

ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME RELATIVO AL PROYECTO DE AYUDAS PARA LA EXTENSIÓN DE REDES DE BANDA ANCHA ULTRARRÁPIDA EN LAS ZONAS DISEMINADAS DE LOS MUNICIPIOS CON MENOS DE 2500 HABITANTES DEL TERRITORIO HISTÓRICO DE GIPUZKOA

INF/D TSA/211/17/AYUDAS EXTENSIÓN REDES NGA GIPUZKOA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 1 de febrero de 2018

Vista la solicitud de informe de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, dependiente de la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, en relación con el proyecto de ayudas para la extensión de redes de banda ancha ultrarrápida en determinadas zonas del Gobierno Foral de Gipuzkoa, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 31 de octubre de 2017, la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, dependiente de la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (SESIAD), solicitó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) informe al amparo del artículo 3.2 del Real Decreto 462/2015, de 5 de junio, por el que se regulan instrumentos y procedimientos de coordinación entre diferentes Administraciones Públicas en materia de ayudas públicas dirigidas a favorecer el impulso de la sociedad de la información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha (en adelante, Real Decreto de coordinación de ayudas) en relación con un programa de ayudas para la extensión de la banda ancha ultrarrápida en las zonas diseminadas ubicadas en un radio de 0 a 2.000 metros del casco urbano de los

cuarenta y nueve -49- municipios con menos de 2.500 habitantes del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y del artículo 14.2.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

II. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el proyecto citado del Gobierno Foral de Gipuzkoa, remitido por la SESIAD, para valorar su posible afectación a la libre competencia y qué condiciones entiende esta Sala que habrían de imponerse, en su caso, a los beneficiarios de las ayudas, especialmente en relación a los servicios mayoristas de acceso y sus precios, teniendo en cuenta las condiciones de desarrollo de la banda ancha en el territorio afectado, para el fomento de la oferta y disponibilidad por los ciudadanos de redes de banda ancha.

De forma adicional, esta Comisión formula otro tipo de observaciones al proyecto de ayudas remitido, en el ámbito de su competencia de asesoramiento general y sobre promoción de la competencia (véase el apartado siguiente).

III. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Este informe se emite en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 6 de la LCNMC y 70.2.l) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), que facultan, con carácter general, a la CNMC a asesorar al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (MINETAD) en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, el artículo 70.2.n) de la LGTel dispone que la CNMC realizará las funciones que de manera expresa le atribuya la normativa comunitaria, el citado texto legal y su normativa de desarrollo. En este sentido, el artículo 3.2 del Real Decreto de coordinación de ayudas prevé que la CNMC elaborará un informe sobre la fijación de los precios y condiciones de acceso mayorista a las infraestructuras que sean objeto de ayudas dirigidas a favorecer el impulso de la Sociedad de la Información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha, que será remitido a la SESIAD.

Asimismo, el Reglamento (UE) No 651/2014, de la Comisión Europea, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del

Tratado (en adelante, Reglamento de exención por categorías)¹, se refiere a la labor de asesoramiento de las autoridades nacionales de reglamentación responsables de la regulación de mercados en el diseño y control de las ayudas públicas dirigidas al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas (artículo 52.6).

Por todo ello, la Sala de Supervisión regulatoria es el órgano competente para la emisión del presente informe en virtud de lo previsto en los artículos 21.2 de la LCNMC y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, previo informe de la Sala de Competencia.

IV. DOCUMENTACIÓN REMITIDA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO

La SESIAD adjunta a su solicitud copia de la siguiente documentación:

- Borrador de acuerdo del Consejo de Gobierno Foral (en adelante, borrador de acuerdo).

A dicho borrador de acuerdo le acompañan los siguientes anexos:

- o Anexo I: *“Bases reguladoras del otorgamiento de ayudas para la extensión de la Banda Ancha Ultrarrápida a las unidades inmobiliarias diseminadas ubicadas en un radio de 0 a 2000 metros de los cascos urbanos de los 49 municipios de menos de 2500 habitantes del Territorio Histórico de Gipuzkoa”* (en adelante, las bases reguladoras).
 - o Anexo II: acto de convocatoria de las ayudas para el ejercicio 2018 (en adelante, convocatoria de la ayuda).
- Copia de la publicación en el Boletín Oficial de Gipuzkoa de fecha 17 de julio de 2017 de la consulta pública llevada a cabo por la Diputación Foral de Gipuzkoa sobre la previsión de despliegue de infraestructuras de red de banda ancha ultrarrápida en las unidades inmobiliarias sitas en las zonas no conexas de los núcleos urbanos de los 49 municipios de menos de 2.500 habitantes de Gipuzkoa, que se encuentran en un radio de 0 a 2.000 metros desde dichos núcleos urbanos.

Este documento viene acompañado de fichas individualizadas y detalladas de las unidades inmobiliarias y áreas en las que se prevé desarrollar las actuaciones objeto de subvención.

- Escrito de alegaciones de Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) de fecha 1 de agosto de 2017 al trámite de consulta pública.

¹ Reglamento de exención por categorías: <http://www.boe.es/doue/2014/187/L00001-00078.pdf>.

La Diputación Foral de Gipuzkoa encuadra el proyecto de ayudas previsto en el régimen del artículo 52 del Reglamento de exención por categorías (base 1, último párrafo).

El objeto del proyecto de medida es el otorgamiento de ayudas para el despliegue de redes de acceso de nueva generación (NGA) ultrarrápida, de 300 Mbps simétricos (bases 1.1 y 1.2 –donde se especifican los requisitos técnicos mínimos exigidos-), en zonas diseminadas ubicadas en un radio de 0 a 2000 metros de los cascos urbanos de los cuarenta y nueve -49- municipios con menos de 2.500 habitantes del territorio histórico de Gipuzkoa.

La ayuda, por un importe total de 1.500.000 euros con cargo a los presupuestos generales del Territorio Histórico de Gipuzkoa (acuerdo 3 del borrador de acuerdo y apartado 2 de la convocatoria para 2018), adoptará la forma de subvención y se concederá a **varios beneficiarios** mediante un **régimen de concurrencia competitiva**, siendo la **intensidad** de la ayuda del 95% de los gastos e inversiones subvencionables en cada proyecto (base 9).

El **plazo** para la ejecución y justificación de los proyectos aprobados se determinará en la resolución de concesión de la ayuda pero en cualquier caso los proyectos deberán ejecutarse y justificarse antes del 30 de noviembre del año de la convocatoria (base 14.1). El **pago** se efectuará tras la realización del proyecto subvencionado (base 14.2).

No serán objeto de ayuda aquellos proyectos para los que se hubiera solicitado y concedido ayuda, ingreso o recursos que se otorguen con cargo al Plan PEBA o por el Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales o cualesquiera Administraciones públicas o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de otros organismos internacionales (bases 1.2, último párrafo y 12).

Explotación del proyecto y obligaciones mayoristas

La base 1.2, *in fine*, acoge el principio de **neutralidad tecnológica**, al disponer que las subvenciones no están condicionadas a una solución tecnológica concreta en línea con el artículo 52.4 del Reglamento de exención por categorías y las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha².

En cuanto a las **condiciones de acceso** de los **servicios mayoristas**, la base 1.3, párrafo segundo, establece que el beneficiario está obligado a ofrecer: (i) acceso mayorista desagregado al bucle de abonado, incluida la desagregación virtual siempre que exista una demanda real y en función de la opción tecnológica de la red desplegada, (ii) acceso indirecto de banda ancha, ambos tipos de acceso durante un periodo mínimo de siete años y, (iii) acceso a conductos e infraestructuras por tiempo ilimitado.

² Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2003/C 25/01 DOUE de 26 de enero de 2013).

Se prevé que los **precios de acceso mayoristas** que se apliquen tengan como referencia los fijados por la CNMC al operador con poder significativo de mercado (PSM) para servicios similares que serán considerados como precios máximos; en su defecto, los precios medios existentes en España y, en tercer lugar, de no existir las referencias anteriores, se prevé una orientación a costes.

A estos efectos, el operador beneficiario de la ayuda deberá garantizar la **replicabilidad técnica y económica** de sus servicios minoristas (bases 1.3, párrafos quinto y sexto).

En el caso de que se construyan **conducciones** dentro de los proyectos subvencionados, se exige que sean lo suficientemente grandes para dar cabida a varias redes de cable/fibra y diferentes topologías de red tal como se prevé en el artículo 52 del Reglamento de exención por categorías (base 1.3, último párrafo).

Por último, se exige que las infraestructuras y los equipos permanezcan afectos a los objetivos del proyecto durante un plazo mínimo de diez años (base 11).

