sobre el total de servicios de comunicaciones fijas demandados por dichos clientes y (ii) los operadores especialistas de empresa sí son actores relevantes (por ejemplo, BT es el operador con mayor cuota de mercado después de Telefónica).

Todavía menos representativos para el presente análisis son los datos del total del mercado por servicios de banda ancha en el País Vasco que Telefónica aporta, ya que el mercado en su totalidad suele esconder las abultadas cuotas que este operador disfruta en el segmento empresarial. En este sentido, de los propios datos que aporta en su página 26 se extrae que la cuota de Telefónica de banda ancha minorista en España es del 43% si se calcula para todo el mercado (equivalente al dato que presenta del País Vasco), cuando en realidad su cuota en empresas para dicho servicio de banda ancha minorista es muy superior, del 64%.

Así, los datos que Telefónica aporta se refieren a todo el mercado y no al segmento empresarial y de administraciones públicas, por lo que este operador no sustenta su afirmación de liderazgo de Euskaltel en dicho segmento con ningún dato, a pesar de que podría haber aportado su aproximación en base a datos propios.

---

<sup>43</sup> Ver entre otros los siguientes apartados: (i) II.1.3 Segmento residencial y empresarial, (ii) II.3.1.2. cuotas de mercado a nivel empresarial, (iii) IV.1.1.1 Servicios mayoristas de acceso de banda ancha prestados a los clientes empresariales y a los clientes residenciales y (iii) IV.2 Análisis de la estructura de los mercados, valoración de la existencia de competencia efectiva en los mismos y determinación de operadores con poder significativo de mercado.



Tampoco se ajusta a la realidad la alegación de Telefónica respecto a la superioridad de la red de Euskaltel. Aunque Telefónica pueda tener una red NGA con menor cobertura, este operador dispone de accesos basados en fibra y presta numerosos servicios al mercado empresarial en muchas centrales en las que se considera que no dispone de cobertura NGA, ya que dicha cobertura hace referencia estrictamente a la red GPON destinada principalmente al mercado residencial.

Es decir, en localidades en las que se considera que Telefónica no tiene cobertura NGA, sí tiene cobertura de servicios de circuitos, por lo que dispone de despliegues de fibra en acceso con una arquitectura punto-a-punto, preparada para ser extendida bajo demanda hacia las dependencias de los clientes empresariales.

Asimismo, a pesar de que Euskaltel dispone de una mayor cobertura de red NGA, Telefónica disfruta de presencia en un mayor número de municipios. En efecto, Telefónica o bien llega con fibra para dar servicio a la central telefónica, o bien dispone de la infraestructura civil necesaria para hacerla llegar para conectar el municipio. Ambas realidades permiten a este operador usar dicha red para soportar servicios empresariales en un número mucho más elevado de municipios que la propia Euskaltel.

En referencia a las ofertas que Euskaltel ha ganado, sorprende a esta parte la afirmación de Telefónica de que son similares a la objeto de denuncia, teniendo en cuenta la abismal diferencia en importe que presentan. En efecto, la licitación objeto de análisis ascendía a casi 72 millones de euros mientras las ofertas que aporta Telefónica ascienden a 50mil€, 165mil€, 196mil€ y a 1,4 millones€. Además, las rebajas de precios ofrecidas respecto al presupuesto de licitación no son comparables, puesto que dicho presupuesto máximo puede haber sido fijado mediante diferentes criterios y, por ejemplo, no mantener la misma distancia con respecto a los costes subyacentes de prestación de los servicios demandados.

En esta línea, y aunque Telefónica no lo mencione, en el mismo periodo este operador también ha ganado ofertas en el País Vasco, como por ejemplo:

- En diciembre de 2016, el Lote 2 de una licitación con presupuesto conjunto de 780mil€ de Izfe, Sociedad Informática de la Diputación Foral de Gipuzkoa<sup>44</sup>.
- En julio de 2016, un contrato por valor de **CONFIDENCIAL** [ ]€ de la sociedad Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos S.A.

---

<sup>44</sup> <http://www5.gipuzkoa.net/convocatorias/contratos/apuntes/cp011161-20170209123751.pdf>

Así pues, la actuación de Telefónica en el mercado contradice su propia alegación de que no se le permite competir.

