

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 2009 POR LA QUE SE APRUEBA EL ANÁLISIS Y DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS 4 Y 5, Y LA RESOLUCIÓN DE 13 DE ABRIL DE 2013 POR LA QUE SE APRUEBA EL ANÁLISIS Y DEFINICIÓN DEL MERCADO 6

SNC/D TSA/067/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta de la Sala

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 25 de abril de 2018

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Expediente OFMIN/D TSA/004/15/DENUNCIA GOBIERNO VASCO

Con fecha 11 de mayo de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) aprobó la Resolución del procedimiento administrativo tramitado para analizar la denuncia interpuesta por Euskaltel, S.A. (Euskaltel) contra Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) sobre la oferta económica presentada por el segundo operador en el procedimiento de licitación pública del Lote 1 “*Red multiservicio EJ/GV*” del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la

Comunidad Autónoma de Euskadi¹, convocado por el Gobierno Vasco en el mes de agosto de 2015.

En dicha Resolución, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC concluyó:

“ÚNICO.- En relación con el concurso convocado por Eusko Jauriaritza / 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.”

Como apuntaba dicha Resolución, el alcance de la intervención de la CNMC en el citado expediente se limitaba a dilucidar la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica. Tras llegar a la conclusión de que Telefónica había efectivamente llevado a cabo una práctica de irreplicabilidad económica contraria a los objetivos y obligaciones regulatorias que tiene contraídos en el seno de los mercados regulados 4, 5 y 6, la resolución mencionada señalaba que procedía instar la apertura del correspondiente procedimiento sancionador contra Telefónica.

Segundo.- Incoación del presente procedimiento sancionador

En consecuencia, también en fecha 11 de mayo de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó incoar el presente procedimiento sancionador (SNC/DTSA/067/17) contra Telefónica, como presunto responsable directo de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), consistente en el incumplimiento de las resoluciones dictadas por esta Comisión (folios 1 a 8).

En particular, se acordó incoar un procedimiento sancionador por el presunto incumplimiento de la Resolución de la CMT 22 de enero de 2009, relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, y de la Resolución de la CMT de 11 de abril de 2013, relativa a la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (folios 1 a 8 del expediente administrativo).

¹ Código de expediente del Gobierno Vasco: KM/2016/001.

En el referido acuerdo se acordó, asimismo, la incorporación al presente expediente de toda la documentación obrante en el expediente OFMIN/DTSA/004/15 referido en el Antecedente Primero (folios 107 a 1934).

Por otro lado, se otorgó el plazo de un mes para que el interesado presentara alegaciones y propusiera la práctica de pruebas.

Mediante escritos de fecha 12 de mayo de 2017, se procedió a notificar telemáticamente el citado acuerdo a Telefónica (folio 11), así como a la instructora del expediente sancionador (folio 9), dándole a ésta última traslado del expediente OFMIN/DTSA/004/15 para su consideración en el presente procedimiento.

Tercero.- Acceso al expediente por Telefónica

Con fecha 18 de mayo de 2017, Telefónica solicitó el acceso a la documentación obrante en el expediente (folios 18 a 19).

A este respecto, el 26 de mayo se le informó de que la única documentación que constaba en el procedimiento SNC/DTSA/067/17 era: (i) el acuerdo de inicio del procedimiento de fecha 11 de mayo de 2017 y (ii) los actos incorporados procedentes del expediente OFMIN/DTSA/004/15. Adjunto al citado escrito se le remitió copia del índice del procedimiento de referencia (folios 20 a 25).

Cuarto.- Acuerdo de ampliación de plazo

Con fecha 13 de junio de 2017, Telefónica solicitó la ampliación del citado plazo de un mes de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador debido a la imposibilidad material –alegada por la interesada- de evacuar dicho trámite dentro del plazo legalmente establecido (folios 32 a 34).

El día 15 de junio de 2017, la instructora concedió a Telefónica una ampliación de cinco -5- días hábiles adicionales para que presentara las alegaciones y documentos que estimase oportunos (folios 35 a 36).

Quinto.- Alegaciones de Telefónica al acuerdo de incoación

El 22 de junio de 2017, Telefónica presentó su escrito de alegaciones al inicio del presente procedimiento sancionador, solicitando su archivo y, mediante Otrosí digo, la confidencialidad de la información identificada como tal en el citado escrito (folios 43 a 61).

Igualmente, Telefónica solicitó, mediante segundo Otrosí digo, la apertura del periodo de prueba *“con el fin de que Telefónica pueda acreditar los hechos referidos en el presente escrito de alegaciones los cuales demuestran la*

inexistencia de infracción alguna cometida por parte de esta Compañía”. Con carácter adicional, Telefónica proponía el medio de prueba consistente en “tener por reproducida la documental obrante en el expediente administrativo OFMIN/DTSA/004/15 REPLICABILIDAD OFERTA GOBIERNO VASCO”.

Sexto.- Acuerdo denegatorio de la apertura de un período de prueba

Con fecha 21 de agosto de 2017, se comunicó a Telefónica (folios 62 a 63) la desestimación de su solicitud de apertura del periodo de prueba, al no haberse propuesto medio de prueba alguno en concreto que fuera necesario o procedente practicar para acreditar los hechos referidos en su escrito de alegaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 77.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En el mismo escrito se recordó al operador que, de acuerdo con el resuelve séptimo del acuerdo de inicio del procedimiento de referencia, las actuaciones del expediente OFMIN/DTSA/004/15 habían quedado incorporadas al presente procedimiento sancionador y no era necesario abrir un periodo de prueba para incorporar esta documental.

No obstante lo anterior, se le indicó que tenía el derecho a presentar alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que considerase oportunos en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, conforme al artículo 76 de la LPAC.

Séptimo.- Requerimiento de información a Telefónica

De conformidad con el artículo 75 de la LPAC, en fecha 17 de octubre de 2017 se practicó a Telefónica un requerimiento de información, por ser necesario determinar algunos detalles del análisis de replicabilidad económica empresarial analizado en el presente expediente (folios 67 a 68).

Con fecha 31 de octubre de 2017, Telefónica solicitó ampliación del plazo inicialmente otorgado para contestar al citado requerimiento de información, ampliación que fue concedida por el plazo de 2 días hábiles mediante escrito de fecha 3 de noviembre de 2017 (folios 80 a 81).

Telefónica contestó a dicho requerimiento de información mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2017 (folios 89 a 94).

Octavo.- Requerimiento de información al Gobierno Vasco

Paralelamente al requerimiento de información practicado a Telefónica, también el día 17 de octubre de 2017 se requirió al Gobierno Vasco, al amparo del mencionado artículo 75 de la LPAC, información relativa a los servicios

prestados por Telefónica en el marco del contrato de servicios de telecomunicaciones analizado en el expediente OFMIN/DTSA/004/15, concretamente para constatar si Telefónica le está prestando tanto los servicios de transmisión de datos como el servicio de ampliación de VoIP a los usuarios del Gobierno Vasco, así como los importes devengados para cada una de estas dos categorías (folios 72 a 73).

El Gobierno Vasco contestó a dicho requerimiento de información mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2017 (folios 85 a 87).

Noveno.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 19 de diciembre de 2017, la instructora del expediente procedió a declarar confidenciales ciertos datos obrantes en los escritos de Telefónica de 22 de junio y 10 de noviembre de 2017 (folios 97 a 100).

Décimo.- Propuesta de resolución

Con fecha 2 de marzo de 2018 se dictó propuesta de resolución del presente procedimiento (folios 1935 - 2011), que fue notificada a Telefónica con fecha 5 de marzo de 2018, otorgándole un plazo de un mes para formular alegaciones.

En ella se proponía:

PRIMERO.- Que se declare responsable directo a la entidad Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones de 22 de enero de 2009 relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, y de 11 de abril de 2013, relativa a la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, una multa por importe de nueve millones quinientos mil euros (9.500.000 €) por la anterior conducta.

Undécimo.- Alegaciones

Con fecha 14 de marzo de 2018, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica por el que solicitaba una ampliación del plazo concedido para presentar alegaciones a la propuesta de resolución (folios 2015 a 2019).

Con fecha 15 de marzo, se dictó resolución por la que se desestimaba la citada petición debido a la falta de motivación y justificación por parte de Telefónica de la solicitud presentada (folios 2020-2021).

Con fecha 3 de abril de 2018, Telefónica presentó su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del presente procedimiento sancionador, solicitando que se declare la inexistencia de infracción y que se proceda al archivo del expediente. Mediante Otrosí digo, Telefónica solicita con carácter subsidiario que la cuantía de las sanciones se minore teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Finalmente, mediante segundo Otrosí digo, Telefónica solicita la confidencialidad de la información identificada como tal en el citado escrito (folios 2025-2055), solicitando que no se conceda acceso público a la misma.

Duodécimo.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 5 de abril de 2018, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 2060).

Decimotercero.- Informe de la Sala de Competencia

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 (en adelante, Ley CNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 2061).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado, a los efectos de este procedimiento, el siguiente hecho:

ÚNICO.- La oferta económica presentada por Telefónica en el procedimiento de licitación pública del Lote 1 denominado “Red multiservicio EJ/GV” del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones para diversos edificios del Gobierno Vasco, no es económicamente replicable por un operador eficiente -utilizando el perfil de un operador generalista como Euskaltel-

Se considera probado que Telefónica ha llevado a cabo una práctica de irreplicabilidad económica contraria a los objetivos y obligaciones regulatorias

que dicho operador tiene contraídas en virtud de las resoluciones de la CMT de 22 de enero de 2009 y de 11 de abril de 2013, en el seno de los mercados regulados 4, 5 y 6. En particular, se considera probado que dicha práctica se realizó en el marco del proceso de licitación pública del Lote 1 del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones para diversos edificios del Gobierno Vasco, en el que Telefónica presentó una oferta que no es económicamente replicable por un operador eficiente – utilizando el perfil de un operador generalista como Euskaltel-.

Estos extremos se han acreditado a través del siguiente elemento de prueba:

• **Test de replicabilidad llevado a cabo en el expediente OFMIN/D TSA/004/15, que concluyó con la Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2017**

La instrucción del presente procedimiento sancionador ha tenido por objeto comprobar, a partir del análisis de replicabilidad económica llevado a cabo en el expediente OFMIN/D TSA/004/15, si la oferta de Telefónica en el procedimiento de licitación pública convocado por el Gobierno Vasco para el Lote 1 “*Red multiservicio EJ/GV*” implica un incumplimiento de las Resoluciones de los mercados 4 y 5, y 6 (ver Antecedente Segundo, referido al acuerdo de incoación).

Para ello, se ha procedido a analizar el test de replicabilidad aplicado en el expediente señalado. Para exponer este análisis, es preciso hacer referencia a los antecedentes del mismo relativos al concurso convocado por el Gobierno Vasco y la oferta económica presentada por Telefónica, para después proceder a su examen.

I. Descripción del concurso convocado por el Gobierno Vasco y la oferta económica de Telefónica

En agosto de 2015, el Gobierno Vasco anunció el procedimiento de licitación pública para la contratación de los “*servicios de telecomunicaciones para diversos edificios de la Comunidad autónoma de Euskadi*” con un presupuesto total de 92.769.898,41 euros (sin IVA).

El objeto del contrato estaba dividido en cinco lotes distintos:

- Lote 1: Red multiservicio EJ/GV.
- Lote 2: Telefonía fija.
- Lote 3: Comunicaciones móviles.
- Lote 4: Servicio SMS masivo.
- Lote 5: Internet.

La instrucción del procedimiento se centra exclusivamente en el Lote 1 que, de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas, consiste en la prestación de **(i)** un servicio de **transmisión de datos** mediante la constitución de una red multiservicio para el Gobierno Vasco basada en tres servicios distintos: servicio de Fibra Óptica², servicios ópticos³ y servicio Multiprotocol Label Switching, en todos los edificios de la administración autonómica vasca (MPLS)⁴ y **(ii)** un servicio de **Voz sobre IP (VoIP)**, denominado en el contrato como “Ampliación VoIP⁵”, a todos los usuarios de las redes sanitaria y administrativa.

El presupuesto máximo de licitación del Lote 1 ascendía a 71.665.585,69 euros (sin IVA), por un periodo de cuatro años, para los ejercicios 2016 a 2019, prorrogable por dos años más.

Al concurso público convocado para la adjudicación de este Lote 1 se presentaron dos operadores: el operador prestador de los servicios de telecomunicaciones al Gobierno Vasco en el momento de la licitación pública – Euskaltel- y Telefónica. En octubre de 2015, Euskaltel fue excluido del concurso público por “*no cumplir su oferta técnica con los requisitos técnicos mínimos y no garantizar suficientemente el cumplimiento de los objetivos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas*”. Posteriormente, el 29 de enero de 2016, el concurso se adjudicó definitivamente a Telefónica, aunque el contrato no se firmó hasta el 15 de abril de 2016⁶, momento en el que se inició la migración de los servicios de telecomunicaciones.

