



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 09/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 8 de marzo de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del procedimiento relativo al despliegue y explotación de una red de fibra óptica por parte del Ayuntamiento de Viladecans (Barcelona) (MTZ 2010/2069).

1 Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Escrito presentado por Telefónica de España, S.A.U.

Con fecha 3 de noviembre de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en el que solicitaba la intervención de esta Comisión en relación con el despliegue de una red de comunicaciones electrónicas por parte del Ayuntamiento de Viladecans. En el solicito de su escrito, Telefónica pedía (i) que se dictase resolución en la que se determinase que la actuación del Ayuntamiento de Viladecans consistente en el despliegue de una red de fibra óptica podría estar afectando a la competencia en dicha zona; y (ii) la suspensión cautelar del despliegue de la red de fibra óptica, así como de la posterior prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

En apoyo de su solicitud, Telefónica señalaba que el Ayuntamiento había licitado mediante concurso público la construcción de una obra para el despliegue del programa piloto de la red abierta municipal FTTH en el municipio de Viladecans con el que se pretendía cubrir con fibra óptica 2.658 unidades inmobiliarias que disponían de infraestructura común de telecomunicaciones (en adelante ICT), por un importe de 823.029,6 euros. El concurso fue adjudicado el 21 de abril de 2010 a la UTE Elecnor, S.A. y Fibra y Sistemas, S.L. y con previsión de ejecución durante 2010.

En particular, Telefónica indicaba que la entidad que explotaría la red era la entidad pública Gestió d'Infraestructures i Projectes Viladecans (en adelante, VIGIP) constituida con el objeto de gestionar la calidad de proyectos públicos de edificación y urbanización, así como obras municipales y proyectos privados con incidencia urbanística. Dicha entidad también figura como operador de servicios de comunicaciones electrónicas inscrito ante esta Comisión.



Según Telefónica, esta actuación constituía una ayuda de Estado en el sentido de lo dispuesto en el artículo 107 TFUE, ya que supone una ventaja para la empresa de titularidad pública o privada que disfrutase de la explotación de esta red.

En particular, se consideraba que, en el ámbito geográfico cubierto por la red desplegada y conforme a lo previsto en la Orden ITC/2148/2010, de 30 de julio, por el que se aprobaron las bases para la concesión de ayudas con cargo al Plan Avanza, el municipio de Viladecans, no se incluía entre los municipios objeto de ayuda pública para la universalización de la banda ancha o para el desarrollo de redes de nueva generación (en adelante, NGA).

Por ello, Telefónica invocaba los artículos 8.3 y 8.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), conforme a los cuales se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas y se prevé la posible imposición de condiciones por esta Comisión. Telefónica hacía referencia igualmente a la Circular 1/2010 de esta Comisión en relación con la intervención de las Administraciones Públicas en aquellos supuestos en los que no se actúa conforme al principio de inversor privado. En concreto, Telefónica consideraba que la financiación pública de la red distorsionaba las condiciones de competencia del mercado, y el Ayuntamiento de Viladecans no había demostrado que existiera un déficit de competencia para el despliegue de redes NGA.

En apoyo de la solicitud de suspensión cautelar del despliegue de la red, Telefónica se refería a la existencia de buen derecho consistente en la ilegalidad de la actividad objeto de denuncia, en la ausencia de perjuicio para el interés público, la ausencia de perjuicios a tercero y la causación de perjuicios a Telefónica en ausencia de dicha suspensión, en la medida en que resultaría difícil la desinstalación de la red o la finalización de los servicios FTTH.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento

Mediante acto del Secretario de 30 de noviembre de 2010, se acordó iniciar el procedimiento para examinar el contenido de la denuncia, conforme a lo previsto en el artículo 8.4 de la LGTel, en relación con el artículo 4.1 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, el Reglamento del Servicio Universal). Dicho acuerdo de inicio se notificó al Ayuntamiento de Viladecans, a VIGIP y a Telefónica.

TERCERO.- Escrito de VIGIP

Con fecha 14 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VIGIP en el que se incluían algunos detalles del plan de negocio (el "Plan de Negocio") relativo al proyecto de despliegue y explotación de la red de fibra óptica del Ayuntamiento de Viladecans (en adelante, el "Proyecto"). También se notificaba la intención de VIGIP de ampliar las actividades para las cuales figuraba como operador en el Registro de Operadores de esta Comisión.

CUARTO.- Requerimiento de información formulado a VIGIP

Con fecha 13 de enero de 2011, se notificó al Ayuntamiento de Viladecans y a VIGIP un requerimiento de información del Secretario de esta Comisión, en el que se solicitaba que se



proporcionase información (i) sobre las redes y servicios objeto del Proyecto; (ii) sobre el Plan de Negocio (en formato electrónico); (iii) sobre los análisis realizados en relación con el despliegue de banda ancha en el municipio de Viladecans; (iv) sobre la relación entre VIGIP y el Ayuntamiento; y (v) sobre los fondos públicos utilizados en el Proyecto.

QUINTO.- Respuesta al requerimiento de información de VIGIP

Con fecha 24 de enero de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VIGIP en el que se daba respuesta al requerimiento de información de 29 de diciembre de 2010 realizado por el Secretario de esta Comisión.

SEXTO.- Informe de audiencia

Con fecha 12 de abril de 2011 fue notificado el informe de los Servicios de esta Comisión al Ayuntamiento de Viladecans, a VIGIP y a Telefónica.

SÉPTIMO.-Escrito de alegaciones de Telefónica

Con fecha 24 de abril de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica en relación con el informe de audiencia de los Servicios de esta Comisión.

OCTAVO.- Escrito de alegaciones de VIGIP

Con fecha 26 de abril de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de VIGIP en relación con el informe de audiencia de los Servicios de esta Comisión.

Telefónica presentó igualmente un escrito posterior de alegaciones con fecha 1 de septiembre de 2011.

NOVENO.- Escrito de alegaciones de VIGIP

Con fecha 14 de septiembre de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VIGIP en el que se proporcionaban datos respecto al Plan de Negocio inicialmente presentado detallando la proporción de cada servicio prestado (acceso indirecto y fibra oscura), así como estimaciones sobre la penetración alcanzada desde que se inició la actividad de VIGIP en relación con sus clientes.

DÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

Con fecha 6 de octubre de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica en relación con la oferta mayorista de servicios de VIGIP y su efecto sobre la competencia.

UNDÉCIMO.- Segundo informe de audiencia

Con fechas 22 y 29 de diciembre de 2011 fue notificado el segundo informe de audiencia remitido por los Servicios de esta Comisión a VIGIP, al Ayuntamiento de Viladecans y a Telefónica. Igualmente, con fecha 4 de enero se notificó a otros operadores interesados dicho documento en una versión no confidencial con el objeto de que pudieran presentarse alegaciones.



DUODÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

Con fecha 13 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica en relación con el segundo informe de los Servicios de esta Comisión.

DECIMOTERCERO.- Escrito de alegaciones de VIGIP

Con fecha 18 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VIGIP en relación con el segundo informe de los Servicios de esta Comisión.

DECIMOCUARTO.- Escrito de alegaciones de Orange

Con fecha 19 de enero de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de France Télécom España, S.A. (en adelante, Orange) en relación con el segundo informe de los Servicios de esta Comisión.

DECIMOQUINTO.- Escrito de alegaciones de ONO

Con fecha 20 de enero de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Cableuropa, S.A.U. (en adelante, ONO) en relación con el segundo informe de los Servicios de esta Comisión.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

2 Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El artículo 48.3 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.

Para el cumplimiento de su objeto, el artículo 48.4.e) de la LGTel atribuye a esta Comisión la facultad de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicio”.*

La LGTel, en el apartado 4 del mismo artículo 48, atribuye igualmente a esta Comisión determinadas funciones, además de disponer de cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, según el artículo 48.4.m) de la citada LGTel.



Conforme al artículo 8.4 de la LGTel *“la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia”*.

En desarrollo de la previsión anterior, el artículo 4.1 del Reglamento del Servicio Universal dispone que: *“Conforme al artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas con contraprestación económica serán de aplicación las condiciones impuestas, en su caso, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la libre competencia”*.

Igualmente, conforme a lo previsto en la Circular 1/2010 de esta Comisión, las Administraciones públicas que tengan intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas deben cumplir con las siguientes previsiones:

- (i) En aquellos casos en los que la Administración pública vaya a actuar conforme al criterio de inversor privado de mercado, deberá remitirse un plan de negocio con información detallada del dimensionamiento de la red y/o servicio, los ingresos y costes previstos y fuentes de financiación (artículo 5.4).
- (ii) Si la explotación de la red o la prestación de los servicios no se ajusta al principio de inversor privado pero se realiza conforme a las modalidades previstas en el anexo de la Circular, se presupone que no afectará a la competencia y en tal caso no resulta necesario comunicar información detallada, sino manifestar que el servicio se incluye entre los previstos en el anexo (artículo 11 y anexo).
- (iii) Si con carácter transitorio y cumpliéndose el criterio de inversor privado, la Administración pública fuera a explotar una red o prestar un servicio de forma gratuita o a cambio de una contraprestación inferior al coste, deberá comunicarlo a esta Comisión a fin de que se determine el plazo durante el cual podrá realizarse dicha explotación y las condiciones a las que queda sujeta dicha actividad (artículo 8).
- (iv) En los supuestos en los que la Administración pública no vaya a actuar conforme al principio del inversor privado en una economía de mercado, por un lado deberá comunicarse el proyecto a la Comisión Europea, salvo en el supuesto en que no exista Ayuda de Estado conforme a lo previsto en la legislación comunitaria aplicable (artículo 9).

Por otro lado, y previamente a la notificación a la Comisión Europea, o antes de comenzar a prestar los servicios en el supuesto de que dicha notificación no fuera necesaria, la Administración deberá comunicar los detalles del proyecto a esta Comisión para determinar si procede la imposición de condiciones conforme al artículo 8.4 de la LGTel (artículo 10). Entre los detalles de la comunicación se incluyen (a) las condiciones técnicas de la red o la prestación del servicio; (b) el ámbito de cobertura del servicio o de la red (indicando quién presta servicios análogos en las zonas afectadas, con un mapa detallado); (c) los requisitos que se



establezcan por la Administración para ser beneficiario del servicio; (d) plan de negocio (que incluye, entre otros, los ingresos previstos y las fuentes de financiación); (e) una memoria de competencia en la que se incluya un juicio de ponderación acerca de si la medida está justificada y resulta proporcional al fin que se pretende conseguir teniendo en cuenta su posible incidencia sobre la competencia; (f) los resultados de la consulta pública (preceptiva) para recabar las opiniones del sector sobre dicho proyecto.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento

El objeto del procedimiento es el de determinar si la actuación de VIGIP y en última instancia del Ayuntamiento de Viladecans (del que VIGIP depende) en relación con el Proyecto cumple con el principio de inversor privado o si es susceptible de distorsionar la competencia, examinando la procedencia de la aplicación de medidas de conformidad con lo dispuesto en la LGTel, en particular de su artículo 8.4, y su normativa de desarrollo, concretamente la Circular 1/2010 de esta Comisión.

TERCERO.- Descripción de las actividades de VIGIP

VIGIP es una entidad bajo la forma de sociedad mercantil municipal, a su vez filial de la sociedad privada municipal Viladecans Mediterrània, S.A. (VIMED). A esta última entidad, la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Viladecans le había encargado con fecha 16 de junio de 2008 la *“valorización de la red de telecomunicaciones de banda ancha, el fomento de medidas de extensión de la conexión con troncales, pudiendo llegar a acuerdos con terceros interesados a estos efectos, así como el estudio de un modelo de negocio de la red”*.

Con fecha 10 de noviembre de 2008, la sociedad VIMED firmó un acuerdo con VIGIP en el que encargaba a esta última la promoción y administración de la red ciudadana de banda ancha, y para ello el fomento de las medidas de extensión de la conexión con las troncales, pudiendo llegar a acuerdos con terceros interesados a estos efectos, así como la realización de un estudio del modelo de negocio de valoración de la red que se presentaría antes del 31 de diciembre de 2008.

En consonancia con lo expuesto, queda acreditado que VIGIP se encuentra controlada en última instancia por el Ayuntamiento de Viladecans, el cual ejerce una influencia determinante sobre dicha entidad en razón de la propiedad de las acciones de la misma. Por tanto, queda sujeta a las previsiones aplicables a las Administraciones Públicas previstas en la LGTel y su normativa de desarrollo.

A día de hoy, VIGIP figura como operador inscrito en el Registro de Operadores de esta Comisión, en cumplimiento del artículo 6.2 de la LGTel, para los siguientes servicios:

- Explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.
- Explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas (fibra óptica).
- Prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet.



CUARTO.- Descripción de la red y los servicios objeto del Proyecto

Con fecha 22 de febrero de 2010, se publicó un anuncio del Ayuntamiento de Viladecans en relación con la licitación de un contrato de obra para la redacción y ejecución de un programa piloto de una red de fibra FTTH de acceso en dicho municipio. La cuantía del contrato ascendía a 823.029,6 euros y se tramitó a través del procedimiento de urgencia. El despliegue de la red se circunscribía a las zonas de Campreciós, Gabrielistes y Sales de dicho municipio, con el objetivo de llegar hasta el hogar de los residentes en dichas zonas, unas 2.500 viviendas aproximadamente. Dicha actuación se financiaría por medio de fondos públicos creados por el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, tal y como se indicaba en la convocatoria.

Con fecha 22 de abril de 2010, se publicó el anuncio de adjudicación definitiva a favor de la UTE Elecnor, S.A. y Fibra y Sistemas, S.L., por un importe total de 798.338,71 euros (688.223,03 euros+16% IVA). El periodo de ejecución del contrato previsto era de 120 días laborables.

