



Roj: **SAN 3783/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3783**

Id Cendoj: **28079230082016100462**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **05/10/2016**

Nº de Recurso: **479/2014**

Nº de Resolución: **500/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000479 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04674/2014

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU

Procurador: D. JUAN ANTONIO GARCÍA SAN MIGUEL Y ORUETA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: VODAFONE ESPAÑA, SAU, ORANGE ESPAÑA, SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. **ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**

Madrid, a cinco de octubre de dos mil dieciséis.

Visto el presente recurso contencioso administrativo n^o **479/14**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 18 de junio de 2014, sobre conflicto de acceso, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado. Se han personado como codemandadas las entidades **VODAFONE ESPAÑA, SAU**, representada por la Procuradora **D^a. Ascensión Gracia López Orcera**, y **ORANGE ESPAÑA, SAU**, representada por el Procurador **D. Roberto Alonso Verdú**.



Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. **ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 18 de junio de 2014, por la que se resuelve el conflicto interpuesto por France Telecom España, S.A.U. (Orange España, SAU) y Vodafone España, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con el acceso a las infraestructuras verticales.

La cuantía del recurso se ha fijado como indeterminada.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, se declare nula y contraria a Derecho la resolución de la CNMC de fecha 18 de junio de 2014 y se declare inválido el precio fijado para el acceso a las infraestructuras verticales y para el traspaso de las acometidas, establecidos en los Resuelve Primero y Segundo de dicha resolución. Y acuerde que la CNMC dicte una nueva resolución que ponga fin al conflicto de acceso, restituyendo la situación jurídica individualizada mediante el establecimiento de los mismos precios recogidos en el Anexo V del Acuerdo suscrito entre Telefónica, Orange y Vodafone, por ser unos precios razonables y conformes con la normativa aplicable al efecto.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimatoria de todas las pretensiones de la parte actora.

CUARTO: La entidad codemandada ORANGE ESPAÑA, SAU, contestó la demanda oponiéndose al recurso y solicitando la desestimación del mismo, con condena en costas a la recurrente.

VODAFONE ESPAÑA, SAU, no presentó escrito de contestación a la demanda. Por diligencia de fecha 18 de febrero de 2016, se declaró precluido para esta sociedad el trámite para contestar a la demanda.

QUINTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la que de la propuesta fue declarada pertinente, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 21 de septiembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 18 de junio de 2014, por la que se resuelve el conflicto interpuesto por France Telecom España, S.A.U. (Orange España, SAU) y Vodafone España, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con el acceso a las infraestructuras verticales.

En dicha resolución se Resuelve:

«**PRIMERO.-** En relación con el reconocimiento de un derecho irrevocable de uso sobre los tramos de infraestructuras verticales de interior, Telefónica deberá aplicar los siguientes precios (en euros). Estos precios se dividirán en función del número de operadores compartiendo las mismas:

[...]

En relación con el precio de compraventa de las acometidas, Telefónica deberá aplicar los siguientes precios (en euros):

[...]

SEGUNDO.- Los precios establecidos en el Resuelve Primero se aplicarán con carácter retroactivo. A estos efectos, las partes deberán proceder a la regularización de los precios que, en su caso, hubieran resultado de aplicación hasta el momento de resolución del conflicto, en el plazo de diez días desde la notificación de la Resolución por la que se resuelve el presente procedimiento.»

Son antecedentes a tener en cuenta para la resolución del pleito los siguientes:

1.- Con fecha 16 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro de la CMT (organismo actualmente integrado en la CNMC) un escrito de Orange y Vodafone, en virtud del cual interponen un conflicto de acceso frente a Telefónica en relación con las infraestructuras verticales de este operador.



En su escrito, Orange y Vodafone detallan las negociaciones mantenidas con Telefónica para el despliegue compartido de redes de fibra en edificios. Según estos operadores, los resultados infructuosos de dichas negociaciones justifican la intervención del organismo regulador, a fin de asegurar la firma en el menor plazo posible de un acuerdo recíproco de acceso a verticales entre Telefónica, de una parte, y Orange y Vodafone, de otra parte.

En particular, Orange y Vodafone solicitan la imposición de una serie de condiciones a Telefónica, que garanticen la consecución de un acuerdo de compartición en un plazo razonable, incluyendo:

- la obligación inmediata de dar acceso a las verticales, ya sean propias o compartidas con otros operadores;
- la obligación de remitir información detallada (a nivel de edificio) sobre los despliegues de FTTH (tanto propios como en colaboración con Jazz Telecom, S.A.U.);
- la obligación de suscribir antes del 1 de junio de 2013 un acuerdo económico de compartición de verticales;
- la obligación de respetar los procedimientos técnicos de compartición incluidos en el acuerdo técnico alcanzado en 2010 entre los operadores, y
- la obligación de garantizar el correcto suministro de los servicios englobados en la oferta MARCo

2.- Comunicado el inicio del conflicto a las operadoras interesadas, solicitada determinada información y remitida ésta, a raíz de la solicitud a tal efecto de todas las partes del procedimiento, se procedió a declarar confidenciales una serie de elementos de los respectivos escritos de Jazztel, Orange, Telefónica y Vodafone, por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de estos operadores.

