

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO ENTRE AITEL Y ENDESA RELATIVO AL ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS DE ESTE ÚLTIMO OPERADOR EN EL MUNICIPIO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

CFT/DTSA/025/17/AITEL vs. ENDESA INFRAESTRUCTURAS

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 18 de enero de 2018

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/DTSA/025/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito de Aitel interponiendo un conflicto de acceso

El 16 de junio de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Aietes Telecom, S.L.U. (Aitel) en virtud del cual interponía un conflicto frente a Endesa Distribución Eléctrica, S.L. (Endesa) relativo al acceso a las infraestructuras subterráneas y aéreas de Endesa en el municipio de Santa Cruz de Tenerife, con el objeto de que Aitel pueda desplegar una red propia de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

En su escrito, Aitel señalaba que había intentado negociar el acceso a las canalizaciones y postes de Endesa en el municipio de Santa Cruz de Tenerife, tal y como le habilita la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) y 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 (Real Decreto 330/2016). Según Aitel, Endesa se habría negado a facilitar dicho acceso, y habría asimismo

rechazado trasladar a Aitel una propuesta de precios y la información mínima relativa a sus infraestructuras que, según el Real Decreto 330/2016, Endesa está obligada a suministrar.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escritos de 4 de julio de 2017 se comunicó a Aitel y Endesa el inicio del presente conflicto de acceso, requiriéndose asimismo de ambos agentes que aportaran determinada información adicional, necesaria para la resolución del conflicto.

TERCERO.- Información adicional aportada por Aitel y Endesa

Mediante escritos de 16 y 28 de julio 2017, respectivamente, Aitel y Endesa aportaron la información requerida por la CNMC junto al acto de notificación del inicio del procedimiento.

CUARTO.- Alegaciones adicionales de Aitel

En fecha 5 de octubre de 2017, tuvo entrada un escrito adicional de Aitel, por el que aportaba información actualizada sobre el estado de las negociaciones con Endesa a partir de la fecha de interposición del conflicto, y solicitaba la intervención de la CNMC en relación con determinadas cuestiones que se habían suscitado entre las partes.

QUINTO.- Trámite de audiencia

El 8 de noviembre de 2017, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se notificó a Aitel y Endesa el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

SEXTO.- Alegaciones de los interesados en el trámite de audiencia

Endesa presentó sus alegaciones al informe referido en el antecedente anterior en fecha 29 de noviembre de 2017. En su escrito, Endesa señala que acata el sentido de la propuesta formulada por la DTSA, aun cuando formula una serie de observaciones que son objeto de consideración en la presente Resolución.

Aitel no formuló alegaciones al informe de la DTSA. Sin embargo, el 21 de noviembre de 2017, Aitel dio traslado a la CNMC de un escrito dirigido a Endesa en fecha 17 de noviembre de 2017. En el citado escrito, Aitel realiza una nueva solicitud de acceso a la información mínima de Endesa, especificando de manera detallada las zonas geográficas de su interés en el

municipio de Santa Cruz de Tenerife, en línea con las consideraciones efectuadas por la DTSA en su informe (y que son analizadas a continuación).

SÉPTIMO.- Informe de la Sala de Competencia

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

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

En su escrito de interposición del conflicto, Aitel indica que, a partir del mes de octubre de 2016, inició una serie de contactos con Endesa, a fin de negociar el acceso a su infraestructura física (canalizaciones subterráneas y postes), para el despliegue de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en fibra óptica en el municipio de Santa Cruz de Tenerife. Estos contactos iniciales dieron lugar a una solicitud formal de acceso por parte de Aitel a la infraestructura de Endesa, en fecha 8 de febrero de 2017.

Tras haber mantenido algunas reuniones infructuosas con Endesa, y haber intercambiado distintos escritos detallando su solicitud, Aitel se habría visto obligada a interponer el presente conflicto de acceso, dada la negativa de Endesa a garantizar a Aitel el acceso a su infraestructura.

Por su parte, Endesa considera que – dada la amplitud y carácter genérico de la solicitud formulada por Aitel en su escrito de fecha 8 de febrero de 2017 – no resulta razonable exigir de Endesa que ponga a disposición de Aitel todo tipo de información relativa a la localización y trazado de su infraestructura en el municipio de Santa Cruz de Tenerife.

En particular, según Endesa, Aitel no habría concretado las zonas en las que llevaría a cabo el despliegue de una red de telecomunicaciones, ni habría suministrado los datos necesarios para verificar cuál es la infraestructura física de la red de distribución de Endesa que podría verse afectada. Endesa no habría por consiguiente podido verificar la viabilidad técnica de su infraestructura, o si por ejemplo resulta necesario llevar a cabo determinadas adaptaciones en la misma a fin de facilitar la instalación de una red de comunicaciones electrónicas.

Tal y como se desprende de su intercambio de correspondencia con Aitel, Endesa considera por otra parte que podrían existir condicionantes de carácter técnico que dificultarían el acceso a su infraestructura física, siendo ésta una de las posibles causas de denegación del acceso previstas en el Real Decreto 330/2016.

