

RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PRESENTADO POR A2Z FRENTE A TELEFÓNICA, POR OCUPACIÓN DE UN TRAMO DE CANALIZACIÓN UBICADO EN LA LOCALIDAD MURCIANA DE TORRE PACHECO

CFT/D TSA/004/17/A2Z vs TELEFÓNICA CANALIZACIONES

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017

Visto el expediente relativo al conflicto de acceso interpuesto por A2Z Telecomunicaciones, S.L. contra Telefónica de España, S.A. con número de referencia CFT/D TSA/004/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interposición de conflicto por A2Z

Con fecha 3 de enero de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la entidad A2Z Telecomunicaciones, S.L.U. (A2Z) mediante el que plantea conflicto de uso compartido de infraestructuras frente a Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) al haber ocupado esta última entidad determinadas infraestructuras ubicadas en la localidad de Torre Pacheco (Murcia) y cuya titularidad ostentaría A2Z, a juicio de la entidad.

A2Z señala, en este sentido, que es titular de una red de comunicaciones electrónicas sita en la zona residencial La Torre Golf Resort, ubicada en el término municipal de Torre Pacheco, en la provincia de Murcia, y que parte de dicha infraestructura habría sido ocupada ilegalmente por parte de Telefónica.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento

Con fecha 26 de enero de 2017 se comunicó a los interesados el inicio del expediente administrativo para la resolución del conflicto de acceso planteado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

TERCERO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

Con fecha 8 de marzo de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Telefónica mediante el que formula las siguientes alegaciones:

- Que únicamente le correspondería a A2Z una contraprestación económica, en caso de que esa entidad ostentase un legítimo derecho sobre las infraestructuras objeto del presente conflicto, por haber incurrido en gastos para su construcción, o por atender a su mantenimiento.
- Que Telefónica tiene derecho a acceder a dichas infraestructuras en virtud de lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y su normativa de desarrollo, en concreto el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (en lo sucesivo, RDRC).
- Que el precio que le ha propuesto A2Z por la ocupación del tramo de canalización citado resulta excesivo y desproporcionado, y no se ajusta a las prescripciones establecidas en el artículo 4 del RDRC. Considera, en este sentido, que esta Comisión debería establecer un precio muy inferior a los 0,50 euros/metro mensuales solicitados por A2Z, debiendo basarse el precio, en todo caso, en los precios establecidos en el servicio regulado MARCo, que actualmente constituye la única referencia de un servicio de acceso a infraestructura civil.
- Que el tramo de canalización objeto de conflicto ocupa, a juicio de Telefónica, únicamente, unos 204 metros (desde la primera arqueta de Polaris hasta la arqueta que llega al King's College) en conducto por canalización subterránea, atravesando arquetas tipo H. Afirma Telefónica que el cable completo mide un total de 250 metros, ya que incluye también el tramo que discurre por el domicilio del cliente, a través de la parcela del King's College y hasta el lugar donde se ubican sus equipos, si bien la canalización que discurre por debajo de la parcela del colegio no ha sido tenida en cuenta en sus cálculos, ya que A2Z solo reclama el pago del tramo hasta la arqueta de entrada al colegio.

CUARTO.- Requerimiento de información a A2Z

Por resultar necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos analizados en el marco del presente procedimiento, mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2017 se requirió a A2Z la siguiente información:

- Documentación justificativa de la titularidad o derecho de uso de las infraestructuras objeto del presente conflicto (en concreto de la canalización subterránea ubicada entre la arqueta Polar 3, sita en la calle Pez Volador de la Urbanización La Torre Resort, hasta la arqueta situada frente al Colegio King's College de la misma urbanización sita en la localidad murciana de Torre Pacheco) por parte de esa operadora.
- Inversión realizada para su construcción y calendario de recuperación de la misma.

Con fecha 6 de abril de 2017 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de A2Z en respuesta al requerimiento efectuado, adjuntándose, a tal efecto, copia de la escritura de compraventa de las infraestructuras objeto del presente conflicto.

