

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE UNA DECISIÓN JURÍDICAMENTE VINCULANTE EN RELACIÓN CON LA OPERACIÓN DE CESIÓN A RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN (REINTEL) DEL DERECHO DE USO DE LA FIBRA ÓPTICA PROPIEDAD DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (REE).

DJV/DE/012/21

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTE

D. Ángel Torres Torres

CONSEJEROS

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 15 de julio de 2021

Visto el expediente relativo al procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante relativa a la operación de cesión a RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN (REINTEL) del derecho de uso de la fibra óptica propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (REE), la Sala de Supervisión Regulatoria adopta el siguiente acuerdo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Antecedentes del procedimiento: los motivos que justifican la necesidad de su tramitación.

Primero.- En el marco del análisis efectuado de la información regulatoria de costes presentada por RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, REE) a la CNMC para los ejercicios 2016 y 2017, en virtud de lo establecido en la Circular 1/2015, de 22 de julio, *de desarrollo de la información regulatoria de costes relativa a las actividades reguladas de transporte, regasificación, almacenamiento y gestión técnica del sistema de gas natural así como transporte*

y operación del sistema de electricidad, se ha llevado a cabo un análisis específico de las operaciones que esta sociedad tiene con partes vinculadas. Dicho análisis ha sido, asimismo, incluido en el Anexo confidencial a la memoria explicativa de la Circular 7/2019, de 5 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica.

A este respecto, se ha observado que REE recibe ingresos por un contrato de operación y mantenimiento de la red de cables de fibra óptica oscura, propiedad de REE y comercializada por RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN, S.A.U. (en adelante, REINTEL).

Según sus cuentas anuales, REINTEL obtuvo unos ingresos de 84 millones € en 2016 por explotación de redes de fibra óptica. Además de la red de fibra de la que REE es propietaria, REINTEL también comercializa la red de fibra de ADIF. En las cuentas anuales de 2016 de REINTEL, consta un beneficio neto de 20 millones €, si bien no aparece desglosada la parte del beneficio que se obtiene por la comercialización de la fibra óptica excedentaria de REE y la de ADIF. No obstante, en la nota de prensa publicada por RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN, S.A.¹ (en adelante, REC) a finales de 2014 sobre la operación de compra del uso de la red de ADIF, se estimaba una facturación anual asociada a la explotación de la red de ADIF de unos 65 millones € al año. Teniendo en cuenta este dato, REINTEL habría obtenido en el ejercicio 2016 unos ingresos de 19 millones €, aproximadamente, por la comercialización de la fibra óptica de REE.

Sin embargo, dentro de la información que REE ha aportado a la CNMC en el ámbito de la Circular 1/2015, se desprende que REE no estaría percibiendo ningún ingreso por la cesión de la fibra óptica oscura excedentaria de su propiedad a REINTEL, salvo por el contrato de operación y mantenimiento de la fibra óptica [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

Las condiciones en las que está instrumentada la cesión de la fibra óptica entre REE y REINTEL están documentadas en el “Contrato [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], que ha sido aportado a la CNMC en cumplimiento de la Circular 1/2015. [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

¹ <https://www.ree.es/es/sala-de-prensa/notas-de-prensa/2014/11/red-electrica-adquiere-los-derechos-de-uso-y-explotacion-de-la-red-de-fibra-optica-de-adif>

La cesión de uso de REE a REINTEL se realiza en términos gratuitos, indicándose en dicho contrato que con la filialización de la rama de actividad de telecomunicaciones se traspasó a dicha sociedad el derecho de uso de la red de fibra óptica oscura excedentaria [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

No obstante, también se hace constar expresamente que, sin perjuicio de lo anterior, REE es titular del derecho de uso de la fibra óptica oscura de su propiedad, que sea necesaria para el servicio eléctrico. Se establece asimismo la prioridad del servicio eléctrico, de forma que REINTEL debe tener en cuenta, en todo caso, la prioridad de las necesidades del servicio eléctrico a la hora de comercializar la fibra óptica oscura, e incluir una cláusula en este sentido en todos los contratos que formalice con terceros. Además, se establece que REINTEL debe liberar fibras en uso por terceros en caso de que REE se lo solicite para atender las necesidades del servicio eléctrico.

Segundo.- En relación con este análisis efectuado sobre la información regulatoria de costes de los ejercicios 2016 y 2017, que REE ha presentado a la CNMC, con fecha de puesta a disposición telemática el 25 de febrero de 2019 y fecha de acuse de recibo ese mismo día, el Director de Energía remitió oficio a REE (IS/DE/031/18) requiriendo, entre otras cuestiones, lo siguiente:

“6. Operaciones con partes vinculadas

(...)