V. DESARROLLO DE LA BANDA ANCHA EN GIPUZKOA

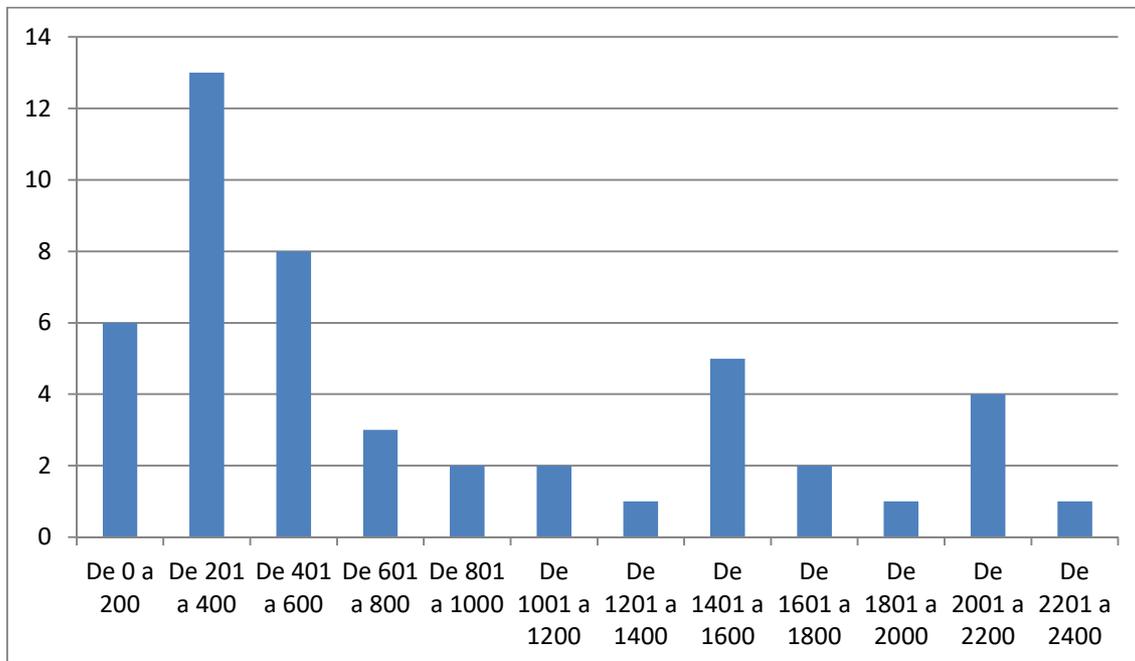
La provincia de Gipuzkoa cuenta con una población de 719.282 habitantes³ repartidos en 88 municipios, 456 entidades de población. La densidad de población media de la provincia se sitúa en 363 habitantes por km², significativamente superior a la media española (92,04 hab/km²). Según la información publicada en las páginas web del Instituto Nacional de Estadística (INE) y del Instituto Vasco de Estadística (EUSTAT⁴) en Gipuzkoa predominan los municipios de menor tamaño -48⁵ municipios existentes tienen una población inferior a los 2.500 habitantes- y sólo 8 municipios tienen más de 20.000 habitantes, entre ellos San Sebastián, que concentra el 26% de la población de toda la provincia.

³ INE a 1 de enero de 2017 (<http://www.ine.es/>).

⁴ EUSTAT - Euskal Estatistika Erakundea - Instituto Vasco de Estadística.

⁵ En diciembre de 2016 el municipio **Ezquioga-Ichaso** fue segregado en dos municipios distintos: Ezquioga e Ichaso. Por este motivo, el proyecto de medida se refiere a cuarenta y nueve municipios con menos de 2.500 habitantes en lugar de 48 municipios como indican el INE y el EUSTAT. Véase, a estos efectos, el *Decreto Foral 27/2016, de 20 de diciembre, por el que se aprueba la segregación de Itsaso del municipio Ezkio-Itsaso y su constitución en municipio independiente.* Publicado en el Boletín Oficial del País Vasco el 12 enero 2017 y la *Norma Foral 2/2017, de 30 de junio, por la que se modifica el Anexo III de la Norma Foral 8/2016, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Gipuzkoa para el año 2017, como consecuencia de la constitución del nuevo municipio de Itsaso.* Publicado en el Boletín Oficial del País Vasco el día 20 de Julio 2017.

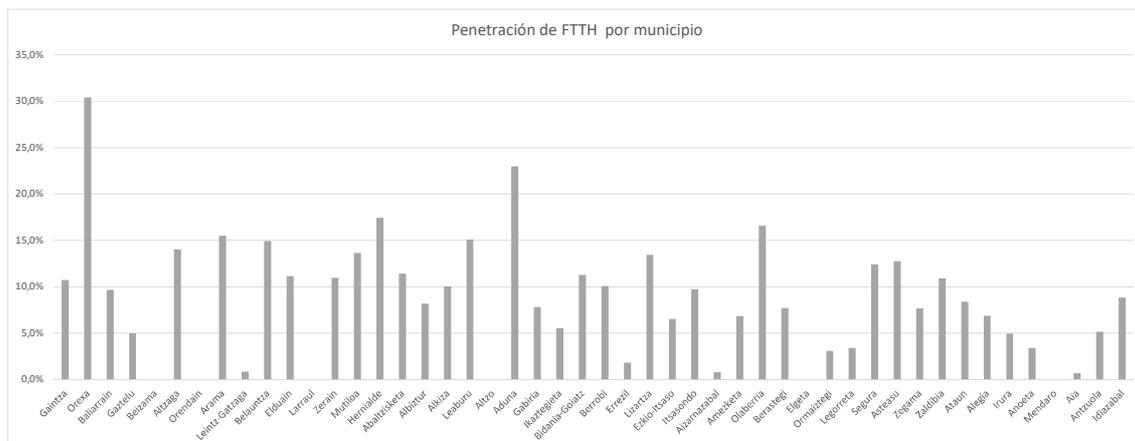
A los efectos del presente informe, procede particularmente resaltar la desigual distribución poblacional de los 48 municipios de menor tamaño de la siguiente manera:



Conforme a la información de la que dispone esta Comisión, la penetración de la banda ancha fija⁶, tanto básica como de alta velocidad, en Gipuzkoa es del 31,99% (líneas por cada 100 habitantes), ligeramente por encima de la media estatal que se sitúa en el 29,79%. El cómputo anterior de penetración de la banda ancha fija incluye la tecnología xDSL, con una penetración en Gipuzkoa del 13,01% (la media española es del 14,03%), el cable-módem o HFC –Hybrid Fibre Coaxial- con un 9,84% de penetración (en el conjunto del territorio nacional es 5,39%) y el FTTH con una penetración igual al 9,15%, que es ligeramente inferior a la media estatal (10,36%).

La desigual distribución poblacional de los municipios de menor tamaño también se refleja en la desigual distribución de la penetración de FTTH, destacando niveles inferiores al 5% en 14 municipios y sólo en un único municipio –Orexa- la penetración de FTTH alcanzaría el 30%.

⁶ Accesos contratados en relación con el total de la población, información geográfica CNMC, datos de diciembre de 2016.



Fuente: CNMC DATA. Datos geográficos 2016⁷

En términos de cobertura de las redes FTTH –esto es, líneas instaladas con respecto al número de unidades inmobiliarias-, se observa también a partir de la información de que dispone la CNMC que, en los últimos tres años, la cobertura ha aumentado significativamente cada año debido a la intensidad de despliegue en 2016 hasta incluso superar la cobertura existente en el conjunto de España.

Cobertura FTTH	Gipuzkoa	España	Diferencia
2014	23,51%	53,25%	-29,74%
2015	57,60%	79,94%	-22,34%
2016	117,48%	109,39%	8,09%

Fuente: CNMC DATA. Datos geográficos 2016

Por su parte, los datos de la SESIAD presentan un desglose mayor en los datos de cobertura de banda ancha realizada mediante líneas de cobre (ADSL y VDSL), confirmándose mayor cobertura en redes FTTH en Gipuzkoa en comparación con la media española.

Tipo de Cobertura	Gipuzkoa	España
ADSL>2Mbps	89,0%	90,1%
ADSL>10Mbps	69,7%	72,0%
VDSL	11,8%	11,8%
HFC	77,2%	48,8%
FTTH	79,6%	62,8%

Fuente: Informe de datos particularizados de cobertura de banda ancha en País Vasco a mediados de 2016⁸

⁷ <http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/graph/intro.jsp>

⁸ http://www.minetad.gob.es/telecomunicaciones/banda-ancha/cobertura/Mediados%202016/Arag%C3%B3n_mediados_2016.pdf

En resumen, se puede concluir que en términos agregados el desarrollo de la banda ancha en Gipuzkoa es igual o más intensivo al del promedio del resto de España; sin embargo, el despliegue está concentrado en pocas ciudades, y de forma especial, en la capital, San Sebastián.