QUINTO.- Declaración de confidencialidad

Analizada la documentación aportada por A2Z junto a su solicitud de inicio del correspondiente conflicto de acceso, y teniendo en cuenta que la divulgación de la información sobre la actividad económica de dicha empresa podría causarle un perjuicio grave, mediante escrito de la Directora de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC de fecha 12 de mayo de 2017, se procedió a declarar la confidencialidad de los siguientes datos:

- Volumen de facturación a clientes durante el ejercicio 2016.
- Cuentas anuales del ejercicio 2016.

SEXTO.- Trámite de audiencia y acceso al expediente

El 24 de julio de 2017, se remitió a los interesados el informe emitido por la DTSA en el trámite de audiencia, tras la instrucción del expediente, dándoles un plazo de 10 días hábiles desde su notificación para que efectuaran las alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

Con esa misma fecha se dio traslado a Telefónica, asimismo, de todos los documentos aportados por A2Z en el marco del presente procedimiento, de conformidad con la solicitud formulada por esa operadora, con excepción de aquella que había sido declarada expresamente confidencial, al no afectar la misma a los intereses de Telefónica y al no haberse tenido en cuenta en el informe de audiencia.

SÉPTIMO.- Alegaciones en el trámite de audiencia

Mediante escrito de fecha 7 de agosto de 2017, Telefónica presentó escrito de alegaciones, manifestando su conformidad, en términos generales, con el informe de audiencia. No obstante, comunica que se está tramitando simultáneamente un procedimiento monitorio por el Juzgado de Primera Instancia nº14 de Murcia (procedimiento monitorio no. 145/16), en el cual se discute la supuesta ocupación por parte de Telefónica de una infraestructura de la cual forma parte la canalización que es objeto del presente conflicto, procedimiento que está pendiente de resolución. Por ello, Telefónica solicita el archivo del presente expediente.

Con fecha 29 de septiembre de 2017 Telefónica aporta copia de la demanda y de la contestación a la misma, solicitando expresamente que esta Comisión se abstenga de resolver el presente procedimiento como consecuencia de estos hechos, solicitándose asimismo la confidencialidad de estos datos.

No se ha recibido escrito de alegaciones por parte de A2Z.

OCTAVO.- Declaración de confidencialidad

Mediante acto de fecha 3 de octubre de 2017 se procedió a la declaración de confidencialidad frente a terceros de la información remitida por Telefónica, así como de los datos relativos al coste de adquisición de las infraestructuras por parte de A2Z.

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

De conformidad con las cuestiones planteadas por A2Z en su escrito de interposición del presente conflicto, constituye el objeto del procedimiento determinar las condiciones que, en su caso, deberán regir el acceso, por parte de Telefónica, a las infraestructuras de A2Z -en concreto, a la canalización subterránea ubicada entre la arqueta Polar 3, sita en la calle Pez Volador de la Urbanización La Torre Resort, y la arqueta situada frente al Colegio King's College de la misma urbanización-, sita en la localidad murciana de Torre Pacheco.

No es objeto del presente conflicto, al exceder del ámbito de las competencias propias de la CNMC, efectuar pronunciamiento alguno en lo que se refiere a la

titularidad de las infraestructuras afectadas por este procedimiento¹. La cuestión de la titularidad de las infraestructuras tiene una trascendencia privada, que va más allá de la determinación por la CNMC del precio que resulte de aplicación en el acceso por parte de Telefónica a las mismas, y que deberá en su caso ser ventilada por los tribunales competentes –siendo además la cuestión analizada precisamente en el procedimiento monitorio mencionado en el Antecedente Octavo de la presente Resolución-.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La LGTel otorga a la CNMC las competencias para intervenir en las relaciones entre operadores y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, tal como se prevé en sus artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g). En particular, el artículo 70.2 d) de la referida Ley se refiere a la competencia de la CNMC para la resolución de los *“conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley.”*

Por su parte, el artículo 37 de la LGTel regula el acceso a las infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 del citado artículo 37, *“las partes negociarán libremente los acuerdos del acceso a que se refiere este artículo y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas. Cualquiera de las partes podrá presentar un conflicto sobre el acceso y sus condiciones ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”* Esta competencia se encuentra recogida, asimismo, en el artículo 4.8 del RDRC.