Endesa se refiere en particular al Reglamento electrotécnico para baja tensión, aprobado por el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto (REBT), cuya instrucción técnica complementaria (ITC) BT-07 (“Redes subterráneas para distribución en baja tensión”) establece que *“la distancia mínima entre los cables de energía eléctrica y los de telecomunicación será de 0,20 m”*. Según Endesa, la citada normativa técnica desaconsejaría por consiguiente albergar un cable eléctrico y un cable de telecomunicaciones en el interior de un tubo de distribución de Endesa, debiendo disponerse ambos cables en tubos separados.

En consecuencia, el objeto de este procedimiento es resolver sobre las pretensiones de Aitel, en el marco del conflicto planteado y a la luz de las alegaciones formuladas por Endesa.

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

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

Tal y como señala el artículo 6.5 de la LCNMC, este organismo *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”*, correspondiéndole a estos efectos *“realizar las funciones atribuidas por la [Ley 9/2014, de 9 de mayo], y su normativa de desarrollo”*.

El artículo 37 de la LGTel regula el acceso a las infraestructuras de las empresas y operadores de otros sectores distintos al de las comunicaciones electrónicas (incluyendo entre otras las empresas activas en la distribución de gas y electricidad) que sean susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Según recoge 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”*.

En similares términos, el artículo 70.2.d) de la referida Ley señala que corresponde a la CNMC *“resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley”*, incluyendo en particular 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”*¹.

Por su parte, el Real Decreto 330/2016 desarrolla el contenido de las obligaciones que deben asumir los sujetos obligados (incluyendo los operadores de redes que proporcionen una infraestructura física destinada a prestar un servicio de producción, transporte o distribución de gas, electricidad o calefacción) para facilitar el acceso a infraestructuras físicas de su titularidad susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, así como a la información mínima que permitirá instrumentalizar el acceso a dichas infraestructuras. La citada norma establece en su artículo 4.8 que *“cualquiera de las partes podrá plantear el conflicto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando se deniegue el acceso o cuando transcurrido el plazo de dos meses mencionado en el apartado 7, no se llegue a un acuerdo sobre las condiciones en las que debe producirse el mismo, incluidos los precios, sin perjuicio del posible sometimiento de la cuestión ante los tribunales”*, y confiere asimismo en su artículo 5.7 la competencia a la CNMC para resolver los conflictos que se puedan plantear en materia de acceso a la información mínima.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y en el 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.

¹ El artículo 15.1 de la LGTel determina que *“la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”*.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Contexto en el que se enmarca el conflicto

Como se expone a continuación, para la resolución del presente conflicto deberá estarse a lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones, así como en la demás normativa específica que resulta de aplicación.

1. Normativa sectorial de telecomunicaciones

Según el artículo 37.2 de la LGTel:

“las entidades o sociedades encargadas de la gestión de infraestructuras de transporte de competencia estatal, así como las empresas y operadores de otros sectores distintos al de las comunicaciones electrónicas que sean titulares o gestoras de infraestructuras en el dominio público del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales o beneficiarias de expropiaciones forzosas y que sean susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas facilitarán el acceso a dichas infraestructuras a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, siempre que dicho acceso no comprometa la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios que en dichas infraestructuras realiza su titular. En particular, este acceso se reconoce en relación con las infraestructuras viarias, ferroviarias, puertos, aeropuertos, abastecimiento de agua, saneamiento, y del transporte y la distribución de gas y electricidad. El acceso deberá facilitarse en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación”.

En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 4.2 del Real Decreto 330/2016:

“los sujetos obligados² deberán atender y negociar las solicitudes de acceso a su infraestructura física al objeto de facilitar el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad”.

La obligación de acceso a la infraestructura física de los operadores obligados conforme a la LGTel y el Real Decreto 330/2016 no tiene sin embargo un carácter incondicional. En particular, tal y como establece el artículo 4.7 del Real Decreto 330/2016:

“cualquier denegación de acceso deberá justificarse de manera clara al solicitante, en el plazo máximo de dos meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud de acceso completa, exponiendo los motivos en los que se fundamenta. La denegación deberá basarse en criterios objetivos, transparentes y proporcionados, tales como:

² Con carácter general, Endesa sería “sujeto obligado”, al incluirse entre otros los operadores de redes que proporcionen una infraestructura física destinada a prestar un servicio de producción, transporte o distribución de gas, electricidad (incluida la iluminación pública), calefacción y agua (ver artículo 3.5.a) del Real Decreto 330/2016).

a) La falta de idoneidad técnica de la infraestructura física a la que se ha solicitado acceso para albergar cualquiera de los elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. Los motivos de denegación basados en la falta de adecuación técnica de la infraestructura serán determinadas por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo mediante orden, previo informe del departamento ministerial con competencia sectorial sobre dicha infraestructura.

[...]”.