De conformidad con las cuentas anuales de 2016 de RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES (REINTEL), dicha sociedad tiene un importe neto de la cifra de negocios de 84 millones €. Se solicita que declare el importe que corresponde a la comercialización de la fibra óptica excedentaria propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

(...)”

Tercero.- En fecha 11 de marzo de 2019, tuvo entrada en la CNMC documento de respuesta de REE, en el que se aportaba la siguiente justificación respecto al punto anterior: [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Cuarto.- En lo que respecta a la “Resolución de la Comisión Nacional de Energía sobre la solicitud de autorización de REE, S.A., de 30 de abril de 2008, para la filialización de las actividades de Operador del Sistema, Gestor de la Red de Transporte y Transportista a través de la aportación de los activos y pasivos de

REE, S.A. a REE TSO, de 12 de junio de 2008”, que REE menciona en su escrito de respuesta de fecha 11 de marzo, cabe matizar que, en el ámbito de la derogada función decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima, Tercero, 1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, de la extinta CNE, ésta autorizó el 12 de junio de 2008 la filialización de la rama de actividad regulada a la actual RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U., y dado que ésta debía tener objeto social exclusivo, autorizó la filialización de la rama de actividad de telecomunicaciones con terceros a RED ELÉCTRICA INTERNACIONAL (REI), que posteriormente fue escindida a REINTEL en 2015.

En el Acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de 17 de abril de 2008 de REE sobre la filialización, que fue aportado a la extinta CNE para solicitar autorización sobre la operación, se indicaba expresamente:

“Se acuerda aportar a REI la actividad de telecomunicaciones con terceros... (...) supondrá atribuir a REI las actividades cuyo desarrollo requiere un título administrativo habilitante particular, que no pueda ser llevado a cabo por REE TSO conforme a la Ley 17/2017, sino que han de realizarse con la debida separación jurídica.

Los derechos y obligaciones objeto de aportación a REI serán los derechos de uso de la red de telecomunicaciones, los contratos asociados, así como las obligaciones de prestar servicios ya cobrados con la consiguiente contraprestación para llevarlos a cabo, los derechos de cobro y obligaciones de pago correspondientes a los intercambios internacionales de energía a largo plazo, con los contratos asociados”.

En la filialización, únicamente se traspasaba a REI la actividad de telecomunicaciones con terceros, en ningún caso la cesión de uso de la fibra óptica necesaria para la operación de la red de transporte de REE.

El balance proforma a 31 de marzo de 2008 de REI que constaba en dicha resolución, y que fue aportado a la extinta CNE, fue el siguiente:

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Recogiéndose en la citada resolución: **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Así, de la información aportada en dicha resolución, se desprendía que se traspasaba a REI un volumen de activos muy similar al de sus pasivos, que únicamente dio lugar a una ampliación de capital de 10.000 €. A la luz de la información aportada, no se desprendía que las condiciones en las que se aportaba dicha rama de actividad pudieran requerir una compensación hacia las

actividades reguladas, ya que los derechos de cobro eran muy similares a las obligaciones de pago, a la luz de la información aportada en aquel momento.

En la resolución de 12 de junio de 2008 de la extinta CNE, dictada al amparo de la ya derogada función decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, se autorizó *“la aportación no dineraria a RED ELÉCTRICA INTERNACIONAL, S.A. de la rama de actividad de telecomunicaciones para terceros y de intercambios internacionales de energía a largo plazo, con los activos y pasivos vinculados a la misma, en contraprestación a la ampliación de capital acordada”*.

No obstante, esta autorización no implica que la CNMC no deba analizar las operaciones intragrupo en relación con la comercialización de la fibra óptica oscura propiedad de REE, y cuya explotación comercial realiza REINTEL, dentro del marco general que aplica a los flujos económicos dentro de las empresas del mismo grupo de la que realiza actividades reguladas. Así se recogía también de forma expresa en dicha resolución:

“Del análisis realizado y por la propia naturaleza de la operación, se pone de manifiesto que la operación propuesta no conlleva la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas.

No obstante lo anterior, no se puede obviar que REE S.A. ha centrado históricamente, y probablemente seguirá centrando en el futuro, la práctica totalidad de su actividad en actividades reguladas y ésta ha sido la fuente fundamental de ingresos, por lo que debe evitarse que una reestructuración pudiera servir como vía para poder justificar en el futuro unos mayores gastos de las actividades sujetas a retribución regulada. Es por ello que, aunque determinados elementos de redistribución de activos puedan parecer más o menos razonables desde un punto de vista empresarial, lo anterior debe tenerse en consideración.