¹ En el mismo sentido, la obligación de acceso establecida en la oferta MARCo de Telefónica se establece con carácter genérico (acceso a todas aquellas infraestructuras sobre las cuales esa operadora ostente un derecho de uso), no contemplándose unas obligaciones diferenciadas en función del título jurídico ostentado por Telefónica sobre dichas infraestructuras (ya sea como propiedad; posesión; uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público municipal; etc). La determinación expresa del derecho real ostentado por Telefónica en los acuerdos de uso compartido de infraestructuras no se ha considerado nunca oportuna por parte de esta Comisión, y en el mismo sentido se ha manifestado la Audiencia Nacional en sus sentencias de 22 de mayo de 2012 (nº de recurso 747/2009) y de 24 de septiembre de 2014 (nº de recurso 680/2012).

Igualmente, y de conformidad con los artículos 6.4 y 12.1.a).3º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), esta Comisión es competente para conocer los conflictos que se planteen entre los operadores en relación con las condiciones de uso compartido de infraestructuras.

Por ello, en virtud de los preceptos citados y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y al artículo 14.1 b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el órgano decisorio competente para la resolución del presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Infraestructuras objeto del presente expediente

La entidad A2Z aduce que es titular de una red de telecomunicaciones ubicada en el complejo residencial La Torre Golf Resort sita en el término municipal de Torre Pacheco en la provincia de Murcia, de conformidad con la escritura otorgada ante notario, de fecha 11 de marzo de 2015, mediante la que se eleva a público el contrato de compraventa privado celebrado entre dicha entidad y la mercantil Polaris World Servicios Turísticos, S.L., de fecha 18 de junio de 2014, mediante el que se adquiere la infraestructura y redes de telecomunicaciones de la Urbanización Torre Golf Resort.

Dichas infraestructuras vienen siendo utilizadas por parte de Telefónica sin consentimiento de A2Z, centrándose el marco del presente conflicto en un tramo de canalización subterránea, que A2Z estima en unos 600 metros, el cual discurre desde la arqueta Polar 3 sita en la calle Pez Volador hasta la situada frente al King's College de la referida urbanización.

Esta delimitación objetiva resulta de especial transcendencia a la vista de la información aportada por Telefónica, en su escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia, de conformidad con el cual pone en conocimiento de esta Comisión que la infraestructura analizada en el presente conflicto forma parte de la canalización objeto de controversia entre esa operadora y A2Z, pendiente de resolución judicial en el Juzgado de Primera Instancia nº14 de Murcia (procedimiento ordinario 1287/16, Origen Monitorio 145/16).

Como consecuencia de lo anterior, Telefónica considera que la CNMC debería de abstenerse de resolver el presente procedimiento.

Esta Comisión estima, sin embargo, que el referido procedimiento judicial no afecta a los términos dirimidos en el marco del presente conflicto. Debe ponerse de manifiesto, en este sentido, que para que pueda afirmarse que existe litispendencia es preciso que un asunto sea objeto de dos procesos

jurisdiccionales. No originan litispendencia, por tanto, actuaciones distintas a los procesos jurisdiccionales, por lo que la existencia de actuaciones administrativas sobre una determinada cuestión no puede fundamentar la excepción de litispendencia², tal y como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo. En este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2004 (Sentencia núm. 134/2004), señala expresamente lo siguiente:

“(…) con seguimiento de la línea jurisprudencial mantenida en las SSTS de 7 de abril de 1994 (RJ 1994, 2729), 6 de febrero de 1998 (RJ 1998, 408) y 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 5148) para supuestos similares, configurada por la primera resolución citada de la manera siguiente: «en cuanto a la excepción de litispendencia (artículo 533.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es claro que la misma fue correctamente desestimada, pues sólo opera en el caso de coexistencia de otro proceso del que esté conociendo el mismo u otro Juzgado o Tribunal del mismo orden jurisdiccional, pero no cuando, como aquí sucede, se trata de actuaciones administrativas, todo ello conforme a la doctrina jurisprudencial (así, STS de 3 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10000]).