Posteriormente a la ejecución de la obra, el gestor de la infraestructura (VIGIP), como consecuencia del acuerdo firmado con VIMED, se encargaría de explotar la red mediante la prestación de los siguientes servicios:

- Alquiler de fibra oscura, es decir, reventa de capacidad de los cables pasados por los conductos del operador.
- Acceso mayorista a banda ancha, es decir, conectividad entre el punto de interconexión con los operadores que prestan servicios y el punto de terminación de cada usuario. El servicio se ofrece en dos modalidades, 50 Mbps y 100 Mbps.
- Con carácter accesorio, VIGIP ofrecería también servicios de coubicación (alquiler de espacio) e interconexión a dicha red FTTH.

Según puntualizaba VIGIP en su respuesta al requerimiento de información realizado por esta Comisión, la red es abierta y de carácter neutro, y puede ser utilizada por cualquier operador que solicite servicios a VIGIP en igualdad de condiciones. Por su parte, la oferta de servicios minoristas constituye una responsabilidad exclusiva de los operadores de comunicaciones electrónicas clientes de VIGIP, ya que dicha entidad presta únicamente servicios de carácter mayorista.

A día de hoy la infraestructura se ha finalizado y VIGIP ha concluido dos acuerdos con los operadores Adamo y Orange, a quienes presta servicios mayoristas¹. Dichos operadores ofrecen a su vez servicios minoristas a los clientes finales en el municipio de Viladecans.

QUINTO.- Normativa relevante en el presente caso

Según Telefónica, la intervención del Ayuntamiento de Viladecans constituye una Ayuda de Estado conforme a lo previsto en el artículo 107 TFUE. En apoyo de su afirmación, Telefónica hace referencia a la recepción de ayudas públicas relativas al Fondo Estatal para la Empleo y la Sostenibilidad Local (en adelante, el Fondo de Sostenibilidad Local) para el

¹ Los términos del acuerdo marco concluido entre VIGIP y France Télécom concretan las acciones conjuntas que se realizarían para la implementación y ejecución de la prueba piloto de FTTH, [CONFIDENCIAL]



despliegue de la red en cuestión. Según Telefónica, el municipio no podría realizar el Proyecto teniendo en cuenta lo previsto en la convocatoria de ayudas con cargo al Plan Avanza Nuevas Infraestructuras de 2010² (en adelante, Plan Avanza).

Al respecto cabe indicar que la convocatoria de ayuda del Plan Avanza prevé subvencionar dos líneas de actuación, una para la universalización de la banda ancha de velocidad básica, con una velocidad de bajada de al menos 1 Mbps (línea A) y otra para el impulso al desarrollo de la banda ancha de muy alta velocidad, redes NGA con velocidades de bajada superiores a 50 Mbps (línea B). En el anexo B en el que se listan los municipios excluidos de la línea B del Plan Avanza disponible en la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio³, se encuentra el municipio de Viladecans. Con independencia de lo anterior, cabe tener en cuenta que la convocatoria del Plan Avanza tiene una aplicación temporal que abarca entre el 6 de agosto y el 31 de diciembre de 2011, varios meses después de que se licitase el despliegue de la red en febrero de 2010.

Con carácter general, debe observarse que el Fondo de Sostenibilidad Local, previsto en el Real Decreto Ley 13/2009, de 26 de octubre, dio lugar a la aprobación de una subvención pública para un programa piloto de la red municipal de fibra óptica FTTH en el municipio de Viladecans con fecha 29 de enero de 2010⁴, que coincide con el Proyecto. Tal y como se prevé en el artículo 5 del Real Decreto Ley 13/2009, *“la correcta aplicación de los recursos del Fondo a los fines previstos en el artículo 1 estará sometida a control por parte de la Intervención General de la Administración del Estado”*. Por este motivo, la financiabilidad de dicho Proyecto con arreglo a las condiciones del Fondo de Sostenibilidad Local y su compatibilidad con otros programas de ayuda (como el Plan Avanza) conforme a la normativa de subvenciones resulta ajena al objeto del presente expediente..

Esta Comisión no determina la compatibilidad de un proyecto de ayuda conforme a lo previsto en el TFUE (ya que esta cuestión la realiza la Comisión Europea), aunque sí le corresponde aplicar la Circular 1/2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (en adelante, la “Circular”). Entre sus objetivos se encuentra el de clarificar, en relación con el artículo 8.4 de la LGTel, los escenarios en los que se desenvuelven las Administraciones Públicas en el ámbito de la explotación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Con fecha 9 de agosto de 2010, se publicó en el BOE la Circular, y su entrada en vigor se produjo al día siguiente, el 10 de agosto de 2010. Esta Circular contiene dos disposiciones transitorias aplicables a proyectos de explotación de redes por Administraciones Públicas anteriores a su entrada en vigor. Conforme a la disposición transitoria primera, *“en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor, **las Administraciones Públicas inscritas como explotadores de redes o prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que actúen con sujeción al principio del inversor privado en una economía de mercado deberán remitir la información señalada en el artículo Quinto, apartado 4 de esta Circular**”*. (la negrita es nuestra)

² Orden ITC/2148/2010, de 30 de julio, por la que se aprueban las bases para la concesión de ayudas con cargo al programa AVANZA Nuevas Infraestructuras de Telecomunicaciones, dentro de la acción estratégica de telecomunicaciones y sociedad de la información del plan nacional de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, 2008-2011 y se efectúa la convocatoria correspondiente al ejercicio de 2010 (BOE núm. 189 de 5/8/2010).

³http://www.mityc.es/telecomunicaciones/es-ES/Participacion/cerradas/Documents/Linea_b%20municipios_excluidos.pdf

⁴ https://ssweb.mpt.es/infofondo2010/info_ciudadanos/listado_detalle_ciudadanos.php



Según dispone el artículo 5.4 de la Circular *“la Administración deberá remitir a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un plan de negocio que contenga información detallada, entre otros, del dimensionamiento de la red y/o servicio, los ingresos y costes previstos y fuentes de financiación”*.

El Ayuntamiento de Viladecans cumplió con dicha Disposición Transitoria y presentó detalles del Plan de Negocio con fechas 14 de diciembre de 2010 y 24 de enero de 2011, con las previsiones de rentabilidad correspondientes. De manera reiterada tanto el Ayuntamiento de Viladecans y VIGIP han venido a considerar que cumplen con el criterio de inversor privado en una economía de mercado y se han limitado a aportar información en apoyo de esta hipótesis.

En el presente caso, además resulta de aplicación lo previsto en el artículo 5 y siguientes de la Circular. En efecto, aunque las condiciones de despliegue de la red se determinaron y licitaron con carácter previo a la entrada en vigor de la Circular, sus disposiciones resultan aplicables a efectos de verificar si la globalidad del Proyecto es conforme a dicho principio (de hecho, el Plan de Negocio considera la globalidad del Proyecto a la hora de justificar su rentabilidad).

Conforme a la Circular, se entiende por principio de inversor privado aquél que *“realiza una actividad económica de acuerdo con los parámetros de cualquier operador con intereses comerciales, financiando su actividad en condiciones de mercado de forma que los ingresos superen los costes en los que se incurre para su prestación, incluyendo el beneficio de su actividad”*.

En particular, se tiene en cuenta (i) si la actividad está orientada a la obtención de un rendimiento positivo que cubra los gastos, y para ello se comprueba si se tiene un plan de negocio sólido, coherente y con hipótesis plausibles; (ii) si el proyecto de caja genera un flujo positivo en términos netos durante el periodo relevante. También resulta necesario examinar la presencia de inversores privados en un porcentaje significativo del capital y las condiciones de riesgo que asume dicho inversor.

En el supuesto de que no se cumpla el principio de inversor privado (hipótesis que VIGIP rechaza en el marco del presente expediente), debe examinarse la afectación a la competencia y la posible aplicación de medidas que puedan neutralizar las posibles distorsiones en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LGTel y en la Circular e imponer condiciones a tal efecto. Igualmente, la prestación de servicios por las Administraciones Públicas se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

SEXTO.- Examen de la aplicación del principio de inversor privado en relación con el Plan de Negocio presentado por VIGIP respecto al Proyecto

En línea con lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, la cuestión fundamental que se suscita en este expediente radica en determinar si la actuación de VIGIP en relación con el Proyecto de despliegue y explotación de la red FTTH descrito anteriormente se ajusta al principio de inversor privado, de conformidad con lo dispuesto en la LGTel y la Circular.



Resumidamente y sin perjuicio del detalle respecto a los diferentes apartados del Plan de Negocio que se examinan a continuación, VIGIP aporta una valoración del mismo a través del descuento de los flujos de caja anuales proyectados en dicho plan. Para la estimación de los flujos de caja anuales, VIGIP parte del resultado operativo antes de amortizaciones e impuestos (EBITDA) y lo corrige mediante una estimación de la variación del capital circulante, los impuestos y las inversiones a realizar en el horizonte de planificación. Las cifras de los flujos de caja operativos (FCO) anuales son descontados a una tasa uniforme del [CONFIDENCIAL] durante un periodo planificado de 20 años, obteniendo un Valor Actual Neto (VAN) de la inversión realizada de [CONFIDENCIAL], y realizando un cálculo de tasa interna de retorno (TIR) del [CONFIDENCIAL]. En estas condiciones, el VAN del Proyecto resulta positivo a partir del año [CONFIDENCIAL]⁵.

En los siguientes apartados se describen y examinan detalladamente los principales aspectos del Plan de Negocio a efectos de verificar la orientación del Proyecto a la obtención de una rentabilidad positiva, y de concluir si el Proyecto es susceptible de generar un flujo de caja positivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Circular.

Detalles del Plan de Negocio

En lo relativo al Plan de Negocio del Proyecto, se examinan las siguientes cuestiones:

- (i) Análisis de ingresos, en el que se examinan la verosimilitud de las **previsiones de demanda** y los **precios** de los servicios del Proyecto;
- (ii) El análisis de las **inversiones y costes** del Proyecto, tomando como referencia los valores de inversión por hogar pasado utilizados y comparándolos con los datos de esta Comisión, de otras autoridades regulatorias y de la Comisión Europea⁶;
- (iii) El análisis del método utilizado para determinar la rentabilidad del Proyecto, que es el del **descuento de los flujos de caja**;
- (iv) El **análisis de sensibilidad** de las estimaciones planteadas por el Proyecto a posibles variaciones del plan previstas por VIGIP. Para examinar las hipótesis, la referencia de datos de mercado que se han tenido en cuenta son los que obran en poder de esta Comisión, así como los de la consultora Isdefe en el “Informe final sobre los resultados del modelo de despliegue de redes FTTH/GPON en España⁷” (en adelante, el “Informe FTTH”).

(i) Análisis de ingresos: previsiones de demanda y precios

Con carácter previo, antes de comenzar el análisis del Plan de Negocio, debe tenerse en cuenta que la afirmación de VIGIP indicando que “*el modelo de negocio de VIGIP es distinto al de un operador de comunicaciones electrónicas*” en tanto que VIGIP es un operador que actúa a nivel mayorista resulta paradójica e incluso podría pensarse que contradictoria con las alegaciones que realiza sobre el cumplimiento del principio de inversor privado. Sin

⁵ [CONFIDENCIAL]

⁶ Decisión de la Comisión Europea de fecha 11 de diciembre de 2007 (C 53/2006) (CityNet Amsterdam) y decisión de 19 de julio de 2006 (C 35/2005) (Appingedam).

⁷ http://www.cmt.es/es/documentacion_de_referencia/redes_nueva_generacion/anexos/Informe_final_HE_1_2008_09_MDF.pdf



perjuicio de lo anterior, se examinan en los siguientes apartados las proyecciones estimadas de VIGIP en relación con el Plan de Negocio del Proyecto.

Las previsiones de penetración y cuota de mercado se resumen en el siguiente cuadro:

[CONFIDENCIAL]

Penetración

Para estimar la penetración de los servicios de banda ancha que ofrece, VIGIP ha utilizado los siguientes datos reales:

- Penetración de Banda Ancha 2009 en Barcelona (líneas/100 hab.) = 25,20%
- Personas/hogar en Viladecans (2009) = 2,64
- Penetración Banda Ancha Viladecans (2009) = 66,56%

Para estimar la evolución de la penetración, se ha asumido un crecimiento en el número de líneas de banda ancha por habitante de entre el [CONFIDENCIAL]. Se asume una tasa de crecimiento decreciente, es decir, a mayor penetración, menor tasa de crecimiento esperada.

Para evaluar la verosimilitud de las previsiones de penetración, en la siguiente gráfica se presenta la evolución de la banda ancha en España desde 2003 hasta 2010 y a continuación se presentan las previsiones de VIGIP para Viladecans. Se ha dejado espacio entre ambas series para compensar que Viladecans parte de una penetración de los servicios de banda ancha más elevada que en la media de España.

[CONFIDENCIAL]

La tendencia obtenida resulta razonable. No obstante, debe matizarse que el escenario es optimista, pues la penetración de partida en Viladecans es considerablemente elevada, y es una incógnita cuál será la tasa de crecimiento de la banda ancha con unos valores de penetración por hogar del orden del 70-80%. Cabe señalar que VIGIP espera una penetración por hogar del [CONFIDENCIAL] en cinco años.

Así, en su escrito de alegaciones VIGIP de 14 de septiembre de 2011 detalla que ha iniciado la prestación de servicios el 1 de abril de 2011 y que tras cinco meses de actividad la penetración ha alcanzado [CONFIDENCIAL], por encima de la previsión del Plan de Negocio de [CONFIDENCIAL] contratos con usuarios finales firmados por sus clientes durante dicho periodo. En su escrito de 18 de enero de 2012 las cifras de penetración se actualizan hasta el [CONFIDENCIAL].

Sin perjuicio de que se examinarán las cifras proporcionadas por VIGIP en el apartado relativo a las cuotas de mercado, se observa con carácter general que el cumplimiento de la penetración alcanzado hasta ahora no permite presumir necesariamente que las previsiones vayan a cumplirse en los términos previstos en el resto del periodo cubierto por el Plan de Negocio, que abarca un total de cinco años.