El Real Decreto 330/2016 regula asimismo en su artículo 5 el acceso a la información mínima relativa a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas y estudios sobre el terreno, disponiendo en su apartado 1 que:

“A fin de solicitar el acceso a una infraestructura física de conformidad con el artículo 4, los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas tienen derecho a acceder, previa solicitud por escrito en la que se especifique la zona en la que tienen intención de desplegar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad a la siguiente información mínima relativa a las infraestructuras físicas existentes de cualquiera de los sujetos obligados:

- a) localización y trazado de la infraestructura,*
- b) tipo y utilización de la misma, describiendo su grado de ocupación actual,*
- c) punto de contacto al que dirigirse”.*

2. Reglamento electrotécnico de baja tensión

En su intercambio de correspondencia con Aitel previo a la interposición del conflicto por parte de este agente, así como en sus alegaciones al inicio del presente procedimiento, Endesa mencionaba la posible falta de idoneidad técnica de su infraestructura física subterránea (canalizaciones) para albergar los elementos de las redes de comunicaciones de alta velocidad de Aitel.

En particular, Endesa se refería a las limitaciones de distancia entre los cables de telecomunicaciones y los de energía eléctrica contenidas en el REBT. En virtud de esta normativa, según Endesa, los cables de telecomunicaciones deberían disponerse siempre en tubo separado, y no en el interior del tubo de distribución empleado por este operador para albergar sus propios cables.

Según recoge el artículo 1, el REBT tiene por objeto:

“establecer las condiciones técnicas y garantías que deben reunir las instalaciones eléctricas conectadas a una fuente de suministro en los límites de baja tensión, con la finalidad de: a) Preservar la seguridad de las personas y los bienes; b) Asegurar el normal funcionamiento de dichas instalaciones y prevenir las perturbaciones en otras instalaciones y servicios; c) Contribuir a la fiabilidad técnica y a la eficiencia económica de las instalaciones”.

El REBT incorpora una serie de instrucciones técnicas complementarias (ITC), que desarrollan de manera más específica las disposiciones contenidas en el REBT. En particular, a los efectos de la resolución de este procedimiento, Endesa se refiere en sus escritos al apartado 2.2.2 de la ITC BT-07 (“Redes subterráneas para distribución en baja tensión”).

Según establece el citado apartado 2.2.2 (“Condiciones Generales para Proximidades y Paralelismos”):

“Los cables subterráneos de baja tensión directamente enterrados deberán cumplir las condiciones y distancias de proximidad que se indican a continuación, procurando evitar que queden en el mismo plano vertical que las demás conducciones.

[...]

Cables de telecomunicación

La distancia mínima entre los cables de energía eléctrica y los de telecomunicación será de 0,20 m. Cuando no puedan respetarse estas distancias en los cables directamente enterrados, el cable instalado más recientemente se dispondrá en canalización entubada según lo prescrito en el apartado 2.1.2.”

SEGUNDO.- Valoración de las cuestiones planteadas por Aitel y Endesa

Se analizan a continuación las cuestiones que son objeto de controversia entre las partes, relativas a (i) la articulación del procedimiento a partir del cual Aitel debe poder acceder a la información mínima sobre las infraestructuras físicas de Endesa susceptibles de albergar una red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad; (ii) el acceso por parte de Aitel al resto de documentación necesaria para instrumentalizar el acceso; (iii) la posible existencia de condicionantes técnicos limitativos del acceso a la infraestructura física de Endesa.

Por último, se efectuarán una serie de consideraciones sobre (iv) la conveniencia de proceder - tal y como solicita Aitel - a analizar, conforme a la regulación *ex ante*, el mercado de acceso a infraestructura física en las Islas Canarias; (v) el resto de pretensiones de Aitel, según aparecen reflejadas en el escrito de alegaciones adicionales de este operador de fecha 5 de octubre de 2017.

Con carácter preliminar cabe señalar que Aitel pretende desplegar una red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, según su solicitud y de conformidad con su habilitación para explotar una red terrestre de comunicaciones electrónicas de fibra óptica, desde su notificación a esta Comisión el 17 de noviembre de 2016³. Por ello, esta empresa despliega una

³ Resolución del Secretario de la CNMC en el expediente con no. RO/DTSA/1196/16.

red incluida en el ámbito de aplicación del Real Decreto 330/2016 (artículo 2.1).

1. *Sobre el acceso a la información mínima relativa a la infraestructura física de Endesa*

Aitel y Endesa discrepan sobre los motivos que han llevado a Aitel a solicitar la intervención de la CNMC.

Según Aitel, Endesa habría rechazado la solicitud formal de acceso formulada por este agente. Endesa tampoco habría remitido a Aitel una propuesta de precios para el acceso a sus canalizaciones y postes, ni habría trasladado la información mínima sobre su infraestructura, tal y como exige el artículo 5 del Real Decreto 330/2016.

Por su parte, Endesa afirma que en todo momento ha cooperado de buena fe con Aitel, a fin de avanzar en las negociaciones y acordar los procedimientos que permitan asegurar el acceso a su infraestructura. Las negociaciones de acceso se habrían visto sin embargo condicionadas por la negativa de Aitel a identificar en su solicitud de 8 de febrero de 2017 (así como en comunicaciones posteriores) la zona o zonas concretas donde tiene previsto efectuar su despliegue, más allá de la referencia genérica a la totalidad del municipio de Santa Cruz de Tenerife.