Respecto a las consecuencias esgrimidas por Telefónica en caso de no emplear a Euskaltel como referencia para la replicabilidad, como se ha argumentado, es precisamente en cumplimiento de los objetivos y principios de la LGTel que se han analizado los mercados relevantes de los servicios de referencia para el presente expediente. En efecto, al identificar a Telefónica como poseedor de una posición de especial fuerza en el segmento empresarial se le han impuesto una serie de obligaciones, entre ellas las de no incurrir en la práctica analizada.

Es más, en el presente expediente se ha demostrado que incluso empleando a Euskaltel como operador de referencia (como Telefónica solicitaba en sus alegaciones iniciales), la oferta continuaría siendo irreplicable.

Finalmente, respecto a la alegación de inseguridad jurídica, ésta no existe. Telefónica es plenamente consciente de cuáles son los criterios que conforman el análisis de replicabilidad que esta Comisión considera adecuados. En efecto, dichos criterios son claros y consistentes, tanto por un lado, con las Resoluciones de los casos analizados (en especial en la Resolución Villena, UVa y en el presente caso), como por otro lado, con la revisión de los mercados relevantes 3a, 3b y 4 (y ya en línea con la consulta pública previa de los mismos de fecha 23 de diciembre de 2014).

En este sentido, a lo largo de todo el informe de audiencia de este procedimiento (y no solo al final como alega Telefónica) se explicaba en cada caso cual es el criterio que esta Comisión considera más adecuado.

### **Alegación sobre el periodo relevante de análisis**

Telefónica solicita que se consideren los 2 años de prórroga que la licitación permite. En las alegaciones iniciales al procedimiento este operador argumentaba que éste era el criterio seguido por la CNMC hasta el momento y que en la mayoría de concursos se daba esta ampliación. En las alegaciones al trámite de audiencia aporta información sobre las veces en que el EJ/GV ha ejecutado las prórrogas en los contratos a partir de 1998, donde se extrae que se ha ejecutado en 4 de los 5 casos posibles.

### **Respuesta:**

En relación a la aseveración de que el criterio asentado por la CNMC es incluir el periodo de prórroga, al contrario de lo que parece indicar este operador, solo existe un caso en el cual se empleó dicho criterio. En concreto en la Resolución ICM ya citada. Además, como bien conoce Telefónica, en dicho análisis la CMT no fijaba éste como el criterio a seguir, sino que solo lo empleaba porque

incluso con su uso quedaba demostrado que la oferta continuaba siendo irreplicable.

En este sentido, hasta la fecha esta Comisión no ha valorado en profundidad si es adecuado incorporar en el análisis las posibles prórrogas de las ofertas, ya sea de forma generalizada o en algunos casos particulares. Si bien es cierto que podría darse el caso de que las grandes empresas hicieran mayoritariamente uso de las prórrogas debido, como apunta Telefónica, al alto grado de inversión y complejidad de este tipo de ofertas, esta Comisión no tiene evidencias suficientes sobre dicho extremo.

Por ejemplo, cabría ver en qué porcentaje de los contratos dicha prórroga se hace efectiva, si hay diferencias entre administraciones públicas y empresas privadas o si existen factores que recomienden usar otro tipo de aproximación teniendo en cuenta, por ejemplo, la posible inercia del mercado empresarial a permanecer con el operador histórico o la elevada casuística de las ofertas. Por otro lado, debería verse si las prórrogas son realmente puras ampliaciones de plazo o si en realidad incluyen nuevas modificaciones en las condiciones, en cuyo caso el análisis de replicabilidad se vería afectado.

No obstante lo anterior, para el presente caso, cabe decir que de incluir la prórroga en el análisis, la oferta no solo continuaría siendo irreplicable sino que el VAN resultante sería aún más negativo. Esto es debido a que el margen mensual es negativo, por lo que a mayor duración del contrato, mayor la pérdida en que tendría que incurrir un operador alternativo.