3.- Con fecha 4 de julio de 2013, tuvo entrada en el Registro de la CMT un escrito de Orange y Vodafone en el que comunican el acuerdo alcanzado entre estos operadores con Telefónica en relación con las condiciones técnicas y operativas a aplicar en el uso compartido de infraestructuras verticales y cesión de acometidas de fibra óptica en edificios.

En este escrito se señala que las condiciones económicas de este acceso no han sido pactadas, siendo provisionales los precios incluidos en el acuerdo, en tanto que el organismo regulador no resuelva el conflicto de referencia. Finalmente, Orange y Vodafone solicitan que la Comisión adopte unas medidas cautelares en relación con los precios, ya que a su juicio son excesivos y discriminatorios.

Por tanto, el conflicto quedó limitado a resolver sobre las condiciones económicas del acuerdo. La oferta económica de Telefónica a Orange y a Vodafone consistía en aplicar un recargo del 52'08% respecto de los precios acordados libremente entre Telefónica y Jazztel por el acceso a las infraestructuras verticales.

Telefónica presentó sendos escritos, en uno de los cuales aportaba determinadas consideraciones en relación con los precios provisionales fijados en el acuerdo con Orange y Vodafone.

4.- Mediante resolución de la CMT de 11 de julio de 2013 se fijaron, en sede cautelar, los precios de acceso a las infraestructuras de fibra en el interior de los edificios de Telefónica.

i. En relación con el precio de las verticales, la CMT tomó como referencia los precios del acuerdo suscrito entre Jazztel y Telefónica, si bien la resolución señalaba que en el contexto de la medida cautelar no se había podido concluir que dichos precios fueran efectivamente razonables. A este precio se le añadió un recargo del 15,29%, equivalente a la suma de la WACC y la prima de riesgo NGA aprobadas por la CMT, al objeto de remunerar el riesgo adicional que afrontan Jazztel y Telefónica al comprometerse a construir verticales de forma simétrica, incrementando de esta forma la cobertura de las redes de fibra en España. Por el contrario, Orange y Vodafone no asumían compromiso alguno al respecto.

ii. En relación con el precio de las acometidas, la CMT estableció el mismo precio que el propuesto por Telefónica y que, a su vez, coincidía con el establecido en el acuerdo entre Jazztel y Telefónica.

5.- Mediante escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC de 20 de noviembre de 2013, se procedió a declarar confidenciales una serie de elementos de los escritos de Jazztel, Orange, Telefónica y Vodafone anteriormente referidos, por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de estos operadores.

6.- El 24 de enero de 2014, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 84 de la Ley 30/1992, se comunicó a Orange, Vodafone, Telefónica y Jazztel el informe de audiencia elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA).



Orange, Vodafone, Telefónica y Jazztel presentaron sus alegaciones al informe de audiencia. Una serie de elementos de las alegaciones al informe de audiencia de Jazztel, Orange, Telefónica y Vodafone fueron declarados confidenciales.

Tras concretar el objeto del conflicto en la determinación de si los precios fijados por Telefónica para el acceso a las infraestructuras de fibra en el interior de los edificios son coherentes con las obligaciones actualmente impuestas en relación con estos elementos de red, se razona en la resolución que la existencia de unos precios adecuados para el acceso a las infraestructuras en el interior de los edificios resulta esencial para asegurar que los despliegues se diseñen de una forma eficiente maximizando las coberturas de los diferentes operadores; que en la resolución de 12 de febrero de 2009 se estableció que los precios fijados a terceros debían ser razonables, de forma que no supongan de facto una negativa de acceso y constituyan una barrera a la entrada para el operador que solicite la compartición; que los precios fijados deben permitir cubrir al primer operador que alcance un determinado edificio tanto los costes incrementales derivados de la compartición con un segundo y subsecuentes operadores como el resto de costes, de forma que los precios ofrecidos para el acceso no supongan una desventaja competitiva para el operador que facilita la compartición; que la falta de acuerdo en relación con las condiciones económicas no podrá ser óbice para la efectividad del acceso, aplicándose en su caso los precios acordados o decididos a posteriori por la Comisión de modo retroactivo.

De acuerdo con lo anterior, la CNMC considera que el análisis de los precios incluidos en el Acuerdo de 1 de julio de 2013 firmado por Telefónica con Orange y Vodafone, debe realizarse sobre la base de diferentes referencias, al objeto de establecer su razonabilidad, teniendo en cuenta que las infraestructuras verticales, sobre las que existe conflicto, cuentan con dos elementos:

- Compartición de las infraestructuras verticales en el interior de los edificios, que comprende la caja terminal óptica (CTO) común, los cables de fibra que discurren por el interior del edificio (riser) y las cajas de derivación en las diferentes plantas donde se conectan las fibras que van a cada hogar.
- Transmisión de la acometida de los clientes, consistente en las conexiones entre las cajas de derivación y los hogares.