En relación con esta cuestión, y en línea con lo aducido por Endesa, esta Sala considera que la formulación de una solicitud de acceso a la información mínima –al amparo del artículo 5.1 del Real Decreto 330/2016- debe ser razonable y por consiguiente suficientemente precisa⁴, identificándose el ámbito geográfico específico (por ejemplo el conjunto de vías por las que discurrirá el trazado de la red) donde está previsto que se lleve a cabo la fase inicial del despliegue.

A estos efectos, cabe señalar que el escrito remitido por Aitel a Endesa en fecha 8 de febrero de 2017 no concretaba suficientemente la zona en la que Aitel tenía intención de desplegar su red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, limitándose este operador a referirse genéricamente a su voluntad de llevar a cabo el despliegue en la totalidad del municipio de Santa Cruz de Tenerife.

Sin embargo, tal y como se ha señalado en los Antecedentes de Hecho, en fecha 17 de noviembre de 2017 Aitel remitió una nueva solicitud formal a Endesa, en virtud de la cual identificaba de manera más precisa – tal y como planteaba el informe elaborado por la DTSA en el trámite de audiencia – la

⁴ A estos efectos, el artículo 4.3 del Real Decreto 330/2016 impone a los sujetos obligados la obligación de atender y negociar una solicitud de acceso cuando la misma sea “razonable”. El Real Decreto 330/2016 fija asimismo una serie de requisitos que los operadores solicitantes de acceso deben cumplir, y parte de la premisa de que las negociaciones en materia de acceso se llevarán a cabo de buena fe entre las partes.

zona donde tiene previsto llevar a cabo el despliegue de su red en el municipio de Santa Cruz de Tenerife. En particular, en contraposición con su solicitud inicial de acceso, en el escrito de 17 de noviembre de 2017 Aitel identifica seis calles donde considera prioritario acceder a la información mínima relativa a las infraestructuras de Endesa.

Puede por tanto considerarse que las deficiencias contenidas en la solicitud inicial de Aitel (dada su falta de concreción) han sido subsanadas, identificándose en el escrito de 17 de noviembre de 2017 el ámbito geográfico específico donde Aitel precisa tener acceso a la información mínima sobre la infraestructura de Endesa⁵.

Una vez concretada la solicitud de Aitel, Endesa está obligada a suministrar la información especificada en el artículo 5 del Real Decreto 330/2016 y en el Anexo I sin mayor dilación, debiendo a estos efectos tomarse en consideración que el apartado 3 del artículo 5 contempla un plazo de dos meses a partir de la recepción de la solicitud para la aportación de la documentación requerida por el demandante de acceso. Dado que el vencimiento del plazo de dos meses indicado en el Real Decreto 330/2016 es el 17 de enero de 2018, se considera más razonable ampliar dicho término hasta un mes a partir de la notificación de la presente Resolución, a fin de que los interesados puedan tomar en consideración las conclusiones aquí alcanzadas.

Por otra parte, Endesa no podrá condicionar – tal y como ha planteado en algún momento a Aitel – el acceso a la información mínima relativa a sus infraestructuras al alta por parte de Aitel en un portal en Internet que contiene información digital cartográfica de redes de servicios, y donde se incluye (parte de) la infraestructura de Endesa, habida cuenta en particular de que dicho portal requiere de una suscripción de pago para poder recabar la información contenida en el mismo.

Debe a este respecto señalarse que el Real Decreto 330/2016 parte de la premisa de que los sujetos obligados tendrán a su disposición la información mínima relativa a sus infraestructuras mencionada en el artículo 5 y el Anexo I. Así, según establece el apartado 3 del artículo 5, “[...] los sujetos obligados tienen la obligación de atender las solicitudes de información mínima relativa a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas, otorgando el acceso a dicha información en condiciones proporcionadas, no discriminatorias y transparentes, en el plazo de dos meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud”⁶.

⁵ Cabe indicar que esta solicitud podrá irse complementando con otras solicitudes adicionales a medida que las partes vayan progresando en sus negociaciones relativas al acceso por parte de Aitel a la infraestructura física de Endesa en el municipio de Santa Cruz de Tenerife.

⁶ El subrayado es añadido. En el mismo sentido, el Considerando 22 de la Directiva 2014/61/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, señala que “*si la información mínima no está disponible a través del punto de información único, debe con todo garantizarse*”.

El cumplimiento de las obligaciones que en materia de información mínima establece el Real Decreto 330/2016 no puede por tanto quedar supeditado al alta por parte del operador solicitante de acceso en una base digital cartográfica de pago gestionada por terceros, debiendo Endesa plantear al menos otras vías alternativas que permitan al operador solicitante disponer de la información mínima necesaria sin necesidad de hacer uso – si no lo desea – de una base de datos de terceros.