VI. OBSERVACIONES AL PROYECTO EN RELACIÓN CON LA FIJACIÓN DE LOS PRECIOS Y CONDICIONES DE ACCESO MAYORISTAS A LAS INFRAESTRUCTURAS

A juicio de esta Sala, el proyecto analizado contribuye a la consecución de los objetivos establecidos en las Agendas Digitales Europea y para España al estar diseñado para dar conexiones a Internet de 300 Mbps.

Sin embargo, el proyecto suscita algunas dudas sobre su configuración y encaje en el Reglamento de exención por categorías, al referirse a áreas en las que no existen desplegadas redes de banda ancha ultrarrápida, sin que estén calificadas expresamente –en el mapa de cobertura del MINETAD- como zonas blancas NGA⁹.

Así, el preámbulo (página 2) y la base 1.1 del borrador de acuerdo indican que las ayudas se destinarán a redes de acceso de nueva generación que puedan ofrecer velocidades ultrarrápidas muy por encima de 100 Mbps, *“previstas en el apartado 3.6 de las Directrices de la UE para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha, garantizándose mediante las redes a subvencionar un “cambio considerable” en términos de disponibilidad de banda ancha”* –tal como exige el apartado 83 de la sección 3.6¹⁰.

Con esta referencia, aunque esta Comisión no tiene información detallada sobre el carácter de las zonas diseminadas concretas de las entidades singulares de población (ESP) que la Diputación foral pretende cubrir, el proyecto remitido parece referirse a la posibilidad de que entre las zonas beneficiarias se encuentren zonas negras NGA, ya que la citada sección 3.6 de las Directrices se refiere a las intervenciones excepcionales a autorizar *“no obstante lo dispuesto en el apartado 77”* –que expresamente regula las *“zonas negras de acceso de nueva generación”*–.

Por su parte, si bien la documentación remitida no incluye una memoria de competencia económica, la Diputación Foral de Gipuzkoa ha sometido a trámite de información pública la cobertura de las zonas elegibles, a los efectos

⁹ A este respecto, se ha comprobado sobre la base de la relación de ESP calificadas como zonas no blancas del PEBA de 2016 que algunas de las zonas elegibles del proyecto remitido son consideradas zonas negras NGA como, entre otras, Andaluza, Arrutiega y Iruretaegia.

¹⁰ Las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha introducen el concepto de *“cambio considerable”* (apartado 51) referido a que el despliegue de red implique nuevas inversiones que tengan un carácter significativo en términos de disponibilidad de banda ancha.

de evitar incluir como zonas beneficiarias de las ayudas aquéllas en las que haya operadores interesados en desplegar redes NGA, en un plazo de tres años, sin necesidad de la intervención de fondos públicos. Dicha consulta pública ha permitido constatar a la Diputación Foral de Gipuzkoa “*la inexistencia de redes de banda ancha ultrarrápidas, así como la improbabilidad de que dichas infraestructuras se desarrollen en condiciones comerciales en un plazo de 3 años*” (base 1).

Asimismo, la redacción del proyecto es en muchos apartados idéntica a la de los proyectos de ayuda de Zierbena¹¹ y Álava¹², los cuales han sido analizados anteriormente por esta Sala, por lo que, se le informa de que parte de las observaciones que a continuación se realizan en el ejercicio de la función prevista en el artículo 3.2 del Real Decreto de coordinación de ayudas son comunes a las emitidas en dichos informes.

6.1 Obligaciones de acceso mayorista

La base 1.3 prevé la imposición de obligaciones de acceso mayorista efectivo a los operadores beneficiarios de las ayudas. A continuación se formulan observaciones sobre algunas cuestiones susceptibles de mejora o de reflexión en relación con las citadas obligaciones:

(i) Tipos de acceso mayorista

La base 1.3, párrafo segundo, lista los servicios mayoristas que los operadores beneficiarios de las ayudas están obligados a ofrecer: (i) acceso mayorista desagregado al bucle de abonado, incluida la desagregación virtual siempre que exista una demanda real y en función de la opción tecnológica de la red desplegada, (ii) acceso indirecto de banda ancha, ambos tipos de acceso durante un periodo mínimo de siete años y, (iii) acceso a conductos e infraestructuras por tiempo ilimitado.

Sin perjuicio de que las obligaciones de acceso establecidas son conformes con las condiciones previstas en el artículo 52 del Reglamento de exención por categorías, procede realizar dos observaciones:

¹¹ Acuerdo de 13 de julio de 2017 por el que se emite informe relativo al borrador de bases para la extensión de cobertura de redes de acceso de nueva generación (NGA) de muy alta velocidad en el municipio de Zierbena (exp. número INF/DTSA/111/17/AYUDAS EXTENSIÓN REDES NGA ZIERBENA).

¹² Acuerdo de fecha 3 de octubre de 2017 por el que se emite informe relativo al proyecto de subvenciones para la extensión de redes de banda ancha de nueva generación en los núcleos de población de menos de 150 habitantes y zonas diseminadas del territorio histórico de Álava (exp. número INF/DTSA/162/17/AYUDAS EXTENSIÓN COBERTURA REDES NUEVA GENERACIÓN ÁLAVA).

- Se recomienda modificar la denominación del primer servicio mayorista “acceso desagregado al bucle de abonado” por el usado posteriormente “Desagregación o acceso a la línea física” porque el primero está vinculado e identificado con una tecnología y medio de acceso concreto (par de cobre), que no se va a desplegar bajo estas ayudas.
- Se recomienda incluir el servicio mayorista de desagregación virtual (VULA) -citado en el párrafo cuarto- en el listado general de los servicios mayoristas del párrafo segundo de la citada base 1.3 como posible alternativa a la desagregación y acceso a la línea cuando la opción tecnológica seleccionada permita dichos accesos y exista una demanda real de dicho acceso.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que como el proyecto analizado va dirigido a zonas rurales, la imposición de todos los tipos de productos de acceso mayorista pudiera aumentar de forma desproporcionada los costes de inversión, sin ofrecer ventajas significativas en términos de mayor competencia. Por este motivo, la Diputación Foral de Gipuzkoa puede prever que los productos de acceso que requieran intervenciones caras en la infraestructura subvencionada sólo sean ofrecidos en caso de que exista una demanda razonable de un tercer operador, tal y como prevé el apartado 80 a) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

- Tras enumerarse los tipos de servicios mayoristas que deberán garantizarse, la base 1.3 contiene una previsión que establece: “*Si el operador receptor de la subvención no es operador dominante, las condiciones de cesión de la red a otros operadores serán las mismas que se aplican a los operadores dominantes*”.

Se recomienda eliminar esta frase. Probablemente esta inclusión proceda de la voluntad de la Diputación foral de clarificar las condiciones que supletoriamente podrían ser aplicables en caso de duda, pero implica una equiparación de condiciones –algunas sometidas a regulación de la CNMC- que puede resultar poco ventajosa y competitiva para operadores pequeños, que no tengan poder significativo de mercado (PSM o poder dominante), y que pueden verse obligados, en virtud de la misma, a cumplir condiciones de calidad o plazos que se han impuesto a Telefónica por su situación ventajosa en el mercado y su consiguiente PSM declarado. Por ello, se recomienda su eliminación, más aún porque la previsión comentada no es precisa, pudiendo acudir a la CNMC en caso de conflicto o duda.

(ii) Replicabilidad de los servicios

La previsión de las bases reguladoras sobre la replicabilidad técnica y económica que el servicio de acceso mayorista ofrecido deberá permitir con respecto a los servicios minoristas prestados por el operador beneficiario de la

ayuda, es adecuada y conforme al Reglamento de exención por categorías y las Directrices de ayudas a la banda ancha.

Se realiza únicamente una puntualización de carácter menor. Se recomienda que se incluya en la base 1.3 una previsión de que las condiciones técnicas del acceso mayorista ofrecido deberán ser, como mínimo, las establecidas en el proyecto (en relación con los requisitos mínimos establecidos en la base 1.2¹³), ya que todos los productos mayoristas disponibles deben ser servicios con velocidades equivalentes a los productos minoristas que pueda comercializar el operador beneficiario. Esto se indica porque la base 1.3 establece una obligación general de replicabilidad de los servicios minoristas, y pudiera ser que el operador adjudicatario condicionase el acceso mayorista a la velocidad que esté contratando a nivel minorista.

Ello se declara sin perjuicio de que, si el proyecto finalmente encajase en la sección 3.6 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, habría que reconsiderar y justificar la prestación de servicios minoristas por parte del operador adjudicatario. En este sentido, se recuerda que según las Directrices, las redes subvencionadas bajo esta sección deben basarse “*en una arquitectura abierta explotada solamente como red al por mayor*”¹⁴, estableciéndose esta condición como necesaria para que pueda declararse la ayuda como compatible en el marco de la prueba de sopesamiento. Por ello, se considera necesaria la reconsideración de la posible prestación de servicios minoristas a través de la red subvencionada por parte de los operadores beneficiarios.