² Este servicio consiste en la conexión física mediante fibra oscura de todos los edificios de nivel 0 en los que están ubicados los centros de procesamiento de datos de las diferentes redes y aquellos otros edificios de especial relevancia –edificios de nivel 1 y de nivel 2-.

³ Este servicio consiste en un circuito dedicado basado en enlaces *Fiber Channel* o *GigaEthernet* para conectar diferentes redes de área local de la red sanitaria.

⁴ Este servicio consiste en el establecimiento y conectividad de 11 redes privadas virtuales de datos en los centros del Gobierno Vasco, prestación que requiere accesos basados en conexiones de banda ancha empresarial y circuitos dedicados.

⁵ Este componente consiste en la instalación de equipamientos necesarios para la prestación del servicio de telefonía IP a usuarios de las redes administrativa y sanitaria; esto es, va dirigido a proporcionar los terminales de software y hardware necesarios para la prestación del servicio de VoIP. A estos efectos, el citado Pliego técnico define este servicio como “*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 del Gobierno Vasco. No incluye la evolución de las versiones de hardware o software*”.

⁶ El 15 de febrero de 2016 Euskaltel impugnó los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del procedimiento de licitación pública del Lote 1 ante el órgano administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Dicho recurso fue desestimado el 4 de abril del mismo año, momento en el que se levantó la suspensión automática del procedimiento.

Según consta en la documentación obrante en el expediente, **la oferta económica presentada por Telefónica el 7 de octubre de 2015 ascendió a 28.193.564 euros (sin IVA)⁷** para el periodo de los cuatro años de duración del contrato, lo que supuso una bajada del 61% respecto al importe máximo establecido para el Lote 1.

II. Test de replicabilidad aplicado en el expediente OFMIN/DTSA/004/15

En el expediente OFMIN/DTSA/004/15 se concluyó que la oferta económica presentada por Telefónica en el procedimiento de licitación pública convocado por el Gobierno Vasco no podía ser emulable por un tercer operador eficiente, a partir de los servicios mayoristas que el primer operador ha de poner a disposición de terceros operadores en el mercado.

El análisis de replicabilidad llevado a cabo en dicho procedimiento arrojó el resultado de un **VAN⁸ de -8.539.429 euros**. El Anexo I incorpora el resultado completo y detallado de dicho análisis de replicabilidad.

A continuación, se procede a analizar el test de replicabilidad realizado en el expediente OFMIN/DTSA/004/15.

II.1 Criterios empleados en el test de replicabilidad

A la vista de la documentación obrante en el expediente, el test de replicabilidad -aplicado en el expediente OFMIN/DTSA/004/15- ha empleado los siguientes criterios:

- a) El periodo relevante de análisis se corresponde con el periodo de duración del contrato, esto es, cuatro años sin contar con los periodos de las posibles prórrogas.
- b) Se incluye en el análisis de replicabilidad el servicio de transmisión de datos pero no la prestación del servicio de ampliación VoIP o Telefonía IP.

Como se ha señalado anteriormente, el Lote 1 tiene un doble objeto: (i) la prestación del servicio de transmisión de datos, que requiere aguas arriba la utilización de servicios mayoristas regulados y (ii) la prestación del servicio de ampliación de VoIP. Este segundo servicio –definido en la nota al pie número 5- se refiere a conceptos que están fuera de la regulación ex ante de los mercados (no son servicios regulados), al tratarse de licencias, servicios de instalación y equipamientos. Por otra parte, el apartado tercero de la carátula de los pliegos de cláusulas administrativas apuntaba la posibilidad de que el Gobierno Vasco no estuviera obligado a ejecutar la

⁷ Esta oferta económica se presentó diferenciando los precios unitarios para cada servicio.

⁸ Valor Actual Neto.

oferta en su totalidad⁹, por lo que no estaba asegurado, igual que ocurre a día de hoy, que Telefónica fuera a prestar en su totalidad el servicio de ampliación de VoIP y que, en consecuencia, pudiera cobrar la totalidad del precio ofrecido por este concepto.

En este sentido, el hecho de que, conforme al pliego administrativo, la oferta económica de Telefónica contenga precios unitarios por cada tipo de concepto y edificio conllevó que, en el expediente OFMIN/DTSA/004/15, se pudieran identificar los ingresos y costes de prestación de los dos tipos de servicios objeto del contrato, pudiéndose ceñir el análisis de replicabilidad únicamente al servicio de transmisión de datos, que es el servicio relevante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones regulatorias de los mercados de referencia –como posteriormente se analizará-, y evitar así distorsionar el resultado del análisis con elementos que están fuera de la regulación ex ante.

- c) El estándar de eficiencia empleado es el de un **hipotético operador generalista como Euskaltel**, que fue el otro operador que también participó en la licitación del concurso público y además era el anterior prestador de servicios de telecomunicaciones al Gobierno Vasco.

Este criterio -el uso de la figura del operador generalista con red propia desplegada como Euskaltel, para comprobar la replicabilidad de la oferta- se empleó a propuesta de Telefónica, para tener en cuenta en aquel momento el criterio más favorable para esta empresa.

La elección de los servicios mayoristas regulados a utilizar para comprobar la replicabilidad sigue el esquema que se analiza en el apartado II.2 siguiente, imputando al test el uso de servicios que utilizaría un operador generalista que necesite replicar el servicio minorista a ofrecer por Telefónica (teniendo en cuenta las condiciones técnicas de los pliegos del concurso de referencia).

- d) Los costes de red necesarios para completar los servicios mayoristas contratados y construir los servicios finales prestados al Gobierno Vasco toman como referencia la contabilidad regulatoria de costes presentada por Telefónica para el ejercicio 2015, la cual ha sido verificada posteriormente

⁹ El apartado tercero de la carátula del pliego de cláusulas administrativas establece: “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.” (El subrayado es nuestro).

por la CNMC y se basa en el estándar de costes corrientes totalmente distribuidos¹⁰.

Asimismo, el análisis de replicabilidad también toma como referencia los costes que afronta la propia Telefónica para la provisión de los servicios que están fuera de la regulación ex ante de los mercados y los servicios minoristas.

- e) La valoración de los flujos de caja se realiza mediante el método de VAN, descontando dichos importes con el coste de capital de la propia Telefónica calculado anualmente por la CNMC. En el momento de presentación de la oferta (2015), el coste medio ponderado del capital (sus siglas en inglés, *WACC Weighted Average Cost of Capital*) era de 8,35%¹¹.

II.2 Ingresos obtenidos por Telefónica

El ingreso a considerar en el test es el precio fijado por Telefónica en su oferta económica que, como se ha señalado anteriormente, es de 28.193.564 euros (sin IVA) en total por los cuatro años de duración del contrato, siendo el importe de la prestación del servicio de transmisión de datos de 13.295.905 euros (sin IVA) por el mismo periodo.

Esta última cantidad, repartida en el periodo de cuatro años de duración del contrato, es de **276.998,02 euros/mes (sin IVA)**, siendo éstos los ingresos a considerar que obtendría un operador generalista como Euskaltel, por la prestación del mencionado servicio de transmisión de datos al Gobierno Vasco.

| Ingresos | |
|-------------------------|---|
| Concepto | Total ingresos recurrentes (€/mes) |
| Ingresos totales | 276.998,02 |

Fuente: elaboración propia

II.3 Servicios mayoristas de referencia necesarios para replicar el servicio de transmisión de datos

Los servicios de conectividad de datos (servicios MLPS) consisten en la conexión física y/o lógica mediante fibra óptica de 1.579 sedes caracterizadas por un importante grado de dispersión geográfica en el territorio vasco, las cuales se clasifican en seis niveles distintos, habiéndose solicitado para tres de los niveles y para un subnivel rutas diversificadas.

¹⁰ Véase el expediente número VECO/DTSA/010/17/SCC 2015 TELEFÓNICA, finalizado mediante Resolución de fecha 28 de junio de 2017.

¹¹ Véase expediente WACC/DTSA/0003/15/WACC 2015 OP INTEGRADOS.

Tal prestación conlleva la implementación de 2.060 accesos físicos distintos por razones de capacidad, calidad y redundancia, exigidas en el pliego de prescripciones técnicas, lo que requiere la utilización de dos accesos distintos basados en (i) conexiones de banda ancha empresarial de fibra punto-multipunto FTTH/GPON y (ii) circuitos de fibra óptica dedicada punto a punto con velocidades y caudal garantizados.

Ambas modalidades de acceso se replican mediante el uso de los siguientes servicios mayoristas regulados:

- a) En aquellas ubicaciones físicas en las que Euskaltel y Telefónica disponen de fibra propia desplegada, el elemento de replicabilidad técnica utilizado es el **servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo)** tanto para (i) las conexiones de banda ancha empresarial basadas en accesos de fibra punto-multipunto FTTH/GPON como para (ii) los circuitos de líneas alquiladas (fibra dedicada) punto a punto en el mercado empresarial con velocidades y caudal garantizado.

Este servicio mayorista se utiliza para replicar (i) la gran mayoría de los accesos de banda ancha sobre fibra punto-multipunto FTTH/GPON (en total 1.134 accesos) y (ii) 336 accesos de fibra dedicada punto a punto –circuitos alquilados-.

El coste total del servicio mayorista MARCo para los 1.134 accesos de banda ancha empresarial mediante fibra punto-multipunto FTTH/GPON es de **11.748,23 euros/mes**, siendo el coste de despliegue de FTTH/GPON mediante MARCo de **10,36 euros/mes** por acceso.

Por su parte, el coste total del servicio mayorista MARCo para los 336 accesos de fibra dedicada punto a punto es de **28.324, 58 euros/mes**, siendo el importe del coste total por circuito de **[CONFIDENCIAL]** euros/km/mes, a lo que hay que añadir (i) la distancia a cubrir mediante fibra óptica, valor que se obtiene de la localización de las sedes a conectar, las centrales de Telefónica y el recorrido por las calles principales y, (ii) un margen adicional del 10% debido al incremento que supone el recorrido a través de los conductos y las cámaras respecto a las líneas rectas de las calles.

- b) Si Euskaltel no dispone de red propia en el área de cobertura de la central que da servicio a la ubicación física pero Telefónica sí dispone de fibra óptica en dicha central y además ofrece un servicio de banda ancha empresarial basado en fibra punto-multipunto, el elemento de replicabilidad técnica utilizado debería ser el **servicio mayorista NEBA fibra**.

Sin embargo, este servicio mayorista no ha podido utilizarse como elemento de replicabilidad porque los niveles de calidad que Telefónica está obligada

a garantizar de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas son altamente superiores a los niveles de calidad que Telefónica ofrece a los operadores alternativos en su oferta mayorista NEBA fibra.

El pliego de prescripciones técnicas exige para cada acceso un determinado nivel de calidad que permita el transporte de tráfico de voz, vídeo y datos, por lo que define cinco niveles de calidad extremo a extremo de mayor a menor exigencia relacionados con la latencia, variación del retardo (*jitter*) y pérdida de paquetes.

El cuadro de abajo compara los niveles de calidad requeridos en el pliego de prescripciones técnicas con los establecidos en el servicio mayorista NEBA Fibra.

| | Requerimientos EJ/GV | | | | | NEBA Fibra | | |
|------------------|----------------------|----------|----------|----------|----------|------------|----------|-------------|
| | 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. | - |
| <i>Jitter</i> | ≤ 10 ms. | ≤ 10 ms. | ≤ 25 ms. | ≤ 30 ms. | ≤ 50 ms. | ≤ 10 ms. | - | - |

Fuente: Tabla de elaboración propia. Los niveles de calidad establecidos de servicio van de mayor a menor exigencia en función del tipo de información transmitida (voz, vídeo y datos), siendo QoS1 el nivel más exigente.

Como puede observarse, el nivel máximo de latencia establecido en el servicio mayorista NEBA fibra Oro sólo permite asegurar el nivel de calidad 5 (QoS5-Best Effort) exigido en el pliego técnico, por lo que Euskaltel hubiera debido contratar el nivel de calidad “*Real Time*”, el cual sólo se puede contratar para un máximo de 2Mbps, lo que resulta insuficiente para la prestación de las conexiones de banda ancha empresarial de fibra punto-multipunto FTTH/GPON.

- c) En defecto de los dos criterios anteriores, el elemento de replicabilidad es el **servicio mayorista de líneas alquiladas terminales (ORLA) con interfaz Ethernet (ORLA-E)**, si la central de Telefónica asociada al acceso dispone de cobertura de dicho servicio, o **las líneas alquiladas terminales con interfaz tradicional (ORLA-T)**, si no se da esta circunstancia.