Por todo ello, dado que esta Comisión no dispone de suficiente información acerca de los elementos expuestos sobre la generalización de las prórrogas, y dado que incluir dicha prórroga en el presente expediente no modifica las conclusiones, no se ha considerado la misma en el análisis de replicabilidad.

### **Alegación sobre la utilización del servicio mayorista NEBA en el análisis de replicabilidad**

Telefónica no está conforme con la utilización del servicio mayorista ORLA allí donde Euskaltel no tiene red propia. Considera que no se puede rechazar el uso del servicio mayorista NEBA fibra para el análisis de replicabilidad con el argumento de que no tiene la calidad suficiente para responder a los requisitos del cliente.

Telefónica afirma que no hay que confundir los acuerdos de nivel de servicio (ANS) definidos en NEBA con la calidad realmente ofrecida por dicho servicio mayorista que, tal como demuestran el conjunto de medidas que aporta como anexo a su escrito de alegaciones, es muy superior a dichos ANS y cumple sobradamente con la calidad requerida por la licitación del Gobierno Vasco, permitiendo por tanto provisionar los servicios solicitados en los pliegos.

Además, para Telefónica es contradictorio aceptar en el análisis de replicabilidad la provisión del servicio sobre la red FTTH/GPON cuando se construye utilizando el servicio mayorista MARCo y en cambio rechazar la disponibilidad del servicio mayorista NEBA fibra para realizar dicha replicabilidad.

**Respuesta:**

Los valores de calidad (QoS) para los diferentes tipos de tráfico incluidos en la oferta mayorista NEBA fueron definidos en base a la propia propuesta de Telefónica. Dichos valores eran los límites que la propia Telefónica consideró que el servicio mayorista NEBA podía garantizar y por tanto se establecieron como ANS.

En el presente expediente, Telefónica presenta un conjunto de medidas con el objeto de demostrar que la calidad ofrecida en NEBA es mejor que dichos límites y por tanto un operador podría utilizar dicho servicio mayorista para provisionar los servicios definidos en los pliegos del Gobierno Vasco.

En primer lugar, mencionar que las medidas presentadas por Telefónica, tal como se desprende de la descripción aportada, han sido realizadas sobre la propia VPN que ha implementado para el Gobierno Vasco. Por lo tanto, los datos adjuntados solo confirman que la solución que ha entregado ofrece la calidad requerida (sobrepasando incluso los requisitos iniciales puesto que los límites de los parámetros de calidad de la clase más restrictiva se cumplen también utilizando la clase de servicio supuestamente de menor calidad). Por otro lado, sorprendería que los resultados fueran otros, puesto que implicaría que los servicios provisionados al Gobierno Vasco no fueran acordes con los requisitos demandados.

Ciertamente, hubiera sido más adecuado que Telefónica aportase medidas de calidad para tráficos *Best Effort*, *Oro* y *Real Time* del servicio mayorista NEBA sobre enlaces basados en fibra GPON hasta los puntos de acceso al servicio indirecto de los operadores (PAIs), ya que se habría podido observar la calidad que está prestando en el marco de dicho servicio mayorista.

En cualquier caso, incluso de haber presentado unas medidas más acordes con lo que se pretendía demostrar, esto es que la utilización de los distintos tipos de tráfico de NEBA tienen retardos, variaciones de retardo, y pérdida de paquetes que cumplen con los parámetros de calidad definidos en los pliegos, ello no modificaría tampoco la conclusión sobre la inadecuación de la utilización de NEBA en el análisis de replicabilidad.

En efecto, si el Gobierno Vasco define en sus pliegos diferentes parámetros de QoS para diversos tráficos que un operador debe garantizar, no se puede argumentar que un operador puede comprometerse a garantizarlos utilizando

un servicio mayorista que precisamente no se compromete a ello, y que en cambio garantiza solo unos valores de inferior calidad.

De hecho, Telefónica parece que no solo obvia que su actuación no es conforme a las obligaciones que tiene impuestas de no discriminación, sino que además pretende que ello sea usado a su favor en el análisis de replicabilidad. Si Telefónica se ha comprometido con el Gobierno Vasco a asegurar la QoS definida en los pliegos con una solución equivalente al servicio mayorista NEBA, precisamente lo que debería haber hecho con anterioridad, para asegurar la replicabilidad técnica y la no discriminación, es haber propuesto la modificación de los ANS de la oferta de referencia NEBA con los nuevos valores.