Tal y como aduce Aitel, la información contenida en el citado portal de Internet podría a mayor abundamiento carecer de la necesaria concreción, y/o no reflejar adecuadamente los elementos contemplados en el Anexo I del Real Decreto 330/2016, lo que en cualquier caso haría necesario complementar la información mediante la remisión de solicitudes adicionales de información a Endesa, pudiendo así dilatarse de manera no justificada el acceso a la información mínima a la que se refiere el Real Decreto.

En sus alegaciones al informe de audiencia elaborado por la DTSA, Endesa señala que el acceso a la base digital cartográfica de pago será en todo caso opcional, pudiendo los operadores alternativos solicitar directamente a Endesa la cartografía y/o la visita a sus instalaciones, si así lo estiman conveniente.

Por último, también en lo referente al acceso a la información mínima de Endesa, resulta preciso señalar que – en contraposición con lo previsto en el artículo 4 en materia de acceso a la infraestructura física – el Real Decreto 330/2016 no incluye ninguna referencia sobre los criterios de fijación del precio en estos supuestos. Procede en todo caso indicar que la imposición de un precio de acceso a la información mínima no razonable o excesivo podría erigirse como una significativa barrera para el posterior despliegue de red por parte de terceros operadores, en un momento temporal en que el acceso efectivo a la infraestructura física todavía no se ha producido. En el caso de que Endesa desee facturar a un operador tercero por la preparación y remisión de la citada información mínima, deberá justificar fehacientemente la existencia de un coste específico en el que debe incurrir por la generación de la información requerida, y que debe ser por ello repercutido a los operadores terceros.

2. *Sobre el acceso al resto de documentación necesaria para instrumentalizar el acceso a la infraestructura física de Endesa*

Una vez concretada la zona en la que Aitel tiene intención de iniciar su despliegue, según los términos expuestos en el epígrafe anterior, Endesa debe, asimismo, remitir a dicho operador el resto de documentación necesaria para llevar a cabo las negociaciones de acceso, incluyendo en particular su

la posibilidad de que las empresas que suministren o estén autorizadas para suministrar redes públicas de comunicaciones soliciten directamente dicha información específica a cualquier operador de red de la zona afectada". La Directiva 2014/61/UE ha sido traspuesta al derecho nacional por medio del Real Decreto 330/2016.

propuesta definitiva de precios, así como los procedimientos operativos y protocolos técnicos que registrarán el acceso por parte de Aitel – en su caso – a la infraestructura física de Endesa.

Al igual que para la información mínima, se considera que el establecimiento de un plazo máximo de un mes a partir de la notificación de la presente Resolución, para la remisión de la información aquí indicada, es razonable.

A este respecto, en su contestación al requerimiento de la información de la CNMC, Endesa señala que está en la actualidad trabajando en los procedimientos internos y protocolos que permitirán instrumentalizar el acceso a su infraestructura física en Canarias y el resto de España.

Una vez entabladas las negociaciones entre Aitel y Endesa conforme a los términos aquí previstos, las partes podrán en su caso plantear un nuevo conflicto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia si se deniega el acceso o en el caso de que, transcurrido un plazo de dos meses, no se alcance un acuerdo sobre las condiciones en las que debe producirse el mismo, incluidos los precios.

3. *Sobre la existencia de posibles condicionantes técnicos que limitarían el acceso a la infraestructura de Endesa*

Como se ha expuesto, en sus comunicaciones iniciales con Aitel, Endesa planteaba la posible existencia de condicionantes de carácter técnico que limitarían el acceso a su infraestructura.

En concreto, y siempre según Endesa, de conformidad con lo contemplado en el REBT, cuya instrucción técnica complementaria (ITC) BT-07 establece en su apartado 2.2.2 que *“la distancia mínima entre los cables de energía eléctrica y los de telecomunicación será de 0,20 m”*, un mismo tubo no sería susceptible de albergar un cable eléctrico y un cable de telecomunicaciones.

A estos efectos, y como expone la propia Endesa en su escrito de contestación al requerimiento de información practicado por la CNMC, la citada cuestión fue objeto de consulta por parte de este agente a la Subdirección General de Calidad y Seguridad Industrial (Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa) del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

En su contestación a la consulta planteada por Endesa, la citada Subdirección General señala que los parámetros contenidos en la ITC BT-07 del Real Decreto 842/2002 no resultan de aplicación a los cables de fibra óptica cuando tengan cubiertas dieléctricas⁷. En el mismo sentido, se indica que el hecho de que en un mismo tubo existan instalaciones de diferente titularidad trasciende del ámbito de la seguridad industrial. A modo de conclusión, la Subdirección General de Calidad y Seguridad Industrial señala que, desde el punto de vista

⁷ Los materiales dieléctricos se caracterizan por tener una baja conductividad eléctrica.

de la calidad industrial, no resulta obligatorio que los servicios de baja tensión y de telecomunicaciones se instalen en tubos diferentes, incluso cuando los titulares de los servicios son diferentes, sin perjuicio de que dicha separación podría ser recomendable desde el punto de vista de la mejor gestión y mantenimiento de las instalaciones.