Por último, VIGIP espera llegar a la saturación del mercado en 2020 con una penetración por hogar del [CONFIDENCIAL]. Esta previsión también puede considerarse optimista, pues realmente no sabemos dónde estará el punto de saturación de la penetración de la banda ancha fija, y ante esta incertidumbre, podría haberse optado por un escenario que ofreciera



un mayor margen de seguridad, y ello sin perjuicio de que siguiendo las estimaciones del Informe FTTH la penetración por habitante en el caso de Viladecans se situaría por debajo del 40% en el que se considera la saturación de la penetración de banda ancha [CONFIDENCIAL]. Cabe indicar en cualquier caso que el Informe FTTH utiliza la saturación de 40% con carácter medio, y que es la propuesta de VIGIP la que se ha tenido en cuenta a efectos de la revisión del Plan de Negocio por parte de esta Comisión.

Cuotas de mercado

VIGIP indica que en el municipio de Viladecans existe una situación de baja competencia. Actualmente Telefónica dispone a nivel mayorista de una situación de monopolio prácticamente. Viladecans se integra en una serie de municipios del área del Baix Llobregat en los cuales no existe presencia del operador de cable (ONO). La central de Telefónica ubicada en Viladecans se encuentra abierta a otros operadores (entre ellos, Jazztel y Orange) que prestan servicios minoristas de banda ancha a través del acceso al servicio mayorista de Telefónica incluido en la Oferta al Bucle de Abonado (OBA).

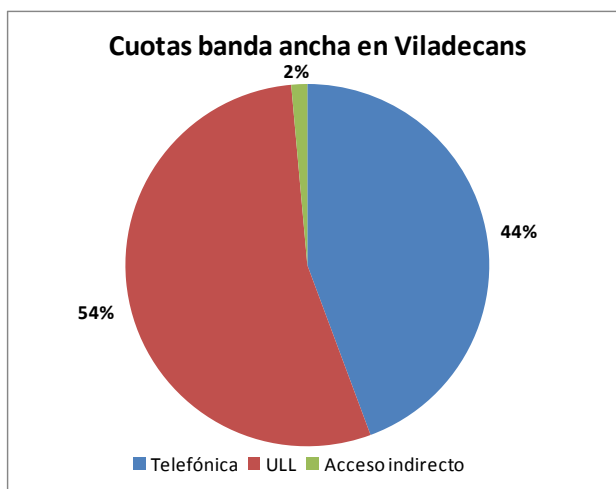
En estas circunstancias, según VIGIP, se presentan oportunidades para un inversor privado, que en otros municipios es captada de forma rentable por el operador de cable. La existencia de una infraestructura alternativa a la red de pares de cobre de Telefónica puede atraer una penetración comercial a nivel mayorista entre el 25% y el 40%, posibilitando la prestación a nivel minorista de servicios *triple play* en un breve plazo de tiempo sin las limitaciones actualmente existentes en la red de Telefónica, por lo que se prevé captar una cuota de mercado de operadores interesados en migrar de la red de Telefónica.

VIGIP espera lograr una cuota de mercado de cerca del [CONFIDENCIAL], considerando también un aumento de la demanda en servicios de banda ancha en el municipio (como se ha indicado anteriormente). VIGIP no considera comparable la oferta mayorista ofertada actualmente (desagregación del bucle de abonado y servicio Gig-ADSL) con la ofrecida por VIGIP e indica que su oferta se ajusta en la totalidad a la Recomendación de la UE en materia de redes NGA⁸.

Según indica VIGIP en su escrito de alegaciones de 18 de enero de 2012, se debe tener en cuenta que en un año de operación la cuota de mercado estimada equivale [CONFIDENCIAL], por lo que según VIGIP resulta realista considerar que pueda alcanzar la estimada cuota de [CONFIDENCIAL] en un plazo de cinco años.

Para examinar la robustez de las previsiones de VIGIP, se tiene en cuenta la situación actual en los servicios mayoristas de banda ancha en el municipio, cuyas cuotas se detallan en la siguiente gráfica:

⁸ Recomendación de la Comisión, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA). DOUE L 251 de 25/09/2010 p. 35.



Si se compara la previsión de cuota de mercado de VIGIP con la situación actual, VIGIP asume que la mayoría (concretamente, el [CONFIDENCIAL]) de los usuarios mayoristas que actualmente utilizan la desagregación del bucle (que actualmente representa el 54% del total) utilizará los servicios del Proyecto FFTH en un plazo de cinco años. Para apoyar sus conclusiones, VIGIP indica que se ha tenido en cuenta la evolución de la cuota de mercado de banda ancha de los operadores de cable (aunque el negocio de VIGIP es mayorista, sus clientes prestarán conexiones de banda ancha minorista, por lo que resulta razonable tener en cuenta este mercado para determinar la demanda a nivel mayorista).

En relación con esta cuestión, esta Comisión está de acuerdo con VIGIP en que su captación de clientes puede provenir de diferentes operadores, que son los que utilizan desagregación de bucle de Telefónica. Actualmente, el desglose de operadores que utilizan bucle desagregado de Telefónica en el municipio de Viladecans y que constituyen sus clientes actuales/potenciales es el siguiente:

[CONFIDENCIAL]

El porcentaje de bucles desagregados correspondiente a [CONFIDENCIAL], lo que equivale a una cuota total en el mercado minorista de banda ancha de Viladecans de un [CONFIDENCIAL].

Respecto a las estimaciones de VIGIP debe tenerse en cuenta que

- (i) la evolución que VIGIP toma como referencia es la relativa a los municipios donde el acceso a banda ancha a través de la tecnología de cable ha resultado más rentable. Sin embargo, no en todos los municipios en los que el cable está presente puede decirse que se haya obtenido una cuota como la prevista por VIGIP en su Plan de Negocio [CONFIDENCIAL];
- (ii) los operadores de cable que han alcanzado una alta cuota de mercado lo han hecho explotando la ventaja de *first mover*, permitiendo una oferta de servicios diferenciada (como por ejemplo *triple play* a nivel minorista) que el operador incumbente no ofrecía en ese momento, pero la situación en el presente caso es distinta.



A nivel mayorista hay un oferente (Telefónica) y a nivel minorista hay varios operadores de servicios de banda ancha (entre ellos, el de Telefónica, que incluye *triple play*). Para alcanzar la cuota prevista de [CONFIDENCIAL] se requeriría que VIGIP absorbiera la demanda de los operadores que representan [CONFIDENCIAL], lo cual supone un escenario optimista en el que no se han valorado las posibles reticencias de dichos operadores en relación con los costes de cambio.

[CONFIDENCIAL].

Aunque según VIGIP la cuota de mercado alcanzada a día de hoy cumple con las hipótesis en las que se basa el Plan de Negocio y por tanto supone que las estimaciones del Plan de Negocio resultan ajustadas, esta Comisión considera que la concurrencia de dos circunstancias hace preferible considerar el escenario más conservador y prudente de una cuota del [CONFIDENCIAL]. Y ello por cuanto que: (i) por una parte, para alcanzar la cuota de mercado estimada se requeriría que en todo el periodo considerado el crecimiento resulte sostenido, es decir, que no se produzca ninguna baja por parte de los clientes existentes en la actualidad y continúen incorporándose nuevos clientes de manera continua; (ii) la cuota de mercado de VIGIP presupone que [CONFIDENCIAL]. Un escenario más razonable y conservador como el considerado por esta Comisión lleva a considerar que la penetración más realista por parte de VIGIP sea de [CONFIDENCIAL].

Análisis de los precios

El resumen de los precios por los servicios ofrecidos por VIGIP actualmente es el siguiente⁹:

Servicio	Cuota alta (€)	Cuota mensual (€)
Alquiler de fibra oscura de acceso	100	10
Acceso indirecto		
Básico: 50 Mbps bajada / 20 Mbps subida	100	14
Estándar: 100 Mbps bajada / 20 Mbps subida	100	15
Premium: 100 Mbps bajada / 100 Mbps subida	100	17

Respecto a la determinación de su cuantía, VIGIP indica que se realiza conforme a dos principios, el de las inversiones necesarias para el desarrollo de la red, sus costes de explotación y la remuneración exigida por los accionistas, y la viabilidad económica de los precios en el mercado.

Sobre la determinación del precio del servicio de alquiler de fibra oscura, [CONFIDENCIAL].

En lo relativo al servicio de acceso indirecto, [CONFIDENCIAL].

Respecto a los precios aplicados, algunos operadores como VIGIP u Orange defienden lo ajustado de los mismos. Otros operadores, como ONO y Telefónica, se muestran en desacuerdo con el nivel de precio fijado por VIGIP considerándolo excesivamente reducido.

Considerando todas las alegaciones recibidas, se realizan las siguientes observaciones en relación con los precios aplicados por VIGIP:

⁹ VIGIP ofrece también servicios suplementarios (*"ancillary services"*) de interconexión y coubicación. No obstante, su peso en los ingresos totales del servicio es muy reducido (del orden del 3,5%), por lo que no es necesario realizar un análisis específico de los precios de estos servicios.



- No resulta relevante, a diferencia de lo señalado por VIGIP en su escrito de alegaciones de 18 de enero de 2012, constatar en qué nivel de precios se sitúan los servicios de banda ancha en España a nivel minorista con respecto a otros países de la UE. Esta circunstancia resulta irrelevante para verificar si VIGIP practica unos precios acordes con un plan de negocio como el que realizaría un operador en condiciones de mercado y, en cualquier caso, cabe destacar que los precios de VIGIP son a nivel mayorista y que además dicho operador no se encuentra verticalmente integrado, lo que confirma la falta de relevancia de la comparativa de precios aportada entre España y otros países comunitarios.
- Tampoco afecta al análisis cuantitativo de los precios el carácter abierto y neutral de la red, a diferencia de lo indicado por Orange.
- VIGIP insiste en que se han tomado como referencia otras operaciones de inversión por parte de operadores de infraestructuras en otras zonas, citándose como referencia la realizada por UFINET en Vicálvaro (Madrid). Sin embargo, además de que no existe ninguna indicación de los precios de los servicios a nivel mayorista (únicamente se ofertan servicios minoristas por parte de Orange, respecto a los que Telefónica en su escrito de 6 de octubre de 2011 indica se ofrecen o se han ofrecido a un precio de 44,95 euros mensuales empaquetados con llamadas y televisión con un compromiso de permanencia de 18 meses), debe tenerse en cuenta que, tal y como ha alegado Telefónica en su escrito de octubre de 2011, en todos estos proyectos participan inversores privados, circunstancia que no concurre en el presente caso. El mismo razonamiento cabe aplicar a las alegaciones de Orange en relación con los diversos proyectos de fibra desplegados en España.
- Respecto a la cuantía como tal, cabe considerar que los precios de los servicios son muy reducidos si se tiene en cuenta que son servicios mayoristas ofrecidos sobre una red de fibra FTTH y se comparan con los precios de la regulación de la CMT para la desagregación del bucle de abonado (7,79 euros/mes por el par completamente desagregado)¹⁰ y con los precios del servicio mayorista de acceso indirecto (las modalidades de 30 Mbit/s sin garantías cuestan unos 20 euros al mes en el servicio GigADSL), ambos prestados sobre redes de cobre.

Y ello resulta particularmente ilustrativo si se tiene en cuenta que por una parte las ofertas reguladas se fijan con arreglo al principio de orientación a costes de un operador histórico como es Telefónica, motivo que lleva a suponer que la estructura de costes de un nuevo operador en el mercado que desarrolla infraestructura propia afronta costes significativamente superiores (y ello aunque se trate de una zona dotada de infraestructuras y canalizaciones de telecomunicaciones desarrollados en el momento de la urbanización, como argumenta VIGIP). Y por otra parte, los precios regulados aplican para redes cuya capacidad de transmisión resulta notoriamente inferior a la del Proyecto (50 y 100 Mbps frente al máximo de 30 Mbps regulados).

Aunque ONO considera que la comparación con el servicio Gigadsl no resulta exacta ya que el operador soporta un coste adicional (el del coste mayorista del servicio AMLT si quiere ofrecer un servicio de telefonía tradicional), lo cierto es que las observaciones de ONO no hacen sino confirmar el bajo nivel de los precios de los servicios aplicados por VIGIP.

¹⁰ Si se tiene en cuenta la modificación resultante de la Resolución de esta Comisión de 8 de abril de 2011 el precio asciende por dicho servicio a 8,32 euros, tal y como indica Telefónica en su escrito de 6 de octubre de 2011.



- Igual conclusión sobre el bajo nivel de precios se alcanza considerando los precios del caso del proyecto de fibra óptica de Citynet¹¹ en la ciudad de Ámsterdam, de características similares a las del Proyecto.

El regulador holandés OPTA optó por establecer con carácter mensual precios que oscilan entre 14,5 y 17,5 euros. A ello deberá sumarse la cuota de colocación en un PoP sería de 500 euros y la de backhaul para conectar el PoP de área con un punto más central 600 euros. Finalmente el alta para conectar a un usuario de fibra está en 100 euros, y la del establecimiento de un PoP de 3.000 euros.

- Algunos operadores, como ONO y Orange¹², parten de la propuesta de precios para el servicio NEBA realizada por Telefónica, si bien los resultados obtenidos resultan ciertamente divergentes. Mientras que Orange llega a un resultado de costes de desagregación de fibra de [CONFIDENCIAL], ONO concluye que en el presente caso procede estimar una cuota mensual de [**CONFIDENCIAL].

Tanto los cálculos realizados por ONO como las valoraciones de Orange son estimaciones a partir de la valoración de Telefónica para el servicio NEBA (que en modo alguno puede considerarse vinculante para esta Comisión) sobre la que ambos realizan los ajustes que consideran procedentes. Sin entrar en una valoración detallada sobre lo acertado de los cálculos, basta observar que Orange incluye la detracción de la cuota de acceso indirecto a pesar de que no procedería en el presente caso, y tampoco incluye una cuota de alta inicial. Por otro lado, el componente de tráfico que incorpora ONO no tendría por qué computar en el presente caso, ya que VIGIP no transporta la señal a los hogares sino a la central.

Por tanto, tampoco los precios propuestos por ONO y Orange resultan plenamente trasladables al presente caso.

- Aunque según VIGIP, los precios ofrecidos son reducidos porque su inversión por hogar también lo es, VIGIP se basa en una asunción de costes de inversión notablemente inferior a las referencias utilizadas por esta Comisión y otros reguladores europeos, por lo que la justificación del nivel de precios previstos resulta insuficiente¹³.