Para la determinación de un servicio mayorista u otro se han tomado como referencia los siguientes criterios, a favor de Telefónica:

- Preferencia del circuito de menor coste que garantice el caudal requerido, aunque conlleve tener que emplear dos accesos mayoristas para replicar un único circuito minorista¹².

¹² Para mejor comprensión: supone un menor coste replicar un circuito minorista de 20Mbps con cobertura ORLA-E con dos circuitos mayoristas Ethernet de 10Mbps que

- No se ha estimado la existencia de altos costes asociados a la provisión de los circuitos mayoristas –esto es, se presupone que los circuitos no llevarán aparejados altos costes-.
- El cálculo del coste de los circuitos está basado siempre en una distancia de cero -0- km para el servicio de enlace a cliente, salvo en aquellas ubicaciones asociadas a centrales no abiertas a interconexión de líneas alquiladas con interfaz, en las cuales se ha considerado una distancia de 4 km.

Siendo esto así, 168 circuitos minoristas de fibra dedicada punto a punto se replican técnicamente con el servicio mayorista ORLA-E y 207 circuitos de fibra dedicada punto a punto se replican con el servicio mayorista ORLA-T.

El coste total de la prestación de los circuitos mayoristas ORLA-E y ORLA-T es de **239.507, 77 euros/mes.**

II.4 Costes de red propia, gestión y mantenimiento para la provisión de los servicios mayoristas señalados

Además de la contratación de los servicios mayoristas regulados señalados, Euskaltel también debe afrontar costes de red propia –tales como equipamiento, gestión¹³ y mantenimiento¹⁴ de red- necesarios para completar el servicio mayorista contratado y transportar el caudal de tráfico¹⁵ asociado al servicio minorista que se está replicando.

II.4.1 Costes de red propia de las conexiones de banda ancha empresarial de fibra punto-multipunto FTTH/GPON

Las conexiones de banda ancha empresarial de fibra punto-multipunto FTTH/GPON se clasifican en: (i) hasta 10 Mbps, (ii) entre 10 y 100 Mbps y (iii) más de 100 Mbps, según el caudal exigido para cada acceso/ubicación física.

contratar un circuito mayorista Ethernet de 100Mbps. Lo mismo sucede con el circuito minorista de 20Mbps que está fuera de cobertura del servicio ORLA-E y que se replica con un circuito mayorista tradicional (ORLA-T) de 34Mbps en lugar de un circuito mayorista tradicional de 155Mbps.

¹³ Costes operativos del centro de gestión de la red que da servicio a diferentes sedes conectadas mediante los servicios contratados.

¹⁴ Costes operativos derivados del mantenimiento de red y los acuerdos de nivel de servicio (ANS) contratados con Telefónica.

¹⁵ Costes derivados del transporte en la red IP del tráfico originado en las diferentes ubicaciones que deben conectarse.

Los costes de red se han calculado teniendo en cuenta únicamente (i) el coste asociado de cada acceso -con independencia de que en una misma dirección física se implementan varias VPN, una por cada red sectorial existente, como distintas conexiones lógicas independientes en función del ancho de banda requerido- y (ii) los accesos redundantes sólo se han computado como un único coste de red propia.

De esta manera, los costes de red propia que debe afrontar Euskaltel para las conexiones de banda ancha empresarial al Gobierno Vasco a partir del servicio mayorista MARCo ascienden a un importe total de **12.886,81 euros/mes**.

II.4.2 Circuitos de líneas alquiladas punto a punto con velocidades y caudal garantizado replicado mediante el servicio mayorista MARCo y el servicio ORLA.

Los costes de red propia para la provisión de los servicios de circuitos de líneas alquiladas de fibra punto a punto replicados mediante el servicio mayorista MARCo incluyen los costes asociados a (i) los equipos instalados en central de Telefónica y (ii) la red de agregación, descontándose los costes derivados del despliegue de la última milla de la red de acceso de fibra óptica.

La determinación del coste de red propia de los accesos con capacidades superiores a Gigabit Ethernet toma en cuenta el valor establecido en la contabilidad regulatoria de Telefónica. Sin embargo, cabe señalar que cuatro de los accesos replicados mediante el servicio mayorista MARCO requieren un ancho de banda de 10 Gbps para satisfacer las capacidades exigidas en el Pliego técnico. En este caso concreto, el coste de red propia se ha estimado en el doble del coste de red que tiene un acceso de 1 Gbps de acuerdo con la contabilidad regulatoria de Telefónica.

El importe total de los costes de red propia de los circuitos dedicados mediante el uso del servicio mayorista MARCo es de **61.203,29 euros/mes**.

Por su parte, los costes de red propia para la prestación de los servicios de circuitos de líneas alquiladas punto a punto mediante el servicio mayorista ORLA cubren toda la red desde la central en la que se interconecta Euskaltel -extremo de la línea alquilada mayorista- hasta la correspondiente sede del Gobierno Vasco. Teniendo en cuenta que el servicio de enlace a cliente es de 0 km, los costes de red propia comprenden únicamente el coste de la red de agregación ya que los costes por la instalación de los equipos en la central están absorbidos en el servicio mayorista ORLA.

Así pues, los costes de red propia que debería afrontar un operador como Euskaltel para suministrar circuitos dedicados mediante el uso del servicio

mayorista de ORLA-E serían de **12.342,81 euros/mes**. Por los circuitos de ORLA-T definidos, los costes de red ascenderían a **34.683,03 euros/mes**.

II.5 Provisión de equipos para la prestación del servicio de transmisión de datos

La oferta económica de Telefónica también incluye la provisión de los equipos necesarios en las sedes del Gobierno Vasco para la prestación de los servicios minoristas de conectividad de datos. Como se ha señalado *supra*, la Resolución de 11 de mayo de 2017 tiene en cuenta los costes que afronta la propia Telefónica para el suministro de estos equipos.

Telefónica mantiene la propiedad, pero cede el uso de los más de dos mil equipos de cliente que son necesarios para la prestación del servicio de referencia al Gobierno Vasco. Así, el coste total recurrente mensual de los equipos en el domicilio del cliente se ha calculado a partir de los costes unitarios de cada uno de los equipos, y asciende a **[CONFIDENCIAL]**. El detalle de tales importes está en el Anexo I.

II.6 Servicios subcontratados

Por otro lado, Telefónica ha subcontratado la prestación de los servicios de fibra óptica, servicios ópticos y una parte residual de los servicios MPLS – servicios definidos en las notas al pie 2, 3 y 4, respectivamente- relativos a la conectividad mediante datos de las 6 sedes del Gobierno Vasco ubicadas fuera del territorio autonómico, de conformidad con lo previsto en la cláusula décimo quinta del pliego de cláusulas administrativas¹⁶.

En la documentación obrante en el expediente figuran los costes recurrentes de los servicios subcontratados por Telefónica. Asimismo, para la determinación de los costes de red propia de los servicios ópticos del operador generalista como Euskaltel se ha tomado como referencia el coste equivalente al de un circuito de 1 Gbps. Igualmente, el coste de red propia del servicio de conectividad de datos de las sedes ubicadas fuera de España se corresponde con el coste que afronta la propia Telefónica para prestar el mismo circuito con la misma velocidad.

Así, el importe total mensual de los servicios subcontratados asciende a **[CONFIDENCIAL]** y su detalle está en el Anexo I. Dicho importe incluye i) los costes que afronta Telefónica en materia de subcontratación, (ii) los costes de red propia derivados de la implementación y mantenimiento de las actividades

¹⁶ Esta cláusula establece la obligación del operador adjudicatario de subcontratar un porcentaje no superior al 50% de la prestación de determinados servicios incluidos en el Anexo 2 del contrato.

necesarias para el funcionamiento del servicio minorista prestado al Gobierno Vasco.

II.7 Costes minoristas

En último lugar, el análisis de replicabilidad tiene en cuenta los costes minoristas derivados de la actividad comercial, tales como facturación, publicidad o gestión del cobro. En línea con lo señalado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en su Resolución de 2 de junio de 2015 (expediente OFMIN/DTSA/14/1203)¹⁷, los costes minoristas de Telefónica representan un **[CONFIDENCIAL]** de sus ingresos por servicios provenientes del segmento no-residencial.

II.8 Resultado del análisis de replicabilidad

En definitiva y en aplicación de todo lo anterior, el análisis de replicabilidad llevado a cabo en la Resolución de 11 de mayo de 2017 (expediente OFMIN/DTSA/004/15) –cuyo detalle está incorporado como Anexo I de la presente resolución- incluye: (i) los servicios de transmisión de datos incluidos en el Lote 1, (ii) siendo el estándar de referencia un operador generalista como Euskaltel, a partir del cual se han determinado los servicios mayoristas citados a emplear como elemento de replicabilidad de los servicios minoristas prestados al Gobierno Vasco. **El VAN resultante es de -8.539.429 euros.**

III. Alegaciones de Telefónica relativas al test de replicabilidad

Visto el análisis de replicabilidad realizado en el expediente OFMIN/DTSA/004/15, procede analizar las alegaciones presentadas por Telefónica en el presente procedimiento (SNC/DTSA/067/17) en relación al test de replicabilidad aplicado.

III.1. Sobre la elección de que el estándar de eficiencia empleado sea el de un “hipotético operador generalista” como Euskaltel

Telefónica cuestiona la elección del estándar de eficiencia empleado en el test de replicabilidad. Sin embargo, el operador omite que precisamente fue él quien solicitó utilizar esa referencia por resultar más beneficiosa para ella que si se hubiera utilizado otra, como por ejemplo, el del “hipotético operador especializado en empresas”. Por tal motivo esta alegación resulta contradictoria para esta Comisión.

¹⁷ 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).

Recordemos que el criterio de utilizar como referencia el *“hipotético operador especializado en empresas”* no es el estándar de eficiencia elegido por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC. El que considera válido para analizar la replicabilidad de las ofertas de Telefónica a sus clientes empresariales, incluidas las Administraciones Públicas (AAPP), es el de un *“hipotético operador especializado en empresas”*¹⁸.

Los clientes empresariales, incluidas las AAPP, tienen generalmente sedes dispersas geográficamente y necesidades de comunicaciones electrónicas más complejas, lo cual les obliga a demandar servicios personalizados de una calidad superior y con cobertura nacional.

La Nota Explicativa de la Recomendación de mercados relevantes de la Comisión Europea de octubre de 2014 (en adelante, Recomendación de mercados de 2014¹⁹) reconoce expresamente la existencia de necesidades de conectividad específicas por parte de los clientes empresariales, que pueden no verse cubiertas por las ofertas de banda ancha estandarizadas que los operadores de comunicaciones electrónicas dirigen al mercado residencial²⁰. Así, a nivel minorista el mercado empresarial de alta calidad engloba un abanico de productos dirigidos a satisfacer las necesidades de los clientes empresariales que no son equivalentes a los productos residenciales, dada la importancia de elementos como una elevada calidad de servicio, garantías de disponibilidad, velocidades de subida y bajada suficientemente elevadas, o un nivel de contención limitado²¹.

Estas particularidades de la demanda empresarial determinan a su vez unas condiciones de oferta diferenciadas para este segmento en contraposición con el segmento residencial. Así, se observa la presencia de un conjunto de operadores especializados en el segmento empresarial sin presencia en el segmento residencial (como es el caso de BT o Colt) y viceversa, esto es, operadores generalistas centrados fundamentalmente en el segmento residencial.

Lo anterior tiene una incidencia fundamental en el resultado del test de replicabilidad, y es que teniendo en cuenta insumos mayoristas necesarios

¹⁸ Véase, entre otros, la consulta pública del expediente OFMIN/DTSA/004/17/Test de replicabilidad económica empresarial (actualmente en tramitación), sobre la metodología a utilizar en el test de replicabilidad económica para ofertas empresariales.

¹⁹ Recomendación de la Comisión Europea de 9 de octubre de 2014 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 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOUE L295/79 de 11 de octubre de 2014.

²⁰ Véase la Sección 4.2.1 de la Nota Explicativa (*retail high-quality market*).

²¹ *Idem*.

para un hipotético operador especializado en empresas, más costosos –con carácter general- que los necesarios para un operador generalista, los resultados del test serían más perjudiciales para Telefónica, al utilizarse los servicios mayoristas de acceso indirecto del Nuevo servicio Ethernet de Banda Ancha (NEBA) y la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA), que son los servicios mayoristas que generalmente utiliza un operador especializado en empresas.