En relación con las infraestructuras verticales de interior, se consignan las ofertas realizadas por Telefónica y por Orange y Vodafone, destacando las diferencias de una y otra, las cuales se valoran por la Comisión en relación con las obligaciones impuestas en la resolución de 12 de febrero de 2009, y teniendo en cuenta que en el acuerdo de 1 de julio de 2013 se fijan los precios provisionales tomando como referencia los precios del acuerdo suscrito entre Telefónica y Jazztel, sobre los que Telefónica aplica un incremento en su oferta a Orange y Vodafone. A continuación la Comisión analiza si los precios de aquel acuerdo entre Telefónica y Jazztel son razonables, comparándolos con los costes estimados de despliegue de las infraestructuras objeto de compartición y analizando si dichos precios supondrían una barrera a la entrada para un operador que desplegara su propia red.

Se concluye que los precios fijados para las infraestructuras en el interior de los edificios en el acuerdo entre Jazztel y Telefónica no suponen una barrera a la entrada para un operador que solicite el acceso a las infraestructuras verticales, son razonables y coherentes con las obligaciones impuestas en la citada resolución de 12 de febrero de 2009. A continuación se analiza la pretensión de Telefónica de incrementar sus precios en determinado porcentaje, al objeto de actualizar la inversión incurrida en el momento inicial al momento en que el operador solicita el acceso, considerando la Comisión que Telefónica cuenta con un margen positivo con respecto a sus costes, suficiente para remunerar tanto el capital invertido como del riesgo en que incurre, de manera que los precios del acuerdo entre Telefónica y Jazztel incluyen un margen suficiente como para cubrir los costes de capital y la prima de riesgo, de manera que aplicar a dichos precios un recargo adicional supondría remunerar doblemente a Telefónica.

Asimismo, se expone que el precio incluido en el acuerdo entre Jazztel y Telefónica en relación con las fincas que requieren de la actualización de la CTO incluyen tanto los costes de la CTO inicial (que no permite la compartición) como de su actualización, mediante diferentes soluciones técnicas, así como la instalación de una CTO modular. En el cálculo de todos estos costes, además de los propios costes del material, mano de obra, costes de gestión e indirectos, Telefónica incluye una serie de márgenes encaminados a reflejar las ineficiencias derivadas de las primeras fases del despliegue. De manera que se considera apropiado mantener los mismos precios fijados en dicho acuerdo para las fincas en las que se requiere actualización de la CTO, sin incluir recargo alguno. Únicamente se considera adecuada la aplicación de recargo de actualización de la CTO para las verticales instaladas en las primeras etapas del despliegue de Telefónica, hasta el 7 de octubre de 2012.

En relación a los precios de transmisión de las acometidas, tras analizar la oferta de Telefónica y la oferta de Orange y Vodafone, se analiza la razonabilidad de los precios del acuerdo entre Telefónica y Jazztel, desde el



punto de vista del análisis de los costes de construcción de las acometidas; se rechaza el método de cálculo elegido por Orange y Vodafone, entendiéndose que el precio de transmisión de la propiedad de las acometidas debe ser consistente con el periodo de 20 años (periodo de amortización aprobado por la CNMC), considerando que los precios propuestos por Telefónica son razonables. Se tiene en cuenta la depreciación del activo (6,15%), teniendo en consideración la vida media (1,23 años) y la vida útil (20 años). Y, en consecuencia, aplicando una amortización lineal, los precios aprobados son inferiores en un 6,15% a los acordados entre Telefónica y Jazztel.

SEGUNDO: En el escrito de demanda impugna Telefónica la anterior resolución, alegando que la CNMC establece el mismo precio a dos realidades inversoras diferentes, a dos acuerdos de diferente naturaleza y objeto y a dos escenarios temporales distintos, pues mientras que Jazztel coinvierte y aumenta la huella de despliegue en España, Orange y Vodafone se limitan a usar las infraestructuras ya desplegadas previamente, con el consiguiente menor riesgo. La metodología empleada por la Comisión adolece de graves errores que le han llevado a fijar unos precios que no pueden calificarse de razonables.

En relación con el precio fijado para el derecho irrevocable de uso de la infraestructura vertical de fibra de un edificio durante un periodo de 20 años (IRUs), el primer error consistiría en fijar unos precios que no contemplan todos los costes en los que incurre Telefónica en el despliegue, como son los relacionados con las fincas fallidas, los costes financieros (WACC) y los derivados del mayor riesgo que afrontan los operadores que invierten en redes de nueva generación. En el acuerdo Telefónica- Jazztel no se incluyeron los costes relacionados con las fincas fallidas porque se trataba de un acuerdo simétrico, compartiendo los operadores los costes asociados a la actividad, lo que no significa que no existiesen tales costes, no incluidos en el precio. Sin embargo, el acuerdo Telefónica- Orange y Vodafone es asimétrico y de uso compartido, por lo que hay que añadirle los costes financieros más una prima de riesgo derivada del hecho de invertir tempranamente en redes de nueva generación, tal como se reflejó en los precios que la Comisión fijó cautelarmente en su resolución de 11 de julio de 2013, los cuales tenían un recargo del 15,29% sobre los precios fijados en el acuerdo Telefónica- Jazztel.