De hecho, el caso de la red de fibra óptica desplegada por Citynet sirve como referencia ya que sus condiciones de red son idénticas al requerirse en ambos casos que los operadores que se conecten a ella aporten el transporte hasta el municipio.

Según Orange, existe un estudio de Wik para ECTA en el que se reflejan costes de desagregación de fibra de 8,37 euros mensuales, considerando Viladecans como zona densamente poblada. Sin embargo, con independencia de otras consideraciones, la zona que se toma como referencia parte de la premisa de un potencial de clientes sensiblemente superior al contemplado en el Proyecto, por lo que tampoco desvirtúa la referencia de Citynet utilizada por esta Comisión.

- Por otro lado, el precio ofertado a nivel minorista para servicios de acceso a internet mediante banda ancha soportados por redes NGA por otros operadores en nuestro

¹¹ <http://www.opta.nl/nl/download/publicatie/?id=2812>

¹² Las alegaciones de carácter más general de ambos operadores se examinan más adelante.

¹³ En el mismo sentido algunos estudios realizados establecen escenarios de precios bastante más altos, casi el doble, que los considerados por VIGIP en su Plan de Negocio (<http://www.mityc.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/377/34.pdf>).



país resulta muy superior. Por ejemplo, ONO promociona un servicio de 100 Mbps ofrecido conjuntamente con el telefónico que se oferta durante un primer periodo promocional por 45,9 euros y transcurrido éste por 65,9 euros, sin contar con el alta de línea, que representa 15 euros mensuales adicionales. A ello se suman los datos de la OCDE, que sitúan el nivel medio de precio en España para servicios de banda ancha con una velocidad superior a 45 Mbps (lo que supone que se soportan a través de redes NGA) en torno a 88 euros (excluida el alta de línea)¹⁴.

Telefónica también ofrece servicios empaquetados en las zonas en las que se ha desplegado fibra. Concretamente, se ofrecen servicios empaquetados de voz y acceso a internet a velocidad de 50 Mbps por una cuota promocional de 43,87 euros (incluida la cuota de línea) durante seis meses y 54,87 euros después. Empaquetados ambos con el servicio de televisión, el precio durante el periodo promocional asciende a 64,77 euros (incluida la cuota de línea) y posteriormente a 75,77 euros. Ninguno de los servicios ofertados tiene compromiso de permanencia¹⁵.

- Adamo ofrece un servicio de acceso a internet con una capacidad de 100 Mbps empaquetado con el servicio de servicio telefónico de voz en Viladecans por un precio de 16,95 euros mensuales durante el periodo promocional inicial (entre el 5 de octubre y el 31 de diciembre de 2011) (sin cuota de línea) y de 35 euros mensuales después, empaquetado con el servicio de voz (sin IVA) e incluida la cuota de alta de línea¹⁶. Por su parte, Orange ofrece un servicio de banda ancha empaquetado con televisión y servicios de voz fija por un precio de 30,95 euros para un servicio con velocidad 100 Mbps según informa Telefónica a un precio de 44,95 euros (con cuota de conexión incluida), con un compromiso de permanencia de 18 meses¹⁷. Estas ofertas de servicios soportados sobre una red NGA son posibles gracias a los precios mayoristas ofrecidos por VIGIP a sus clientes.

En definitiva, los precios de los servicios mayoristas de VIGIP resultan reducidos en comparación con las referencias de precios mayoristas de servicios de banda ancha tradicional y con las escasas referencias de precios mayoristas NGA (como pueden ser los precios mayoristas de Citynet). Tales precios mayoristas permiten a operadores minoristas como Adamo prestar servicios soportados sobre redes NGA a precios de banda ancha tradicional, por lo que el mercado de banda ancha tradicional se ve directamente afectado por el proyecto del Ayuntamiento de Viladecans.

A efectos del presente análisis, se parte de los precios aplicados por VIGIP y de las demás hipótesis del Plan de Negocio (en algunos casos ajustadas por esta Comisión) para confirmar si con los precios propuestos en el caso concreto se cumpliría el principio de inversor privado en una economía de mercado. En caso negativo, y teniendo en cuenta que la conclusión respecto a los precios mayoristas de VIGIP apunta a su bajo nivel, se valorarán las medidas para neutralizar la afectación a la competencia, incluida la posibilidad de un posible ajuste al alza de los mismos.

¹⁴ http://www.oecd.org/document/54/0,3746,en_2649_34225_38690102_1_1_1_1,00.html

¹⁵ Más información en https://www.movistar.es/on/pub/servicios/onTOEntrada/0,,entrada%2Btrio_futura%2Bv_segimento%2BAHOG%2Bv_idioma%2B es%2Bmenu_cab_sup%2Btelevision%2BambitoAcceso%2Bpub,00.html?v_segimento=AHOG&uri=/on/io/es/trio-futura/tarifas.html&v_idioma=es

¹⁶ Más información disponible en www.adamo.es.

¹⁷ Más información disponible en www.orange.es



El análisis de las inversiones y costes¹⁸

Sin perjuicio de las observaciones que se realizan en el presente apartado en relación con el detalle de las inversiones y costes, en el que se indican los motivos por los que las estimaciones del Plan de Negocio resultan reducidas, esta Comisión ha partido de las cifras proporcionadas por VIGIP en ejecución del Plan de Negocio a la hora de examinar si y en qué condiciones dicho Plan de Negocio cumpliría con el requisito de inversor privado en una economía de mercado. En este sentido, destaca que según VIGIP los costes reales descienden respecto a los previstos en el Plan de Negocio.

Inversiones

El total de las inversiones incluye [CONFIDENCIAL] Su cuantía real se detalla en el siguiente cuadro:

Inversión total prevista	688.422 €
Hogares pasados	2.573 ¹⁹
Inversión/hogar pasado	267 €
Hogares conectados (año 10)	1.206
Inversión/hogar conectado	570 €

La cifra de 570 euros prevista inicialmente por hogar se contrasta con las utilizadas por esta Comisión y otras entidades regulatorias nacionales y por la Comisión Europea.

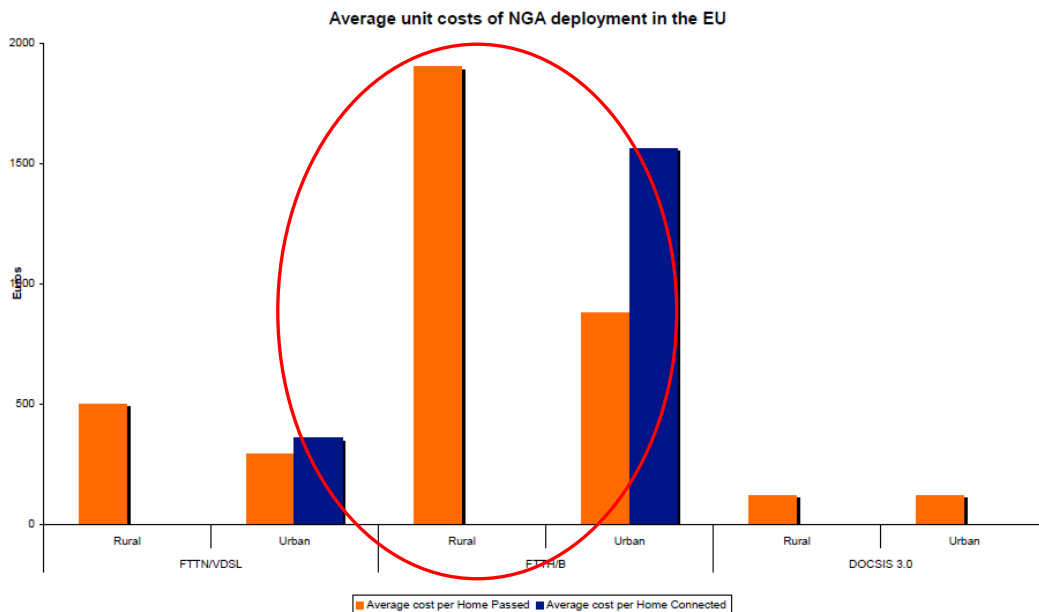
Así, la autoridad regulatoria holandesa OPTA, en su documento de diciembre de 2008 “*Policy rules tariff regulation for unbundled fibre Access*”²⁰ menciona la cifra de 1.000 euros por hogar conectado. Más recientemente, en el “*Commission staff working document accompanying the Commission recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA)*”²¹, publicado en septiembre de 2009, la Comisión Europea publicaba los siguientes datos:

¹⁸ Según indica VIGIP, el 15% del total de los costes e inversiones en el Plan de Negocio corresponden a servicios que se realizarán en autoprestación, por los que no se recibirá contraprestación alguna, motivo por el cual deberían excluirse de la valoración a efectos del cumplimiento del inversor privado de mercado. El Plan de Negocio resulta coherente con este principio y no imputa ingresos por la prestación de estos servicios. Este criterio parece razonable, siempre que VIGIP no utilice estos recursos para prestar servicios mayoristas. Con independencia de lo anterior, el impacto de la autoprestación resulta irrelevante a efectos del presente análisis pues si se imputara al proyecto mayorista un 90% en lugar de un 85% las conclusiones alcanzadas no se verían modificadas.

¹⁹ Se ha realizado un ajuste a la baja por cuanto que el proyecto inicial preveía un total de 2.658 hogares.

²⁰ <http://www.opta.nl/en/news/all-publications/publication/?id=2832>

²¹ http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/recomm_guidelines/nga/document_travail.pdf



Asimismo, en el Informe FTTH realizado por esta Comisión, la inversión por hogar conectado más reducida asciende a 985 euros, constituyendo dicho estudio una de las referencias europeas en este tipo de estudios.

Según VIGIP, las inversiones y costes del Proyecto “*están perfectamente justificados y documentados y corresponden a la situación real avalada por las certificaciones de obra realizada en el despliegue del Proyecto*”, con una inversión total de [CONFIDENCIAL] euros (sin IVA), de la que VIGIP adjunta la certificación de obra en ejecución del Proyecto.

El dato de la inversión real arroja un equivalente a [CONFIDENCIAL] y en una zona de nueva promoción donde todos los edificios disponen de ICT y mediante el uso de tecnologías de fibra soplada, lo que reduce los costes de despliegue. VIGIP añade que el coste de las canalizaciones es el que Telefónica ha facturado al Ayuntamiento. Con carácter global, VIGIP considera que los costes medios no son extensibles al resto del municipio o a otras zonas en España o el resto de Europa.

En relación con esta cuestión, debe señalarse que el argumento de lo específico del Proyecto invita a un grado de prudencia mayor y, tal y como resulta de los anteriores párrafos, la cifra de inversión por hogar resultan muy inferiores a otras cuantificaciones realizadas por esta Comisión (aproximadamente en un 73% por encima de la cuantificación de VIGIP en el Informe FTTH y superiores teniendo en cuenta los estudios de OPTA o de la Comisión Europea), si bien se considera que estando acreditadas las inversiones realizadas por VIGIP son dichas cifras las que se toman como referencia a los efectos del análisis del Plan de Negocio.

Costes

Respecto a la estructura de costes, VIGIP estima que mayoritariamente la estructura es de costes fijos, y que además no existe dimensión suficiente del Proyecto para considerar una estructura de costes fijos más variables.

Entre los elementos de costes operativos identificados en el Plan de Negocio, se incluyen [CONFIDENCIAL]



En el escrito de alegaciones al primer informe de audiencia, Telefónica indica lo relevante de la partida de costes de operación y mantenimiento sobre los costes totales, cuantificándolos [CONFIDENCIAL]. Telefónica igualmente hace referencia a la necesidad de considerar la tasa de ocupación de los operadores por ocupación del dominio público, que no se ha tenido en cuenta, y que representa un 1,5% del total de los ingresos brutos, que se abonan a las diferentes Administraciones Públicas, y no considerado inicialmente por VIGIP. Telefónica también indica que el Plan de Negocio tampoco ha contemplado los costes por uso de infraestructura civil.

En atención a las alegaciones recibidas se realizan las siguientes observaciones:

- Respecto a los costes de operación y mantenimiento de la red, debe rechazarse la alegación de Telefónica sobre su importancia cuantitativa, ya que VIGIP sí los ha tenido en cuenta como costes indirectos.
- Por el uso de las canalizaciones existentes, VIGIP ha previsto que el coste de las mismas (a abonar al Ayuntamiento) será de [CONFIDENCIAL]. Dado que el número de hogares pasados es de 2.573, el coste por hogar es de [CONFIDENCIAL] euros/mes. En el Informe FTTH se utilizan unos costes por canalización que ascienden a [CONFIDENCIAL].
- Los costes de personal suman un total de [CONFIDENCIAL] personas entre personal propio y externalizado, con la siguiente distribución: [CONFIDENCIAL].

Los costes de personal propio el primer año son muy reducidos y ascienden a [CONFIDENCIAL]. VIGIP justifica dicho coste por cuanto el personal en cuestión se ocupa de la gestión de asuntos administrativos. En cuanto al personal externalizado, podría considerarse que el coste del personal de operación de red también resulta reducido y podría requerir un nivel de cualificación superior.

Además de lo anterior, una reducción de [CONFIDENCIAL] respecto a los costes inicialmente previstos, según indica VIGIP en sus alegaciones al primer informe de audiencia, supone reducir el coste anual por persona externalizada a menos de [CONFIDENCIAL], lo que resulta ciertamente reducido.

- Se añade un coste adicional de 1,5% correspondiente a la tasa de ocupación del dominio público, tal y como propone Telefónica.

Como conclusión de lo anterior, puede decirse que con carácter general las estimaciones de costes y de inversiones resultan reducidas. En la medida en que la valoración de los costes totales en términos de inversión constituye un elemento clave y afecta directamente a las previsiones de rentabilidad, debe tenerse en cuenta que en caso de ser necesaria finalmente una inversión mayor, las opciones son (i) aumentar los precios de los servicios (en cuyo caso disminuirá la cuota de mercado), o (ii) reducir el margen de ingresos si se decide mantener un mismo nivel de precios. En ambos escenarios, la consecuencia es una disminución en la rentabilidad del Proyecto y, por tanto, un menor atractivo del mismo para un inversor que tomara sus decisiones en condiciones de mercado.