Lo que no puede pretender Telefónica es que, además de no modificar los ANS como hubiera sido su obligación, se utilice el servicio mayorista para el análisis de replicabilidad señalando que ahora dispone de una calidad mayor, dicho sea de paso, basándose en las medidas de la red que precisamente ha implementado para el cliente.

### **Alegación sobre el aumento de la cobertura de la red de Euskaltel**

Telefónica señala que el análisis de replicabilidad debería suponer el uso del servicio mayorista MARCo, no únicamente en base a la cobertura de la red de Euskaltel en el momento de realizar el análisis sino teniendo en cuenta el aumento prospectivo de la cobertura de su red.

### **Respuesta:**

En primer lugar señalar que, teniendo en cuenta que los pliegos técnicos requerían implementar la solución en 6 meses, no es adecuado aplicar un posible crecimiento prospectivo de la red de Euskaltel al que hace referencia Telefónica.

Por otro lado, el crecimiento de una red no implica necesariamente que se extienda a nuevas localidades, estando en cambio también muy relacionado con el aumento de los hogares pasados dentro de una misma localidad en la que ya se tiene presencia.

En este sentido, el análisis de replicabilidad tampoco ha entrado a evaluar si la ubicación concreta de las sedes del Gobierno Vasco estaba dentro de la huella exacta de la red de Euskaltel dentro de dicha localidad, sino que se ha supuesto que si Euskaltel tenía presencia en la población directamente podía ofrecer el servicio por medios propios.

Al respecto, remarcar que, al no evaluar si las sedes del Gobierno Vasco estaban dentro de la huella de red de Euskaltel, tampoco se ha entrado a

analizar si los plazos establecidos para MARCo, y que condicionan los tiempos necesarios para desplegar la fibra propia para cubrir las distancias entre dichas ubicaciones y la red desplegada por Euskaltel, serían suficientes para cubrir las sedes en el plazo de 6 meses marcados en los pliegos. Es decir, si esta limitación implicaría la imposibilidad de usar MARCo para el concurso analizado.

No obstante, no se estima necesario discernir sobre este extremo cuando el análisis ya parte del escenario más favorable para Telefónica advirtiendo que no es el más adecuado, y que solo se ha usado para demostrar que incluso con el mismo la oferta resulta irreplicable.

### **Alegación sobre el coste imputado al despliegue FTTH/GPON mediante MARCo**

Telefónica considera que el coste de 18,87€ imputado en el análisis de la replicabilidad a los accesos FTTH/GPON replicados con MARCo no es adecuado y se aleja de los valores que resultarían del modelo de costes desarrollado por WIK para esta Comisión y utilizado para establecer los precios de acceso. Telefónica apunta que de actualizar dicho modelo con demandas reales actuales, y no con estimaciones, daría un resultado de **CONFIDENCIAL** ]€, sin tener en cuenta que además se basa en unos costes que son los inicios del despliegue FTTH.

Telefónica también señala que según su propio modelo a partir de datos reales de despliegue, oferta MARCo, OBA<sup>45</sup>, acuerdos de verticales y contabilidad, da un resultado de **CONFIDENCIAL** ]€ al mes para el coste de un acceso FTTH/GPON utilizando MARCo .

### **Respuesta:**

Los costes utilizados en el análisis de replicabilidad empresarial son los mismos que en los de residencial, puesto que en efecto el coste del despliegue del acceso GPON es independiente del segmento de mercado al que pertenezca el usuario que lo utilice.

En todo caso, al respecto de las alegaciones realizadas por Telefónica, debe aclararse que el valor imputado por la CNMC a los accesos FTTH/GPON replicados por MARCo incluye no solo el coste del despliegue de la fibra sino también el coste asociado al equipamiento activo en la central (OLT). En este sentido, el valor de 18,87€ tiene dos componentes, una relativa al propio despliegue de la fibra, incluidas las verticales, y la otra por el equipamiento

---

<sup>45</sup> Oferta de referencia para el servicio mayorista de desagregación del Bucle de Abonado.

activo, a diferencia de los valores a los que Telefónica hace referencia en sus alegaciones, que solo incluyen la parte pasiva del despliegue.