III.2. Sobre la solicitud de Telefónica de que se incluya el servicio de ampliación de VoIP prestado a los usuarios de las redes sanitaria y administrativa en el análisis de la replicabilidad de su oferta al Gobierno Vasco

Telefónica, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, solicita que se incluya el servicio de ampliación de VoIP prestado a los usuarios de las redes sanitaria y administrativa en el análisis de la replicabilidad de su oferta al Gobierno Vasco, en la medida en que forma parte integrante de la oferta económica presentada para el Lote 1.

Durante la instrucción del presente procedimiento sancionador, se ha comprobado, a través de las contestaciones del Gobierno Vasco y de Telefónica, respectivamente, a los requerimientos de información practicados en fecha 19 de octubre de 2017, que el citado operador ha iniciado la prestación del servicio de ampliación de VoIP en enero de 2017 en la red sanitaria y en agosto del mismo año en la red administrativa –en este sentido, ha aportado algunas facturas-, y, según el Gobierno Vasco, su prestación se realizará durante toda la vigencia del contrato.

Ha de recordarse que a juicio de esta Comisión dicho servicio no debe formar parte del análisis de replicabilidad, por los motivos anteriormente indicados (por referirse a conceptos que están fuera de la regulación ex ante de los mercados, al tratarse de licencias, servicios de instalación y equipamientos). Es relevante destacar, además, que no ha quedado acreditado que Telefónica vaya a provisionar el servicio de Telefonía IP en su totalidad ni se conoce cuál será finalmente la asunción de tal partida –al ser un servicio cuya ejecución puede ir solicitándose por sedes o equipos por parte del Gobierno Vasco, en función de sus necesidades, véase la nota al pie número 5-.

Sin perjuicio de lo anterior, los costes derivados de la prestación de este servicio se consideran como costes recurrentes. Si se considerase que tal prestación se realizará en su totalidad durante los cuatro años, el coste total mensual recurrente del servicio de ampliación de VoIP sería de **141.930,34 euros/mes**.

Tal como señala la Resolución de 11 de mayo de 2017, el VAN resultante del test de replicabilidad incluyendo el servicio de ampliación VoIP continuaría siendo negativo -de **-3.525.952 euros**-. El Anexo II de la presente resolución

incorpora este cálculo teórico de replicabilidad que incluye la provisión del servicio de ampliación VoIP.

Por otra parte, Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución del presente procedimiento, señala que la CNMC, en su análisis, “*elimina sin soporte justificativo alguno la parte correspondiente a la VoIP a pesar de que ha sido incluida expresamente dentro del proyecto técnico global*”. Señala Telefónica una presunta falta de criterio de esta Comisión al realizar tal fraccionamiento, pues, apunta, la CNMC podría haber dejado fuera del análisis otro tipo de servicios, por lo que Telefónica entiende que carece de sentido no considerar la totalidad de la oferta. Asimismo, Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, vuelve a presentar su propio test de replicabilidad, que ya fue analizado en el expediente OFMI/DTSA/004/15.

Esta alegación no puede ser aceptada. En primer lugar, esta Comisión ha motivado ampliamente el hecho de que el servicio VoIP no deba formar parte del análisis de replicabilidad, por lo que no se puede afirmar que se haya realizado tal consideración sin soporte justificativo alguno. En particular, y como se viene reiterando, esta Comisión entiende que los servicios VoIP no deben ser considerados en el test de replicabilidad por referirse a conceptos que están fuera de la regulación *ex ante* de los mercados, al tratarse de licencias, servicios de instalación y equipamientos. Asimismo, se ha considerado relevante el hecho de que no se conozcan los extremos relativos a la prestación del servicio mencionado por parte de Telefónica, al ser un servicio cuya ejecución puede ir solicitándose por sedes o equipos por parte del Gobierno Vasco. Finalmente, como se ha expuesto, esta Comisión, a pesar de haber justificado el sentido de tal decisión, ha calculado el VAN resultante del test de replicabilidad incluyendo el servicio de ampliación VoIP, concluyendo que en dicho caso el resultado continuaría siendo negativo.

Por lo tanto, debe desestimarse esta alegación de Telefónica.

Conclusiones del Hecho Probado Único

Durante la instrucción del presente procedimiento sancionador se ha comprobado, a partir del análisis de replicabilidad económica llevado a cabo en el expediente OFMIN/DTSA/004/15, que la oferta de Telefónica en el procedimiento de licitación pública convocado por el Gobierno Vasco para el Lote 1 “*Red multiservicio EJ/GV*” implica un incumplimiento de las Resoluciones de los mercados 4 y 5, y 6. Así, la oferta económica presentada por Telefónica el 7 de octubre de 2015 en el procedimiento de licitación pública del Lote 1 convocado por el Gobierno Vasco, no es replicable económicamente por un operador generalista como Euskaltel, tal como se concluyó en la Resolución de 11 de mayo de 2017 (exp. OFMIN/DTSA/004/15).

El VAN resultante del test de replicabilidad que obra en la documentación obrante en el expediente es de -8.539.429,01 euros, por lo que Euskaltel obtendría una rentabilidad negativa si presentase la misma oferta económica de Telefónica, a partir de los servicios mayoristas regulados disponibles en el mercado.

Este test de replicabilidad no ha tenido en cuenta todos los criterios establecidos por la Sala de Supervisión Regulatoria en ocasiones anteriores para analizar las ofertas de Telefónica a sus clientes empresariales, incluidas las Administraciones, sino que se ha ajustado a las circunstancias concretas del caso. Así, en lugar de tomar como estándar de eficiencia el de un operador especializado en empresas (que es el criterio general para este tipo de ofertas), el estándar de eficiencia empleado ha sido el de un operador generalista como Euskaltel basado en el mayor grado de utilización de su red propia desplegada, circunstancia que determina los servicios mayoristas regulados a emplear como elemento de replicabilidad -y en detrimento de los servicios mayoristas regulados disponibles en el segmento empresarial que utilizaría un operador especializado en empresas-. Este escenario, más favorable para Telefónica, supone imputar en el test unos costes menores que los que supondría afrontar de haberse utilizado el estándar de eficiencia habitual basado en el operador especializado en empresas, lo que conlleva una mayor utilización de servicios mayoristas de acceso indirecto como el servicio NEBA fibra y el servicio ORLA.

De manera que de haberse realizado el test utilizando los insumos de un operador especializado en empresas -según la metodología específica para el análisis de las ofertas empresariales/Administraciones Públicas-, la rentabilidad obtenida por un operador competidor de Telefónica sería aún menor, al prestar el servicio minorista demandado al Gobierno Vasco.

El resultado anterior no se desvirtúa si se incluyen en el test de replicabilidad, como ejercicio teórico, a petición de Telefónica, todos los servicios incluidos en el Lote 1 -esto es, el servicio de telefonía IP-, en la medida en que el VAN resultante sería de -3.525.952 euros, y Euskaltel obtendría también una rentabilidad negativa si presentase la misma oferta económica.

A los siguientes antecedentes y hechos probados le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para instruir y resolver el presente procedimiento resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC) dispone en su artículo 1.2 que esta Comisión *“tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

Junto a este objeto general, el artículo 29.1 de la LCNMC atribuye a esta Comisión el ejercicio de la potestad sancionadora de acuerdo con lo previsto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Esta remisión ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), que ha derogado la anterior ley.

Por otro lado, el artículo 84.2 de la LGTel dispone que corresponde a la CNMC la competencia sancionadora cuando se trate, entre otros, de infracciones administrativas muy graves del artículo 76.12 del mismo texto legal, relativo al *“incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”*.

En el presente caso se ha investigado la posible infracción de dos resoluciones aprobadas por esta Comisión: Resoluciones de 22 de enero de 2009 y 11 de abril de 2013, se aprobaron la definición y análisis de los mercados 4, 5 y 6 en virtud de la función de la CNMC como Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones, prevista en los artículos 6 de la LCNMC y 70.2 de la LGTel, la regulación ex ante de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 29.2 de la LCNMC, *“[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”*. De esta manera, la instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, habiendo sido la

instructora nombrada a través del acuerdo de incoación del presente expediente –Antecedente Segundo–.

Por otro lado, de conformidad con los artículos 20.2 y 21.2 b) de la LCNMC y el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, se concluye que el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por último, respecto de la legislación aplicable al procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la LCNMC, la LGTel, así como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si la oferta de Telefónica en el procedimiento de licitación pública convocado por el Gobierno Vasco para el Lote 1 “*Red multiservicio EJ/GV*” implica un incumplimiento de la obligación de Telefónica por la que se le prohíbe realizar reducciones de precios anticompetitivas tales como el estrechamiento de márgenes, obligación impuesta en la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba el análisis y definición de los mercados 4 y 5, y la Resolución de la CMT de 11 de abril de 2013, por la que se aprueba el análisis y definición del mercado 6. En concreto, se trata de comprobar si la citada oferta de Telefónica incumplió las obligaciones establecidas en tales resoluciones referidas a la prohibición de realizar reducciones de precios anticompetitivas tales como el estrechamiento de márgenes.

TERCERO.- Tipificación del hecho probado

El presente procedimiento sancionador se ha iniciado ante la posible comisión de una infracción contemplada en el artículo 76.12 de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave “*el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes*”.

En particular, tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento, el presente procedimiento sancionador se inició contra Telefónica porque “*durante la tramitación del expediente OFMIN/DTSA/004/15, la CNMC ha constatado 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”.

Como se ha señalado anteriormente, conforme al artículo 70.2 de la LGTel, la CNMC tiene competencia para la regulación ex ante de los mercados de comunicaciones electrónicas. En base a esta competencia, mediante Resoluciones de 22 de enero de 2009 y 11 de abril de 2013, respectivamente, se aprobaron la definición y análisis de los mercados de (i) 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 (mercados 4 y 5/2007²²) y (ii) segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (mercado 6/2007)²³.

Dada la ausencia de competencia efectiva en los citados mercados, en dichas resoluciones se identificó a Telefónica como operador con poder significativo de mercado (PSM) en tales mercados, por lo que se le impusieron las correspondientes obligaciones ex ante y se le prohibió la realización de una serie de prácticas. En concreto, en los respectivos Anexos de obligaciones de las Resoluciones de los mercados 4, 5 y 6/2007²⁴ establecen que los precios fijados para los servicios mayoristas regulados han de permitir a los operadores alternativos replicar las ofertas minoristas de Telefónica o de cualquier empresa de su grupo. En conexión con estas obligaciones, la regulación ex ante de los mercados de banda ancha y segmentos de líneas alquiladas prohíbe a Telefónica una serie de prácticas entre las que se encuentran las reducciones de precios contrarios a la regulación sectorial, tales como el estrechamiento de márgenes (falta de replicabilidad económica). Por tanto, Telefónica tiene la obligación de garantizar que sus ofertas minoristas son replicables económicamente a partir de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha y segmentos de terminación de líneas arrendadas.

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC –y anteriormente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones– ha definido²⁵ esta práctica de comercializar ofertas económicamente no replicables como “*un comportamiento*

²² Véase expediente MTZ 2008/626. Regulación ex ante del mercado de banda ancha vigente en el momento de la convocatoria del procedimiento de licitación pública del concurso convocado por el Gobierno Vasco y posterior adjudicación a Telefónica.

²³ Estas denominaciones se corresponden con lo establecido en la Recomendación CE (2007/879/CE) 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 [C(2007) 5406].

²⁴ Anexo 3 de la Resolución de los mercados 4 y 5/2007 y Anexo 2 de la Resolución del mercado 6/2007.

²⁵ 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).

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, pretende conseguir su expulsión o debilitamiento en los mercados minoristas con el fin de distorsionar la competencia”.

El concepto estrechamiento o compresión de márgenes en el sector de las comunicaciones electrónicas también ha sido aplicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias de 14 de octubre de 2010 (C-280/08), 17 de febrero de 2011 (C-52/09) y 10 de julio de 2014 (C-295/12).

El regulador sectorial inició en el año 2007 la labor de supervisión de las ofertas minoristas de Telefónica soportadas sobre la base de la red de cobre dirigidas al mercado de masas a partir de una metodología ad hoc²⁶. En el contexto de ofertas personalizadas a clientes empresariales, incluidas las Administraciones públicas, el análisis de replicabilidad se ha determinado caso por caso²⁷, y actualmente está en tramitación un procedimiento administrativo para la aprobación de una metodología aplicable a las ofertas de Telefónica dirigidas al segmento empresarial²⁸.

El test de replicabilidad económica constituye una de las herramientas regulatorias básicas previstas por la normativa sectorial para garantizar la supervisión por parte del regulador del correcto desarrollo del mercado. En este sentido, procede destacar que la actual regulación ex ante del mercado empresarial de acceso de banda ancha al por mayor mantiene un cierto control sobre las ofertas económicas de Telefónica a sus clientes -incluidas las Administraciones Públicas-, tomando en consideración los insumos mayoristas que dicho operador ha de poner a disposición de terceros operadores en este mercado, dados los potenciales problemas de competencia que se pueden derivar de las ofertas minoristas en el mercado.