En todo caso, debe tenerse presente que:

- La zona de despliegue del Proyecto de VIGIP corresponde a barrios con viviendas de nuevas construcción que cuentan con ICTs y canalizaciones libres. Esto puede ser una razón válida para que las inversiones y costes de despliegue en esta zona sean inferiores a las referencias de ámbito nacional utilizadas.



- VIGIP ha señalado que varias de las inversiones y costes ya no son previsiones, sino datos reales, y ha aportado diversa documentación acreditativa al respecto.

Por tanto, a la hora de examinar el cumplimiento del principio de inversor privado se han utilizado los datos de inversiones y costes proporcionados por VIGIP en su Plan de Negocio sin modificar, sin perjuicio de las apreciaciones sobre su valoración cuantitativa que se han expuesto en el presente apartado.

(ii) El análisis del método utilizado para determinar la rentabilidad del Proyecto

A efectos de valorar la rentabilidad del Proyecto, se tiene en cuenta el método de descuento de flujos de caja, habitualmente utilizado en la toma de decisiones en materia de inversiones, y que esta Comisión considera adecuado.

Tasa de descuento

En el presente caso, VIGIP ha utilizado como referencia para el cálculo [CONFIDENCIAL]. Ésta, tal y como indica VIGIP, depende del coste de deuda, del tipo de impuestos, del coste de los recursos propios del accionista y del nivel de riesgo del proyecto. En el escrito de 18 de enero de 2012 y aunque mantiene el cálculo con la tasa de descuento inicialmente considerada, VIGIP indica que la tasa considerada por esta Comisión de [CONFIDENCIAL] supondría una tasa después de impuestos de [CONFIDENCIAL].

Para esta Comisión, dicha cuantificación resulta excesivamente reducida si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, esta Comisión no está de acuerdo con la apreciación de VIGIP en el sentido de considerar que el hecho de operar VIGIP a nivel mayorista entraña menos riesgos. De hecho, resulta paradójica la afirmación de VIGIP que indica que “*el modelo de negocio de VIGIP no es el mismo que el de un operador de comunicaciones electrónicas*” cuando dicha entidad figura inscrita como tal en el Registro de Operadores que gestiona esta Comisión. El nivel mayorista en el que actúa VIGIP de hecho tiene el efecto de aumentar de manera significativa la importancia de los clientes (de hecho, actualmente VIGIP sólo cuenta con dos, Adamo y Orange).

En segundo lugar, [CONFIDENCIAL]

- En cuarto lugar, el Informe FTTH considera una tasa de descuento de 12,5% antes de impuestos para los operadores alternativos, que se considera constituye la referencia mínima para esta categoría de operadores (en la que se encuentra VIGIP), a efectos de valorar el Plan de Negocio.

Aunque VIGIP se opone considerando que el Informe FTTH “*corresponde a un modelo de negocio distinto con un riesgo mayor*”, lo cierto es que esta Comisión ha tenido en cuenta como factores relevantes en el presente caso la estructura financiera, la capacidad de sus gestores, el riesgo asociado a la localización y a su dimensión. Respecto a la afirmación de que no existe incertidumbre en el área de costes e inversiones, debe tenerse en cuenta que esta Comisión no sólo ha valorado el importe de la inversión inicial, sino a lo largo de todo el periodo de planificación, incluyendo el examen de ingresos, gastos, evolución macroeconómica que conforman el cumplimiento de las hipótesis planteadas por VIGIP, así como la calidad de la gestión en su ejecución.



Según indica ONO en su escrito de alegaciones de 20 de enero de 2012, debería considerarse una tasa de descuento superior a 12,5% considerando que este escenario presume un periodo de retorno de quince años y no de veinte como tiene en cuenta esta Comisión. Alternativamente, ONO propone la aplicación de una tasa de descuento de [CONFIDENCIAL] en un plazo de 25 años, que dicho operador defiende en el marco del procedimiento de fijación del precio del servicio NEBA por parte de esta Comisión.

Respecto a estas observaciones, baste indicar que el Informe FTTH se considera una referencia válida a los efectos del presente caso, sin que por otro lado la extensión del periodo de retorno deba dar necesariamente lugar a un aumento de la tasa de descuento.

- En lo que se refiere al argumento de considerar la tasa de [CONFIDENCIAL], debe indicarse que esta Comisión no acepta la valoración propuesta en tanto que resulta preferible considerarlo antes de impuestos para que se produzca un menor grado de distorsión, particularmente considerando que el tipo impositivo, los rendimientos sujetos o las exenciones fiscales pueden cambiar durante el periodo planificado de veinte años y por tanto resulta difícil realizar una estimación adecuada en tales circunstancias.
- VIGIP indica que el WACC utilizado en el Plan de Negocio de [CONFIDENCIAL] satisface los criterios “a los accionistas privados que manifiestan su interés y su voluntad en participar como inversores en este proyecto”. [CONFIDENCIAL]
- VIGIP indica igualmente que no existe incertidumbre en el capítulo de inversiones ni de costes, y que éste se ha ejecutado conforme a lo previsto en el Plan de Negocio.

Con carácter general, el modelo de negocio es uno de los parámetros para valorar el riesgo, pero no el único, ya que también se valoran la estructura financiera, la capacidad de sus gestores, el riesgo asociado a la localización o a la dimensión, etc.

Además, la incertidumbre de negocio no sólo está relacionada con el importe de la inversión inicial, y el riesgo se ha valorado a todo el periodo cubierto por el Plan de Negocio y considera el cumplimiento de las hipótesis planteadas por VIGIP, en términos de ingresos, gastos, evolución macroeconómica y a la calidad de la gestión en la ejecución del plan.

En definitiva, las alegaciones de VIGIP no justifican que pueda utilizarse la tasa de descuento que pretende, por lo que ésta, de conformidad con las estimaciones del Informe FTTH y de las características del Proyecto, debe ser estimada al 12,5% antes de impuestos.

Plazo de recuperación de la inversión

El valor actual neto del Proyecto (VAN) contiene estimaciones positivas en el año [CONFIDENCIAL] de operación, en línea con lo indicado por esta Comisión respecto a industrias de red como la de comunicaciones electrónicas, en la que los tiempos de recuperación de la inversión resultan elevados como consecuencia de la cuantía de las elevadas inversiones iniciales, tal y como se ha indicado en el apartado (ii) anterior.



En todo caso, los tiempos de recuperación en el sector de las comunicaciones electrónicas pueden superar 15 años²², aunque por otro lado debe tenerse en cuenta que por encima de un plazo de 20 años se penaliza la elección del Proyecto por un inversor privado.

Carácter asimétrico del crecimiento residual entre ingresos y costes

VIGIP no parte de una metodología coherente, al considerar el crecimiento residual asimétrico de los ingresos a partir del décimo año de recuperación, aunque para los gastos se produce a partir del quinto año, y ello a pesar de que ambos están relacionados con el nivel de actividad y por tanto deben ser coincidentes. Sin perjuicio de ello, no se cuenta con información detallada para realizar una apreciación precisa de los gastos operativos proyectados.

(iii) Análisis de sensibilidad de las hipótesis planteadas

El Proyecto no incluye ninguna valoración en este sentido, a pesar de que esta cuestión sirve como elemento a la hora de verificar la robustez del Plan de Negocio (y a diferencia de lo pretendido por VIGIP, no se trata de una cuestión que derive de solicitud a tal efecto por parte de esta Comisión).

La corrección de hipótesis que procede realizar se hace una a una y se calcula su impacto individual en el Plan de Negocio del Proyecto, y se alcanzan las siguientes conclusiones:

- En materia de ingresos, se ha calculado a partir de qué reducción de los ingresos el VAN de la inversión es negativo al final del periodo proyectado de 20 años. La reducción calculada es del [CONFIDENCIAL], lo que implica que reducciones de ingresos superiores a dicho porcentaje provocan que el VAN del Proyecto a 20 años sea negativo.

[CONFIDENCIAL]

- En relación con la tasa de descuento, como se ha indicado, su cuantía resulta insuficiente. Si en lugar de [CONFIDENCIAL] se descuentan los flujos de caja operativos proyectados hasta 2030 a una tasa del 8% después de impuestos, el VAN a 20 años se reduce en un [CONFIDENCIAL], y en [CONFIDENCIAL] si se considera una tasa de descuento de 10%. Si se descuentan los flujos antes de impuestos con una tasa de descuento del 12,5% como procedería aplicar como referencia mínima para un operador alternativo como VIGIP, el VAN del Proyecto es positivo a partir del año [CONFIDENCIAL] de operación, dentro del periodo de 20 años que se considera sería aceptable para un inversor privado.
- En cuanto a las inversiones, el valor estimado es muy reducido. Si se tiene en cuenta el valor calculado por esta Comisión de 985 euros por hogar conectado (el más bajo entre las alternativas utilizadas por la Comisión Europea y otros reguladores a nivel comunitario), el planteamiento de VIGIP no resulta viable a los precios ofertados (en estas condiciones, la inversión inicial requerida asciende a un millón de euros y el plazo de recuperación sería superior a 20 años). Sin perjuicio de ello, se toman en consideración las cifras proporcionadas por VIGIP a los efectos del examen del Proyecto.

²² Ver apartados 1 y 2 del Informe FTTH.



Aunque en este sentido, VIGIP alega que ya se incorpora un análisis de sensibilidad porque el Plan de Negocio se valoraba un [CONFIDENCIAL] por encima de lo que se ha comprometido en realidad en relación con los costes de operación y mantenimiento, dichos costes representan únicamente una parte del total.

Con carácter más general, debe tenerse en cuenta que si se modifica una de las hipótesis anteriores del Proyecto utilizando los parámetros de sensibilidad, se aprecia mejor que el plan es altamente sensible a variaciones a la baja de las hipótesis estimadas. Así, si se tiene en cuenta una tasa del 12,5% antes de impuestos (superior al [CONFIDENCIAL] considerado), una reducción de los ingresos de sólo un [CONFIDENCIAL] implica que el VAN del Proyecto siga siendo negativo transcurridos 20 años de inversión inicial (frente a los [CONFIDENCIAL] años considerados).

Participación de inversores privados en el capital social

No existe previsión de accionistas privados en el Proyecto debido a la limitación del alcance del Proyecto. Sin perjuicio de ello, [CONFIDENCIAL]

En la respuesta al requerimiento de información planteado por esta Comisión, se solicitaba información expresa acerca de la búsqueda activa de socios privados que pudieran estar interesados en el Proyecto. En este sentido, VIGIP no ha aportado información detallada, aunque se indica que “*el Ayuntamiento de Viladecans y ONO mantuvieron contactos para estudiar la viabilidad de ONO de establecerse en el municipio, ONO descartó dicha inversión*” (apartado b.1) i) de la respuesta). VIGIP también informa de que Localret suscribió un convenio para el desarrollo de redes de telecomunicaciones en Cataluña el 18 de abril de 2001, pero esta circunstancia no acredita la búsqueda de inversores privados para el Proyecto. En su escrito de alegaciones al informe de audiencia, VIGIP aportó copia de una manifestación de intenciones de [CONFIDENCIAL], pero hasta la fecha no se ha materializado en ningún acuerdo concreto.

VIGIP alega que la condición de la participación de un inversor privado no constituye una condición necesaria para considerar cumplido el principio de inversor privado. Sin embargo, el artículo 5 de la Circular²³ parte de la presencia de inversores privados en un porcentaje significativo como un indicador de rentabilidad positiva de un proyecto, pero ello siempre que se haga sobre un plan de negocio fundado.

De hecho, la práctica de la Comisión Europea examina en primer lugar el requisito de la coetánea inversión de un operador privado, tal y como resulta de la Decisión de la Comisión Europea en el caso Citynet, en cuyo apartado 89 señalaba la importancia de la concurrencia del elemento del inversor privado en los siguientes términos: “*una aportación de capital de fondos públicos satisface la prueba del inversor privado en una economía de mercado y no constituye ayuda estatal si, entre otras cosas, se efectuó al mismo tiempo que una aportación importante por parte de un inversor privado en circunstancias comparables*”. De hecho, ni siquiera se examinó el detalle del plan de negocio en el caso del proyecto de la infraestructura de red NGA en Appigendam (Decisión número N-35/2005 de 19 de julio de 2006) y bastó concluir que no existía un inversor privado que asumiera el riesgo en los mismos términos que la entidad pública que acometía el proyecto para concluir que no se cumplía el principio de inversor en una economía de mercado²⁴.

²³ Y en análogo sentido las Líneas Directrices de la Comisión Europea sobre ayudas estatales a la banda ancha

²⁴ Ver apartados 44 y 45 de la Decisión.



Lo cierto es que, incluso aceptando a efectos dialécticos la tesis de VIGIP en el sentido de no exigirse necesariamente este requisito, la presencia de un operador privado constituye sin duda un elemento de valoración relevante, que en este caso no se encuentra presente, en relación con la necesaria justificación de orientar la actividad hacia un rendimiento positivo y aportar un plan de negocio que cumpla con los criterios fijados en la propia Circular, es decir, que constituye un plan de negocio sólido, coherente y con hipótesis plausibles.

Financiación privada u opinión de experto independiente sobre el Proyecto

Ninguna entidad financiera ha decidido asumir el compromiso de financiar el Proyecto o ha valorado el Plan de Negocio presentado. Con carácter general, y con independencia de las inversiones iniciales, se estima que las necesidades de caja que requieran financiación externa ascienden a [CONFIDENCIAL] euros, que se prevé serán cubiertos por una póliza de crédito contratada con una entidad financiera en condiciones de mercado (de la que no se aporta copia).

En relación con la supervisión por terceros ajenos a la entidad que lo presenta, VIGIP menciona la elaboración de Plan de Negocio por parte de la consultora Aggaros, la entidad Localret y la Diputación de Barcelona. [CONFIDENCIAL]

En definitiva, existen dos entidades que han aportado su opinión positiva al Plan de Negocio, si bien ninguna de ellas proporciona datos que permitan valorar en qué se basan dichas conclusiones.