En su escrito de contestación al requerimiento de información de la CNMC, Endesa señala que una vez recibida la respuesta del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad a su consulta, y atendiendo a la finalidad de la LGTel y el Real Decreto 330/2016, cabe admitir que los cables de telecomunicaciones y de energía eléctrica puedan compartir una misma conducción subterránea, siempre y cuando se establezcan las condiciones de reserva y operación que se estimen necesarias para evitar poner en riesgo la finalidad con la que originariamente fueron construidas las conducciones, así como la seguridad de las personas y el servicio eléctrico.

Según Endesa, estas posibles restricciones resultarían de aplicación tanto a las conducciones subterráneas (por ejemplo, en lo que se refiere a la necesidad de que las redes de comunicaciones instaladas en canalizaciones de reserva no afecten a posibles ampliaciones de capacidad eléctrica) como a los postes aéreos (por ejemplo, en lo relativo al necesario respeto de una distancia mínima de seguridad para la instalación de redes de telecomunicaciones próximas a elementos eléctricos en tensión).

En definitiva, cabe concluir que la cuestión relativa a la idoneidad técnica de la infraestructura física de Endesa para albergar en un mismo tubo los cables eléctricos de este operador y los cables de telecomunicaciones de Aitel ya ha sido objeto de análisis por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, debiendo estarse a lo señalado por dicho organismo. A este respecto, en su escrito de contestación al requerimiento de información de la CNMC, Endesa señala que una vez recibida la respuesta del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, está desarrollando en la actualidad los procedimientos internos que permitirán garantizar la puesta a disposición de los operadores de telecomunicaciones de su red de distribución, por lo que ha dejado de ser una cuestión controvertida en el presente expediente –sin perjuicio de que haya solicitudes concretas de acceso con respecto a las cuales puedan concurrir problemas específicos-.

4. *Sobre la conveniencia de analizar el mercado de acceso a infraestructura física en las Islas Canarias*

En su escrito de interposición del conflicto, Aitel solicita que la CNMC proceda a analizar el mercado de acceso a la infraestructura física al menos en el ámbito de las Islas Canarias, al objeto de valorar si en el citado mercado de referencia Endesa posee poder significativo de mercado.

A este respecto, cabe recordar que en fecha 24 de febrero de 2016, la CNMC adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado

de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor (Resolución de los mercados 3 y 4⁸).

En la citada Resolución, la CNMC impuso – entre otras – la obligación a Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) de garantizar a nivel nacional el acceso a su infraestructura de obra civil (incluyendo sus canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes). El acceso a la infraestructura de obra civil de Telefónica se encuentra regulado a través de la oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (oferta MARCo), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 18 de octubre de 2016⁹.

La plena vigencia en el momento actual de la Resolución de los mercados 3 y 4 y de los actos administrativos de desarrollo de esta Resolución, así como, principalmente, la existencia de una obligación generalizada de acceso conforme al Real Decreto 330/2016¹⁰, que impone esta obligación con carácter horizontal sin atender a la posición individual de PSM de los sujetos obligados (artículo 3.5), hacen que en el momento actual no resulte procedente efectuar un análisis individualizado del (posible) mercado de infraestructura física que debería conducir – según Aitel – a la CNMC a imponer obligaciones *ex ante* a un operador ajeno al sector de las comunicaciones electrónicas (Endesa) en un ámbito geográfico (Islas Canarias) inferior al que es actualmente objeto de consideración en la Resolución de los mercados 3 y 4.

5. *Sobre el resto de pretensiones de Aitel, contenidas en su escrito de 5 de octubre de 2017*

En su escrito de 5 de octubre de 2017, Aitel señala que ha venido manteniendo una serie de contactos adicionales con Endesa, a partir de la interposición del conflicto en fecha 16 de junio de 2017.

Aitel se refiere a la supuesta posición de fuerza que ostentaría Endesa en la negociación de las condiciones técnicas y económicas que regirán el acceso a su infraestructura física, lo que según Aitel determina la necesidad de que la CNMC se pronuncie sobre los siguientes extremos:

- el régimen de precios que resultará de aplicación al acceso por parte de Aitel a la infraestructura de Endesa;

⁸ Expediente ANME/DTSA/2154/14.

⁹ Resolución de 18 de octubre de 2016, sobre la revisión de la oferta MARCo de Telefónica (OFE/DTSA/1242/15). Ver asimismo Resolución de 16 de marzo de 2017 sobre la adecuación de determinados aspectos del texto de la oferta MARCo a lo dispuesto en la Resolución OFE/DTSA/1242/15 (OFE/DTSA/010/16).

¹⁰ Ver en particular el artículo 3.5 del Real Decreto 330/2016, el cual identifica a los propietarios, gestores o titulares de derechos de utilización de infraestructuras físicas que han de asumir las obligaciones que en materia de acceso y suministro de información establece la citada norma.