La resolución que aprobó el deslinde, dictada por la Administración, ha de ser impugnada ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin embargo las cuestiones relativas al carácter público o privado del dominio se dilucidarán ante la jurisdicción civil, como resulta del artículo 2 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1956, 1890), en su redacción vigente al tiempo de iniciarse este litigio; del artículo 14 de la Ley de Costas de 1988 (RCL 1988, 1642) y su Reglamento (RCL 1989, 2639 y RCL 1990, 119), cuyo artículo 29.1 se refiere a la anotación preventiva de la correspondiente reclamación judicial; y se llega a idéntica conclusión mediante el fundamento jurídico segundo D) de la STC número 149/1991 (RTC 1991, 149)”.

Por tanto, y centrándonos únicamente en la utilización por Telefónica de las infraestructuras objeto del presente conflicto, resultan muy gráficas las siguientes imágenes aportadas por A2Z para acreditar la ocupación:

² A excepción del non bis in ídem previsto para los procedimientos sancionadores de carácter administrativo, los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77.4 de la LPAC, se encuentran vinculados por los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes. En el mismo sentido, el artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.



Debe destacarse, asimismo, que con fecha 30 de junio de 2015 la propia Telefónica se puso en contacto con A2Z, mediante correo electrónico, a fin de comunicarle que, con objeto de dar servicio al King's College de un Macrolan³, solicitaba permiso de paso para la instalación de un cable de 16 fibras ópticas en la infraestructura que había ocupado, esto es, entre la arqueta Polar 3, ubicada en la calle Pez Volador, hasta la arqueta sita enfrente del colegio King's College. Se anexaba, a tal efecto, el siguiente plano con el recorrido efectuado:

³ El servicio MacroLAN es la solución técnica de Telefónica de altas prestaciones y velocidad para la interconexión de RPV (red privada virtual).

competitivos y con mejores condiciones, entre otras, estableciendo el derecho de acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Estas previsiones han sido objeto de desarrollo reglamentario mediante el RDRC, que regula el derecho de acceso de los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad a las infraestructuras pasivas que puedan albergar este tipo de redes.

En concreto, el RDRC establece, a los efectos que interesan en el marco del presente procedimiento, los sujetos obligados a prestar dicho acceso, el contenido de las solicitudes, el plazo para negociar, así como los principios y elementos que la CNMC habrá de tener en cuenta a la hora de resolver los conflictos que se puedan suscitar.

En el artículo 3 del RDRC se define, asimismo, cuáles son las infraestructuras físicas sobre las que se establece el derecho de acceso de los operadores, teniendo dicha consideración cualquier elemento de una red que, sin llegar a ser un elemento activo de la misma, esté pensado para albergarla (tales como tuberías, mástiles, conductos, o cámaras de acceso.)

Entre los sujetos obligados a facilitar el acceso se encuentran, de conformidad con el artículo 3.5, los siguientes:

- Operadores de redes que proporcionen una infraestructura física destinada a prestar un servicio de producción, transporte, o distribución de gas, electricidad, calefacción o agua (con exclusión de las redes utilizadas para el transporte de agua destinada al consumo humano).
- Operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles para el público (con exclusión de las redes privadas de comunicaciones electrónicas).
- Las empresas que proporcionen infraestructuras físicas destinadas a prestar servicios de transporte (ferrocarriles, carreteras, puertos y aeropuertos)
- Las Administraciones Públicas titulares de las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas.

En el supuesto analizado en el marco del presente conflicto debe tenerse en cuenta que la entidad A2Z figura inscrita en el Registro de Operadores de redes y comunicaciones electrónicas⁴ como persona autorizada para explotar una red pública de comunicaciones electrónicas⁵, así como para la prestación

⁴ Cuya llevanza continúa correspondiendo a esta Comisión, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel.

⁵ Red soporte del servicio de radiodifusión sonora y televisión (expediente RO 2004/1689).

de diferentes servicios de comunicaciones electrónicas⁶, por lo que se encuentra dentro de los sujetos potencialmente obligados a facilitar el acceso.