Por todo ello, puede concluirse que las previsiones del Plan de Negocio no parecen encontrarse suficientemente contrastadas por terceros distintos de la propia entidad que presenta el Proyecto. Aunque esta circunstancia no se considera el único criterio a la hora de determinar los parámetros del Plan de Negocio con arreglo a los cuales se cumple el principio de inversor privado en una economía de mercado sí constituye un elemento adicional de valoración.

Contestación a las alegaciones de VIGIP

Además de las alegaciones sobre las cuestiones específicas del Plan de Negocio a las que se ha dado respuesta en el apartado denominado “Detalles sobre el Plan de Negocio”, VIGIP plantea en sus dos escritos de alegaciones a los informes de audiencia algunas cuestiones procedimentales que resulta necesario abordar específicamente.

En primer lugar, VIGIP indica que se pretende mezclar la remisión del Plan de Negocio en el contexto de un procedimiento abierto por una cuestión que afecta al Registro de Operadores (RO 2010/365), con el presente procedimiento en el que se hace uso de la denuncia de Telefónica para imponer condiciones conforme a la Circular 1/2010 y al artículo 6.2 LGTel, sin que se haya procedido a la acumulación necesaria conforme al artículo 73 LRJPAC.

Según indica VIGIP en sus alegaciones a los dos informes de audiencia, se pretende verificar el cumplimiento del principio del inversor privado en relación con la explotación de redes y servicios que pueda efectuar VIGIP, a pesar de que esta Comisión indicaba en el primer informe de audiencia su incompetencia para examinar la compatibilidad de la ayuda



recibida para la construcción de la red y que es la cuestión que Telefónica denunció inicialmente. Según VIGIP esta circunstancia justificaría el archivo del presente expediente y, de adoptarse una resolución en los términos propuestos en el informe de audiencia, se estaría incurriendo en una infracción del principio de congruencia.

Por otro lado, VIGIP parece entender que no puede resolverse en el presente procedimiento la determinación de las condiciones como inversor privado que desarrolla la Circular 1/2010. En apoyo de su argumento, VIGIP indica que el escrito presentado el 14 de diciembre de 2010 en el que se dieron algunos detalles del Plan de Negocio lo fue en cumplimiento de las previsiones de la Circular 1/2010 en el marco del procedimiento RO 2010/365, por lo que no puede ahora realizarse un expediente separado en el que se examine su adecuación a dicha Circular. Por este motivo, según VIGIP una propuesta de resolución como la notificada en el informe de audiencia incurre en una infracción del principio de motivación y en un vicio de nulidad de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Respecto a los argumentos expuestos se realizan las siguientes apreciaciones.

- En primer lugar, debe indicarse que el objeto del expediente RO 2010/365 al que se puso fin por resolución de esta Comisión de 12 de marzo de 2010 y que se había iniciado a solicitud de VIGIP, se concretaba en la inscripción de dicha entidad como operador para la explotación de una red pública basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común, la explotación de una red de fibra óptica y la prestación de servicios de acceso a internet.

La resolución en cuestión hacía referencia al artículo 8.4 LGTel y al necesario cumplimiento de los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, mencionándose igualmente la posibilidad de que esta Comisión podría imponer condiciones para garantizar la no distorsión de competencia. En definitiva, en nada obsta al inicio del presente procedimiento.

- Por lo demás, nada impide, contrariamente a lo pretendido por VIGIP, la apertura de un procedimiento posterior para la verificación del cumplimiento de la Circular y con carácter más general del artículo 8.4 de la LGTel recibida una denuncia en tal sentido.

El propio acuerdo de inicio del presente expediente ya se refería a dicho precepto de la LGTel y a la posible intervención de esta Comisión con el objeto de mantener la competencia efectiva. Ambas normas enmarcan la conducta de las Administraciones Públicas cuando éstas intervienen, bien directamente como prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, bien indirectamente a través de medidas de fomento como el otorgamiento de subvenciones. Así, el examen de la cuestión de si VIGIP actúa como un inversor privado resulta esencial, ya que en caso negativo debe examinarse cómo afecta a la competencia y cómo debe neutralizarse dicha afectación.

- Además VIGIP parece confundir dos cuestiones diferentes. Por un lado, la ayuda para la construcción de la red en aplicación del Fondo de Sostenibilidad Local constituye una actuación de fomento económico y su alineamiento con la normativa de subvenciones, como ya se indicó en el primer informe de audiencia y como se ha explicado también en el Fundamento de Derecho quinto, no corresponde a esta Comisión (para ello debe



atenderse a lo previsto en la normativa específica de subvenciones en el ámbito español)²⁵.

Por otro lado, la intervención de una Administración Pública a través de una entidad que ésta controla, como es VIGIP, en la actividad de la explotación de la red y de los servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas que ofrece, es la cuestión que se aborda en el presente expediente. Es en este marco en el que interviene esta Comisión, y ello con el objeto de verificar si la actividad de dicha entidad se desarrolla en las mismas condiciones que las que afronta cualquier otro inversor privado. En caso negativo, esta Comisión debe examinar, conforme a las previsiones de la LGTel y la Circular 1/2010, en qué medida se distorsiona la competencia respecto a otros operadores que prestan los mismos servicios que VIGIP y que tendrían que asumir un mayor nivel de riesgo al no contar con una posible financiación privilegiada de la Administración que en última instancia controla VIGIP, el Ayuntamiento de Viladecans.

- Por último, con independencia de que esta Comisión no tiene por qué circunscribir necesariamente el procedimiento al contenido de la denuncia conforme a lo previsto en la LRJPAC en un procedimiento abierto de oficio por esta Comisión, procede puntualizar que Telefónica describe de manera genérica el objeto de su denuncia, que no es otra que “*determinar la afectación a la competencia de la actuación del Ayuntamiento de Viladecans*”, por lo que no existe incongruencia alguna entre la denuncia y el resultado del presente procedimiento.

En consonancia con todo lo anterior, deben desestimarse las alegaciones de la presunta falta de motivación, nulidad y supuesta desviación de poder a que hace referencia VIGIP.

Contestación a las alegaciones de Telefónica

En su escrito de alegaciones al primer informe de audiencia, Telefónica hace referencia a dos cuestiones adicionales relativas a los costes de mantenimiento de la red y del pago de tasas por ocupación del dominio público y por uso de la infraestructura civil. Según indica Telefónica, estas circunstancias exigen un “comportamiento prudente” por parte del inversor privado, lo que se indica resulta especialmente relevante a la hora de examinar el comportamiento de las Administraciones Públicas, “*donde los decisores de la inversión no sufren en su patrimonio las posibles pérdidas consecuencia de la misma*”. En concreto, Telefónica considera que las previsiones razonables de demanda y la fijación de unos precios realistas no se cumplen por VIGIP en relación con el Plan de Negocio.

A este respecto cabe indicar que una modificación de los precios al alza que se desarrolla en los siguientes apartados serviría para neutralizar los posibles efectos negativos sobre la competencia. Dicha intervención se realiza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LGTel y de la Circular que lo desarrolla.

Ya se ha indicado en el Fundamento de Derecho quinto que esta Comisión no determina la existencia de una ayuda de Estado en el sentido de lo dispuesto en el artículo 107 TFUE ni

²⁵ Por tanto, a diferencia de lo que indica VIGIP en el sentido de que Telefónica debería haberse opuesto mediante un recurso administrativo o judicial contra la Resolución de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial de 29 de enero de 2010 en aplicación de las previsiones del Fondo de Sostenibilidad Local, esta apreciación carece de efectos prácticos a los efectos de la resolución del presente expediente, que dilucida una cuestión diferente, tal y como ya se ha explicado.



tampoco, al amparo de dicha previsión, está facultada para suspender la prestación de los servicios (tanto mayoristas como minoristas) en las condiciones actualmente ofertadas por VIGIP. Por tanto, contrariamente a lo que pretende Telefónica, esta Comisión no determina la existencia ni el alcance de la posible Ayuda de Estado, ni tampoco la suspensión de la prestación de servicios de VIGIP al amparo de dichas previsiones.

Respecto al segundo informe remitido por los Servicios de esta Comisión, Telefónica se muestra de acuerdo con las conclusiones del mismo, si bien en la parte dispositiva de su escrito solicita literalmente “*modificar los precios mayoristas ofrecidos por el VIGIP a sus clientes al tener en cuenta los servicios minoristas prestados por los operadores inversores a través de redes NGN; (ii) la aplicación de dichos precios con carácter retroactivo desde el 3 de noviembre de 2010, por ser ésta la fecha de interposición de la denuncia (...); (iii) con carácter subsidiario a lo anterior, que la CMT obligue al VIGIP a que modifique los precios de los contratos mayoristas que tenga suscritos con los operadores*”. En concreto, Telefónica realiza diversas alegaciones a las que se da respuesta en el presente apartado a excepción de las consideraciones sobre afectación a la competencia que se analizarán posteriormente:

- Respecto a la solicitud de modificación de las condiciones contractuales entre VIGIP y los operadores con los que ha concluido un contrato. Con independencia de otras consideraciones respecto a su aparente carácter privado, cabe destacar su innecesariedad en el presente caso. Y ello, dado que [CONFIDENCIAL].
- En lo que se refiere a la pretendida retroactividad cabe señalar con carácter preliminar que Telefónica no incluye ninguna razón que justifique que los efectos de la resolución se desplieguen a partir del inicio del procedimiento administrativo. De hecho, en noviembre de 2010 la oferta mayorista de VIGIP no se encontraba disponible, por lo que la solicitud de Telefónica de realizar los ajustes de precios desde ese momento temporal no puede acogerse.

Por lo demás, conviene recordar lo dispuesto en el artículo 57.1 LRJPAC, el principio general respecto al momento temporal en que despliegan sus efectos los actos administrativos es el momento en el que éstos se dictan (“*los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*”). El apartado 3 de dicho artículo prevé los supuestos en los que excepcionalmente y únicamente por motivos tasados se admite una posible aplicación retroactiva de un acto administrativo, que son aquéllos (i) que se dictan en sustitución de actos anulados, o (ii) que producen efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. Ninguno de los posibles presupuestos concurre en el presente caso.

Junto con las anteriores consideraciones debe tenerse en cuenta también la necesaria ponderación de la pluralidad de intereses y el principio de seguridad jurídica para todos los operadores que puedan resultar afectados por la presente Resolución. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de febrero de 2004, en cuyo FJ 4 también confirmó la concurrencia de razones “*que abonan que se aplique la regla general [es decir, la de irretroactividad] respecto a la eficacia de los actos administrativos*” en el supuesto de una concesión administrativa, doctrina que puede trasladarse al presente caso habida cuenta de la necesaria



ponderación de los intereses de todos los operadores, lo que incluye no sólo a Telefónica sino también a los operadores que han concluido acuerdos con VIGIP.

Por todo ello, debe necesariamente concluirse a favor de la aplicación del principio general de eficacia a partir de la fecha en que se dicta la presente Resolución consagrado en el artículo 57.1 LRJPAC.

Contestación a las alegaciones de ONO

ONO se muestra de acuerdo con el informe de los Servicios y realiza algunas apreciaciones generales además de abordar la cuantificación de la tasa de descuento y los precios aplicados (cuestiones ambas a las que se ha dado contestación en el examen de los apartados correspondientes del Plan de Negocio).

En concreto, ONO solicita que los precios aplicables a los efectos del presente procedimiento se revisen en función de lo que finalmente se establezca como precio de referencia para el servicio NEBA. Más allá de que se trata de un procedimiento todavía no resuelto por esta Comisión, debe tenerse en cuenta que el examen detallado de la totalidad de los detalles del Plan de Negocio (incluida la cuestión del precio) en un caso concreto hacen innecesario que la resolución del presente expediente pueda verse condicionada por el precio del servicio NEBA que finalmente se fije por parte de esta Comisión.

Contestación a las alegaciones de Orange

Orange se muestra en desacuerdo con el informe de los Servicios, considerando que la intervención de los precios resulta inadecuada y desproporcionada por los motivos que se exponen en los siguientes apartados, indicándose para cada uno de ellos la apreciación que se realiza al respecto por parte de esta Comisión:

- Orange parte de la premisa de que los operadores neutros permiten a los operadores alternativos aglutinar cuotas de mercado para rentabilizar la inversión en redes que de manera aislada dichos operadores alternativos no podrían afrontar. Orange argumenta que la puesta a disposición de los operadores de las ayudas públicas obtenidas *“debe ser el principio rector para garantizar la competencia a posteriori, lo que se cumple estrictamente en el presente caso”* considerando que el principio de inversor privado *“restringe la posibilidad de trasladar dichas ayudas a los operadores y a la postre, a los clientes”*.

Al respecto cabe indicar que el presente procedimiento examina si VIGIP actúa como un operador privado, tal y como dicha entidad ha venido alegando desde el inicio del mismo. En tales circunstancias, a pesar de lo que se concluye de las afirmaciones de Orange, no se produce una afectación a la competencia cuando la actuación de una entidad pública no se distingue de la que realizaría cualquier otro operador en el mercado.

Tampoco el hecho de que una red tenga carácter neutro excluye en modo alguno su afectación a la competencia, tal y como lo demuestra el análisis que realiza la Comisión Europea en el ámbito de las Ayudas de Estado y de las Directrices Comunitarias, donde el carácter abierto de la red se verifica para minimizar el impacto anticompetitivo (lo que necesariamente presupone que tal impacto se encuentra presente).



- Orange contempla un escenario en el que la construcción de una segunda infraestructura de banda ancha resultaría factible considerando el aumento de la demanda y partiendo de que si el total de la penetración es de 65% actualmente en el municipio, resulta factible considerar que VIGIP se situaría en torno al 25%, mientras que Telefónica abarcaría el 40% restante. Alternativamente, propone un escenario en el que la cuota se reparte de manera equitativa entre ambos operadores, contando cada uno de ellos con un 32,5%. Dicha cuota evolucionaría hasta situarse para VIGIP en un posible escenario de 48% en diez años.