El segundo error que se denuncia en la demanda hace referencia al análisis de razonabilidad del precio del acuerdo Telefónica-Jazztel, en función de los costes en que incurriría un supuesto operador eficiente, en lugar de tomar como referencia los costes en que incurre Telefónica, único operador con experiencia real y consolidada en el despliegue de fibra. No se justifica el rechazo de los costes presentados por Telefónica y Jazztel, que se basan en datos reales, tomando como referencia los de Orange, tal como se deriva del dictamen pericial aportado. Tampoco se justifica el criterio adoptado respecto de los costes operativos (directos e indirectos), entendiéndose que los costes operativos directos que tendría un operador eficiente serían los de Telefónica, mientras que los costes operativos indirectos de un operador eficiente serían los de Jazztel. Para los costes indirectos la Comisión toma los aportados por Orange, como referencia de los costes de un operador eficiente, sin indicar la razón de tal criterio, siendo lo cierto que en aquel momento esta operadora no había iniciado el despliegue y no podía cuantificar de manera justificada tales costes.

Concluyendo que, dado que los precios reflejados en el acuerdo Telefónica-Jazztel expresaban los costes reales que conlleva el despliegue y que dichos precios no constituían una barrera de entrada, a los mismos se les debiera haber añadido un recargo adicional (WACC más prima de riesgo) para Orange y Vodafone.

El tercer error que a juicio de la actora comete la Comisión consiste en no analizar si los dos acuerdos suscritos por Telefónica, el suscrito con Jazztel de coinversión, y el suscrito con Orange y Vodafone de uso compartido, son equivalentes y ha de aplicárseles el mismo precio.

Sostiene Telefónica que el precio finalmente fijado por la Comisión le provoca una rentabilidad negativa, al no tener en cuenta el tiempo transcurrido entre la construcción de la vertical y el momento en que un operador solicita acceder a la misma, período durante el cual el capital invertido queda inactivo, a la espera de que un operador solicite el acceso y comience a remunerar dicho capital. Por otra parte, la Comisión se aparta de lo establecido por ella misma en sus resoluciones de 11 de julio de 2013 y 26 de septiembre de 2013.

Respecto de la metodología seguida por la CNMC para fijar el precio de las acometidas, se aparta de nuevo de lo acordado en sede cautelar (resolución de 11/07/13), en la que entendió que no cabía modificar la oferta de Telefónica, mientras que en la resolución impugnada se aprueban precios inferiores en un 6,15% a los acordados entre Telefónica y Jazztel.

Entiende la actora que con este proceder la CNMC ha sobrepasado los límites de la discrecionalidad técnica, incurriendo en arbitrariedad.

Por último, se denuncia que el precio fijado para el acceso a las verticales de fibra óptica no es razonable e infringe el ordenamiento jurídico, concretamente la resolución de la CMT de 12 de febrero de 2009; la resolución



de 28 de febrero de 2013; el artículo 14.1.e) de la LGTel; el artículo 11 del Reglamento de Mercados; el artículo 13 de la Directiva de Acceso y el artículo 8 de la Directiva Marco.

Solicitando que se le reconozca la situación jurídica individualizada atinente a la efectiva aplicación de los precios acordados entre las partes, contenidos en el anexo V del acuerdo Telefónica-Orange y Vodafone, en los cuales se añadió una prima de riesgo a los precios acordados en el acuerdo Telefónica-Jazztel, que la CMT consideró apropiado incluir en el contexto de acuerdos de compartición no recíprocos, en su resolución de 26 de septiembre de 2013.

TERCERO: El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, se opone al recurso, razonando que los precios fijados en la resolución de la CMT de 11 de julio de 2013, en sede cautelar, tuvieron como referencia los precios del acuerdo suscrito entre Jazztel y Telefónica, señalando la resolución que no se había podido concluir que dichos precios puedan ser razonables, y se le añadió un recargo del 15,29%, equivalente a la suma de la WACC y la prima de riesgo NGA, aprobadas por la CMT, a fin de remunerar el riesgo adicional que afrontan dichas empresas al comprometerse a construir verticales de forma simétrica, incrementando la cobertura de las redes de fibra en España, mientras que Orange y Vodafone no asumían compromiso alguno al respecto. Y en relación con las acometidas, se estableció el mismo precio que el propuesto por Telefónica, coincidente con el establecido en su acuerdo con Jazztel.