Las solicitudes de acceso han de ser razonables, en virtud de lo establecido en el artículo 4.3 del RDRC, y han de presentarse mediante solicitud escrita en la que se especifique, como mínimo:

- a) Motivo de acceso a la infraestructura.
- b) Descripción de elementos a desplegar en la infraestructura.
- c) Plazo en el que se produzca el despliegue en la infraestructura.
- d) Zona en la que se tiene intención de desplegar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.
- e) Declaración de confidencialidad en relación a cualquier información que se reciba como resultado del acceso a la infraestructura.

En este sentido, y a fin de regularizar su situación (puesto que la ejecución de las obras ya había sido realizada con anterioridad), Telefónica formuló una solicitud a A2Z mediante correo electrónico remitido el 30 de junio de 2015 – obrante en el expediente⁷-, en el que se determina el motivo del acceso (la prestación del servicio MacroLan al Kings College), los elementos desplegados y su ubicación (instalación de un cable de 16 Fo entre la arqueta Polar 3, ubicada en la calle Pez Volador, hasta la arqueta sita enfrente del Colegio King's College).

TERCERO.- Precio del acceso aplicable en el presente caso

De conformidad con lo establecido en el artículo 37.6 de la LGTel, las partes negociarán libremente los acuerdos de acceso y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas.

En caso de conflicto, el artículo 4.8 del RDRC establece que a la hora de determinar el precio del acceso, la CNMC deberá asegurar que el suministrador del acceso tenga oportunidad de recuperar sus costes de manera justa, teniendo en cuenta los siguientes aspectos fijados en el artículo 4.9 del RDRC:

- a) La incidencia del acceso solicitado en el plan de negocio del suministrador de acceso.
- b) Las inversiones realizadas por el suministrador del acceso, concretamente las inversiones realizadas en la infraestructura física a la cual se solicita acceso para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.
- c) La imposición de soluciones anteriores por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁶ Prestación del servicio de transmisión de datos disponibles al público, reventa del servicio telefónico fijo y operador móvil virtual.

⁷ Correo adjunto como documento núm. 3 al escrito de interposición de conflicto inicial de A2Z (Antecedente Primero).

- d) Las circunstancias características del área geográfica de que se trate.

Por otro lado, según el artículo 4.10 del RDRC, cuando el conflicto esté relacionado con el acceso a la infraestructura física de un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas, como sucede en el supuesto analizado en el marco del presente procedimiento, la CNMC debe, en la resolución del conflicto y en la fijación de precios:

- a) Tomar en consideración los objetivos y principios fijados en el artículo 3 de la LGTel, entre los que se encuentran el fomento del despliegue de redes y servicios para garantizar la conectividad digital y la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras y el acceso a los derechos de ocupación de la propiedad pública y privada.
- b) Contemplar la inversión realizada en la infraestructura física a la cual se solicita el acceso, de manera que se eviten situaciones que degraden o desequilibren la competencia por la falta de inversión de ciertos operadores cuyo negocio se base exclusiva o mayoritariamente en la utilización de infraestructuras de otros.
- c) Tener plenamente en cuenta la viabilidad económica de las inversiones realizadas por el suministrador del acceso en función de:
- i) su perfil de riesgo;
 - ii) el calendario de recuperación de la inversión;
 - iii) la incidencia del acceso sobre la competencia en mercado descendentes y por consiguiente en los precios y la recuperación de la inversión;
 - iv) la depreciación de los activos de la red en el momento de la solicitud de acceso;
 - v) el modelo de negocio que justifique la inversión realizada, en particular en las infraestructuras físicas de reciente construcción utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, y;
 - vi) la posibilidad de despliegue conjunto que se haya ofrecido anteriormente al solicitante del acceso.

Por tanto, y de conformidad con los criterios establecidos en la normativa referenciada, el precio de acceso debe como mínimo estar orientado a la recuperación de los costes (“de manera justa”) en los que haya incurrido el titular de la infraestructura para su construcción o adquisición, debiendo tenerse en cuenta los criterios transcritos⁸.