Asimismo, Telefónica hace referencia al valor derivado del modelo de costes de WIK en el que el operador utiliza sus propias infraestructuras de conductos y arquetas, mientras que en el análisis de replicabilidad se utiliza el coste del despliegue sustituyendo la obra civil por el coste del uso de la oferta mayorista MARCo. Incluso Telefónica señala más adelante en su escrito de alegaciones, en relación con el despliegue de fibra para circuitos, que el uso de la infraestructura civil propia conlleva unos costes menores que el uso de MARCo.

No obstante, sí es cierto que el coste utilizado en el informe sometido a audiencia correspondería al calculado en 2014 con unas determinadas hipótesis de despliegue y demanda de accesos de fibra así como valor del WACC vigente en ese momento que han sido superadas por la evolución real.

En consecuencia y para ser coherentes con el año en que se produce la oferta, como ya se ha apuntado en el cuerpo de la Resolución, se ha realizado una actualización de los valores de demanda, de despliegue<sup>46</sup> y del WACC obteniendo un coste de la fibra al que debe añadirse el equipamiento en central, resultando un coste total de 10,36 euros/mes.

### **Alegación sobre el coste de red propia imputado a los accesos tipo FTTH/GPON implementados vía MARCo**

En referencia a la relación entre el caudal contratado y el utilizado realmente por el cliente, Telefónica señala que la contención de **CONFIDENCIAL[ ]** se refiere al pico de tráfico en la red y no a la media del tráfico utilizado por el cliente, que es lo que considera que se debería tener en cuenta en el estudio de replicabilidad.

Añade que dicha relación de contención no hace referencia al máximo tráfico de empresas cursado en la hora de mayor carga, sino a los máximos de los enlaces con la red; máximos que no coinciden en el tiempo y que, por tanto, su suma es mayor a la carga puntual en cualquier instante, incluido el máximo tráfico de empresas cursado en la hora de mayor carga. Por tanto también muy superior a la media cursada.

Además señala que el cliente dispone de informes sobre el uso medio y que, tomando como referencia el uso medio de la VPN de mayor utilización, se obtiene el tráfico medio que se estaría cursando en el global de los accesos. Con dicha media, junto con los costes estimados para el centro de gestión, y de

---

<sup>46</sup> Teniendo en cuenta los valores históricos y actuales y realizando una proyección futura.

acuerdo con la contabilidad regulatoria de 2015, obtiene unos costes de red propia para los accesos basados en FTTH/GPON y desplegados con MARCo que cifra en **[COSTES CONFIDENCIALES]**:

- [ ]€ para accesos FTTH de más de 100 Mbps desplegados con MARCo
- [ ]€ para accesos FTTH entre 10 y 100 Mbps desplegados con MARCo
- [ ]€ para accesos FTTH hasta 10 Mbps desplegados con MARCo

#### **Respuesta:**

Telefónica, preguntada sobre los consumos de los accesos analizados, señaló claramente que “(...) *la red no está dimensionada para el total de capacidad vendida sino para la capacidad cursada, actualmente, en empresas hay una relación de **CONFIDENCIAL[ ]** entre la capacidad vendida y la capacidad cursada. Esto es, un **CONFIDENCIAL[ ]** del tráfico contratado es el que circula por la red.*”

Esta descripción de Telefónica es la que se incluyó en el informe. En cualquier caso, independientemente de la explicaciones aportadas, el cálculo del coste asociado a los servicios de acceso a VPN de empresa basados en FTTH/GPON en el análisis de replicabilidad no se ha realizado, como podría desprenderse de las alegaciones de Telefónica, asumiendo que la utilización de la red por parte de dichos servicios es la capacidad contratada dividida por la relación aportada por Telefónica. Tal como ya se ha descrito al introducir los costes de red propia, el cálculo se ha realizado asumiendo que los costes de los servicios de conexión a VPN basados en líneas FTTH/GPON con anchos de banda garantizados equivalen a una parte del coste que tendría dicho enlace a la VPN si estuviera basado en los servicios minoristas Ethernet punto-a-punto para empresas de la propia Telefónica.