Las valoraciones de Orange, sin embargo, constituyen afirmaciones sin un fundamento claro respecto a los escenarios considerados. Así, Orange no justifica en qué se basa para concluir que Telefónica tiene un incentivo real de desplegar una red NGA frente a un escenario de prestación de los servicios de banda ancha tradicional con una mayor capacidad.

Por otro lado, esta Comisión no ha excluido que pudiera llegar a considerarse el despliegue de una segunda infraestructura, pero lo que parece claro es que tal despliegue adicional no debería verse afectado por la presencia de una primera red financiada con fondos públicos que no se sujeta a las condiciones de un inversor privado.

Por último, Orange parece tener únicamente en cuenta un escenario de una segunda red de fibra en un futuro, cuando el efecto disuasorio sobre la inversión en redes NGA podría haberse producido ya²⁶.

- En lo que se refiere a los precios minoristas, Orange argumenta que otros despliegues sobre tecnología FTTH (en Madrid y Asturias) también han dado lugar al mismo nivel de precios que el aplicado en Viladecans. Por ello, se considera que la conclusión de Telefónica de que el Proyecto beneficia a Orange no resulta ajustada a la realidad.

Sin embargo, con independencia de cualquier otra consideración, Orange, que ha suscrito un acuerdo con VIGIP, obtendría un impacto positivo del Proyecto y de las condiciones económicas que al mismo se aplican en términos de precios, al igual que cualquier otro operador que suscribiera un acuerdo en estos términos con VIGIP.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto en los anteriores apartados, en el presente caso el Ayuntamiento de Viladecans y VIGIP no han acreditado el cumplimiento del principio del inversor privado por los siguientes motivos:

- El análisis de ingresos se realiza conforme a previsiones de penetración y cuotas de mercado optimistas²⁷, y debe tenerse en cuenta que la ventaja competitiva que podría explotar un operador de cable para alcanzar cuotas relativamente altas como las previstas no parece que vaya a aplicarse en el presente caso al Proyecto (y ello teniendo en cuenta los operadores presentes en el municipio).

²⁶ Ver, en el mismo sentido, el apartado 5 de las Directrices Comunitarias.

²⁷ Como se ha indicado anteriormente, la tasa de penetración estimada resulta razonable, aunque VIGIP estima unos valores del orden de [CONFIDENCIAL] en cinco años, con una saturación del mercado en 2020 con una penetración por hogar del [CONFIDENCIAL], que también puede considerarse optimista. Respecto a las cuotas de mercado, VIGIP espera alcanzar una cuota cercana al [CONFIDENCIAL] a nivel mayorista lo que supondría que [CONFIDENCIAL].



- Los precios aplicados a estos servicios mayoristas resultan muy reducidos si se comparan con los precios regulados por esta Comisión para otras ofertas mayoristas de acceso a banda ancha (OBA y GigADSL)²⁸, por lo que la rentabilidad prevista (y por ende la robustez del Plan de Negocio) se vería afectada de manera significativa en el supuesto de no alcanzarse las cuotas de mercado proyectadas.

La misma conclusión se alcanza cuando se compara con servicios soportados sobre redes de fibra, como el de Citynet en Ámsterdam.

- La valoración de los costes e inversiones que deben realizarse en ejecución del Proyecto resulta muy inferior a la considerada por esta Comisión, por otras autoridades regulatorias y por la Comisión Europea en escenarios comparables²⁹. La determinación de estas variables también afecta de manera directa a la rentabilidad del Proyecto (que se vería reducida respecto a las previsiones de VIGIP), y también a la solidez del Plan de Negocio del Proyecto.

Sin embargo, sin perjuicio de dichas observaciones y tratándose de costes ya realizados y acreditados en relación con el Proyecto, se mantiene el detalle propuesto por VIGIP. En relación con esta cuestión, debe tenerse presente que el despliegue se ha realizado en una zona de nueva construcción, lo que puede ser una razón que justifique unas inversiones y costes tan reducidos.

- La determinación de la rentabilidad del Proyecto utiliza el método de descuento de flujos de caja, como resulta habitual para determinar este parámetro, si bien no puede cuantificarse en [CONFIDENCIAL], sino en 12,5% antes de impuestos como se prevé para operadores alternativos, circunstancia que retrasaría en varios años el rendimiento positivo del Proyecto.
- El VAN del Proyecto a los [CONFIDENCIAL] está en línea con las hipótesis de esta Comisión en el Informe FTTH. Sin embargo, escenarios superiores a 20 años para recuperar la inversión son difícilmente compatibles con el criterio de inversor privado en una economía de mercado. Es lo que sucede realizando un análisis de sensibilidad del Plan de Negocio.
- VIGIP no plantea un análisis de sensibilidad del Plan de Negocio y el realizado por esta Comisión indica que dicho Plan de Negocio es altamente sensible a variaciones a la baja de las hipótesis estimadas. Teniendo en cuenta las observaciones realizadas en los apartados anteriores, un aumento de las inversiones retrasaría la rentabilidad del Proyecto³⁰, al igual que sucede si aumenta la tasa de descuento³¹ o

²⁸ El servicio de fibra oscura se ofertará a 10 euros, y el acceso indirecto a 14,15 y 17 euros en función de las velocidades de bajada (entre 50 y 100 Mbps) y subida (entre 20 y 100 Mbps) ofertadas. Los precios de las ofertas mayoristas de esta Comisión son de 7,79 euros/mes para par desagregado y precios de acceso mayorista en acceso indirecto serían de 20 euros mensuales para modalidades de 30 Mbps en el servicio GigADSL.

²⁹ En concreto, la inversión estimada de [CONFIDENCIAL] euros por hogar conectado, frente a los 985 euros del Informe FTTH de esta Comisión, los 1.000 euros considerados por la autoridad regulatoria OPTA y los 1.500 euros considerados por la Comisión Europea.

³⁰ Utilizando el valor de inversión por hogar de 985 euros, el Proyecto sería inviable a los precios ofrecidos, ya que requeriría una inversión total de más de un millón de euros, en cuyo caso el plazo de recuperación sería superior a 20 años.

³¹ Si la tasa de descuento es del 12,5%, como se prevé para operadores alternativos entre los que se encuentra VIGIP, el VAN del Proyecto sólo es positivo a partir del año [CONFIDENCIAL] de operación.



se prevé un escenario alternativo de menores ingresos reduciendo la cuota de mercado inicialmente considerada³².

- El Proyecto no ha sido supervisado por otras entidades distintas al Ayuntamiento de Viladecans, y tampoco a día de hoy hay accionistas privados en el capital de VIGIP o se prevé que los vaya a haber en un futuro próximo, como argumento a favor de la viabilidad del Proyecto para terceros.

De conformidad con las anteriores consideraciones, las condiciones del Plan de Negocio tal y como éste fue presentado a esta Comisión no cumplen con el principio de inversor privado en el sentido exigido por el artículo 5 de la Circular, es decir, haber acreditado (i) que la actividad está orientada a la obtención de un rendimiento positivo que cubra los costes y la adecuada remuneración del capital, (ii) que se generará un flujo de caja positivo durante el periodo relevante; (iii) la presencia de inversores privados en un porcentaje significativo del capital que suponga una asunción coetánea de los riesgos relativos al Proyecto.

Con carácter general, debe velarse por que las Administraciones intervengan en el mercado como un agente económico más. En este sentido, esta Comisión debe garantizar que la actuación de las Administraciones Públicas no distorsione el marco de la libre competencia y, como resultado de ello, que no se reduzcan los incentivos a la inversión privada con la posibilidad de que en última instancia los consumidores puedan disfrutar de mejores servicios a mejores precios.

En el siguiente apartado se examina cuál es el posible impacto del Proyecto para la competencia y las alternativas que se plantean para cumplir lo establecido en el artículo 8.4 de la LGTel y en la Circular, concretamente de su artículo 10 en la que se desarrollan los principios aplicables a los supuestos de Administraciones Públicas que no actúan como inversor privado³³; ya que el Proyecto tampoco se encuentra entre los supuestos de no afectación a la competencia previstos en el artículo 11 y en el anexo de dicha Circular³⁴.

Afectación del Proyecto a la competencia

Tal y como se ha indicado, en las condiciones en las que ha sido comunicado el Plan de Negocio no se cumple el principio de inversor privado, por lo que la actuación de una Administración pública, en este caso la del Ayuntamiento a través de VIGIP, entidad que controla al 100%, puede tener un efecto distorsionador sobre la competencia.

En efecto, VIGIP recibe una red subvencionada con fondos públicos y la explota a nivel mayorista, diferenciándose de los demás operadores que no cuentan con el acceso a recursos públicos con los que cuenta VIGIP (como, por ejemplo, la cesión del uso de la red).

³² En concreto, reducciones de ingresos superiores al [CONFIDENCIAL] provocan que el VAN del Proyecto a 20 años sea negativo. Si a ello se combina un aumento de la tasa de descuento, una reducción en los ingresos de sólo [CONFIDENCIAL] provoca que el VAN del Proyecto siga siendo negativo tras 20 años.

³³ En el presente caso debe tenerse en cuenta que VIGIP se ha opuesto a tal calificación ya que siempre ha partido del cumplimiento del principio de inversor privado, por lo que no ha presentado comunicación alguna a esta Comisión antes de iniciar la prestación de los servicios que ofrece, como exige el artículo 11, y tampoco VIGIP ha proporcionado ni la memoria de competencia que pondera la justificación y proporcionalidad de la medida por una parte ni los resultados de la consulta pública para recabar las opiniones del sector sobre el Proyecto.

³⁴ Se prevén como supuestos el acceso a internet limitado a las páginas web de las Administraciones, el servicio general de acceso a internet en bibliotecas, en centros de fomento de actividades docentes o educativo-culturales, y la explotación de redes inalámbricas que utilizan bandas de uso común en las que la cobertura de red excluye edificios y conjuntos de uso residencial o mixto y se limita la velocidad red-usuario a 256 Kbps.



Como resultado de ello, puede producirse un efecto distorsionador de la competencia tanto a nivel mayorista como minorista sobre las condiciones de precio y capacidad de los servicios respecto a los que se ofrecerían en ausencia del Proyecto, y además desincentiva la inversión de los operadores en redes NGA en un momento como el actual en el que se está acometiendo dicho proceso.

Telefónica menciona igualmente un “efecto de expulsión del mercado de los operadores inversores”, aunque parece a todas luces exagerado considerar la concurrencia de esta circunstancia en el caso de Telefónica.

La circunstancia de tratarse de una red neutra y abierta a terceros en nada modifica la conclusión de que se afecta a la competencia, tal y como se ha explicado en los párrafos anteriores.

En el presente caso, el impacto geográfico del Proyecto se limita al municipio de Viladecans en el que se despliega la red en cuestión, si bien el efecto desincentivador sobre redes NGA podría ser mayor en el probable supuesto de que la planificación del despliegue se realice a nivel superior al municipal y tal y como señala ONO *“las decisiones de despliegue por parte de los agentes privados, especialmente en la coyuntura actual, no se adoptan de un día para otro”*.

Respecto a la cuestión del efecto desincentivador de la inversión, según apunta Telefónica en su último escrito, el efecto negativo del Proyecto sobre la competencia se concreta en que *“a pesar de que el área de Viladecans es una zona atractiva para la inversión privada, ninguno de los dos operadores [ONO, Telefónica] ha desplegado actualmente su red de fibra, e incluso el operador de cable ni siquiera ha manifestado su intención de desplegar cable en dicha zona y ello a pesar de que (...) el Ayuntamiento de Viladecans (...) se dirigió en concreto a dicho operador”*. Sin embargo, no resulta necesario que se haya producido la expulsión efectiva (extremo que Telefónica no ha probado), sino que la actuación realizada sea susceptible de producir dicho efecto, lo que sí se produce en el presente caso.

Concretamente en lo que al *ámbito mayorista* se refiere, ya se ha indicado que el acceso en el municipio de Viladecans se realiza a través del servicio de acceso directo o indirecto a la central de Telefónica, repartiéndose las cuotas entre Telefónica (44%) y los operadores que disponen de acceso al bucle desagregado (54%) y acceso indirecto (2%). En la segunda categoría se incluyen [**CONFIDENCIAL**]. VIGIP ofrece sus servicios a los mismos clientes que Telefónica, lo que demuestra cómo afecta el Proyecto a los servicios de banda ancha tradicional, a diferencia de lo argumentado por VIGIP en su último escrito de alegaciones. La ventaja en el caso del Proyecto consiste en que se trata de una red que permite prestar servicios con una capacidad mucho mayor que la del par de cobre de Telefónica y a unas condiciones de precios que son sólo ligeramente superiores a las ofrecidas por Telefónica para el acceso regulado a su red de cobre³⁵.

En el presente caso, no se considera que los servicios de banda ancha prestados sobre redes móviles constituyan un servicio equivalente al que puede ser soportado a través de

³⁵ Estas circunstancias confirman igualmente la interrelación en el presente caso entre los servicios mayoristas prestados sobre la red de cobre y los ofrecidos sobre la red de fibra, desacreditando por tanto el argumento de VIGIP respecto a la falta de afectación del mercado de banda ancha tradicional. De hecho, la propia VIGIP realiza las previsiones de penetración en relación con sus servicios considerando los servicios de banda ancha tradicional.



redes fijas de nueva generación como la desplegada por VIGIP, por lo que no se considera necesario examinar qué prestadores se encuentran presentes en dicho ámbito³⁶.

Concretamente, Telefónica indica que calcula que ha obtenido una ganancia neta negativa del número de líneas de banda ancha en el municipio de Viladecans en **[CONFIDENCIAL]**, aunque no resulta claro si esta circunstancia se refiere al ámbito mayorista. En cualquier caso, dicho dato por sí mismo puede deberse a multitud de razones y de hecho se enmarca en un decrecimiento continuado en número de líneas de banda ancha que se ha venido observando en los últimos meses, de acuerdo con los informes trimestrales publicados por esta Comisión. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que basta con que el comportamiento sea susceptible de afectar a la competencia.