⁸ La CNMC se ha pronunciado asimismo recientemente sobre los principios que deben guiar la fijación de los precios de acceso en la Resolución del conflicto entre el Ayuntamiento de Torelló y Guifi.net sobre las condiciones de acceso a infraestructuras susceptibles de alojar una red pública de comunicaciones electrónicas (CFT/DTSA/009/16).

En el presente caso, sin embargo, no se dispone de datos relativos a los costes de las infraestructuras ocupadas (tales como estudios de costes o procedimientos similares), constando únicamente el precio de compraventa que en principio pagó A2Z por el conjunto de las infraestructuras y redes de comunicaciones situadas en la urbanización La Torre Golf Resort por parte de A2Z –si bien existe una discrepancia acerca de la titularidad de las infraestructuras que está siendo conocida en el procedimiento monitorio previamente mencionado⁹-. Dada la ausencia de cualquier otro elemento que asista a la CNMC en la determinación del precio de acceso, y a pesar de las limitaciones inherentes al uso de dicha variable – y no otras como un estudio de costes - como dato relevante para el cálculo del precio de acceso que Telefónica deberá abonar a A2Z, el precio de compraventa será por consiguiente el factor tomado en consideración para realizar los cálculos que resulten pertinentes.

A estos efectos, y al objeto de determinar el precio de acceso en el presente caso, se ha procedido a realizar un estudio orientativo, partiendo del importe de **[CONFIDENCIAL: €]** correspondiente a la adquisición del conjunto de las infraestructuras, de conformidad con el contrato de compraventa cuya copia ha sido aportada por A2Z. Teniendo en cuenta que son 600 los metros de canalización construidos (aspecto no cuestionado por Telefónica en los diferentes escritos aportados en el procedimiento), el precio de adquisición por A2Z de las infraestructuras sería de **[CONFIDENCIAL:] €/metro**. A este precio deberán aplicarse los siguientes correctores:

- Vida útil de la canalización: la vida útil es el periodo durante el cual se espera que un activo esté en condiciones para la generación de rendimientos y por tanto es el periodo durante el cual se amortizará. Con el valor correspondiente de vida útil se obtienen los costes calculados de los diferentes activos.

En el presente caso se entiende que una vida útil razonable para las canalizaciones de A2Z puede fijarse en 40 años, en concordancia con la vida útil para este tipo de activo establecida en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 20 de abril de 2017, sobre la propuesta de vidas útiles para la contabilidad de costes corrientes de Telefónica, para 2016¹⁰, dada la similitud entre las infraestructuras analizadas en el marco de dicho expediente y en el presente expediente.

- Tasa anual de coste de capital: el WACC¹¹ es el coste promedio de la deuda y de los fondos propios, ponderados en función de sus respectivos pesos en la estructura de financiación de la compañía o del negocio objeto de análisis. Para la estimación del coste de los recursos propios la

⁹ Véase, por todos, el Fundamento material Primero de la presente Resolución.

¹⁰ VECO/DTSA/002/17/VIDAS ÚTILES

¹¹ WACC: *Weighted Average Cost of Capital*.

metodología que la CNMC viene utilizando se apoya en la aplicación de la teoría *Capital Asset Pricing Model* (CAPM), según la cual la rentabilidad exigida por un inversor a un activo determinado se calculará en función del riesgo sistemático (aquel no eliminable por la diversificación) que implica la inversión en dicho activo.

En este sentido, la rentabilidad de dicho activo vendrá determinada por la tasa libre de riesgo más una prima adicional que incentive al inversor a asumir un mayor riesgo. Esta prima vendrá determinada por la rentabilidad esperada de mercado y la llamada beta del activo, que representa la sensibilidad de dicho activo a los movimientos del mercado (su volatilidad o variabilidad).

A este respecto, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC determinó, en su Resolución de fecha 17 de noviembre de 2016¹², la tasa anual de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes de Telefónica, como operador declarado con poder significativo de mercado para el ejercicio 2016 en un 6,32%, porcentaje cuya aplicación se considera adecuado en el marco del presente conflicto.