Señala que la resolución recurrida debe ser analizada desde la óptica de determinar si los precios acordados son ponderados y adecuados, conforme con la resolución de 12 de febrero de 2009, y no si un precio es mejor o peor que otro. Analiza la metodología seguida por la CNMC para la determinación de precios, considerando que se ha dado una solución ecuaníme frente a posiciones antagónicas. Ha sido adecuado no mantener el recargo que se estableció en la resolución de medidas cautelares, de 11 de julio de 2013, pues, una vez analizados todos los datos, se comprueba que Telefónica cuenta con un margen positivo con respecto a sus costes en torno al 16%, mientras que en sede de medidas cautelares se limitó a realizar un somero estudio de la razonabilidad de los precios, sin examinar los costes concretos.

En cuanto a las acometidas, la Comisión rechaza la metodología seguida por Orange y Vodafone para calcular el precio, considerando razonables los propuestos por Telefónica, pero reconociendo que la acometida es un activo que se deprecia con el tiempo, y no siendo posible fijar un precio diferente para cada acometida individual, la solución más factible y conforme con los usos habituales de la contabilidad de costes regulatoria, es considerar la edad media de las acometidas instaladas por Telefónica y calcular un precio medio único, teniendo en cuenta la depreciación media asociada a dicha antigüedad.

CUARTO: La entidad codemandada, Orange, se opone al recurso en su escrito de contestación a la demanda, señalando que no es cierta la afirmación que hace la recurrente de que ese operador o Vodafone hayan tenido una actitud pasiva en el despliegue de la red de fibra óptica, sino que no han tenido oportunidad de coinvertir conjuntamente con Telefónica, que les ha dificultado cualquier posibilidad de coordinar y compartir el despliegue; por otra parte, no es cierto que el acuerdo con Jazztel fuese un acuerdo de coinversión, pues realmente fue un acuerdo de acceso condicionado, en virtud del cual Jazztel podía acceder a 1,5 millones de verticales desplegadas ya por Telefónica, siempre que desplegara otras tantas verticales de interior en zonas no cubiertas por aquella, a las que sólo podía acceder Telefónica. La gran ventaja de cobertura alcanzada por Telefónica impide a los operadores como Orange y Vodafone replicar un acuerdo como el suscrito con Jazztel, lo que hacía necesario que la CNMC acordase unos precios de acceso razonables, rechazando y modificando la propuesta de precios efectuada por Telefónica.

Los precios fijados en la resolución impugnada para la compartición de verticales resultan muy beneficiosos para Telefónica, por lo que su impugnación sólo se explica por la voluntad de bloquear cualquier competencia en el mercado de la fibra. El precio efectivo aprobado incorpora margen sobre la referencia de costes de la CNMC y, a su vez, se sitúan por encima de los costes absolutamente objetivos y eficientes presentados por Orange. El coste estimado por Telefónica se situaría en torno al 96,8 €/106,5 €, frente a un precio efectivo de 121,2 € aprobado por la Comisión, a lo que se suma el sobreprecio adicional de entre 40% y 50% para la compartición de instalaciones de verticales mono-operador no modulares que requieren de actualización. Estas instalaciones no han sido tenidas en cuenta en el informe pericial aportado por Telefónica.

Se rechaza que la resolución impugnada incurra en arbitrariedad al fijar los precios, tal como denuncia la recurrente. Pues no se está equiparando la situación Jazztel y de Orange y Vodafone, sino que está acreditado que el precio fijado para Jazztel está debidamente sobredimensionado como para cumplir un margen razonable para Telefónica. Y, en cuanto a las acometidas, el precio fijado no se basa tampoco en la consideración de que se trata de situaciones equiparables, sino que el ajuste de un 6,15% de los precios propuestos por Telefónica para tener en cuenta la depreciación en función de la antigüedad media de las



acometidas, arroja un precio muy por encima de los costes aportados por Orange, permitiendo a la recurrente recuperar con creces sus costes.

Considera la codemandada que es la solución propuesta por Telefónica la que incurre en errores manifiestos, no teniendo en cuenta que ha imposibilitado la coinversión en verticales, que el modelo de actualización a tres años no tiene en cuenta los beneficios que reporta a Telefónica ser pionero en el despliegue de la red de fibra y la rápida penetración que está experimentando esa tecnología, la improcedencia de una actualización de los precios de coinversión en ausencia de un modelo de alquiler y que los precios fijados ya incluyen un elevado margen sobre los reales de prestación. Por otra parte, razona que el modelo propuesto por Telefónica genera barreras de entrada para el resto operadores, que con los precios propuestos no encontrarían eficiencia alguna en la coinversión con Telefónica.

Se concluye, pues, que la resolución recurrida es conforme a Derecho, fija precios razonables y Telefónica no ha acreditado lo contrario, tampoco ha acreditado que sean razonables los precios propuestos por ella. En todo caso, no sería procedente la recuperación de la vigencia de los precios fijados en el acuerdo de compartición, no siendo de aplicación el artículo 31.2 LJCA, citado de contrario.