(iii) Disponibilidad del acceso mayorista vs. comercialización de servicios minoristas

Al hilo de estas observaciones, el proyecto no exige al beneficiario de la ayuda que configure su oferta mayorista antes del inicio de la prestación de sus servicios minoristas de banda ancha a los usuarios finales, circunstancia que puede conllevar la creación de una barrera de entrada a los operadores solicitantes del acceso mayorista ya que el beneficiario de la ayuda no tiene, en principio, incentivos económicos a fomentar la competencia a nivel minorista en las zonas de actuación.

Las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha prevén que el acceso mayorista debe ser concedido “*lo antes posible*” al comienzo de la explotación de la red financiada con cargos a fondos públicos –apartado 78.g)-. Puesto que las citadas Directrices no fijan el plazo de forma taxativa, será la autoridad que

¹³ Que indica que la solución tecnológica que se empleé “*deberá permitir trasladar ofertas comerciales en las mismas condiciones que en las zonas urbanas, con una tasa de transferencia nominal por persona usuaria final de 300 Mbps de forma simétrica, (...)*”, estableciéndose asimismo otros requisitos.

¹⁴ Apartado 84.b) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

concede la ayuda la que deberá fijar el plazo que estime conveniente¹⁵. El objetivo es que los operadores que solicitan acceso mayorista a la red subvencionada tengan un margen de tiempo suficiente que les permita realizar las adaptaciones de red necesarias para completar el servicio mayorista contratado y, sobretodo, su correspondiente labor comercial y que el operador que ha recibido la ayuda no disfrute de una ventaja competitiva evidente o desproporcionada frente a los demás operadores, como ha señalado esta Sala en informes anteriores¹⁶.

Por ello, se recomienda a la Diputación Foral de Gipuzkoa que valore la posibilidad de incluir en el proyecto que el detalle de la oferta mayorista debe estar disponible al resto de los operadores interesados con un tiempo de antelación suficiente al inicio de la explotación minorista de la red NGA, con el fin de evitar la existencia de un trato discriminatorio entre la rama minorista del operador beneficiario de la ayuda y los operadores solicitantes del acceso mayorista –si los hubiere-. De esta manera se introduciría un elemento que equilibraría la ventaja competitiva que tiene el beneficiario de la ayuda en la explotación comercial respecto a terceros.

Por último, si el proyecto encajase en la sección 3.6 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, se recuerda, como en el apartado anterior, el contenido del apartado 84.b) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

6.2 Precios de servicios de acceso mayorista

La base 1.3, párrafo sexto, señala que los precios mayoristas deberán tener como referencia los precios mayoristas fijados por la CNMC al operador con PSM para servicios similares, que serán considerados como precios máximos. En caso de no existir una oferta de referencia equivalente, la referencia será la de los precios medios existentes en España y en caso de no existir tampoco esta referencia, se aplicará el criterio de orientación a costes.

Si bien dicho precepto se ajusta al apartado 78.h) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, debe tenerse en cuenta que el artículo 52.6 del Reglamento de exención por categorías se refiere, con carácter más general, a la necesidad de que los precios de acceso mayorista

¹⁵ A modo de orientación, en su nota al pie 108, las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha se remiten a la [Recomendación 2010/572/UE](#) de la Comisión Europea, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA) indicaba que *“las ANR deberían obligar al operador con PSM a que se pongan a disposición los nuevos productos de acceso de banda ancha al por mayor, en principio, al menos seis meses antes de que el operador con PSM o su filial minorista comercialicen sus correspondientes servicios NGA al por menor, a menos que existan otras salvaguardias eficaces que garanticen la no discriminación”*.

¹⁶ Por todos, véase el Acuerdo de 3 de octubre de 2017 a las ayudas de Álava (exp. número INF/D TSA/162/17).

se basen en los principios de fijación de precios establecidos por las autoridades nacionales de reglamentación y en valores de referencia prevalentes en otras zonas comparables, más competitivas, del Estado miembro o de la Unión, teniendo en cuenta las ayudas recibidas por el operador de la red.

Dado que actualmente la regulación de mercados de infraestructuras de banda ancha tiende a reducir los supuestos de precios orientados a costes en particular en lo referente a redes de alta capacidad¹⁷, resulta más adecuado hacer una referencia a que los precios de acceso mayorista se basen en los precios o principios e instrumentos de control de precios que utilice la CNMC para los servicios incluidos en el proyecto de la ayuda (como la metodología o el test de replicabilidad económica dirigido a controlar estrechamientos de márgenes, en los servicios prestados sobre fibra óptica¹⁸).

6.3 Coordinación de obras civiles

La base 1.3 *in fine* prevé que si se construyen conducciones, estas han de ser lo suficientemente grandes para dar cabida a varias redes. Ha de recordarse en este sentido que el artículo 6.2 del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad¹⁹, prevé la necesidad de que en las obras civiles que se lleven a cabo para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas total o parcialmente financiadas con recursos públicos se atienda cualquier solicitud razonable de **coordinación** en condiciones transparentes y no discriminatorias.

Dado que la coordinación y la reutilización de las infraestructuras existentes son uno de los principales factores determinantes de los costes de despliegue de la banda ancha, deben establecerse medidas para garantizar la publicidad de las obras con el fin de evitar una duplicación innecesaria y onerosa de recursos y de reducir el importe de la financiación pública, así como su coordinación, en caso necesario.

Se aconseja por tanto a la Diputación Foral de Gipuzkoa que valore la posibilidad de concretar medidas adicionales a adoptar para garantizar dicha

¹⁷ Resolución de 24 de febrero de 2016 por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (ANME/DTSA/2154/14/Mercados 3a 3b 4).

¹⁸ La aprobación de los tests de replicabilidad económica para este tipo de productos están actualmente en tramitación –exp. OFMIN/DTSA/004/16, para el test de replicabilidad para ofertas dirigidas al mercado residencial, y exp. OFMIN/DTSA/004/17, para el test aplicable a las ofertas dirigidas al segmento empresarial-.

¹⁹ Real Decreto que ha transpuesto al ordenamiento jurídico nacional la Directiva 2014/61/UE de 15 de mayo de 2014 relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

publicidad de las obras civiles para facilitar su coordinación, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 6.2 del Real Decreto 330/2016.

6.4 Funciones de la CNMC

La CNMC ostenta una competencia general para intervenir en los conflictos entre el beneficiario de la ayuda y los operadores demandantes del acceso mayorista, en virtud de las obligaciones mayoristas establecidas. Esta función se encuentra recogida en los artículos 6 del Real Decreto de coordinación de ayudas, 12 de la LCNMC, 15 y 70.2.d) de la LGTel, 52.6 del Reglamento de exención por categorías y en las Directrices comunitarias de ayudas de banda ancha. De forma adicional, la CNMC también puede asesorar al órgano concedente de la ayuda, en virtud de lo establecido en el artículo 70.2.I) de la LGTel.

Se sugiere a la Diputación Foral de Gipuzkoa que incluya expresamente una referencia a dicha potestad pública de intervención de la CNMC en materia de conflictos entre operadores relacionados con el acceso mayorista: precios, características técnicas, plazos, y demás aspectos necesarios, como último párrafo de la base 1.3. De esta manera, en caso de que algún operador tenga problemas de acceso conocerá sus opciones de plantear un conflicto o una consulta frente a la CNMC.

6.5 Requisitos mínimos de calidad de servicio

La base 1.2 *in fine* establece que la red NGA desplegada deberá cumplir una serie de requisitos técnicos mínimos, dirigidos a garantizar un nivel de calidad determinado a los usuarios finales: (i) ofrecer una tasa de transferencia nominal por usuario final de 300 Mbps en ambos sentidos a la salida del equipo de la red del operador más próximo a la persona usuaria final, (ii) permitir la transferencia ilimitada de datos en ambos sentidos y, (iii) asegurar su disponibilidad, al menos, el 98% del tiempo dentro del intervalo de un mes natural por usuario final. Asimismo se especifican ANS²⁰ con respecto a asegurar la calidad de servicio, tiempos de provisión y de resolución de incidencias (bases 1.2 *in fine* y 11).

En relación con el requisito técnico de “*asegurar la disponibilidad del servicio en los términos indicados, al menos para el 98% del tiempo [...] por usuario final*”, procede señalar que esta redacción resulta ambigua porque no se precisa si debe interpretarse en el sentido de que, o bien el servicio debe funcionar correctamente el 98% del tiempo o si, además de lo anterior, también debe garantizarse el caudal de 300 Mbps durante dicho tiempo extremo-a-extremo y de forma simétrica.