- Finalmente se toma en consideración la metodología ascendente de costes incrementales a largo plazo (BU LRIC+) por resultar la más adecuada para establecer los costes de mantenimiento y los costes comunes, ya que, tal y como se señala en la Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de septiembre de 2013¹³, esta metodología modeliza los costes incrementales de capital (incluidos los irre recuperables) y funcionamiento soportados por un operador hipotéticamente eficiente en la prestación de todos los servicios de acceso y añade un margen para la recuperación estricta de los costes comunes.

En efecto, la metodología BU LRIC+ permite recuperar todos los costes contraídos de manera eficiente, calculando, con carácter prospectivo (es decir, basándose en las tecnologías más modernas, la demanda prevista, etc.) los costes que contraería actualmente un operador de redes eficiente para construir una red moderna capaz de prestar todos los servicios requeridos. De conformidad con esta metodología, utilizada por esta Comisión desde el año 2013¹⁴ los costes de mantenimiento se determinan

¹² Resolución relativa a la tasa anual de coste de capital a aplicar en el contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U. del ejercicio 2016 (WACC/DTSA/002/16/WACC 2016 INTEGRADOS).

¹³ Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de septiembre de 2013, relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha (2013/466/UE), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2013.

¹⁴ El 17 de enero de 2013, esta Comisión sometió a consulta pública el modelo de costes BU-LRIC+ con el fin de evaluar los costes eficientes en que un operador incurriría en la construcción de las redes de acceso de pares de cobre y fibra óptica. A la vista de las variadas consideraciones aportadas, se incorporaron al modelo una serie de modificaciones que dieron

en un porcentaje del 10%, porcentaje que también resulta aplicable para los costes comunes.

- Los conductos utilizados en el marco del presente conflicto son ocho (de conformidad con las fotos aportadas por A2Z en su escrito inicial)

Utilizando las anteriores herramientas y, a la vista de la documentación obrante en el presente expediente, se considera que el precio propuesto por A2Z (0,50 euros por metro lineal) no resulta razonable en el presente caso. En efecto, estableciendo un periodo temporal de pagos mensuales a lo largo de 40 años para recuperar la inversión realizada por A2Z, más los valores de la WACC, y finalmente dividiendo el resultado entre los ocho conductos que tiene la canalización objeto del presente conflicto, se obtiene un resultado final de **[CONFIDENCIAL:**

FIN DE CONFIDENCIALIDAD]

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.9 del RDRC, el precio fijado por la CNMC debe permitir al suministrador del acceso recuperar sus costes de manera justa y tener en cuenta – entre otros factores - la imposición de soluciones anteriores por parte de la CNMC. En el mismo sentido, según el artículo 4.3 del RDRC, las condiciones del acceso, incluyendo las relativas al precio, que en principio deberán negociarse entre las partes, han de prever unas condiciones equitativas y razonables, con vistas al despliegue de elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

Dado lo que antecede, el precio que se extrae del estudio llevado a cabo por la CNMC debe valorarse a la luz del precio fijado en la oferta mayorista de acceso a la infraestructura pasiva de Telefónica, esto es, la oferta MARCo¹⁵,

como resultado la nueva versión que es la que se ha aplicado en el marco del este procedimiento.

¹⁵ La oferta MARCo es la implementación práctica de la obligación de transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil de Telefónica, establecida en el anexo 3 de la Resolución de revisión de los mercados de banda ancha, de 24 de febrero de 2016 (ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4). Esta oferta recoge un conjunto de servicios

configurándose en el caso presente dicho precio mayorista – fijado conforme a criterios de estricta orientación a costes – como un umbral mínimo que permita asegurar la razonabilidad del precio de acceso a la infraestructura de A2Z. Se ha de adoptar este criterio al no disponerse de otras referencias de costes de A2Z en el marco del presente conflicto y tener que considerar que hay diferencias en el modelo de negocio y escala y perfil del riesgo de un operador como A2Z –respecto de un operador como Telefónica- que es difícil trasladar a los precios.

En términos similares se ha manifestado Telefónica en sus escritos de alegaciones, al considerar que el precio fijado por la CNMC ha de basarse en los criterios establecidos en el servicio regulado MARCo, por constituir actualmente la única referencia regulada de un servicio de acceso a infraestructura civil.