Como se ha indicado en el Hecho Probado Único de la presente resolución, ha quedado acreditado que la oferta económica presentada por Telefónica en el citado concurso público del Gobierno Vasco no es replicable económicamente por un operador generalista como Euskaltel y tampoco lo es, por tanto, por un operador eficiente de empresas, por lo que cabe concluir que Telefónica ha llevado a cabo una práctica contraria a los objetivos y las obligaciones regulatorias que tiene contraídas conforme a las citadas Resoluciones de los mercados 4, 5 y 6.

²⁶ Véase la nota al pie anterior.

²⁷ A título de ejemplo, Resoluciones de 2 de junio de 2015 y de 20 de diciembre de 2016 por las que se archivan los expedientes núm. OFMIN/DTSA/14/1203/DENUNCIA VILLENA y OFMIN/DTSA/001/16/DENUNCIA UNIVERSIDAD VALLADOLID, respectivamente.

²⁸ Expediente OFMIN/DTSA/004/17/Test de replicabilidad económica empresarial.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente, Telefónica presentó su oferta económica el 7 de octubre de 2015, momento en el que la regulación ex ante vigente era la anterior regulación de los mercados mayoristas de banda ancha de 2009 (mercados 4 y 5/2007)²⁹ y la regulación del mercado 6/2007, como se especifica anteriormente³⁰.

3.1 Alegaciones de Telefónica en relación con la tipicidad

3.1.1 Alegaciones relativas a la afectación del mercado y de la competencia efectiva

En sus alegaciones al acuerdo de inicio y a la propuesta de resolución, Telefónica afirma que no concurre el principio de tipicidad porque *“la conducta debería afectar significativamente al mercado y producir un efecto potencial de exclusión, circunstancias estas que no se dan en el presente caso, puesto que Euskaltel fue excluido de la licitación del Lote 1 por razones técnicas y Telefónica era el único operador concurrente”*. Adicionalmente, sostiene que como único licitador podría haber producido una subida artificial de precios en lugar de realizar una práctica de estrechamiento de márgenes.

En contestación a esta alegación, debe señalarse que la *“afectación significativa al mercado y [la producción de] un efecto potencial de exclusión”* no son elementos que formen parte del tipo infractor en virtud del cual se ha incoado el presente procedimiento sancionador -incumplimiento de las Resoluciones de la CNMC, tal como establece el artículo 76.12 de la LGTel-, sin perjuicio de que este factor pudiera ser tenido en consideración como un criterio de graduación de la sanción.

A este respecto, procede recordar que la CMT y la CNMC han rechazado rotundamente que el cumplimiento de las obligaciones regulatorias que tiene establecidas Telefónica se determine en función del resultado del procedimiento de licitación pública. En particular, la Resolución de 31 de mayo de 2012³¹ expresó dicha posición en los siguientes términos:

²⁹ Así, la conducta analizada se produjo con anterioridad a 24 de febrero de 2016, fecha de entrada en vigor de la actual regulación ex ante de los mercados de banda ancha (mercados 3a, 3b y 4). Debe señalarse en todo caso que la regulación ex ante de los mercados de banda ancha en vigor desde el año 2016 mantiene las obligaciones en materia de prohibición de prácticas contrarias a la regulación sectorial (tales como la ausencia de replicabilidad económica) en términos similares a los contemplados en la regulación anterior.

³⁰ Y sigue siendo la regulación vigente a día de hoy.

³¹ 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 MTZ 2012/377-.

“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 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”.

La misma conclusión ha de alcanzarse con respecto a la existencia de competencia de otros operadores en el seno del procedimiento de licitación y del resultado para ellos, entre otros aspectos y de manera evidente porque Telefónica presenta su oferta económica sin conocer las de los demás ni cuál será el resultado del procedimiento administrativo de licitación, y es en el momento de la presentación de la oferta económica en el que ha de cumplir la normativa y regulación aplicables teniendo en cuenta que dispone de suficiente información para determinar la escala de precios más bajos que podría presentar en su oferta sin vulnerar sus obligaciones.

Asimismo, cabe tener en cuenta que la imposición de obligaciones regulatorias de carácter *ex ante* responde a objetivos no necesariamente idénticos a los perseguidos a través de la aplicación *ex post* de la normativa de competencia. En efecto, como recoge la Recomendación de mercados de 2014³², uno de los factores que justifican la imposición de obligaciones *ex ante* a los operadores declarados con PSM es precisamente la insuficiencia de la legislación sobre competencia para hacer frente de manera adecuada a los fallos de mercado.

Como se ha señalado en ocasiones anteriores³³, la regulación preventiva presupone la identificación de unos fallos de mercado, que justifican el establecimiento de obligaciones *ex ante* conforme a unos instrumentos que son propios de la normativa sectorial, y cuyo incumplimiento puede ser sancionado por parte de la Administración encargada de velar por el correcto funcionamiento del sector. Es decir, el incumplimiento de la obligación de no llevar a cabo conductas contrarias a la regulación sectorial puede dar lugar a la

³² Véase nota al pie núm. **¡Error! Marcador no definido..**

³³ Véanse las Resoluciones de 15 de julio de 2010 del procedimiento sancionador incoado a Telefónica de España, S.A., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5, y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de sus ofertas comerciales (expediente RO 2009/1233) y de 7 de junio de 2012 incoado contra Telefónica de España, S.A.U., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa al concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (expediente RO 2011/2321).

generación de responsabilidad por parte del operador infractor, al igual que el incumplimiento de otras obligaciones como podría ser la obligación de acceso, sin que sea preciso acreditar –como es en ocasiones necesario en la tramitación de un expediente en aplicación de la normativa *ex post* de defensa de la competencia– la existencia de un daño al mercado. En todo caso, la existencia de un posible daño al mercado tal como plantea Telefónica ya fue analizada por la CMT -ahora CNMC- a la hora de valorar la pertinencia de regular *ex ante* un determinado mercado, así como a la hora de imponer las obligaciones concretas que deben contribuir a evitar dichos daños.

Por otra parte, Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, señala que no se cumple el principio de antijuridicidad pues no hay lesión del bien jurídico protegido por la norma- artículo 76.12 de la LGTel-, que identifica como *“la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y la salvaguardia de la competencia en beneficio de los consumidores”*.

Sin embargo, y como se deriva del razonamiento anterior, el bien jurídico protegido por el artículo 76.12 de la LGTel no es únicamente velar por la existencia de competencia efectiva y buen funcionamiento del mercado de las comunicaciones, sino preservar la *“auctoritas”* de la CNMC como regulador sectorial.

De este modo, el incumplimiento por parte de Telefónica de las obligaciones regulatorias que tiene contraídas en los mercados mayoristas de banda ancha y segmentos de terminación de líneas arrendadas afecta directamente al ámbito funcional de este organismo (*“auctoritas”*), el cual debe velar por el estricto cumplimiento de sus Resoluciones, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 14 de diciembre de 2007³⁴ y 21 de octubre de 2014³⁵: *“el menoscabo de la auctoritas de la CMT/CNMC se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros (...)”*. De este modo, no se requiere una afectación de la competencia efectiva en beneficio de los consumidores, como alega Telefónica.

Por ello, procede desestimar las alegaciones de Telefónica en relación con la ausencia de tipicidad y antijuridicidad en este punto.

3.1.2 Alegaciones relativas al principio de legalidad

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Telefónica alega que, conforme al principio de legalidad, el ciudadano tiene derecho a conocer de manera clara, concreta y precisa las conductas que puedan ser punibles, condición que no se cumple en el presente caso, debido, según Telefónica, a la generalidad de las obligaciones contenidas en las Resoluciones cuyo

³⁴ Recurso de casación num. 03/1341/2005.

³⁵ Recurso de casación núm. 03/2319/2011.

incumplimiento se sanciona. De este modo, Telefónica alega que no podía haber anticipado que la CNMC iba a considerar su oferta como una infracción, por lo que cree vulnerado el principio de tipicidad.

A este respecto, cabe señalar que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de mayo de 2015³⁶ confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2018³⁷ aborda una cuestión muy similar a la suscitada en el presente procedimiento, relativa la sanción por parte de la CMT del incumplimiento de Telefónica de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009. En ese caso, Telefónica incurrió en una práctica de estrechamiento de márgenes prohibida por tal resolución. Dicha Sentencia señala que *“la CMT no orilla el principio de tipicidad, como ‘lex praevia’ y ‘lex certa’ respecto de la que la actora pudo extraer en modo razonable la certeza de que su conducta podría integrar la infracción que luego se sanciona, máxime, como ya hemos advertido en otras ocasiones, y sirva por todas la sentencia de 22 de marzo de 2011, dictada en el recurso 16/2009, cuando Telefónica se encuentra ligada a aquél en ‘en el seno de una relación de sujeción especial en la que se supone un conocimiento cabal de sus obligaciones y de lo que puede comportar su incumplimiento’”. De este modo, continúa la sentencia “la actora está sujeta con la CMT con una relación de especial sujeción, siendo conocedora, por eso mismo y por el giro o tráfico de su actividad, del preciso ámbito jurídico y tecnológico en el que opera, por lo que no puede sostenerse falta de culpabilidad, en este caso una conducta intencional cuando existe un amplio elenco de obligaciones en un concreto ámbito jurídico y tecnológico en el que se inserta la actividad de TESAU, a la que ha de suponersele y se le supone su conocimiento y aceptación, con condicionamientos que asumió en el despliegue de una relación de sujeción especial a la que en el concreto campo que nos ocupa la Administración reprocha”.*

Por todo ello, en el presente caso, debido a la relación de especial vinculación o sujeción de Telefónica con la regulación emanada de esta Comisión, cabe presumir que este operador conoce exhaustivamente los efectos del incumplimiento del elenco de obligaciones que tiene contraídas en este concreto ámbito jurídico y tecnológico. Asimismo, las obligaciones contenidas en las citadas Resoluciones son claras, están integradas por el cuerpo de Resoluciones que las aplican y se dictan tras procedimientos contradictorios con Telefónica.

Por lo tanto, no se considera vulnerado el principio de tipicidad ni legalidad que Telefónica invoca.

3.1.3 Alegaciones relativas a la consideración de la infracción como muy grave

Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, alega subsidiariamente que su conducta no puede ser considerada como una

³⁶ Sala Cont.Adm., Sección 8ª de la Audiencia Nacional (PO 08/462/2012)

³⁷ Sala Cont.Adm., Sección 3ª del Tribunal Supremo (Rec.Casación nº 03/2833/2015)

infracción muy grave. Y ello en, señala Telefónica, porque no se puede calificar como incumplimiento muy grave una conducta puntual, pues *“un incumplimiento de las Resoluciones referidas no es un hecho con entidad para concluir que se han incumplido estas resoluciones en su globalidad, teniendo en cuenta la cantidad de obligaciones que en cada Resolución se contienen”* argumenta. Telefónica añade que existen en la LGTel otros tipos infractores más cercanos a la realidad analizada, sin concretar cuáles.

Esta alegación no puede ser aceptada, por el simple hecho de que el tipo infractor aplicable al incumplimiento de las resoluciones de la CNMC, como se viene argumentando, es el artículo 76.12 de la LGTel, cuyo bien jurídico protegido es tanto el normal funcionamiento de los mercados sectoriales como proteger la *“auctoritas”* de la CNMC. Como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de diciembre de 2006³⁸, este incumplimiento reviste especial gravedad, destacando *“la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inejecución u obstaculización de dichas resoluciones [...]”*. Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que la conducta de Telefónica haya sido *“puntual”*, puesto que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos para graduar la sanción. Asimismo, esta apreciación de Telefónica no es relevante y menos en el segmento empresarial –donde normalmente se analizan las ofertas una a una–.

Por todo lo anterior, procede desestimar las alegaciones de Telefónica en relación con la ausencia de tipicidad y antijuridicidad.

3.2 Conclusión en relación con la tipicidad

En conclusión, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, consistente en el incumplimiento de las Resoluciones de 22 de enero de 2009 y 11 de abril de 2013 de la CMT relativas a la regulación ex ante de los mercados de banda ancha y segmentos de líneas alquiladas al por mayor, respectivamente, por incumplir la prohibición de estrechamiento de márgenes establecida en dichos pronunciamientos, al haber realizado Telefónica una oferta económicamente no replicable en el seno del concurso público convocado por el Gobierno Vasco en fecha 7 de octubre de 2015.