- la posibilidad de requerir de Endesa el suministro con carácter gratuito de la información mínima relativa a sus infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas;
- la posibilidad de que Endesa imponga limitaciones en relación con el personal técnico autorizado para llevar a cabo el tendido de cables de fibra óptica en su infraestructura;
- la prelación que ha de existir (en su caso) entre los servicios prestados a partir de la red eléctrica de Endesa y los servicios de comunicaciones electrónicas que Aitel tiene previsto ofrecer;
- la forma y contenido específico de la oferta general de acceso que los operadores de comunicaciones electrónicas interesados en acceder a la infraestructura física de Endesa deberán suscribir;
- los criterios técnicos de acceso que resultarán de aplicación, y;
- los procedimientos técnicos y administrativos, así como los plazos, que Endesa deberá respetar a fin de asegurar el acceso a su infraestructura en condiciones objetivas y razonables.

En relación con las cuestiones planteadas por Aitel con posterioridad a la interposición del conflicto, procede recordar que en la resolución de las controversias que se le puedan plantear, la CNMC debe obrar de conformidad con el principio de intervención mínima. Aitel parece a este respecto confundir la labor de seguimiento y control de las ofertas mayoristas reguladas que esta Comisión tiene atribuida de conformidad con la normativa sectorial específica¹¹, con la competencia que el Real Decreto 330/2016 atribuye a este organismo en la resolución de los conflictos incoados en aplicación de dicha norma, que siempre han de tramitarse tras negociación entre las partes implicadas.

A estos efectos, y en contraposición con la labor periódica de supervisión que la CNMC puede, por ejemplo, realizar de la oferta MARCo de Telefónica (en tanto operador designado con PSM en los mercados de referencia), el Real Decreto 330/2016 atribuye en primera instancia directamente a los sujetos obligados (en este caso, Endesa) la responsabilidad de determinar las condiciones técnicas y económicas en que se podrá producir el acceso por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas a su infraestructura física. De hecho, resultará perfectamente concebible que el acceso a la infraestructura física de un sujeto obligado se lleve a cabo sin requerir en ningún momento de la intervención de este organismo público, en el caso de que no se suscite ante el mismo ningún conflicto.

No es en definitiva función de esta Comisión aprobar o validar, con carácter previo, las condiciones en que se llevará a cabo el acceso a la infraestructura

¹¹ En particular, artículos 13 y 14 de la LGTel, así como normativa de desarrollo.

de Endesa (como sería el caso de una oferta de referencia regulada), sino que la actuación de la CNMC quedará constreñida a la resolución de las cuestiones concretas puestas de manifiesto por los operadores interesados en tener acceso, tras la correspondiente negociación¹². Debe recordarse que los sujetos obligados conforme al Real Decreto 330/2016 no serán con carácter general agentes que hayan sido declarados operadores con poder significativo en los mercados de referencia que conforman el sector de las comunicaciones electrónicas, lo que determina que el nivel de intensidad en el control regulatorio no pueda ser el mismo que el ejercido sobre los operadores con PSM.

La aprobación por la CNMC de las ofertas mayoristas de acceso y los precios de todos y cada uno de los sujetos obligados conforme al Real Decreto 330/2016 sería por otra parte una tarea difícilmente realizable, que atentaría contra los principios inspiradores del Real Decreto 330/2016 y la Directiva 2014/61/UE, conforme a los cuales el acceso a la infraestructura física de los sujetos obligados debe en principio producirse a partir de las correspondientes negociaciones de acceso entre las partes (y no directamente a partir de la intervención administrativa)¹³.

Los fundamentos que deben guiar la actuación de la CNMC en la resolución de los conflictos suscitados al amparo del Real Decreto 330/2016 se verían por consiguiente afectados en el caso de que – tal y como pretende Aitel – la CNMC procediese a determinar unilateralmente: (i) los precios que Endesa podrá facturar a los operadores terceros por el acceso a sus infraestructuras (debiendo a estos efectos tenerse en cuenta que el acceso a la infraestructura puede incluir, al igual que ocurre en el caso de la oferta MARCo, un importante número de ítems facturables, tanto en concepto de cuotas recurrentes como no recurrentes); (ii) la forma y contenido preciso de la oferta mayorista de acceso de Endesa; (iii) los procedimientos técnicos y administrativos, así como los plazos, en los que Endesa deberá acordar el acceso; (iv) la operativa conforme a la cual podrá llevarse a cabo el despliegue de redes de telecomunicaciones en la infraestructura de Endesa; etc.

Aitel se limita a hacer formulaciones genéricas sobre el supuesto carácter abusivo de la (práctica) totalidad de los componentes que han sido objeto de negociación con Endesa¹⁴, pero en ningún momento acredita las razones por

¹² Como por ejemplo la cuestión relativa a la posible gratuidad del acceso a la información mínima sobre las infraestructuras de Endesa, que es objeto de consideración en el epígrafe IV.2.1 de la presente Resolución.