Por tanto, y en relación con el precio del acceso a canalizaciones a establecer en el presente conflicto, se concluye que deben tomarse en consideración los precios fijados en la oferta MARCo –que están orientados a costes-, para los elementos de la red de A2Z empleados por Telefónica en la localidad de Torre Pacheco, al resultar los precios de la oferta MARCo superiores a los que se han extraído del estudio efectuado por la CNMC para la canalización concreta de A2Z. Ello se concluye sobre la base de que –tal y como se ha señalado anteriormente– el análisis parte de un precio (el precio de compraventa) que puede constituir una referencia imperfecta para determinar el precio del acceso en condiciones de razonabilidad, ya que la normativa establece criterios adicionales para fijar el precio “de manera justa” (perfil del riesgo del operador, modelo de negocio, etc.), que, al no conocerse, son difícilmente valorables e imputables al precio final.

En particular, a los efectos del presente expediente se tomará como referencia el precio que resultaría de la aplicación de la Oferta MARCo en lo relativo a (i) el acceso a los subconductos de Telefónica (al ser ésta la tipología de canalización empleada en la infraestructura objeto del presente conflicto) así como (ii) el acceso a arquetas tipo H. Asimismo, se ha de tomar en consideración (iii) la distancia de la canalización ocupada y el número de arquetas ocupadas.

Por lo que respecta a la distancia de la canalización ocupada, no se dispone de información suficiente en el marco del presente conflicto para determinar la cantidad exacta de metros ocupados por Telefónica. No obstante, partiendo de las medidas sobre el plano aportado por Telefónica, y suponiendo que las cotas indicadas estén debidamente realizadas, así como de las mediciones aproximadas extraídas de la cartografía pública disponible en la oficina

que Telefónica debe prestar para facilitar dicho acceso, sus condiciones técnicas, económicas y procedimientos asociados.

telemática del Catastro, se considera que la distancia ocupada es de 204 metros.

En principio, ésta será la distancia sobre la que resultará de aplicación el precio que se determine en el marco del presente conflicto, debiendo a este respecto tenerse en cuenta que los 600 metros invocados por A2Z en sus escritos, parecen hacer referencia a un tramo mayor de canalización y no solo al ocupado por Telefónica¹⁶.

Utilizando los anteriores parámetros se obtienen los siguientes resultados:

Categoría	Precio MARCO	Cantidad (ml, ud)	Total (€)
Subconducto Ø40mm	0,062€/mes por metro lineal	204 metros	12,648 €
Arqueta grande Tipo H	0,92€/mes por unidad	4 uds.	3,68 €
Total			16,328 €

Como se desprende de la tabla adjunta, los citados precios de referencia se han ajustado por el número de metros lineales ocupados por Telefónica (204 metros) así como el número de arquetas que han sido empleadas (4).

De este modo, dividiendo el precio de acceso así calculado (16,328€) por el número de metros lineales ocupados (204 metros) se obtiene un precio de acceso de **0,08 €/mes por metro lineal** de conducto, precio que como se ha indicado es superior al precio de [CONFIDENCIAL: €] que se obtiene tomando como punto de partida el precio de compraventa satisfecho por A2Z por la infraestructura objeto de este conflicto.

En su escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia, Telefónica ha declarado su conformidad con el precio propuesto. A2Z no ha formulado alegaciones.

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

RESUELVE

PRIMERO.- En el caso de que Telefónica de España, S.A.U. desee continuar ocupando los conductos de A2Z Telecomunicaciones, S.L.U., deberá, en el plazo de diez días hábiles a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución, formalizar el correspondiente contrato de acceso.

¹⁶ Para conocer la distancia exacta, sería preciso disponer de los planos de la canalización generados tras su construcción (As-built), los cuales deberían estar en poder de A2Z como titular o explotador de la infraestructura.

SEGUNDO.- El precio mensual por el acceso a partir de la formalización del contrato se fija en 0,08 €/mes por metro lineal por conducto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.