QUINTO: Conviene hacer mención a la resolución de la CNMC de 11 de julio de 2013, citada por las partes, en la que, a instancias de Orange y Vodafone, se adoptan medidas cautelares en el conflicto que nos ocupa, concretamente en relación a la concreción de las condiciones económicas del acceso que Telefónica debe ofrecer a los segmentos de terminación de su red de fibra, desde la perspectiva de precios razonables. Considerando que los precios fijados en el acuerdo suscrito por las partes "no eran razonables", por lo que su eliminación justificaba la adopción de la medida cautelar, a fin de garantizar que Orange y Vodafone pudieran configurar e iniciar sus despliegues.

Es relevante tener en consideración que los precios "provisionales" incluidos en dicho acuerdo no habían sido pactados sino impuestos por Telefónica como condicionante de un acuerdo sobre las soluciones técnicas del despliegue de fibra óptica, por lo que Orange y Vodafone solicitaron de la Comisión la adopción de medidas cautelares en relación a los mismos por considerarlos excesivos y discriminatorios. Y, efectivamente, la Comisión analizó las condiciones económicas incluidas en el acuerdo, en el contexto de la resolución de la CMT de 12 de febrero de 2009 -que imponía que las condiciones económicas del acceso a la red de fibra en el interior de los edificios fueran razonables- y apreció la apariencia de buen derecho, considerando necesaria su intervención en sede cautelar, sin perjuicio del criterio que pudiera adoptar la Comisión en la resolución definitiva.

Pese a que Orange y Vodafone estimaban que la CMT no debía tomar como referencia el precio del contrato entre Telefónica y Jazztel, que consideraban que era excesivo y que respondía a la estrategia de dichos operadores de tratar de excluir del mercado a Orange y Vodafone, la Comisión estimó adecuado tomar como referencia el citado contrato, que ya se encontraba operativo, frente a los costes aportados por Orange y Vodafone, similares a los estimados por el modelo WIK que únicamente incluían los costes de materiales e instalación. Ahora bien, se decía expresamente que la Comisión no podía juzgar en sede cautelar si el acuerdo Jazztel-Telefónica fijaba o no unos precios excesivamente altos como estrategia de exclusión, pues ello requeriría un análisis pormenorizado de todos los costes realmente incurridos (aún cuando los precios de acceso no debían estar orientados a costes), como referencia a tener en cuenta a la hora de juzgar la razonabilidad de los precios.

En dicha resolución se dice expresamente que el acuerdo entre Jazztel y Telefónica supone un despliegue recíproco, en el que ambas partes se comprometen a construir las redes en el interior de los edificios hasta 1,5 millones de UUll, y que el acuerdo entre Orange, Vodafone y Telefónica no es análogo. Pues, si bien la propuesta de Orange y Vodafone es en teoría recíproca, lo cierto es que en su escrito en ningún momento se han propuesto compromisos concretos de despliegue en zonas en las que Telefónica no esté presente por lo que, en principio, podrían optar por extender su red a las mismas zonas en las que ya lo ha hecho Telefónica, siendo el acceso asimétrico. Debiendo contemplarse el riesgo inversor, pues un despliegue en que el operador construya las infraestructuras en el interior de los edificios supone unos riesgos mayores que deben reconocerse, mientras que los operadores que optan por desplegar sus redes en zonas donde ya se encuentra otro operador, accediendo a sus redes en el interior de los edificios, reducen su incertidumbre, en plazos y costes, como Orange y Vodafone reconocen. Por ello, consideró la Comisión adecuado incluir una prima de riesgo en el contexto de acuerdos de compartición no recíprocos, pero no consideró justificado el *mark up* fijado por Telefónica, sobre la base del riesgo inversor adicional que afronta un operador que despliega una huella adicional de red de fibra.

En consecuencia, entendió la Comisión, de forma cautelar, que para remunerar el riesgo más elevado que asumen los operadores que despliegan sus propias infraestructuras en el interior de los edificios, los precios



de los IRU acordados entre Telefónica y Jazztel debían incrementarse en un 15,29%, sin aplicar prima alguna a los precios de actualización de las cajas terminales ópticas (CTO) a los edificios, puesto que Telefónica no asume ningún riesgo derivado de adaptar las infraestructuras verticales en el interior de los edificios ya desplegadas. Y para la transferencia de la propiedad de las acometidas, consideró la Comisión que, en sede cautelar, no procedía modificar la oferta de Telefónica, dado que la fórmula alternativa propuesta por Orange y Vodafone no resultaba consistente con la metodología utilizada por la Comisión ni con la antigüedad de las conexiones de red de fibra. Por otra parte, los niveles de penetración de los servicios de fibra en aquel momento permitían avanzar que los esfuerzos de los operadores no se centrarían en los clientes ya conectados sino en la conexión de nuevos clientes, por lo que la importancia de este precio era limitada no suponiendo una barrera a la entrada.