²⁰ Acuerdos de Nivel de Servicio.

Asimismo, el proyecto define un indicador de calidad de servicio a cumplir por el beneficiario con el fin de garantizar las comunicaciones multimedia en tiempo real (“*un retardo inferior a 50 ms*”). Si se mantiene este indicador de calidad, se sugiere especificar si constituye un valor extremo-a-extremo o, en caso contrario, habría que definir entre qué puntos se garantizan estos indicadores y cómo se va a verificar su cumplimiento. También sería conveniente incluir alguna referencia a los mecanismos o métodos de prueba para verificar su cumplimiento.

Por otra parte, los anteriores requisitos tienen sentido para un proyecto que quiera encajarse en la sección 3.6 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha –en zonas negras NGA pero en las que se desee llevar a cabo una inversión justificada propiciando en la zona un “*cambio considerable en términos de disponibilidad de banda ancha*”, al aportar nuevas capacidades al mercado, tales como disponibilidad, capacidad y velocidad- pero que lo excluirían probablemente del Reglamento de exención por categorías, como se analiza posteriormente (apartado 7.1).

Si el proyecto se encaja en los requisitos del Reglamento de exención por categorías –porque las zonas diseminadas sean directamente zonas blancas NGA-, se realiza la siguiente consideración. Como ha señalado esta Sala en ocasiones anteriores²¹, la obligación de garantizar un caudal disponible por usuario de forma continua tiene un mayor sentido en el marco de despliegues de redes de alta velocidad dirigidos al ámbito empresarial, pues en ese ámbito la prestación de un servicio con altos niveles de calidad y velocidad resulta muy necesaria para garantizar una oferta acorde con las necesidades de este tipo de usuarios, para que puedan llevar a cabo su actividad en condiciones adecuadas y así mejorar su competitividad.

Sin embargo, a juicio de esta Comisión la exigencia de este requisito para despliegues de redes NGA en el ámbito rural pudiera resultar excesiva, puesto que tales despliegues exigen inversiones cuantiosas por parte de los operadores solicitantes de la ayuda que podrían llegar a hacer inviable el proyecto teniendo en cuenta las características de las zonas objetivo.

Por este motivo, se sugiere que en el caso de que se desee mantener algún requisito relacionado con la garantía de caudal/velocidad de acceso, se haga referencia a los mismos niveles existentes para servicios equivalentes prestados en zonas más pobladas y competitivas –en el bien entendido de que se esté ante zonas blancas NGA-.

Por último, en otro orden de cosas, la base 1.2 incluye, también entre los requisitos mínimos a respetar por la solución empleada, en el primer guión, que “*las redes deberán utilizarse principalmente para la prestación de servicios*”

²¹ Véase por ejemplo, la Resolución de 27 de julio de 2017 por la que se pone fin al expediente INF/D TSA/140/17/AYUDAS EXTENSIÓN REDES NGA NÚCLEOS RURALES EUSKADI.

públicos de telecomunicación a personas usuarias finales en las zonas afectadas”.

Se sugiere no hacer una referencia a servicios públicos de telecomunicación, puesto que los servicios de telecomunicaciones no son servicios públicos sino servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, y esta referencia puede dar lugar a confusión –artículo 2 de la LGTel-. Asimismo, se recuerda que las ayudas han de ser lo más transparentes posibles y provocar el menor grado de falseamiento de la competencia necesario, dudándose del objetivo de esta indicación –que no debería implicar, por ejemplo, una exclusión de las empresas como beneficiarias de los servicios de telecomunicaciones finales-.

6.6 Publicidad y transparencia

Estrechamente relacionada con las obligaciones de ofrecer un acceso mayorista a determinados precios regulados, se encuentra la **obligación de transparencia**. La Comisión Europea recomienda que el beneficiario facilite información sobre la infraestructura desplegada, el nombre del beneficiario de la ayuda, el importe e intensidad de la ayuda y que se publique determinada información sobre el proyecto en una página web como mínimo (apartado 78.j) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha).

La base 11, último párrafo, exige al beneficiario de la ayuda *“dar la adecuada publicidad del carácter público de la financiación de las actividades o actuaciones objeto de la subvención, mediante la inclusión de la imagen institucional de la Diputación Foral de Gipuzkoa (logotipo del Departamento), así como leyendas relativas a la financiación pública en carteles, placas conmemorativas, materiales impresos (publicaciones, folletos, etc.), medios electrónicos o audiovisuales (material audio-visual, publicidad, páginas web, etc.), o bien en menciones realizadas en medios de comunicación.”*

Sin perjuicio de lo anterior y con el objeto de garantizar que aquellos operadores que deseen acceder a las obras en curso y/o redes desplegadas, tengan suficiente información sobre su localización, los servicios mayoristas y condiciones de acceso de forma más efectiva, se sugiere que también la Diputación Foral de Gipuzkoa informe, a través de su página web, sobre la fecha de inicio de la explotación de la red, la extensión de los despliegues y se incluya un enlace directo al apartado de la página del adjudicatario en la que también se proporcione la mencionada información o se indique cómo acceder a ella²².

²² Ello se indica sin perjuicio de la información que deberá ser accesible en los términos establecidos por los principios generales de publicidad del artículo 5, los contenidos fijados en el artículo 8.1.c) y demás obligaciones recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Asimismo, como se ha señalado en otras ocasiones²³, esta Sala advierte de la posibilidad de que el operador beneficiario de la ayuda sea Telefónica, que como operador con PSM, está sometido asimismo a la obligación de transparencia, en virtud de la regulación *ex ante* diseñada por la CNMC²⁴. En base a dicha obligación de transparencia, se recuerda que el operador indicado tiene una oferta de servicios regulada, y las condiciones específicas sobre las redes construidas al amparo de ayudas públicas no necesariamente coincidirán con las impuestas en el ámbito de la regulación *ex ante*, puesto que en materia de ayudas las obligaciones son más amplias, debiendo informar al sector sobre estas últimas también.

VII. OTRAS OBSERVACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE CONTRATACIÓN, AYUDAS PÚBLICAS Y REGULACIÓN ECONÓMICA EFICIENTE

En el ámbito de las facultades de asesoramiento general de la CNMC y de promoción de competencia entre operadores, recogidas en los artículos 70.2.l) de la LGTel y 5 de la LCNMC, se formulan a continuación otras observaciones:

7.1 Zonas a la que va dirigida la ayuda

Como se ha señalado, este proyecto está dirigido únicamente a zonas diseminadas de los 49 municipios con menos de 2.500 habitantes de Gipuzkoa en los que se ha identificado la inexistencia de redes de banda ancha ultrarrápidas. El listado actualizado se publicará en la página web “*LandaGipuzkoa+*” correspondiente al Departamento de Promoción Económica, Medio Rural y Equilibrio Territorial (base 1.1, segundo párrafo), constando como parte de la documentación aportada las fichas identificativas de las ESP objeto de las ayudas sometidas a consulta pública²⁵.

Tal como se anticipaba anteriormente, el preámbulo y la base 1.1 del borrador de acuerdo indican que las ayudas se destinarán a redes de acceso de nueva generación que puedan ofrecer velocidades ultrarrápidas muy por encima de 100 Mbps, “*previstas en el apartado 3.6 de las Directrices de la UE (...)*”²⁶.

²³ Acuerdo de 27 de julio de 2017, por el que se emite informe relativo al proyecto de resolución por el que se aprueban las bases de la convocatoria de subvención a proyectos de despliegue de redes NGA en áreas de actividad económica de Navarra para el ejercicio 2017 (INF/DTSA/129/17).

²⁴ En virtud de la Resolución de 24 de febrero de 2016 –ver nota al pie 19-.

²⁵ Figuran los detalles de la población censada y elegible del INE de 1 de enero de 2016, que se sobreentiende que se actualizará.

²⁶ La filosofía de esta sección 3.6 es considerar que puede ser necesario fomentar uno de los objetivos de la Agenda Digital para Europa, cuál es garantizar que en 2020 se alcance un 50% de penetración de las conexiones a Internet muy por encima de 100 Mbps. Por este motivo, la CE permitirá la financiación pública de redes NGA ultrarrápidas, especialmente en zonas urbanas, previo cumplimiento de estrictas condiciones, para asegurar un entorno competitivo.

Como exige el apartado 83 de la sección 3.6 de las Directrices, esta intervención podrá autorizarse si se demuestra la condición de “*cambio considerable*”, en términos de disponibilidad de banda ancha” –tal y como apunta el borrador de acuerdo que garantizará el proyecto de ayudas considerado²⁷.