Por tanto, esta Comisión considera que por la naturaleza especial de la actividad de REE, a la hora de calcular su retribución, deberá considerarse siempre la visión global de la empresa y no solamente la parte de la actividad regulada. (...)”

Quinto.- Con fecha 25 de marzo de 2019, la Dirección de Energía recibió de la Dirección de Competencia de la CNMC el *“Formulario de notificación de concentración económica RESTEL/HISPASAT”*, a efectos de lo establecido en el artículo 21.2 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito del expediente C/1020/19 RESTEL/HISPASAT.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Sexto.- Adicionalmente, en el formulario de notificación a la Dirección de Competencia, consta que REINTEL ha incrementado sus ingresos notablemente en 2018, pasando de 85,1 millones € en 2017 a 124,4 millones € en 2018.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

De conformidad con lo anterior, que se ha confirmado a partir de las cuentas anuales de REINTEL de 2018, REE ha cedido a REINTEL el uso de la fibra óptica necesaria para la operación de la red de alta tensión. Es decir, no únicamente el uso de la fibra óptica excedentaria para su comercialización a terceros, sino de toda la fibra óptica, incluida la que la propia REE necesita para su propio uso, la operación de la red de alta tensión. [INICIO CONFIDENCIAL] [INICIO CONFIDENCIAL]

De esta forma, la operación intragrupo tiene un alcance mayor. Además de lo expuesto, REINTEL ha pasado en 2018 a repercutir un coste a REE de 36,6 millones € anuales, por la utilización de su propia red de fibra óptica, como se ha contrastado con las cuentas anuales de REINTEL de 2018. Habiéndose convertido la propia REE en el principal cliente de REINTEL, como se muestra en el formulario de notificación a la Dirección de Competencia. [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

En resumen, en 2018 REE ha cedido a REINTEL el uso, no únicamente de su fibra óptica excedentaria para su comercialización a terceros, sino el uso de la red de fibra óptica que no es excedentaria, sino necesaria para operar la red de alta tensión.

De este modo, además de que REE no recibe ningún ingreso por la comercialización a terceros de su fibra óptica excedentaria que realiza REINTEL (que se estima en, aproximadamente, 19 millones € con la información pública disponible), REE paga un coste de 36 millones € a REINTEL por el uso de su propia fibra óptica. El impacto agregado de ambos importes alcanzaría los 55 millones €.

Séptimo.- Por otra parte, el grupo RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN ha hecho público que busca dar entrada a algún socio en el negocio de telecomunicaciones, no habiendo precisado si la entrada de dicho socio se produciría únicamente en RESEL (sociedad participada por REC y a través de la que se ha adquirido HISPASAT), o también en REINTEL. A nivel funcional, ambas sociedades podrían gestionarse conjuntamente.

En el Plan Estratégico de RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN remitido a la CNMV en fecha 20 de febrero de 2019, se señala dentro de “*Negocio satelital y alquiler de fibra oscura*” que realizan RESTEL y REINTEL, respectivamente, la “*Búsqueda de socios estratégicos que apoyen la búsqueda de nuevos productos y/o mercados, manteniendo, en lo posible, una posición mayoritaria*”. Dicho objetivo se reitera en la presentación del Plan Estratégico de RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN, 2021-2025 que tuvo lugar el 24 de febrero 2021 donde se señala la “*búsqueda de socios estratégicos que apoyen el desarrollo de nuevos productos y/o mercados*” como una de las líneas estratégicas del negocio de fibra óptica.

De cara a una potencial venta de una parte del capital de REINTEL por parte de REC, REC podría tener incentivos a aumentar la cifra de ingresos recurrentes de REINTEL, como ha hecho en 2018, para lograr un precio de venta superior. A priori, un potencial comprador podría calcular el valor de la empresa por descuento de flujos de caja, de forma que el hecho de que los ingresos pasen de 85 a 124 millones € podría elevar la valoración de la empresa y, por lo tanto, su precio.

Octavo.- Dado que el análisis de la información aportada en la operación de concentración económica RESTEL/HISPASAT puso de manifiesto información relevante que pudiera afectar a la información regulatoria de costes del transportista, al uso de activos necesarios para la realización de las actividades reguladas y a la separación de actividades, con fecha de puesta a disposición telemática el 29 de abril de 2019 y fecha de acuse de recibo el mismo día, el Director de Energía remitió un nuevo oficio a REE requiriendo lo siguiente:

“1. Aporte el importe neto de la cifra de negocios de 2016, 2017 y 2018 de REINTEL, que corresponde a la comercialización de la fibra óptica excedentaria propiedad de REE.