¹³ Ver por ejemplo Considerando 19 de la Directiva 2014/61/UE, según el cual *“en caso de desacuerdo durante la negociación comercial sobre las condiciones comerciales y técnicas, las partes deben tener la posibilidad de recurrir a un organismo de resolución de controversias a nivel nacional para que les imponga una solución, a fin de evitar que se rechace injustificadamente un acuerdo o se impongan condiciones poco razonables”* (el subrayado es añadido).

¹⁴ A modo de ejemplo, Aitel considera que *“el anexo de los criterios técnicos [de Endesa] es inutilizable e inaceptable en su totalidad pues está lleno de criterios como los mencionados*

las que el planteamiento de Endesa es desproporcionado o no razonable, o en qué medida las propuestas de Endesa pueden impedir el efectivo acceso por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas a su infraestructura física. Este es por ejemplo el caso de los precios mayoristas, respecto de los cuales Aitel no aporta indicación o estimación alguna que permitan valorar la razonabilidad de los mismos, o que permitan verificar el pretendido carácter arbitrario de los parámetros que han sido empleados por Endesa para su fijación.

Por último, resulta necesario reiterar que – tal y como se concluye en la presente Resolución – Aitel no concretó hasta el 17 de noviembre de 2017 la zona en la que tiene intención de desplegar elementos de una red de comunicaciones de alta velocidad, lo que hace que resulte prematuro pronunciarse sobre el posible contenido de un acuerdo de acceso que aún no se ha formalizado. De hecho, la documentación remitida por Aitel en su escrito de fecha 5 de octubre de 2017 confirma que el contenido concreto de la oferta de acceso de Endesa está todavía siendo objeto de negociación entre las partes y puede verse sometida a modificaciones.

Aitel debe asimismo tener en cuenta que la oferta de acceso y precios que presente Endesa deberá estar encaminada a evitar la aparición de instancias de discriminación entre los potenciales demandantes de acceso a su infraestructura, lo que determina que, en última instancia, deba corresponder a este agente decidir acerca del contenido preciso de su oferta mayorista, incluso si la misma no se ajusta en todos sus parámetros a las expectativas de un operador concreto como Aitel. Como se ha señalado a lo largo de la presente Resolución, en todo caso Aitel podrá interponer el correspondiente conflicto ante la CNMC en relación con las controversias concretas que se puedan suscitar a la hora de formalizarse al acceso, acreditando en todo caso de manera suficiente los elementos de hecho y las razones que justifican sus pretensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar, en línea con lo solicitado por Endesa Distribución Eléctrica, S.L., que en su solicitud inicial de acceso de fecha 8 de febrero de 2017, Aietes Telecom, S.L.U. no concretó de manera suficientemente precisa la zona en la que tenía intención de desplegar elementos de una red de comunicaciones de alta velocidad, tal y como exige el artículo 5 del Real

arriba. Por ello, el contenido de los criterios técnicos debe ser nuevamente definido en su totalidad”.

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.

Las deficiencias contenidas en la solicitud inicial de Aietes Telecom S.L.U. (dado su carácter incompleto) han sido sin embargo subsanadas mediante escrito remitido a Endesa Distribución Eléctrica, S.L. en fecha 17 de noviembre de 2017, donde Aietes Telecom, S.L.U. identifica la zona geográfica específica (incluyendo el conjunto de vías por las que discurrirá el trazado de su red) donde tiene previsto llevar a cabo la fase inicial de su despliegue de una red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad en el municipio de Santa Cruz de Tenerife.

SEGUNDO.- Estimar la pretensión de Aietes Telecom, S.L.U., conforme a la cual el acceso a la información mínima relativa a las infraestructuras físicas de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. no podrá quedar supeditado – si Aietes Telecom, S.L.U. no lo desea - al alta en una base digital cartográfica de pago gestionada por terceros.

A estos efectos, Endesa Distribución Eléctrica, S.L. deberá plantear otras vías alternativas que permitan al operador solicitante acceder a la información mínima necesaria que Endesa Distribución Eléctrica, S.L. ha de poner a su disposición.

TERCERO.- Una vez recibida la segunda solicitud de Aietes Telecom, S.L. mencionada en el Resuelve Primero, Endesa Distribución Eléctrica, S.L. ha de poner a disposición de Aietes Telecom, S.L. la información mínima relativa a sus infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas contenida en el artículo 5 así como en el Anexo I del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre.

La información mínima relativa a las infraestructuras físicas de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. deberá ser puesta a disposición de Aietes Telecom, S.L. a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de un mes a partir de la notificación de la presente Resolución.

CUARTO.- Endesa Distribución Eléctrica, S.L. deberá asimismo remitir a Aietes Telecom, S.L. el resto de documentación necesaria para proceder a las negociaciones en materia de acceso a infraestructura física contempladas en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, incluyendo en particular su propuesta definitiva de precios, así como los procedimientos operativos, protocolos técnicos y en su caso acuerdos de nivel de servicio que registrarán el acceso por parte de Aietes Telecom, S.L. a la infraestructura física de Endesa Distribución Eléctrica, S.L.

La citada información deberá ser puesta a disposición de Aietes Telecom, S.L. a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de un mes a partir de la notificación de la presente Resolución.

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.