La actualización del listado de ESP –con la correspondiente exclusión de áreas- se realizará sobre la base de los siguientes hechos: (i) que dejen de concurrir los requisitos y condiciones establecidos en la sección 3.6 de las Directrices –esto es, la intervención prevista no garantiza ya la condición de “*cambio considerable en términos de disponibilidad de banda ancha*”, que ha de cumplirse para poder autorizar intervenciones en zonas negras NGA; o, (ii) que los operadores hayan asumido un compromiso fehaciente de despliegue de redes NGA que conlleve avances significativos en términos de cobertura en la zona²⁸. Además, de conformidad con el citado apartado 83, para autorizar intervenciones en zonas negras se debe demostrar la condición de cambio considerable sobre la base de los siguientes criterios **acumulativos**:

- a) las redes de acceso de nueva generación existentes o previstas no llegan a los locales del usuario final con redes de fibra (es el caso de redes FTTN y redes de cable coaxial que utilizan fibra sólo hasta los armarios);
- b) la situación del mercado no evoluciona hacia el objetivo de una prestación competitiva de servicios ultrarrápidos por encima de 100 Mbits/s en un futuro próximo por los planes de inversión de operadores comerciales, con arreglo a los apartados 63 a 65 de las Directrices. En principio, se presume que las zonas con redes NGA con FTTC o DOCSIS 3.0 son lo suficientemente competitivas para evolucionar hacia la prestación de servicios de banda ancha ultrarrápidas sin intervención pública; y
- c) existe una demanda previsible para tales mejoras cualitativas.

Dado lo anterior, parece complicado justificar el apartado c) en todos los casos debido a que en algunas zonas de actuación no hay ningún habitante empadronado, y se deben cumplir todos los requisitos para demostrar el

²⁷ Las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha introducen el concepto de “*cambio considerable*” (apartado 51) referido a que el despliegue de red implique nuevas inversiones que tengan un carácter significativo en términos de disponibilidad de banda ancha.

²⁸ Se entiende por avances significativos que: 1) el operador seleccionado habrá de realizar nuevas inversiones importantes en la red de banda ancha y, 2) la infraestructura subvencionada aportará un nivel significativo de nuevas capacidades al mercado en términos de disponibilidad y capacidad de servicios de banda ancha, velocidad (a partir de 300 Mbps) y competitividad.

seguimiento de las Directrices²⁹. El posible incumplimiento de este requisito podría dar como resultado que, en caso de notificación, la ayuda fuera declarada incompatible.

En definitiva, a la vista de lo señalado en los párrafos anteriores, el proyecto remitido parece referirse a la posibilidad de que entre las zonas beneficiarias se encuentren zonas negras NGA³⁰, ya que la sección 3.6 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha se refiere a las intervenciones excepcionales a autorizar “*no obstante lo dispuesto en el apartado 77*” –que expresamente regula las “zonas negras de acceso de nueva generación”-. Sin embargo, el último párrafo de la base 1 encuadra el proyecto de ayudas en el artículo 52 del Reglamento de Exención por categorías, que exige que la ayuda vaya dirigida a zonas blancas. Por ello, convendría aclarar este extremo en la medida en que este tipo de ayudas no encajaría con las previsiones del artículo 52.3 del Reglamento de exención por categorías, en cuyo caso sería necesaria su notificación a la Comisión Europea como ayuda de Estado en virtud de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por otra parte, el proyecto remitido garantiza su incompatibilidad con las ayudas del Plan PEBA, las ayudas del Gobierno Vasco en polígonos industriales y núcleos rurales de población así como cualquier otra ayuda que se otorgue para la misma finalidad por otra Administración o entidad pública o privada (bases 1.2, último párrafo, y 12).

A estos efectos, procede resaltar que el proyecto remitido complementa, en términos generales, la reciente convocatoria³¹ de ayudas para el mismo objeto en núcleos rurales realizada por el Gobierno autonómico vasco, cuyo proyecto fue analizado por esta Sala anteriormente³². La convocatoria autonómica de ayudas comprende, entre otros, 16 municipios rurales de la provincia de Gipuzkoa, mientras que, el proyecto objeto de análisis ahora se refiere a las zonas diseminadas de cuarenta y nueve -49- municipios con menos de 2.500 habitantes. La comparación de las zonas de actuación de ambas iniciativas públicas pone de manifiesto que podría existir un posible solapamiento únicamente en el municipio de Mutiloa.

²⁹ Cabe señalar que las Directrices de ayudas a la banda ancha es un documento que la Comisión aplicará a todas las medidas de ayuda notificadas respecto de las que deba adoptar una decisión (párrafo 87 de las Directrices), aunque es comúnmente aceptado su uso como complemento a lo establecido en el Reglamento de exención por categorías.

³⁰ Véase la nota al pie nº 9..

³¹ Boletín Oficial del País Vasco de fecha 5 de octubre de 2017. Núm. 191. *ORDEN de 27 de septiembre de 2017, del Consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno, por la que se regula y convoca el programa de ayudas a la extensión de redes de banda ancha de nueva generación en núcleos de población de Euskadi*”.

³² Acuerdo de 27 de julio de 2017, por el que se emite informe relativo al borrador de orden de bases reguladoras y convocatoria del programa de ayudas a la extensión de redes de banda ancha de nueva generación en núcleos de población rurales de Euskadi (exp número INF/DTSA/140/17).

De esta manera y con el objeto de evitar perjudicar el diseño de los proyectos técnicos debido a la variación en las zonas objetivo, se recomienda a la Diputación Foral de Gipuzkoa que, en la actualización del listado de las zonas elegibles previa a la convocatoria de las ayudas, compruebe que las zonas de actuación (i) no sólo sean coincidentes con el listado de zonas blancas NGA 2017³³ publicado por el MINETAD –en el caso de que el proyecto encajase en el Reglamento de Exención por Categorías- sino que también (ii) la Administración autonómica vasca no haya recibido solicitudes de ayudas pendientes de resolver para las mismas zonas de actuación en sus procedimientos de convocatoria, a los efectos de garantizar desde la propia entidad otorgante de la ayuda la incompatibilidad entre los distintos regímenes de ayuda para el despliegue de redes NGA.

De forma adicional, se observa que existen grandes diferencias en la población estimada que podrá cubrirse en cada ESP, existiendo algunos (como Etxezarreta, en Aizarnazabal, o Mugitzagaina, en el mismo municipio), en los que o no figuran habitantes censados –primer caso- o hay un número muy reducido de habitantes censados (18). Se recuerda la reciente aprobación del Real Decreto 898/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la contratación de servicios de acceso de banda ancha fija de alta velocidad, que establece otra alternativa para mejorar el acceso a la banda ancha en estos municipios particularmente interesante para zonas de muy baja densidad de población -la concesión directa de una ayuda a los usuarios finales para que éstos puedan contratar el servicio de banda ancha fija, independientemente de la tecnología utilizada, a una velocidad mínima de 30 Mbps-.

Sin embargo, este Real Decreto únicamente cubre actuaciones para ubicaciones donde no hay disponibles servicios de acceso de banda ancha fija que proporcionen una conexión de una velocidad de transmisión, al menos, de 10 Mbits por segundo, en sentido descendente, por lo que ha de conocerse bien qué servicios hay disponibles en las ubicaciones mencionadas. Además, es evidente que no todas las tecnologías garantizan la calidad que pretende alcanzar la Diputación Foral de Gipuzkoa, por lo que es fundamental tener claro el objetivo a alcanzar.

7.2 Plazo de presentación de solicitudes

La base 3 se remite a la convocatoria para la fijación del plazo y el Anexo II, que contiene el borrador de la convocatoria para 2018, no establece el plazo concreto. Dada la complejidad de este tipo de proyectos es conveniente

³³ Con fecha 30 de octubre de 2017, se ha aprobado la Resolución definitiva de la Convocatoria 2017 de ayudas para la realización de proyectos en el marco de la Orden IET/1144/2013 de 18 de junio, modificada por la Orden IET/241/2014, de 13 de febrero y por la Orden IET/275/2015, de 17 de febrero y por la Orden ETU/275/2017, de 22 de marzo (PEBA 2017). Véase en el siguiente enlace web: <http://www.minetad.gob.es/PortalAyudas/banda-ancha/Concesion/2017/Paginas/PropResDefinitiva.aspx>

establecer un plazo amplio y suficiente para la presentación de solicitudes, a fin de permitir una mejor preparación de las ofertas y asegurar una mayor concurrencia en el procedimiento competitivo. En este caso, debe tenerse en cuenta que la Diputación Foral de Gipuzkoa ha realizado una consulta pública al mercado, por lo que se recomienda que se establezca un plazo de un mes para la presentación de las correspondientes solicitudes, como se ha sugerido en anteriores proyectos³⁴.