Telefónica ha señalado en repetidas ocasiones<sup>47</sup> que el tráfico cursado por los servicios minoristas Ethernet punto-a-punto para empresas representa solo una parte de la capacidad máxima contratada, siendo el coste que se les ha asignado en la contabilidad también función del uso que hacen de la red.

Por consiguiente, aplicando la relación de **CONFIDENCIAL[ ]** que Telefónica ha aportado entre la capacidad cursada y la máxima en los enlaces analizados sobre los costes de los servicios Ethernet punto-a-punto, se está asumiendo que el uso de la red es ya sensiblemente menor que el **CONFIDENCIAL[ ]** al que hacía referencia en su escrito anterior.

---

<sup>47</sup> Por ejemplo en su escrito de alegaciones de 30 septiembre de 2016 al expediente OFE/DTSA/008/16 sobre precios ORLA.



## Alegación sobre el coste de red propia asignado a los circuitos dedicados implementados vía MARCo u ORLA

Telefónica calcula los costes de red propia en los que incurriría un operador para replicar los circuitos dedicados en base a los siguientes elementos:

- Los costes operativos del Centro de Gestión de Red que cubrirá los diferentes centros en los que se provisionan los circuitos,
- Los costes de la red que el operador alternativo debe hacer frente para configurar el servicio final a partir de los servicios mayoristas utilizados.

Para su cálculo, Telefónica hace referencia a los costes estimados para el Centro de Gestión y a la contabilidad regulatoria de 2015, obteniendo los siguientes valores:

**Tabla 18. Costes red propia para circuitos según Telefónica  
[COSTES CONFIDENCIALES]**

Servicio minorista	Mayorista	Coste recurrente de red propia (€/mes)
Circuito hasta 10 Gbps	MARCo	
Circuito hasta 1 Gbps	MARCo	
Circuito hasta 100 Mbps	MARCo	
Circuito hasta 10 Mbps	MARCo	
Circuito hasta 1 Gbps	ORLA-E	
Circuito hasta 100 Mbps	ORLA-E	
Circuito hasta 10 Mbps	ORLA-E	

Fuente: elaboración propia

### Respuesta:

Telefónica no justifica ni desglosa como ha realizado los cálculos para llegar a dichos valores. Los costes que señala Telefónica no están en línea con los valores calculados por esta Comisión en base a la contabilidad regulatoria del propio operador.

Los valores obtenidos por esta Comisión se obtienen de los costes de red asociados a los servicios minoristas Ethernet en la propia contabilidad de Telefónica extrayendo el coste que precisamente se les ha asignado como coste de despliegue del acceso.

Actualizando los datos con la contabilidad de Telefónica de 2015 y suponiendo unos costes de despliegue de la fibra de acceso de **CONFIDENCIAL** [ ]€ de acuerdo con el valor dado por Telefónica y una longitud media del tramo de red de acceso de 1,5 km se obtienen los siguientes costes de red propia para los circuitos provisionados sobre MARCo.

**Tabla 19. Costes de red propia para circuitos con uso de MARCo  
[COSTES CONFIDENCIALES]**

<b>Servicio minorista</b>	<b>Mayorista</b>	<b>Coste recurrente de red propia (€/mes)</b>
Circuito hasta 10 Gbps	MARCo	
Circuito hasta 1 Gbps	MARCo	
Circuito hasta 100 Mbps	MARCo	
Circuito hasta 10 Mbps	MARCo	

Fuente: elaboración propia

Para el caso de los circuitos provisionados sobre ORLA, puesto que el servicio mayorista se ha supuesto de 0 km, es decir entregado en la propia central de acceso de la que depende la sede del cliente final, entonces el coste de red propia coincide con el coste utilizado para los circuitos provisionados sobre MARCo pero descontando el equipamiento en la central de acceso que ya estaría incluido en el servicio mayorista ORLA.