La oferta de servicios a nivel mayorista tiene influencia en las condiciones de prestación de los servicios de banda ancha para acceso a internet a *nivel minorista*, tanto en relación con las condiciones de precio que se ofrecen (que, como se ha indicado en el apartado sobre este particular, resultan muy reducidos si se comparan con la media española o los precios ofertados por otros operadores para servicios soportados sobre redes de fibra) como en relación con la capacidad (actualmente, según indica VIGIP, los servicios de banda ancha para acceso a internet se prestan a día de hoy con una velocidad máxima de 20 Mbps). Como muestra el ejemplo de Adamo, los operadores que utilicen los servicios mayoristas de VIGIP pueden ofrecer servicios minoristas soportados sobre redes NGA a precios de banda ancha tradicional. En definitiva, se desincentiva a los operadores que desean invertir en el despliegue de redes NGA (que se proyecta no sólo de cara al futuro sino también en el pasado, desde el momento en el que se tomó la decisión de la inversión) y se distorsionan las condiciones de competencia en que se ofertan los servicios tanto a nivel mayorista como minorista en los términos en los que el Proyecto ha sido notificado.

En relación con esta cuestión, VIGIP se muestra en desacuerdo al indicar que a día de hoy no existe en el municipio ningún operador con un plan comercial plausible para mejorar las infraestructuras existentes invirtiendo en dichas redes, si bien de la documentación disponible no se desprende que (i) se haya justificado la demanda existente de estos nuevos servicios por un lado; y (ii) el Ayuntamiento de Viladecans haya realizado una consulta pública formal a efectos de dilucidar qué posibles inversiones consideran los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas de redes NGA en los próximos tres años.

Aunque VIGIP indica que utiliza como referencia la Decisión de la Comisión Europea sobre el desarrollo de la Xarxa Oberta (N 407/2009), en primer lugar este extremo no se acredita, en segundo lugar la consulta pública la realizó otra entidad, que es la Generalitat de Cataluña, y en tercer lugar los procesos (la consulta sobre todos los municipios realizada en 2010 y el proceso de licitación) no parecen plenamente coincidentes en el tiempo. Además, como ya se ha indicado antes, basta con que la actuación sea susceptible de afectar a la competencia.

En relación con lo anterior y tomando como referencia la distribución geográfica realizada en el Plan Avanza, el municipio de Viladecans queda expresamente excluido de las posibilidades de financiación pública para el despliegue de redes NGA de dicho plan³⁷. Según se indica, la financiación pública se limita a las zonas catalogadas como “zonas blancas NGA” en aplicación de las Directrices Comunitarias para justificar la recepción de

³⁶ Ver Resolución de esta Comisión de fecha 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626), apartado 1.2.2.

³⁷ Decisión de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2010, asunto N-304/2010, apartado 16.



fondos públicos susceptibles de calificarse como Ayudas de Estado, es decir, aquéllas en las que no existe una previsión de despliegue de este tipo de redes en un marco temporal de tres años. Tal y como se ha indicado, en el presente caso no se dispone de información detallada de los planes de despliegue de los operadores en materia de redes NGA en el municipio de Viladecans para clasificar dicho municipio conforme a las Directrices Comunitarias, aunque debe recalcar que el Plan Avanza exige además, para ser beneficiario de las ayudas, la ausencia de competencia en infraestructuras y la insuficiencia de los servicios existentes para satisfacer las necesidades de la demanda³⁸.

Igualmente, cabe tener en consideración que VIGIP no ha acreditado que la construcción y gestión de la red de fibra que se detalla en el Plan de Negocio responda a la demanda de operadores de comunicaciones electrónicas de hacer uso de servicios mayoristas de banda muy ancha debido a la insatisfacción con la prestación de los servicios actuales.

Por tanto, en la medida en que las condiciones del Plan de Negocio, tal y como éste ha sido notificado a esta Comisión, resultan insuficientes para acreditar que VIGIP vaya a actuar conforme al principio de inversor privado en una economía de mercado³⁹, por lo que dicho Proyecto supone una distorsión de la competencia en relación con los servicios mayoristas y minoristas de banda ancha en el municipio de Viladecans y desincentiva la inversión en redes NGA. En estas condiciones, esta Comisión se encuentra facultada para intervenir con el objeto de minimizar el impacto de la actuación de VIGIP sobre la competencia, de conformidad con lo dispuesto en la LGTel y en la Circular.

Adaptación de las condiciones a las que se ofrecen los servicios de VIGIP en cumplimiento del artículo 8.4 LGTel

Teniendo en cuenta las observaciones realizadas acerca de algunos detalles del Plan de Negocio de los apartados (i) a (iv), se parte de las siguientes premisas como hipótesis razonables para reducir los efectos negativos del Proyecto sobre la competencia conforme a lo previsto en la LGTel y, concretamente, en su artículo 8.4:

- Se parte de una cuota de mercado estimada de [CONFIDENCIAL] en lugar de la prevista por VIGIP de [CONFIDENCIAL], ponderando la progresión de los clientes conseguidos hasta la fecha por VIGIP.
- La tasa de descuento utilizada es de 12,5% antes de impuestos. Tal y como se ha indicado, no se acepta la tasa después de impuestos por los posibles efectos distorsionadores, rechazándose así la propuesta de [CONFIDENCIAL].

³⁸ Telefónica alega que el municipio de Viladecans no es objeto de financiación por no constituir una zona blanca NGA. Sin embargo, tanto la ausencia de competencia en infraestructuras o como la falta de servicios que respondan a las necesidades de la demanda podrían igualmente justificar la exclusión de dicho municipio del Plan Avanza, con independencia del desarrollo de una red NGA en un futuro próximo.

En cualquier caso, la convocatoria del Fondo de Sostenibilidad Local que sirvió para financiar el despliegue de la red no distingue específicamente entre zonas y se refiere a la posible financiación de obras destinadas a la "dotación de infraestructuras para el despliegue y acceso a las redes de telecomunicación de nueva generación", sin realizar una estricta división conforme a las Directrices Comunitarias.

³⁹ Tampoco se ha confirmado la presencia de inversores adicionales en el Proyecto diversos al Ayuntamiento de Viladecans para confirmar este extremo.



- En lo que se refiere a los datos de inversiones y costes aportados por VIGIP y sin perjuicio de las observaciones realizadas, se mantienen las estimaciones de dicho operador, partiendo de la premisa de que se trata de datos reales y no proyecciones.
- Dentro del apartado de costes, la tasa que VIGIP habrá de abonar como operador es de 1‰ en lugar del 1,25‰ como consecuencias de la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Dicha tasa se devenga el 31 de diciembre según lo dispuesto en el Anexo I de la LGTel. Igualmente, se añade la tasa general de ocupación del dominio público por 1,5% de los ingresos brutos de VIGIP, que no había sido inicialmente considerada por dicho operador.
- El periodo para obtener un VAN positivo del Proyecto es de [CONFIDENCIAL] como máximo.
- Se han tenido en cuenta la distribución real entre servicios mayoristas prestados por VIGIP, que difieren de la inicialmente considerada [CONFIDENCIAL].
- Se asume que el resto de las hipótesis del Plan de Negocio se ajustan a la realidad. Entre ellas y a título de ejemplo, cabe referirse a que VIGIP realiza un incremento de precios de los servicios con carácter anual en función de la evolución del IPC, así como a que la estructura y cuantía de los costes no excede de la inicialmente considerada en el Plan de Negocio.

A juicio de esta Comisión, uno de los principales obstáculos para concluir que se cumple el principio de inversor privado en una economía de mercado es que los precios mayoristas ofertados por VIGIP resultan muy reducidos. También Telefónica se refiere al bajo nivel de precios de los servicios mayoristas comercializados por VIGIP indicando que resulta necesaria la “*fijación de unos precios realistas que permitan recuperar los costes estimados*”, lo que resulta plenamente coherente con el objetivo de obtención de un rendimiento positivo de dicho operador.

De hecho, VIGIP considera que “*en el caso improbable de que este volumen de penetración, por alguna razón, no sea conseguible, VIGIP adaptaría su oferta comercial para garantizar la rentabilidad del Proyecto y los parámetros de rentabilidad expuestos en el Plan de Negocio*”.

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones y en atención al principio de proporcionalidad que supone aplicar de entre las diversas opciones la menos gravosa que consiga el fin pretendido y considerando que a día de hoy la construcción de la red ha finalizado y que se ofrecen los servicios a terceros, habiéndose concluido sendos contratos con Adamo y Orange, se considera necesario intervenir para limitar de cara al futuro los efectos distorsionadores sobre la competencia de la puesta en marcha del Proyecto a través de la modificación al alza los precios de los servicios ofrecidos por VIGIP.

En estas circunstancias, se han tomado como hipótesis razonables del Proyecto las enumeradas al principio del presente apartado, y con el objeto de obtener un VAN positivo en el plazo de 20 años los precios de VIGIP deberían modificarse al alza. Es decir, bajo las hipótesis señaladas anteriormente, para que el Proyecto sea rentable en 20 años ($VAN \geq 0$), los precios de los servicios ofrecidos por VIGIP deben incrementarse en un 13,97%⁴⁰.

⁴⁰ La diferencia entre la propuesta del segundo informe de audiencia consistente en un incremento de los precios de 18,7% y utilizando la referencia de los datos disponibles a septiembre de 2011 radica en la aceptación de la progresión de clientes



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La nueva lista de precios aplicando el incremento anterior se presenta en la siguiente tabla:

Coubicación (datos en euros)	Precios iniciales	Precios modificados
Alta operador	600,00	683,82
Cuota mensual	150,00	170,95
Acceso Indirecto (datos en euros)	Precios iniciales	Precios modificados
Alta	100,00	113,974
Cuota mensual tipo 1 (50/20 Mb/s)	14,00	15,95
Cuota mensual tipo 2 (100/20 Mb/s)	15,00	17,09
Desagregación de fibra (datos en euros)	Precios iniciales	Precios modificados
Alta	100,00	113,97
Cuota mensual	10,00	11,39

En definitiva, VIGIP deberá proceder a un incremento de los precios de los servicios ofrecidos en un 13,97% a efectos de reducir el impacto del Proyecto sobre la competencia de cara al futuro.

Telefónica se muestra de acuerdo con incrementar el precio, aunque propone que para la fijación de los precios se tengan en cuenta los servicios minoristas prestados a través de redes NGA y aporta la comparación de los precios de servicios de banda ancha a nivel minorista ofertados por Orange y Adamo con respecto a los de Telefónica u ONO.

Sin embargo, la argumentación de Telefónica parece no tener en cuenta que VIGIP no es un operador verticalmente integrado, es decir, que únicamente ofrece servicios mayoristas y que sus clientes ofrecen servicios minoristas de banda ancha en las condiciones comerciales que consideran procedentes. Por tanto, la solicitud de Telefónica no puede ser tenida en consideración a los efectos del presente expediente⁴¹.

Con carácter complementario respecto a la cuestión de los precios, y considerando la necesidad de evaluar el cumplimiento de las condiciones previstas en el Plan de Negocio presentado con carácter periódico, procede igualmente que VIGIP remita a esta Comisión la evolución en términos de ingresos, clientes y cuota de penetración de los servicios ofrecidos en el municipio de Viladecans.

Cabe aclarar que el presente análisis atañe exclusivamente a la prestación de los servicios de VIGIP en las zonas de Campreciós, Gabrielistes y Sales. En caso de que el Ayuntamiento de Viladecans tuviera previsto una ampliación al resto del municipio o de otras zonas inicialmente no cubiertas por el Proyecto deberá enviar un nuevo plan de negocio.

Por último, conforme a lo acordado en la Resolución de este Consejo de fecha 28 de octubre de 2010⁴², esta Comisión ha de informar al interesado de que podría ser necesario formular una notificación a la Comisión Europea sobre la base de la normativa de Ayudas de

conseguidos hasta ahora por VIGIP conforme a las estimaciones presentadas en su escrito de alegaciones de enero de 2012 (es decir, cuatro meses después).

⁴¹ [CONFIDENCIAL].

⁴² AJ 2010/1861.



Estado. Tal y como se indica en dicha Resolución y reiterando lo indicado en el Fundamento de Derecho quinto, esta Comisión no examina la compatibilidad del Proyecto con dicha normativa y por ende, la actuación de esta Comisión no prejuzga la necesidad de dicha notificación ni, en su caso, de la apreciación que la Comisión Europea pueda realizar en relación con el principio de inversor privado en una economía de mercado.

RESUELVE

Primero.- Concluir que el Plan de Negocio presentado para el proyecto del Ayuntamiento de Viladecans consistente en el despliegue y explotación de una red de fibra óptica (FTTH) en las zonas de Campreciós, Gabrielistes y Sales de dicho municipio no cumple con el principio de inversor privado en una economía de mercado tal y como éste ha sido notificado a esta Comisión.

Segundo.- Instar a VIGIP para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.4 de la LGTel y a la Circular 1/2010 de esta Comisión, adapte las condiciones del Plan de Negocio y en concreto del precio de los servicios que ofrece en el marco del Proyecto en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho sexto, entendiéndose, en dicho caso, que, a juicio de esta Comisión, el Proyecto no tendría efectos distorsionadores de la competencia en el mercado, sin que esta Comisión prejuzgue si las actuaciones hasta ahora realizadas constituyen o no una Ayuda de Estado conforme a lo dispuesto en el TFUE.

Tercero.- Instar a VIGIP a presentar con carácter anual información detallada relativa al número de clientes, ingresos y penetración a efectos de examinar el cumplimiento de las previsiones incluidas en el Plan de Negocio presentado ante esta Comisión en relación con el Proyecto.

Cuarto.- Declarar que, conforme con lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LGTel y a la Circular 1/2010 de esta Comisión, la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, como sucede en el caso del Ayuntamiento de Viladecans y de VIGIP, debe realizarse con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

En consonancia con ello, VIGIP deberá llevar una contabilidad separada (y en su caso auditado) respecto a la del Ayuntamiento de Viladecans para su actividad de comunicaciones electrónicas, donde consten claramente las partidas correspondientes a cada entidad, documentación que podrá ser requerida por esta Comisión en caso necesario.

Quinto.- Declarar que cualquier ampliación del plan descrito en el resuelve primero deberá ser comunicada a esta Comisión.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 48 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.