Pues bien, se ha de tener presente que los precios fijados en aquella resolución lo fueron de manera provisional y cautelar, a expensas de lo que se resolviese en la resolución definitiva del conflicto. De manera que la adopción en la resolución definitiva de un criterio distinto del adoptado en sede cautelar, no puede fundamentar la denuncia de arbitrariedad de la resolución que pone fin al conflicto.

Y en esa resolución definitiva, que ahora se somete a juicio de legalidad en este recurso, la Comisión realizó la fijación definitiva de precios, teniendo en cuenta la situación precedente y a la luz de la situación actual en cuanto a la implantación de redes de fibra óptica. Se toma como punto de partida el acuerdo de 1 de julio de 2013, analizando si tales precios son o no razonables, distinguiendo las dos infraestructuras en conflicto, por una parte, la compartición de las verticales en el interior de los edificios mediante un derecho irrevocable de uso (IRU) y, por otra parte, la transmisión de la acometida de los clientes. Se analiza de nuevo la oferta de Telefónica, que propone unos precios un 52,08% superior a los acordados con Jazztel, y la propuesta por Orange y Vodafone, que consideran que los precios de este acuerdo no son referente válido por estar artificialmente elevados.

Como hemos dicho en el primer fundamento, tras analizar la razonabilidad de los precios del acuerdo entre Jazztel y Telefónica, comparando los costes estimados de despliegue de las infraestructuras a compartir y analizando si los precios allí fijados constituirían una barrera a la entrada de un operador que desplegara su propia red, llega la Comisión a la conclusión de que la estimación de costes realizados por Telefónica es la que más se ajusta a una experiencia real de despliegue, siendo la referencia que podría considerarse más consistente, salvo para aquellas partidas en las que carece de justificación la imputación de coste realizada por Telefónica, para las cuales se considera de utilidad la referencia de costes aportadas por los otros operadores. Considera la Comisión que los precios fijados a las infraestructuras en el interior de los edificios en el mencionado acuerdo no suponen una barrera a la entrada para un operador que solicite el acceso a las infraestructuras verticales, considerando razonables dichos precios y consistentes con las obligaciones impuestas en el contexto de la resolución de 12 de febrero de 2009. Asimismo, se estudia la necesidad de incluir en el precio un recargo adicional, teniendo en cuenta el incremento que propone Telefónica y el fijado por la CMT en su resolución de 11 de julio de 2013.

De nuevo destaca la Comisión que la situación a la que responde el acuerdo Telefónica-Jazztel no es análoga a la que plantean Orange y Vodafone, las cuales no presentan compromisos concretos de construcción de verticales. No obstante, estudiando el margen positivo con el que cuenta la recurrente respecto a sus costes, estimado en torno a un 16%, cada vez que Telefónica constituye un IRU por el uso de las verticales construidas por ella, obtendrá un beneficio positivo que servirá para remunerar tanto el capital invertido como el riesgo en que incurre, por lo que no se estima adecuado aplicar un recargo adicional a dichos precios. Se hace un razonamiento específico para los edificios que requieren la actualización de la CTO para permitir la compartición, pues en este caso se ha de considerar, además de los costes de los elementos de red propios de la vertical, aquellos derivados de la actualización de los elementos instalados. No obstante se considera que el precio incluido en el acuerdo con Jazztel en relación con las fincas que requieren de la mencionada actualización, incluye tanto los gastos de la CTO inicial, de su actualización, mediante soluciones técnicas distintas, así como la instalación de la CTO modular, de manera que en el cálculo de los costes Telefónica incluye una serie de márgenes encaminados a reflejar las ineficiencias derivadas de las primeras fases del despliegue. Por ello, se considera adecuado mantener los mismos precios que los fijados en el acuerdo citado, sin incluir recargo alguno, con la salvedad de las verticales instaladas en las primeras etapas del despliegue de Telefónica, en las que no están claros los potenciales planes de despliegue del resto operadores, fijando la fecha determinante de una u otra situación de 7 octubre de 2012.

Respecto de los precios de transmisión las acometidas, tal como se ha expuesto anteriormente, se considera adecuado aplicar la fórmula elegida en el acuerdo Telefónica-Jazztel, contemplando un período de amortización de 20 años. Y si bien en la audiencia se propuso mantener los mismos precios fijados en el referido acuerdo, considera la Comisión que se ha de contemplar la depreciación que sufre la acometida



con el tiempo, adoptando como mejor solución la de calcular un precio medio único teniendo en cuenta una depreciación media en función de la antigüedad.

A tenor de todo ello, no cabe considerar infundada y arbitraria la resolución, ni desde luego que la Comisión no haya contemplado los costes en los que incurre Telefónica. Por el contrario, tales costes han sido detenidamente analizados, como también lo ha sido la remuneración del capital invertido y la prima de riesgo, que se consideran cubiertas con el beneficio que obtiene Telefónica con cada acceso. El hecho de que las conclusiones a las que se llega en la resolución recurrida no sean las deseadas por la recurrente, no priva de razonabilidad y fundamento al criterio del órgano regulador demandado.