**Tabla 20. Costes de red propia para circuitos con uso de ORLA  
[COSTES CONFIDENCIALES]**

<b>Servicio minorista</b>	<b>Mayorista</b>	<b>Coste recurrente de red propia (€/mes)</b>
Circuito hasta 1 Gbps	ORLA-E	
Circuito hasta 100 Mbps	ORLA-E	
Circuito hasta 10 Mbps	ORLA-E	

Fuente: elaboración propia

## II. Alegaciones de Euskaltel

### **Alegación respecto a la irreplicabilidad técnica a partir de la oferta MARCo**

Euskaltel manifiesta que la oferta mayorista MARCo no permite la replicabilidad técnica de la oferta de Telefónica. Esto es debido a que el tiempo medio de contestación por parte de Telefónica a las solicitudes de Euskaltel tanto de uso compartido de líneas de postes, como de uso de canalización son demasiado elevados para poder preparar una oferta a un concurso público como el aquí analizado.

Es por ello que solicita que la CNMC:

- aporte el análisis que el propio organismo indica como adecuado al presente caso en línea a las Resoluciones Villena y UVa; y
- revise de oficio la oferta MARCo para incluir un trámite de revisión especial y de tramitación urgente que además incluya una carga rápida de las zonas oscuras reportadas, todo ello para poder atender los plazos de los concursos públicos.

### **Respuesta:**

Esta Comisión no estima apropiado aportar el escenario al que se refiere Euskaltel ya que, como se ha explicado, la práctica anticompetitiva ya ha quedado demostrada incluso con el escenario más favorable a Telefónica.

Dentro de este escenario, se ha considerado como base de partida la red ya existente de Euskaltel de tal forma que en aquellas localidades en las que dicho operador tiene presencia se ha estimado que Euskaltel podía ofrecer el servicio mediante su red.

Como ya se ha comentado al responder la alegación de Telefónica sobre considerar el crecimiento de la red de Euskaltel para estimar la utilización de MARCo, el presente análisis no ha analizado la huella exacta de la red de Euskaltel y la ubicación de las sedes del Gobierno Vasco dentro de una localidad. Así, el uso de la MARCo se ha contemplado en aras a computar los costes de provisionar el servicio mediante la propia red de Euskaltel, pero no para realizar un nuevo despliegue en los plazos establecidos en los pliegos.

Respecto a revisar de oficio la oferta MARCo, la cuestión relevante a analizar sería en todo caso si Telefónica, para el presente concurso, ha desplegado red donde no tenía cobertura en unos plazos que un tercer operador no podría cumplir usando MARCo. No obstante, este extremo queda fuera del ámbito de este expediente.

### **Alegación respecto a tasas y tributos**

Euskaltel afirma que, de no haberlos incluido anteriormente, se deberían tener en cuenta las tasas y tributos por ser costes ciertos de los operadores. Según este operador dichos conceptos ascienden al 2,1% de los ingresos.

### **Respuesta:**

Dado que la incorporación de estos conceptos como costes no modificaría en el presente caso las conclusiones del análisis, ya que simplemente aumentaría el valor de la irreplicabilidad respecto al aquí publicado, esta Comisión estima más adecuado no incluirlo en el presente análisis y realizar dicha valoración en el próximo expediente sobre la metodología de análisis de ofertas empresariales, de modo que se pueda profundizar en el mismo.

### **Alegaciones de Euskaltel sobre las medidas correctoras a adoptar**

Euskaltel solicita, en su escrito de alegaciones durante el trámite de audiencia, que se exija a Telefónica a cesar inmediatamente en la prestación de servicios al Gobierno Vasco, en línea con la medida adoptada por la CMT en su Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa al concurso convocado por la

Agencia Informática de Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, con el objeto de evitar los efectos perniciosos derivados de la práctica anticompetitiva de estrechamiento de márgenes que ha llevado a cabo Telefónica y asegurar el cumplimiento de la regulación sectorial.

A su entender, el hecho de que la DTSA no considere procedente intimar al cese de la prestación de los servicios por parte de Telefónica supone un quebrantamiento del principio de confianza legítima al que están sujetos las administraciones públicas, como la CNMC.