Por todo lo anterior, se considera que concurre en el presente caso el elemento de tipicidad necesario conforme al artículo 27 de la LRJSP, puesto que se trata

³⁸ Recurso de casación núm. 03/3898/2004.

de una vulneración del ordenamiento jurídico prevista como infracción muy grave en el artículo 76.12 de la LGTel.

CUARTO. Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador³⁹, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

El artículo 28 LRJSP establece que *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*. Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia, de tal manera que, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración de lo dispuesto por el artículo 28 LRJSP lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible. Por su parte, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo⁴⁰. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito⁴¹.

³⁹ Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2017. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/2016.

⁴⁰ Como ha reiterado la jurisprudencia, entre otras, en Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Cont. Adm. Sección Octava) de 15 de mayo de 2015 (recurso núm. 462/2012) confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo 335/2018 de 5 de marzo de 2018, recurso casación núm 2833/2015.

⁴¹ Valga por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 4324/2014 de 21 de octubre de 2014. Recurso contencioso-administrativo número 2319/2011.

En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

En el presente caso, la conducta antijurídica se imputa a Telefónica a título de dolo al concurrir el elemento intelectual y el volitivo:

De acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas (cláusula 30), “*los criterios de valoración de las ofertas por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se le atribuye*” fueron dos i) oferta económica, con una puntuación máxima de 70 puntos y (ii) oferta técnica, con una puntuación máxima de 30 puntos, la cual a su vez se clasificó conforme a dos subcriterios (a) servicios de telecomunicaciones: 65 puntos y (b) ampliación de VoIP: 5 puntos.

Siendo pues la oferta económica el valor preponderante de la licitación pública, no resulta extraño que Telefónica presentase una oferta lo suficientemente atractiva que obtuviese la mayor puntuación posible y, en consecuencia, resultase la adjudicataria final del contrato. De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, la oferta económica de Telefónica (28.193.564 euros sin IVA) redujo en un 61% el presupuesto máximo de licitación del Lote 1 que ascendía a 71.665.585,69 euros (sin IVA).

Se entiende que concurre el elemento intelectual porque se considera que Telefónica era absolutamente consciente de que presentando una oferta económica tan baja y conociendo los parámetros utilizados por la CNMC para analizar la replicabilidad económica de sus ofertas en el segmento empresarial, ésta no sería replicable por su competidor directo en el concurso público. Esto es, conocía que con tal actuación estaba incumpliendo sus obligaciones regulatorias de los mercados de banda ancha y líneas alquiladas y las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Es decir, Telefónica conocía su significación jurídica.

Y, concurre también el elemento volitivo porque Telefónica, como operador con PSM y con un conjunto de obligaciones regulatorias impuestas en los mercados regulados 4, 5 y 6/2007 es plenamente conocedora de la importancia que tiene dar cumplimiento a las resoluciones dictadas por la CNMC en el ejercicio de su función de regulación ex ante de los mercados de referencia.

En este sentido, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de mayo de 2015⁴² confirmada por el Tribunal Supremo en reciente Sentencia 335/2018 de 5 de marzo de 2018⁴³ (en un pleito cuyo fondo guarda bastantes similitudes

⁴² Recurso cont.adm. núm. 08/462/2012.

⁴³ Recurso de Casación núm. 2833/2015.

con los hechos objeto de la presente Resolución⁴⁴), la Sala señaló claramente que:

“La Sala estima, sin embargo, que la actora -y esto también se ha dicho en anteriores ocasiones- está sujeta con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con una relación especial de sujeción, siendo conocedora, por eso mismo y por el giro o tráfico de su actividad, del preciso ámbito jurídico y tecnológico en el que opera, por lo que no puede sostenerse falta de culpabilidad, en este caso una conducta intencional cuando existe un amplio elenco de obligaciones en un concreto ámbito jurídico y tecnológico en el que se inserta la actividad de TESAU, a la que ha de suponerse y se le supone, insistimos, su conocimiento y aceptación, con condicionamientos que asumió en el despliegue de una relación de sujeción especial a la que en el concreto campo que nos ocupa la Administración reprocha”.

Concorre, en consecuencia, el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

4.1 Alegaciones de Telefónica en relación con la culpabilidad

4.1.1 Alegaciones relativas a la ausencia de responsabilidad y vulneración del principio de seguridad jurídica

Telefónica afirma, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, que *“no ha actuado ni a título de dolo ni de culpa, sino conforme al principio de la buena fe y no cabe pensar que el Gobierno Vasco adjudicase un contrato a mi representada incumpliendo la ley”*. Por otro lado, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, Telefónica señala que no puede ser declarada responsable ni a título de dolo ni de culpa por la infracción que se le imputa.

Asimismo, tanto en sus alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento como en las presentadas a la propuesta de resolución, Telefónica manifiesta que la modificación de los criterios aplicables en el test de replicabilidad le provoca inseguridad jurídica al no conocer, con anterioridad, las consecuencias de sus conductas actuales. A estos efectos, sostiene que en los análisis de replicabilidad realizados por la CMT/CNMC en los últimos años *“no se ha mantenido constante el criterio del operador referencia”* y, además, la Resolución de 11 de mayo de 2017 por que se finaliza el expediente

⁴⁴ El pleito sustanciado y fallado por las citadas sentencias se refiere a la resolución del Consejo de la CMT de 7 de junio de 2012 (RO 2011/2321) en la que se acuerda imponer a Telefónica una sanción por importe de 3.000.000 euros como autora responsable de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la resolución del citado Consejo de 25 de noviembre de 2010 relativa a la oferta presentada por Telefónica en el concurso convocado por la Agencia Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid.

OFMIN/DTSA/004/15 ha identificado un subconjunto de servicios dentro del Lote 1 correspondiente a los servicios de telecomunicaciones, criterio distinto del adoptado en el trámite de audiencia de ese mismo expediente, que consideró la totalidad de los servicios integrantes del citado Lote 1. Telefónica apunta también que el Análisis de Mercado 2009 (expediente MTZ 2008-626) no contenía metodología alguna sobre cómo replicar las ofertas de empresas, y señala que para realizar tal análisis de replicabilidad necesitaría haber conocido el detalle del despliegue de Euskaltel, información que está fuera de su alcance. De este modo, Telefónica considera que se debe tener en cuenta que presentó una oferta replicable bajo sus estimaciones, que fueron *“lo más ajustadas a la realidad”*.

En contestación a las citadas alegaciones, procede reiterar que Telefónica ha actuado de forma dolosa. Son varias las ocasiones anteriores en las que la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ha destacado el importante papel que los clientes empresariales –incluidas las Administraciones Públicas- juegan en el desarrollo de los mercados de comunicaciones electrónicas⁴⁵, lo que hace que el no respeto por Telefónica a sus obligaciones regulatorias revista una especial gravedad.

Por otro lado, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente, la oferta económica de Telefónica data de principios del mes de octubre de 2015. Esto es, cuatro meses después desde la aprobación de la Resolución de 2 de junio de 2015, por que la se pone fin al expediente OFMIN/DTSA/14/1203 –relativa a una oferta presentada en el concurso del Ayuntamiento de Villena-⁴⁶ en la que la Sala de Supervisión Regulatoria sentó los criterios para la metodología de análisis de las ofertas empresariales, incluidas las Administraciones Públicas, a la vista de las características específicas del segmento empresarial, que difieren de las del segmento residencial y en línea con la citada Resolución de 25 de noviembre de 2010 que finalizó el expediente MTZ 2010/1614⁴⁷.

La aplicación de esta metodología específica para ofertas empresariales concluyó que la oferta económica realizada por Telefónica en el procedimiento de licitación pública del Ayuntamiento de Villena convocado en diciembre de

⁴⁵ Entre otras, la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa a la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM) –expediente MTZ 2010/1614-. Más recientemente, la Resolución de 24 de febrero de 2016 de los mercados 3a, 3b y 4 sujetos a regulación ex ante –expediente ANME/DTSA/2154/14 Mercados 3a, 3b y 4-.

⁴⁶ Véase nota al pie 16.

⁴⁷ Véase nota al pie núm. 35. Esta Resolución sienta por primera vez los criterios de análisis relevantes a tener en cuenta para la replicabilidad de las ofertas empresariales de Telefónica. Procede igualmente recordar que el VAN resultante de ese primer análisis fue de -2.198.237,6 euros.

2013 para la formalización de un contrato mixto de servicios y suministro de “*telefonía fija, comunicaciones de banda ancha y red privada virtual del Ayuntamiento de Villena (Alicante)*” era replicable económicamente por un hipotético operador de empresas eficiente.

De acuerdo con el Hecho probado único, el VAN resultante del test realizado en el expediente OFMIN/D TSA/004/15, concluido por Resolución de 11 de mayo de 2017, es de -8.539.429 euros. Este resultado se alcanza habiéndose tomado como referencia el escenario más favorable a Telefónica consistente en emplear como estándar de eficiencia el de un operador generalista como Euskaltel y, más concretamente, el del mayor grado de utilización de la red desplegada por dicho operador -para determinar los servicios mayoristas empleados como elemento de replicabilidad del servicio minorista de transmisión de datos al Gobierno Vasco-.

Siendo esto así, Telefónica no sólo conoce perfectamente la metodología que emplea la CNMC para analizar sus ofertas empresariales, incluidas las Administraciones Públicas, sino que utilizando parámetros más favorables para ella, el resultado del VAN es claro. Además, especialmente a los efectos del presente procedimiento, si se llevase a cabo el test de replicabilidad teniendo en cuenta el escenario planteado por Telefónica –inclusión de todos los costes y precios del servicio de ampliación de VoIP- el VAN resultante también sería de carácter negativo –como se ha desarrollado en los Hechos Probados-.

Por otra parte, las alegaciones de Telefónica al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador resultan ser incongruentes ya que, por un lado, entiende que el operador que debe tomarse como referencia es el de un operador generalista como Euskaltel, en lugar de considerar a un “*hipotético operador especializado en empresas*” y, por el otro, señala que la existencia de ajustes en los criterios que deberán tomarse en consideración a la hora de utilizar como referencia a dicho operador de empresas le produce inseguridad jurídica.

Por todo ello, deben desestimarse las alegaciones realizadas por Telefónica en relación con la ausencia de culpabilidad en la comisión de la infracción imputada.

4.1.2 Alegaciones relativas a la *presunción de legalidad* de la oferta de Telefónica

Telefónica, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del presente procedimiento, señala que la adjudicación del contrato por parte del Gobierno Vasco goza de “*presunción de legalidad*”. Y ello lo fundamenta en el principio de autotutela declarativa contenido en el artículo 39.1 de la LPAC, que establece que “*los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en*

que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”. Alega Telefónica que no cabe pensar que el Gobierno Vasco adjudicase un contrato promoviendo o aceptando un incumplimiento de la ley ya que, si Telefónica hubiera incumplido la legislación de defensa de la competencia, el Gobierno Vasco tendría que haber notificado a la CNMC la supuesta infracción conforme a la Disposición Adicional vigesimotercera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP 2011).

Esta alegación no puede ser aceptada en ninguno de sus extremos.

En primer lugar, es preciso destacar que estas alegaciones se escapan del objeto del presente procedimiento, que es el de analizar el incumplimiento de determinadas obligaciones regulatorias sectoriales impuestas por esta Comisión a Telefónica en la oferta presentada en dicha licitación, y no valorar la legalidad del acto de adjudicación del contrato por parte del Gobierno Vasco. Es por ello que no cabe entrar a valorar las alegaciones de Telefónica en lo relativo a la presunción de validez del acto de adjudicación del contrato en cuestión. Simplemente cabe señalar que Telefónica confunde en sus alegaciones el acto de adjudicación, amparado, en su caso, por las cualidades propias de los actos administrativos, con la oferta presentada por el operador en el procedimiento de licitación.

Por otro lado, respecto a lo dispuesto en la Disposición Adicional vigesimotercera de la LCSP 2011, referido además a infracción a la legislación de defensa de la competencia, no es razonable pensar que el Gobierno Vasco debió tener en cuenta, en el procedimiento de adjudicación del contrato, todas y cada una de las concretas obligaciones regulatorias sectoriales a que está sujeta Telefónica en el marco de las Resoluciones de análisis y definición de los mercados 4, 5 y 6 dictadas por esta Comisión. Como se ha venido reiterando, la relación de especial sujeción de Telefónica con la regulación emanada de esta Comisión le presupone un conocimiento de sus obligaciones en el preciso ámbito jurídico y tecnológico en el que opera, y por tanto debía de haber tenido en cuenta las concretas obligaciones regulatorias es el sujeto al que le fueron impuestas. Sin embargo, esta presunción no se puede predicar del Gobierno Vasco, que no es competente en la regulación sectorial de telecomunicaciones.