Efectivamente, la resolución se aparta parcialmente del criterio seguido en la resolución de 11 de julio de 2013, pero no hay que olvidar que en aquella se adoptaron unas medidas cautelares, en cuanto a los precios en cuestión, con carácter provisional y dentro del limitado marco de valoración que permite el procedimiento cautelar. Sin que, en modo alguno, el regulador se vea condicionado, a la hora de resolver el conflicto de acceso, por lo acordado provisionalmente en aquella resolución.

Tampoco cabe acoger la infundada alegación de que no se contempla la distinta naturaleza del acuerdo -que denomina de coinversión- con Jazztel y el acuerdo con Orange y Vodafone, pues la resolución tiene en cuenta, y así lo dice de manera expresa, que se trata de situaciones distintas y así lo analiza de manera detalla, tal como se ha expuesto, razonando sobre los motivos por los que toma en consideración como referente el acuerdo Telefónica-Jazztel, explicando los aspectos en los que se alteran los precios allí establecidos y las razones que dan lugar a ello.

SEXTO: La recurrente ha aportado, con su escrito de demanda, informe pericial de parte, realizado por el doctor ingeniero de telecomunicación D. Everardo , en el que se analiza la situación del despliegue de redes de fibra óptica en España, los distintos acuerdos entre operadores, la evolución de los precios de acceso a las verticales y de transmisión de acometidas impuestos por la CNMC, cuestiona la metodología empleada por la Comisión, entendiendo que no ha realizado la debida verificación de que los precios ofertados por Telefónica constituyan una barrera de entrada o desventaja para Orange y Vodafone.

Afirma el perito que el sistema de precios para el acceso a las verticales adolece de un error grave, al ser precios estáticos, sin tomar en consideración el plazo transcurrido entre la fecha de acceso del operador respecto de la construcción de la vertical, por lo que ocasionan pérdidas económicas a Telefónica, al no incluir la remuneración del capital invertido en la infraestructura vertical, en el periodo transcurrido desde la construcción hasta la entrega al operador, norma básica en todos los proyectos de inversión. Razona sobre la necesidad de incluir un recargo adicional al precio del acuerdo entre Telefónica y Orange y Vodafone respecto del acuerdo de Telefónica con Jazztel, siguiendo un criterio de racionalidad en la remuneración del capital invertido mediante capitalización de intereses. Proponiendo en el dictamen un sistema dinámico de precios del IRU a las verticales que pueda ser aplicado a cualquier periodo transcurrido entre la fecha de inicio de las gestiones conducentes a la construcción de la vertical y la fecha de entrega de ésta, para reconocer así la remuneración debida del capital invertido en dicho periodo.

En cuanto a los precios de transmisión de las acometidas, considera el perito que el criterio de la Comisión no es correcto, al tener en cuenta la depreciación media asociada a la antigüedad de las acometidas, de manera que se fija un precio inferior en un 6,15% al ofertado por Telefónica. Entiende que tal criterio incurre en contradicción, pues considera el paso del tiempo en la depreciación de las acometidas, aminorando el precio de transferencia al valor contable de cada año, pero no aplica procesos similares de valoración del dinero en el tiempo, en este caso de la capitalización, de revalorización del dinero invertido en las verticales.

Pues bien, analizado el informe pericial de parte, entiende el tribunal que, sin cuestionar la cualificación técnica del perito ni la solvencia de su informe, éste incorpora unos criterios que resultan adecuados a los intereses de la recurrente, debidamente justificados y razonados, pero que no evidencian que el criterio adoptado por la Comisión sea incorrecto o carente de fundamento, desde la perspectiva de la debida garantía del equilibrio entre los intereses de los operadores en conflicto, ejerciendo las funciones que tiene legalmente atribuidas por la Ley General de Telecomunicaciones y por la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En todo caso, el recurso se fundamenta en la disconformidad de Telefónica con la metodología empleada para la fijación de los precios, sin que se justifique la vulneración de precepto legal o reglamentario alguno, que pueda amparar la pretensión anulatoria de la resolución impugnada, que se deduce en la demanda, una vez rechazada la existencia de arbitrariedad en la actuación de la CNMC al resolver el conflicto planteado.

De ninguna manera puede apreciarse la preexistencia de una situación jurídica individualizada que haya de ser restituida, constandingo, por el contrario, que los precios recogidos en el Anexo V del Acuerdo suscrito entre



Telefónica, Orange y Vodafone fueron impuestos por la recurrente, dando lugar a que Orange y Vodafone instasen la intervención del órgano regulador, promoviendo el conflicto de acceso y la adopción de medidas cautelares, por considerar dichos precios abusivos y discriminatorios.

Procede, en consecuencia con lo expuesto, la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

SÉPTIMO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA , procede la condena en costas a la parte actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta** , en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU** , contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 18 de junio de 2014, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos por su adecuación a Derecho.

Con condena en costas a la recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción , justificando el interés casacional objetivo que presenta.