Asimismo, el párrafo 4 de la base 3 establece que: *“Se admitirá la presentación conjunta de solicitudes de ayudas que incluyan diferentes unidades inmobiliarias siempre que dichas unidades se hallen sitas en el mismo municipio; no podrán formularse de forma conjunta solicitudes de ayudas que incluyan unidades inmobiliarias sitas en distintas localidades”*. Habida cuenta de la ausencia de la memoria de análisis de impacto normativo, se desconoce el sentido de esta restricción, por lo que se recomienda justificarla convenientemente o, en su caso, eliminarla.

7.3 Intensidad de la ayuda

De conformidad con la base 9, *“las subvenciones a conceder en el marco de estas bases supondrán el 95% de los gastos e inversiones subvencionables en cada proyecto”*. Asimismo, cabe el supuesto en el que si no se ha agotado el presupuesto, sería subvencionable una desviación al alza de un gasto justificado de hasta el 5% respecto del presupuesto aprobado. Esta previsión supone establecer una intensidad de la ayuda del 95% de los gastos e inversiones subvencionables, o incluso más en algunos supuestos. Como ya se ha comentado en otras ocasiones, si se tomase como referencia el PEBA 2017, en el artículo 5.2 de la resolución de la convocatoria para este año 2017³⁵ se establece que para el País Vasco la intensidad máxima de la ayuda será del 50%.

Por tanto, se recomienda reevaluar la intensidad desde esa perspectiva y, en cualquier caso, una mayor fundamentación de la opción elegida en atención a criterios objetivos que recojan las características principales de la zona y el proyecto, ya que la idea que debe presidir la fijación de la intensidad máxima de la subvención debe ser la de minimizar el importe manteniendo el efecto incentivador, por ello, es fundamental una elección certera de este parámetro, en función de las características de la zona y el proyecto para evitar una posible sobrecompensación.

En segundo lugar, se recomienda asimismo aclarar que este porcentaje será la intensidad **máxima** de la ayuda, pero que la intensidad podrá ser inferior.

³⁴ Véase Informe de 3 de octubre de 2017, de las ayudas de Álava.

³⁵<http://www.minetad.gob.es/PortalAyudas/bandaancha/Normativa/Paginas/Convocatorias.aspx>

Por otro lado, en relación con los gastos subvencionables, la base 1.2 no define concretamente los gastos que se consideran subvencionables, señalando que “*serán objeto de subvención aquellos gastos ocasionados en la ejecución de trabajos que hayan supuesto el despliegue de las infraestructuras de red de banda ancha ultrarrápida necesarias para ofrecer los servicios señalados*”. Si bien esta previsión parece recoger parcialmente el artículo 52.2 del Reglamento de exención por categorías, se recuerda que si el proyecto se acoge a tal Reglamento finalmente, los únicos gastos que pueden contemplarse como subvencionables son “*a) los costes de inversión para el despliegue de una infraestructura de banda ancha pasiva; b) los costes de inversión de obras de ingeniería civil relacionadas con la banda ancha; c) los costes de inversión para el despliegue de redes de banda ancha básica, y d) los costes de inversión para el despliegue de redes de acceso de nueva generación («NGA»)*” -como indica el precepto citado-.

7.4 Criterios de valoración de las ofertas

La base 8 establece los **criterios de valoración de las ofertas** que son cuatro: (i) eficiencia económica de la solución pretendida (hasta 50 puntos, sobre 100 puntos), (ii) el potencial y la escalabilidad de la solución pretendida (hasta 20, puntos, sobre 100), (iii) sostenibilidad y eficiencia técnica de la solución pretendida, aprovechamiento de la infraestructura ya existente y la necesidad de nuevas infraestructuras (hasta 20 puntos, sobre 100) y, (iv) calidad de proyecto, grado de definición y detalle (hasta 10 puntos, sobre 100). En caso de empate los proyectos que atiendan a un mayor número de unidades inmobiliarias se priorizan. El segundo criterio de desempate es el menor presupuesto. En caso de que el crédito consignado fuera suficiente para la atención de todos los proyectos no será necesario efectuar la valoración, ni fijarse un orden de prelación.

Únicamente el primer criterio es evaluable mediante la aplicación de la siguiente fórmula³⁶:

$$P. Imp = 20 \times \frac{Im}{Io}$$

$$P. UIn = 30 \times \frac{UIo}{UIM}$$

³⁶ “Im”: Importe mínimo de las ofertas presentadas; “Io”: Importe de la oferta en análisis; “UIM”: Número máximo de unidades inmobiliarias de las ofertas presentadas; “UIo”: Número de unidades inmobiliarias de la oferta en análisis; “P.Imp”: Puntuación asociada al importe, asignada a la oferta en análisis; “P.UIn”: Puntuación asociada a las unidades inmobiliarias, asignada a la oferta en análisis; “MAX (P.Imp+P.UIn)”: Valor máximo de suma de puntuación de importe y unidades inmobiliarias de todas las ofertas presentadas.

$$P_o = \frac{50 \times (P. Imp + P. Uin)}{MAX(P. Imp + PUin)}$$

Como puede observarse, la fórmula elegida es bastante compleja, lo que requiere realizar el cálculo en dos fases, en la que se da mayor peso a la propuesta en términos de número de unidades inmobiliarias (30 sobre 50) que al ahorro económico (20 sobre 50). Tal como ha señalado esta Sala en anteriores ocasiones³⁷, el criterio que mejor se ajusta para valorar este tipo de ayudas es el de **menor subvención por usuario beneficiado** pues es el que mejor refleja el objeto de la ayuda que es garantizar la disponibilidad de redes NGA (aumentar la cobertura para contribuir así a alcanzar un grado universal) al mismo tiempo que prima la eficiencia económica (y presupuestaria) y fomenta la competencia entre los operadores.

Por tanto, se recomienda al Gobierno Foral de Gipuzkoa que el criterio de eficiencia tenga un carácter claramente preponderante (por ejemplo, hasta 60/70 puntos), dándole una mayor puntuación al ahorro económico o considerándolo por lo menos de forma igualitaria con el número de unidades inmobiliarias (grado de cobertura), que es el otro parámetro asociado al principio de menor subvención por usuario beneficiario.

Estrechamente relacionado con la eficiencia económica y presupuestaria del proyecto, está también el tercer criterio de valoración relativo al **aprovechamiento de infraestructuras ya existentes y la necesidad de nuevas infraestructuras**, que adolece de cierta vaguedad y discrecionalidad. Así, el apartado tercero de la convocatoria de ayudas señala que la solicitud de ayuda debe ir acompañada de una memoria técnica que debe incluir, entre otra información, el *“aprovechamiento de infraestructuras públicas: ahorro de costes por aprovechamiento de infraestructuras públicas, propias o de terceros operadores”*. Tal reutilización puede suponer importantes ahorros para el proyecto con la consiguiente reducción de la inversión necesaria.

Por ello, resulta imprescindible que la valoración de este criterio se realice de forma objetivable, mediante la aplicación de fórmulas que reduzcan la discrecionalidad. Asimismo, se sugiere que se minore su puntuación (actualmente, hasta 20 puntos), en línea con lo establecido en el plan PEBA de 2017 y con otros programas de ayudas aprobados para la misma finalidad por el Gobierno de Euskadi³⁸ -de forma que así pueda incrementarse el criterio de

³⁷ Véanse los expedientes IPN/CNMC/015/16/MODIFICACIÓN ORDEN PLAN PEBA-NGA 2016, INF/D TSA/048/17/AYUDAS AL DESPLIEGUE DE REDES EN ANDALUCÍA y INF/D TSA/065/17/AYUDAS AL DESPLIEGUE DE REDES EN EXTREMADURA.

³⁸ Véase, por ejemplo, la Orden de 27 de junio de 2017, de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, por la que se regula y convoca, para el ejercicio 2017, el programa de ayudas a la extensión de redes de banda ancha de nueva generación en

eficiencia económica principal, como se indicaba anteriormente, que se valora con una fórmula objetiva-. Por otra parte, también se recomienda a la Diputación Foral de Gipuzkoa que publique el listado de las infraestructuras públicas de su titularidad que sean susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas para que puedan ser incluidas por los solicitantes de las ayudas en sus proyectos.

Por último, en los **restantes criterios de valoración**, como la calidad del proyecto o el potencial de la solución pretendida, existe una elevada falta de concreción y no son evaluables mediante fórmulas objetivas, por lo que su evaluación puede resultar excesivamente discrecional. Como ha señalado esta Comisión anteriormente³⁹, para mejorar la seguridad jurídica de los solicitantes y para reducir el ámbito de discrecionalidad del órgano concedente es imprescindible redefinirlos de manera objetivable, cuantificable y evaluable mediante fórmulas que otorguen seguridad jurídica a los interesados y garanticen los principios de no discriminación y transparencia, tal como indica el artículo 150.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre⁴⁰, y reducir su peso al máximo o, incluso, preferiblemente, ser eliminados de aquellos que se considere imposible expresar en términos cuantificables y objetivos. En proyectos anteriores de la misma Comunidad autónoma estos criterios vienen acompañados de un mayor detalle, por lo que se sugiere su utilización.