4.1.3 Alegaciones relativas al principio de confianza legítima

Telefónica, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, estima que, en virtud del principio de confianza legítima, no cabría pensar que el Gobierno Vasco hubiera adjudicado un contrato incumpliendo la ley. Con lo cual, su actuación ha estado basada en la creencia, *“propiciada por la Administración”*, de la licitud de su conducta. Sin embargo, como se ha expuesto en el apartado anterior, el procedimiento de licitación y, en particular,

el acto de adjudicación del contrato en cuestión a Telefónica, nada tiene que ver con el incumplimiento de la misma de las obligaciones impuestas por esta Comisión como regulador *ex ante* en la oferta presentada.

De este modo, como se ha argumentado, concurren en este caso los requisitos intelectual y volitivo de la culpabilidad, pues se considera que Telefónica era consciente de que presentando una oferta económica tan baja y conociendo los parámetros utilizados por la CNMC para analizar la replicabilidad económica de sus ofertas, ésta no sería replicable por su competidor directo, asumiendo el riesgo de que ello supondría un incumplimiento de las resoluciones de esta Comisión. Además, Telefónica, como operador con PSM y con un conjunto de obligaciones regulatorias impuestas en virtud de la relación de especial vinculación a la regulación sectorial anteriormente analizada, era plenamente conocedora de la importancia que tiene dar incumplimiento a las resoluciones dictadas por la CNMC en el ejercicio de su función de regulación *ex ante*. El hecho de que la conducta de Telefónica se llevara a cabo en el marco de un procedimiento de licitación no desvirtúa estas conclusiones.

4.2 Conclusión en relación a la culpabilidad

De lo anterior cabe concluir que concurre, en virtud del artículo 28 de la LRJSP, el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del imputado.

QUINTO.- Cuantificación de la sanción aplicable

5.1 Límite legal de la sanción

La LGTel establece unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de las infracciones administrativas, estableciéndose por otra parte también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al criterio del beneficio bruto obtenido por el infractor como consecuencia de la actuación en que consiste la infracción.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la LGTel:

“a) Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quintuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u

omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros”.

Por tanto, en el presente procedimiento sancionador, los límites máximos fijados por la LGTel para la determinación del importe de la sanción son (i) el importe no inferior al tanto ni superior al quíntuplo del beneficio bruto obtenido, o en caso de no poder determinarse el anterior criterio (ii), veinte -20- millones de euros.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción, hay que tener en cuenta los criterios de graduación señalados en el artículo 80 de la LGTel y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vigente al tiempo de los hechos, y actualmente artículo 29 de la LRSP, que se analizan en el siguiente apartado.

En el presente expediente, el límite máximo de la sanción a aplicar es de 20 millones de euros porque no ha sido posible determinar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la conducta antijurídica imputada a Telefónica.

No resulta posible cuantificar el beneficio bruto directo obtenido por la comisión de la infracción. Por un lado, el beneficio que reporte el contrato a Telefónica no ha podido calcularse porque no han podido determinarse los costes en que ha incurrido Telefónica para la prestación del servicio de transmisión de datos en concepto de reutilización de infraestructura propia y posibles inversiones realizadas ad hoc. En todo caso, al consistir la infracción en presentar una oferta económica que no es replicable por terceros operadores, el beneficio directo obtenido en el concurso no es un elemento relevante para valorar el beneficio obtenido por la comisión de la infracción⁴⁸.

A este respecto, es muy difícil cuantificar el beneficio bruto indirecto (entendido como beneficio intangible) derivado de la (i) merma ocasionada en la capacidad competitiva de Euskaltel y en el resto de operadores alternativos que no pueden competir con el operador designado con PSM mediante una oferta que les permita obtener cierta rentabilidad y (ii) el reforzamiento de la imagen de marca y fiabilidad de Telefónica que obtiene por la firma de este nuevo y relevante contrato de prestación de servicios con el Gobierno Vasco y su efecto de arrastre para otros clientes empresariales.

Por tanto, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 79.1.a) de la LGTel, conforme al cual el límite máximo de la sanción a imponer queda fijado en 20 millones de euros.

⁴⁸ En cualquier caso, tampoco puede calcularse el beneficio derivado de la prestación del contrato a la Administración autonómica vasca, en la medida en que su ejecución no ha terminado y no han podido determinarse los costes que afronta Telefónica en concepto de reutilización de infraestructura propia y posibles inversiones realizadas ad hoc en ejecución de dicho contrato.

Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución del presente procedimiento, considera que la CNMC aplica el criterio más perjudicial para los intereses del operador al no calcular el beneficio bruto obtenido por Telefónica por la comisión de la conducta antijurídica, actuando en contra del principio de interdicción de la arbitrariedad y de motivación de tal decisión.

Esta alegación debe ser rechazada. El artículo 79 de la LGTel prevé expresamente la posibilidad de que no resulte posible aplicar el criterio relativo al beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos en que consista la infracción. Por lo tanto, la aplicación de dicho precepto está prevista por el ordenamiento jurídico cuando concurre el supuesto de hecho, es decir, que no resulte posible aplicar este criterio. Así lo reconoció expresamente el Tribunal Supremo, con relación a la anterior Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que recogía también la misma posibilidad en su artículo 56 tanto para las sanciones muy graves como para las graves. Concretamente, en el Fundamento Sexto de su Sentencia de 21 de octubre de 2014 (RC 2319/2011) declaró que:

Dicha infracción está sancionada en el artículo 56.b) de la Ley General de Telecomunicaciones de 2.003 con multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción o, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio, con un límite máximo de dos millones de euros. Vista la imposibilidad de aplicar el criterio prioritario a que se refiere la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el apartado 4 del fundamento 6º de su resolución, procede imponer la sanción en su cuantía máxima de dos millones de euros, por las circunstancias señaladas para calificar la infracción en el tipo del artículo 53.s y por la concurrencia de las dos agravantes ya aplicadas por la Sala de instancia en el fundamento jurídico noveno transcrito en el anterior fundamento de derecho: reiteración y gravedad del daño.

Como se ha expuesto y motivado, esta Comisión considera que carece de los elementos necesarios para realizar el cálculo de los ingresos brutos obtenidos como consecuencia de la conducta infractora por carecer, entre otros, de información sobre los costes en que ha incurrido Telefónica para la prestación del servicio de transmisión de datos en concepto de reutilización de infraestructura propia y posibles inversiones realizadas ad hoc, y al no ser posible realizar el cálculo del beneficio bruto indirecto obtenido por los motivos que se han apuntado. Por lo tanto, la argumentación ofrecida por la CNMC en este sentido ha sido suficientemente motivada y no es arbitraria.

Asimismo, Telefónica, pese a sus alegaciones, no ha aportado un cálculo alternativo que hubiera posibilitado el cálculo de la sanción en el sentido que alega.

Por todo ello, la alegación de Telefónica no puede aceptarse.

5.2 Criterios de graduación de la sanción

En este apartado se procede a analizar qué criterios de graduación de la sanción han de tenerse en consideración, de conformidad con el artículo 80 de la LGTel y el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, actualmente artículo 29.3 de la LRJSP.

El artículo 80.1 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado y su reparación.*
- e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.*

Según el artículo 80.2 de la LGTel:

“Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan”.

Por su parte, los artículos 131.3 y 29.3 antes citados establecen los criterios para la graduación de la sanción a aplicar. Así ambos preceptos se refieren en particular al concepto de reincidencia en términos similares. La propuesta de resolución entiende que concurre esta circunstancia agravante de la responsabilidad en el presente procedimiento sancionador.

Así se señala en la citada propuesta que Telefónica ha cometido, en el período de un año, tres conductas relativas al incumplimiento de sus obligaciones regulatorias como operador con PSM en los mercados sujetos a regulación ex ante, sobre las que ya existe una resolución administrativa firme:

- (i) por aplicación indebida de altos costes sobre los precios regulados en situaciones no contempladas en la ORLA –supuesto en el que la conducta sancionada se produjo desde el 15 de octubre de 2015 hasta el 30 de junio

de 2016. Conducta sancionada mediante Resolución de la CNMC de 18 de abril de 2017 por incumplimiento de la ORLA en materia de aplicación indebida de altos costes -expediente SNC/DTSA/024/16-. Además, Telefónica ya había sido sancionada con anterioridad mediante Resolución de la CNMC de 8 de octubre de 2015 por la comisión de la misma conducta SNC/DTSA/1821/14.

(ii) por imputación improcedente de “falsas averías”, lo que supuso un incumplimiento de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) –desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de octubre de 2015-. Conducta sancionada mediante Resolución de la CNMC de 15 de diciembre de 2016 y,

(iii) por incumplimiento de la obligación de no discriminación establecida en los mercados 4 y 5, durante su huelga de instaladores -entre abril y noviembre de 2015. Conducta sancionada mediante Resolución de la CNMC de 7 de marzo de 2017.

Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, entiende que no concurre esta agravante, argumentando que las sanciones impuestas en los procedimientos señalados no tienen conexión ni relación alguna con el presente caso. Señala que son acciones diferentes que no revisten la misma naturaleza y que se refieren a “*fuentes normativas distintas*”. Apunta asimismo Telefónica que dichas resoluciones han sido impugnadas en vía contencioso-administrativa.

Sin embargo, como se ha expuesto, en el presente caso el bien jurídico protegido con la disposición aplicada es ‘la auctoritas’ de la CNMC, que, como ha establecido la jurisprudencia⁴⁹, se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos. En el presente procedimiento sancionador, la actuación de Telefónica se ha basado en el incumplimiento de sus obligaciones ex ante recogidas en las Resoluciones de análisis y definición de los mercados 4, 5 y 6. Por otro lado, Telefónica ha llevado a cabo tres actuaciones en el período de un año que implican el incumplimiento de sus obligaciones regulatorias como operador con PSM en los mercados sujetos a regulación ex ante, obligaciones incluidas, como se ha apuntado, en la ORLA, la OBA, y en la Resolución de definición y análisis de los mercados 4 y 5. De todo ello se deduce claramente

⁴⁹ El Tribunal Supremo en sus Sentencias de 14 de diciembre de 2007 y 21 de octubre de 2014: “*el menoscabo de la auctoritas de la CMT/CNMC se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros (..)*”. También, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2006 ha señalado que “*la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inejecución u obstaculización de dichas resoluciones [...].*”

que la naturaleza de los incumplimientos llevados a cabo por Telefónica en los procedimientos señalados revisten “*la misma naturaleza*”. Asimismo, las resoluciones de los procedimientos señalados son resoluciones administrativas firmes. El hecho de que dichas resoluciones hayan sido impugnadas ante el orden contencioso-administrativo no es relevante en este contexto, pues, como se han señalado, se cumplirían los requisitos para calificar la conducta como reincidente.

Por tanto, deben decaer las alegaciones de TELEFÓNICA en este concreto aspecto en línea con lo señalado en la propuesta de resolución.

No obstante, esta Sala considera que no concurre la circunstancia de reincidencia en el presente caso en la medida que las Resoluciones de la CNMC antes mencionadas por las que se imponen sanciones a esta sociedad de similar naturaleza a la ahora declarada son posteriores a la comisión de los hechos aquí enjuiciados. Dichos hechos se produjeron el 7 de octubre de 2015 con la presentación de la oferta económica a la licitación de referencia. Todo ello atendiendo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de 24 de octubre de 2000 y 30 de septiembre de 2011.

Por ello, debe rectificarse este aspecto, sin que quepa apreciar tal agravante, procediendo en consecuencia la minoración correlativa de la sanción que se debe imponer.

Finalmente, Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, señala que no se ha tenido en cuenta el “*evidente efecto positivo en la sociedad*” y para el Gobierno Vasco de la conducta infractora que se le imputa, pues en base a la oferta presentada ha venido prestando unos servicios de telecomunicaciones avanzados.

Por otro lado, Telefónica argumenta que el hecho de que su actuación no haya generado daño o perjuicio alguno a terceros, al mercado o a los consumidores, debe tenerse en cuenta en la cuantificación de la sanción.

Al respecto, es preciso señalar a Telefónica que, independiente de que su actuación trajera consigo el supuesto “*efecto positivo en la sociedad*” y para el Gobierno Vasco (supuesto que no fue acreditado en el expediente de mérito por Telefónica) y, que no se cuantificara el daño o perjuicio generado al mercado o a los consumidores, lo cierto es que Telefónica es perfectamente conocedora del necesario cumplimiento de las Resoluciones de la CNMC en relación con la prohibición de llevar a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes, habiendo sido sancionada ya por el incumplimiento de las mismas como ya ha sido señalando anteriormente.

En este sentido, contrario a lo manifestado por Telefónica, esta Comisión no puede tomar en consideración los elementos referidos previamente como atenuantes en la graduación de la sanción.