En el caso de que esta Comisión desestimase la petición anterior, Euskaltel solicita que la CNMC inste al Gobierno Vasco en la resolución que ponga fin al presente procedimiento administrativo a iniciar un procedimiento de revisión de oficio de la nulidad del acto de adjudicación del contrato de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Sostiene el citado operador que el acto de adjudicación es nulo de pleno derecho por la existencia de vicio del consentimiento por parte del Gobierno Vasco, esto es, la administración autonómica no conocía que la oferta de Telefónica era contraria a la competencia e imponía condiciones de precio inasumibles en el mercado.

Subsidiariamente, Euskaltel solicita que la CNMC inste al Gobierno Vasco a iniciar un procedimiento de declaración de lesividad e impugnación de actos anulables regulado en el artículo 107 del citado texto legal.

Finalmente, Euskaltel también solicita que se abra un expediente sancionador contra Telefónica por el incumplimiento de las obligaciones que tiene impuestas en el marco de los análisis de mercados afectados.

### **Respuesta:**

Tal como se ha señalado durante el trámite de audiencia, 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.

En este contexto, corresponde a esta Sala 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 procede a regular de manera preventiva, mediante la imposición de las correspondientes obligaciones

regulatorias ex ante, aquellos mercados que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

Así, es necesario recordar que el objeto del presente expediente se centra en el análisis del cumplimiento por parte de Telefónica de las obligaciones regulatorias que tiene impuestas dada su especial posición –como operador con PSM– en los mercados sujetos a regulación ex ante, sin que la actuación de esta Sala sobre la base de sus competencias implique que se invada de ninguna manera la actividad administrativa de contratación<sup>48</sup>.

Por tanto, no corresponde, pues, a esta Sala enjuiciar ni tampoco instar la adopción de medidas relativas a la conformidad a derecho del acto administrativo de adjudicación definitiva del concurso adoptado por el GV/EJ en el ejercicio de sus funciones. Son los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa –y no esta Sala a través de la presente resolución– los que deben pronunciarse sobre la anulación total o parcial del acto administrativo de adjudicación del concurso del EJ/GV.

De esta manera, Euskaltel podría, en el plazo de dos meses a contar desde su adopción, haber impugnado el citado acto administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, en la actualidad, si lo estima conveniente a sus derechos puede instar, en su condición de interesado, a las acciones previstas en la ley del procedimiento administrativo relativas a la revisión de los actos administrativos nulos de pleno derecho o anulables.

Teniendo claro el ámbito material de actuación de esta Comisión en el seno del presente expediente, las medidas correctoras que puede adoptar la CNMC para asegurar el debido respeto del marco regulatorio vigente tienen como único destinatario a Telefónica como operador declarado con PSM en los mercados afectados por el presente expediente, por lo que las mismas deben estar basadas en el principio de proporcionalidad y ser lo más beneficiosas posibles para el interés general.

La petición realizada por Euskaltel consistente en obligar a Telefónica a cesar inmediatamente en la prestación de servicios al Gobierno Vasco –de forma idéntica a como hizo la CMT en su Resolución de 25 de noviembre de 2010– no resulta proporcionada porque ello generaría un elevado perjuicio al cliente minorista (EJ/GV) que ha contratado el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas del Lote 1 conforme a las condiciones

---

<sup>48</sup> 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).

establecidas en los pliegos del concurso y siguiendo el procedimiento legalmente previsto.

Por ello, a juicio de esta Sala, procede adoptar otras medidas correctoras distintas al cese inmediato de la prestación de servicios al cliente final solicitado por Euskaltel. En concreto, la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica por el incumplimiento de sus obligaciones regulatorias y/o la revisión de las condiciones (incluyendo precios) de los servicios mayoristas regulados para evitar futuros casos de irreplicabilidad económica o técnica, esto es, para asegurar que los operadores alternativos pueden prestar servicios minoristas de forma equivalente a Telefónica, incluyendo las calidades asociadas.

Por tanto, debe desestimarse la alegación realizada por Euskaltel sobre las medidas correctoras a adoptar más allá de éstas últimas mencionadas.