7.5. Evaluación ex -post

Por último, se recuerda que es altamente aconsejable realizar una evaluación *ex post* de este tipo de esquemas, tanto en lo relativo a la consecución de los objetivos previstos como en la posible materialización de efectos indirectos indeseados, como una distorsión de la competencia y la eficiencia.

Aunque en principio el esquema es de un importe inferior al que considera la normativa comunitaria para exigir un plan de evaluación⁴¹, es clave extraer lecciones sobre el diseño del esquema para introducir eventuales correcciones

polígonos empresariales de Euskadi (Boletín Oficial del País Vasco de 10 de julio de 2017 Núm. 3465) y la Orden de 27 de septiembre de 2017, de convocatoria de ayudas para la extensión de redes NGA en núcleos de población de Euskadi citada en la nota al pie núm. 32.

³⁹ Por todos, Acuerdo de 13 de julio de 2017 por el que se emite informe relativo al borrador de orden de bases reguladoras y convocatoria, para el ejercicio 2017, del programa de ayudas a la extensión de redes de banda ancha de nueva generación en polígonos empresariales de Euskadi (INF/DTSA/076/17).

⁴⁰ Ver el artículo 146.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁴¹ De acuerdo con el artículo 1.2 del Reglamento de exención por categorías, existe la obligación de diseñar un plan de evaluación para los esquemas de importe superior a 150 millones de euros anuales.

en futuros regímenes. Además, la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al consumidor final (sea particular o empresa) es una actividad muy concentrada, con lo que es pertinente evaluar el impacto sobre la competencia.

VIII. CONCLUSIONES

Con carácter general, el proyecto del Gobierno de Gipuzkoa contribuirá a la efectiva realización de algunos de los objetivos señalados en la Agenda Digital para España y en la Agenda Digital Europea, si bien se sugiere aclarar su encaje en el Reglamento de exención por categorías.

Procede realizar las siguientes observaciones en ejercicio de la función prevista en el artículo 3.2 del Real Decreto de coordinación de ayudas:

- Se recomienda modificar la denominación del primer servicio mayorista “acceso desagregado al bucle de abonado” por el usado posteriormente “desagregación o acceso a la línea física” e incluir el servicio mayorista de desagregación virtual (VULA) en el listado general de los servicios mayoristas del párrafo segundo de la citada base 1.3.
- Se recomienda eliminar la obligación de que *“las condiciones de cesión de la red a otros operadores serán las mismas que se aplican a los operadores dominantes”*, recogida en la base 1.3, porque esta previsión extiende las obligaciones derivadas de la regulación ex ante de un operador con PSM al resto de posibles beneficiarios de las ayudas.
- En el caso de que el proyecto se encajase en el Reglamento de Exención por Categorías, se recomienda incluir en la base 1.3 una previsión de que las condiciones técnicas del acceso mayorista ofrecido deberán ser, como mínimo, las establecidas en el proyecto para evitar que el operador adjudicatario condicione el acceso mayorista a la velocidad que esté contratando a nivel minorista. Por el contrario, si el proyecto encaja en la sección 3.6 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, se recuerda que estas intervenciones deben sustentar únicamente redes mayoristas.
- Se recomienda a la Diputación Foral de Gipuzkoa que valore la posibilidad de incluir en el proyecto que el detalle de la oferta mayorista debe estar disponible al resto de los operadores interesados con un tiempo de antelación suficiente al inicio de la explotación minorista de la red NGA, con el fin de evitar la existencia de un trato discriminatorio entre la rama minorista del operador beneficiario de la ayuda y los operadores solicitantes del acceso mayorista –si los hubiere-, salvo que el proyecto encajase en la sección 3.6 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha en cuyo caso el operador beneficiario no puede explotar a nivel minorista la red subvencionada.

- Se considera más adecuado hacer una referencia a que los precios de acceso mayorista se basen en los precios o principios e instrumentos de control de precios que utilice la CNMC para los servicios incluidos en el proyecto de la ayuda (como la metodología o el test de replicabilidad económica dirigido a controlar estrechamientos de márgenes, en los servicios prestados sobre fibra óptica).
- Se aconseja a la Diputación Foral de Gipuzkoa que valore la posibilidad de concretar medidas adicionales a adoptar para garantizar una correcta publicidad de las obras civiles para facilitar su coordinación, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.2 del Real Decreto 330/2016.
- Se sugiere que se incluya expresamente una referencia a la potestad pública de intervención de la CNMC en materia de conflictos entre operadores relacionados con el acceso mayorista: precios, características técnicas, plazos, y demás aspectos necesarios, como último párrafo de la base 1.3.
- En el entendido de que se esté ante zonas blancas NGA, si se desea mantener algún requisito relacionado con la garantía de caudal/velocidad de acceso, se puede hacer referencia a los mismos niveles existentes para servicios equivalentes prestados en zonas más pobladas y competitivas.
- También, se sugiere especificar si el indicador de calidad de servicio constituye un valor extremo-a-extremo o, en caso contrario, habría que definir entre qué puntos se garantizan estos indicadores y cómo – a través de qué mecanismos o métodos de prueba- se va a verificar su cumplimiento.
- Se sugiere no hacer una referencia a “servicios públicos de telecomunicación”, puesto que los servicios de telecomunicaciones no son servicios públicos sino servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, y esta referencia puede dar lugar a confusión.
- Con el objeto de garantizar que aquellos operadores que deseen acceder a las obras en curso y/o redes desplegadas, tengan suficiente información, se sugiere que la Diputación Foral de Gipuzkoa informe, a través de su página web, sobre la fecha de inicio de la explotación de la red, la extensión de los despliegues y se incluya un enlace directo al apartado de la página del adjudicatario en la que también se proporcione la mencionada información o se indique cómo acceder a ella.

Del mismo modo, procede realizar otras observaciones desde la perspectiva de contratación, ayudas públicas y regulación económica eficiente:

- Con el objeto de evitar perjudicar el diseño de los proyectos técnicos debido a la variación en las zonas objetivo, se recomienda a la Diputación Foral de Gipuzkoa que en la actualización del listado de las zonas elegibles previa a la convocatoria de las ayudas compruebe que las zonas de actuación (i) no sólo sean coincidentes con el listado de zonas blancas NGA 2017 del MINETAD -en el caso de que el proyecto encajase en el Reglamento de Exención por Categorías- sino que también (ii) la Administración autonómica vasca no haya recibido solicitudes de ayudas pendientes de resolver para las mismas zonas de actuación en sus procedimientos de convocatoria, a los efectos de garantizar desde la propia entidad otorgante de la ayuda la incompatibilidad entre los distintos regímenes de ayuda para el despliegue de redes NGA.
- Convendría aclarar la posibilidad de que entre las zonas beneficiarias se encuentren zonas negras NGA en la medida en que este esquema de ayudas podría no encajar con las previsiones del artículo 52.4 del Reglamento de exención por categorías. En este caso, sería recomendable su notificación a la Comisión Europea como ayuda de Estado notificable.
- Se recuerda que es conveniente establecer un plazo amplio y suficiente –en este caso se entiende razonable un plazo de un mes- para la presentación de solicitudes, a fin de permitir una mejor preparación de las ofertas y asegurar una mayor concurrencia en el procedimiento competitivo.
- Se recomienda replantear la fijación de la intensidad máxima de la ayuda ya que la idea que debe presidir su determinación es la de minimizar el importe manteniendo el efecto incentivador y evitar la sobrecompensación.
- Se recomienda que la eficiencia de la ayuda sea claramente el criterio preponderante y para ello se aumente la puntuación del parámetro del ahorro económico de la fórmula incluida en el borrador de acuerdo..
- Se sugiere redefinir algunos criterios de manera objetivable, cuantificable y evaluable, específicamente el criterio de valoración relativo al aprovechamiento de infraestructuras existentes y, relacionado con lo indicado en el apartado anterior, reducir su peso en línea con otros proyectos aprobados
- Se recomienda publicar el listado de las infraestructuras públicas de su titularidad que sean susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas para que puedan ser incluidas por los solicitantes de las ayudas en sus proyectos.

- Es altamente aconsejable realizar una evaluación *ex post* de este tipo de esquemas, tanto en lo relativo a la consecución de los objetivos previstos como en la posible materialización de efectos indirectos indeseados, como una distorsión de la competencia y la eficiencia.