Por lo tanto, esta alegación no puede ser tenida en cuenta.

5.2.1 Situación económica del infractor

El artículo 80.2 de la LGTel señala que en lo referente a la fijación de la sanción que se imponga al infractor, se tendrá en cuenta su situación económica derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afecten. Esta circunstancia se recoge en la normativa sectorial con el objetivo de hacer efectivo el principio de proporcionalidad, que en el cuerpo de derecho administrativo sancionador exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, es decir, una correspondencia entre la gravedad de la conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye.

Aplicado lo anterior a este procedimiento, procede indicar que el Grupo Telefónica es una de las entidades más importantes a nivel mundial en el ámbito de las telecomunicaciones y el líder indiscutible en la gran mayoría de los segmentos en que desarrolla su actividad en España. En efecto, el grupo Telefónica cuenta con una importante presencia a nivel internacional estando presente en dos países del mercado europeo (Reino Unido y Alemania) y, especialmente, en el mercado latinoamericano (Argentina, Chile, Perú, Ecuador, México, Colombia, Brasil, Venezuela, entre otros)⁵⁰.

En concreto en lo referente al operador infractor, Telefónica de España S.A.U., es igualmente líder en los principales mercados nacionales de telecomunicaciones en los que opera, y ha mantenido desde el inicio de la liberalización, cuotas de mercado muy significativas en los mercados de banda ancha y segmentos de terminación de líneas alquiladas, siendo en la actualidad considerado como operador con PSM en los mercados mayoristas relacionados con la prestación de dichos servicios⁵¹. Esta posición de liderazgo es más destacable si se atiende exclusivamente al segmento empresarial, que engloba también a las Administraciones Públicas.

Así, de conformidad con la información de que dispone esta Comisión (CNMC Data), la cuota de mercado de Telefónica en el 2015 en el mencionado segmento empresarial se situaba en el 63,6% en términos de facturación por servicios fijos, habiendo obtenido unos ingresos de 875.561.339,69 euros. Esta

⁵⁰ Véase pág. 44 de los Estados Financieros Consolidados del Grupo Telefónica 2017, donde consta el desglose de las ventas y prestación de servicios de los segmentos, detallado por los principales países donde el citado Grupo opera (https://www.telefonica.com/documents/162467/141705147/Cuentas_anuales_consolidadas_2017.pdf/45673a2f-e2a4-83c0-4c32-eab50d60898f).

⁵¹ Resolución de 24 de febrero de 2016 –ver nota al pie núm. 29-.

posición de liderazgo de Telefónica aumentó un punto porcentual en 2016, situándose en el 64,6% con unos ingresos de 881.265.725,402 euros.

Si se atiende exclusivamente a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a las Administraciones Públicas, Telefónica es líder incontestable del mercado: El Informe REINA⁵² que publica anualmente el portal de la Administración Electrónica (PAe) señala que el grupo Telefónica lidera los gastos en que incurre la Administración del Estado para la contratación de servicios de telecomunicaciones, siendo la cuota que alcanza dicho operador superior al 80% en los años 2014, 2015 y 2016, habiendo facturado más de 230 millones de euros cada uno de los mencionados años. BT se erigiría como el principal competidor de Telefónica, según el citado Informe REINA, con una cuota que no alcanza el 10% de los gastos de la Administración del Estado.

Por todo ello, debe tenerse en cuenta para el presente procedimiento la significativa capacidad económica de Telefónica en este particular segmento.

Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, cuestiona, respecto de la valoración de la situación económica del infractor, la referencia que la propuesta hacía al “grupo Telefónica” en su conjunto, puesto que el presente procedimiento se incoó contra Telefónica de España, S.A.U. En este sentido, es necesario destacar que todos los datos relativos a la situación económica del infractor, así como todos los datos utilizados en los análisis económicos que han servido como elementos probatorios del presente procedimiento, se refieren exclusivamente al operador Telefónica de España, S.A.U. si bien se consideró oportuno hacer una referencia a la expresión “grupo Telefónica” para poner de manifiesto la magnitud que dicho operador tiene en el contexto que se está valorando, y que el operador no sólo es líder en el mercado nacional de servicios a empresas, sino que además está integrado en uno de los mayores grupos multinacionales del sector, lo que fortalece aún más su posición en los mercados nacionales.

SEXTO. - Determinación de la sanción aplicable

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta el límite legal (apartado 5.1) y los criterios concurrentes para graduar la sanción (apartado 5.2), además de lo dispuesto en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, actualmente 29.2 de la LRSP. Así

“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.”

⁵²http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_OBSAE/pae_Informes/pae_InformeREINA/pae_InfDescarga.html#.WgQzKv1e7ct

En este contexto, “la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, Recurso de Casación núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad “se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión⁵³.

Pues bien, la aplicación de los anteriores criterios al presente caso arroja las siguientes conclusiones:

- a) La conducta de Telefónica ha sido tipificada como una **infracción administrativa muy grave y de carácter doloso**, dado el conocimiento e intención de Telefónica de presentar una oferta económica lo

⁵³ Al respecto cabe citar la siguientes Sentencias del Tribunal Supremo:

1) Sentencia de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995), cuando en su Fundamento de derecho Tercero establece:

“[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990 (RJ 1990, 7558), la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293), dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...]”.

2) Sentencia de 5 de marzo de 2018 (Recurso de Casación núm. 2833/2015), cuando en su Fundamento de derecho Cuarto establece:

“[...] La parte recurrente puede legítimamente discrepar de las apreciaciones de la CMT (...). Pero más allá de mostrar su distinto parecer en cuanto a cómo debería haberse llevado a cabo la modulación, la recurrente no ha justificado que la cuantificación de la sanción se haya realizado sin observar los criterios de la [LGTel], ni ha acreditado en definitiva que haya sido vulnerado, en este caso, el principio de proporcionalidad en materia sancionadora”.

suficientemente atractiva como para convertirla en la adjudicataria final del contrato público convocado por la Administración autonómica vasca.

Así, resulta particularmente relevante destacar que el presupuesto máximo del Gobierno Vasco para el periodo de los cuatro años de duración de los servicios incluidos en el Lote 1 era de 71.665.585,69 euros sin IVA y la oferta económica de Telefónica es de sólo 28.193.564 euros sin IVA, lo que significa una reducción del 61% del importe máximo de la licitación.

En línea con lo anterior, también ha de tenerse en cuenta que la conducta de Telefónica se ha realizado en el segmento empresarial, donde la cuota de Telefónica es especialmente elevada y la competencia de terceros operadores es muy compleja, y en el que la prestación de servicios a las Administraciones Públicas en general y al Gobierno Vasco en particular supone un tipo de clientes de elevado valor tanto por su nivel de facturación –como se ha señalado en el párrafo anterior- y su valor intangible en términos de imagen de marca y fiabilidad como por su consecuente efecto de arrastre para otros clientes. A estos efectos, ha de considerarse que el contrato con el Gobierno Vasco es muy relevante para la cuenta de cualquier operador de empresas, y para Euskaltel aún más, ya que su ámbito de actuación era en 2015 principalmente el de la Comunidad Autónoma Vasca.

- b) El VAN resultante del análisis de replicabilidad es de -8.539.429 euros, valor sustancialmente elevado aun habiéndolo calculado tomando en consideración el escenario planteado por Telefónica en el expediente OFMIN/DTSA/004/15, esto es, utilizando el estándar de eficiencia de un operador generalista como Euskaltel y el mayor grado de utilización de la red desplegada por este operador, en lugar del estándar de eficiencia de un operador de empresas.

Como se señalaba anteriormente, de haberse seguido la metodología que generalmente se emplea para el análisis de las ofertas empresariales, el VAN negativo resultante hubiera sido significativamente superior.

Más aún, el análisis de replicabilidad no modificaría el sentido negativo del VAN resultante en el caso de incluirse la totalidad de los servicios incluidos en el Lote 1 (aspecto solicitado por Telefónica) (en ese caso, el VAN sería de -3.525.952 euros).

- c) De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida. A este respecto y como se recoge anteriormente, la **situación económica de Telefónica** también ha de tenerse en cuenta a

la hora de fijar la sanción. Telefónica ha obtenido, sólo en el segmento empresarial, unos ingresos de 875.561.339,69 euros en el ejercicio 2015, y de 881.265.725,402 euros en el ejercicio 2016, por lo que se toma en consideración la significativa capacidad económica de Telefónica en este segmento a la hora de imponer una sanción proporcional y disuasoria.

- d) Finalmente, de acuerdo con lo señalado en el apartado 5.2 anterior, debe minorarse la sanción propuesta por el instructor al no concurrir la circunstancia agravante de reincidencia, cuantificándose tal minoración en 1.000.000 euros, tras ponderar la ausencia de concurrencia de tal circunstancia en el conjunto elementos antes definidos (carácter doloso de la conducta, VAN resultante del test de replicabilidad y situación económica del infractor).

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración, el límite máximo de la sanción que ha de imponerse, el criterio de graduación y en el artículo 80.1 de la LGTel, la situación económica de Telefónica en el segmento empresarial en el último año, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta la relevancia del contrato obtenido⁵⁴, se considera que procede imponer una sanción de ocho millones quinientos mil euros (8.500.000 €).

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a la entidad Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones de 22 de enero de 2009 relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, y de 11 de abril de 2013, relativa a la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

⁵⁴ La oferta económica de Telefónica presentada en el concurso asciende a 28.193.564 euros, de los cuáles 13.295.905 euros corresponden al servicio de transmisión de datos del Lote 1.

SEGUNDO- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, una multa por importe de ocho millones quinientos mil euros (8.500.000 €) por la anterior conducta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.

ANEXO I

CÁLCULO DE REPLICABILIDAD UTILIZADO EN EL PRESENTE EXPEDIENTE SANCIONADOR Y EN LA RESOLUCIÓN DE 11 DE MAYO DE 2017 [VERSIÓN PÚBLICA]

| 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 | | | | |
| Conceptos servicios de transmisión de datos | | | | | | | | | | |
| 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 | | - | - |
| | | | | | | | | | - | 28.324,58 |
| | 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) | | | | | | | | | |
| TOTAL COSTES CONCEPTOS SUJETOS A REGULACIÓN MAYORISTA | | | | | | | | | 561.723,26 | 418.230,52 |
| Conceptos fuera del entorno regulado | | | | | | | | | | |
| 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 | | | | | | | | |
| | Teldat M1-GE | Coste con vida útil de 4 años | | | | | | | | |
| TOTAL COSTES CONCEPTOS NO SUJETOS A REGULACIÓN MAYORISTA | | | | | | | | | 12.705,13 | |
| Costes comerciales (% de los ingresos) | | | | | | | | | | |
| TOTAL COSTES CONTRATO | | | | | | | | | 561.723,26 | |
| INGRESOS (Tabla 4) | | | | | | | | | 276.998,02 | |
| VAN (a 4 años) | | | | | | | | | WACC (anual) | 8,35% |
| | | | | | | | | | -8.539.429,01 | |

ANEXO II

CÁLCULO DE REPLICABILIDAD CON TODOS LOS SERVICIOS INCLUIDOS EN EL LOTE 1 [VERSIÓN PÚBLICA]

| 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 | | | | | |
| Conceptos servicios de transmisión de datos | | | | | | | | | | | |
| 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 | | - | - | |
| | | | | | | | | | - | 28.324,58 | |
| | 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) | | | | | | | | | | | |
| TOTAL COSTES CONCEPTOS SUJETOS A REGULACIÓN MAYORISTA | | | | | | | | | 561.723,26 | 418.230,52 | |
| Conceptos fuera del entorno regulado | | | | | | | | | | | |
| 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 Cífrado) | Coste con vida útil de 4 años | | | | | | | | | | |
| HP 1G Claro | Coste con vida útil de 4 años | | | | | | | | | | |
| HP 2G Cífrado | Coste con vida útil de 4 años | | | | | | | | | | |
| Teladat M1-GE | Coste con vida útil de 4 años | | | | | | | | | | |
| Ampliación VoIP | | | | | | | | | | | |
| Red Administrativa | | | | | | | | | | | |
| Red Sanitaria | | | | | | | | | | | |
| TOTAL COSTES CONCEPTOS NO SUJETOS A REGULACIÓN MAYORISTA | | | | | | | | | 154.635,46 | | |
| Costes comerciales (% de los ingresos) | | | | | | | | | | | |
| TOTAL COSTES CONTRATO | | | | | | | | | 561.723,26 | | |
| INGRESOS (Tabla 4) | | | | | | | | | 587.365,91 | | |
| VAN (a 4 años) | | WACC (anual) | 8,35% | | | | | | | -3.525.952,25 | |