2. Descripción detallada de la operación de incorporación a REINTEL de los derechos de uso de la red de fibra óptica utilizada para la operación de la red de alta tensión de REE, que consta en la nota a pie de página 34 (pág. 56) del formulario de notificación. Aclare los términos concretos de la cesión efectuada y en particular si se ha producido una transmisión de propiedad.

3. Se solicita que detalle la afectación de la operación realizada al servicio eléctrico.

4. Se solicita que detalle los ingresos que la operación reporta a REE, y los gastos que la operación le repercute, durante todos los años que dure la cesión.

5. Aporte el contrato de cesión o documento equivalente, en el que se ha formalizado la operación entre REE y REINTEL.

6. En el Plan Estratégico del grupo RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN (REC) remitido a la CNMV en fecha 20 de febrero de 2019, se señala dentro de “Negocio satelital y alquiler de fibra oscura” la “Búsqueda de socios estratégicos que apoyen la búsqueda de nuevos productos y/o mercados, manteniendo, en lo posible, una posición mayoritaria”. A este respecto, se solicita que aclare los términos en los que un tercero ajeno al grupo REC podría tener propiedad y/o derechos de uso de activos de transporte”.

Noveno.- Tras solicitar REE una ampliación de plazo, mediante escrito de 29 de abril de 2019, para contestar a dicho requerimiento, que le fue concedida por plazo de 5 días, en fecha 22 de mayo de 2019 tuvo entrada en la CNMC escrito de respuesta de REE, en el que la sociedad aportaba su justificación respecto a las distintas cuestiones requeridas: **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

SEGUNDO. – Iniciación del procedimiento.

Vistos los anteriores antecedentes, y de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y lo establecido en el artículo 25 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión de los Mercados y la Competencia, así como en los artículos 18 y 23 i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Directora de Energía procedió el día 5 de abril de 2021 a acordar el inicio del procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante en relación con la operación de cesión a RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN (REINTEL) del derecho de uso de la fibra óptica propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (REE).

El mismo día 5 de abril de 2021 fue puesto a disposición vía telemática de las sociedades mercantiles RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN (REINTEL) y RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (REE). Ambas sociedades recibieron la notificación el mismo día 5 de abril de 2021.

En el acuerdo de inicio del procedimiento se confirió a las empresas un plazo de diez días hábiles para que pudieran formular las alegaciones y aportar los documentos que estimaran convenientes. A tales efectos, las sociedades RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN (REINTEL) y RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (REE) solicitaron ampliación de plazo mediante escritos de 7 de abril de 2021, que fue concedida mediante escritos de la Directora de Energía de 8 de abril de 2021, con puesta a disposición telemática 12 de abril de 2021, y acuse de recibo en esa misma fecha.

TERCERO. – Alegaciones de las partes al Acuerdo de inicio.

Las partes presentaron las alegaciones al Acuerdo de inicio que se refieren a continuación:

a) Alegaciones de RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN (REINTEL)

Por escrito de 26 de abril de 2021, con fecha de entrada en la CNMC 27 de abril de 2021, REINTEL comunica que se adhiere a las alegaciones de REE.

b) Alegaciones de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (REE).

Por escrito de 26 de abril de 2021, con fecha de entrada en la CNMC 27 de abril de 2021, REE efectuó las siguientes alegaciones:

- **La externalización intragrupo de servicios en el área de telecomunicaciones, derivada de la operación de reorganización llevada a cabo por el Grupo Red Eléctrica en 2018, es racional desde un punto de vista organizativo y económico.**

Se alega que, desde un punto de vista organizativo, esta reorganización persigue dos objetivos. Por un lado, focalizar a REE en su actividad regulada y, por otro, centralizar en REINTEL el negocio de gestión y mantenimiento de redes de telecomunicaciones del Grupo.

Esta integración de los servicios de telecomunicaciones internos en REINTEL presenta ventajas operativas y de gestión para REE, que no afectan a la función esencial del negocio del transportista y del operador del sistema.

En particular, se mejora la operación y mantenimiento de la red de transporte al asegurar la disponibilidad de la fibra **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** gestionados por REINTEL

como mecanismo de redundancia para la gestión de emergencias, se focalizan los recursos de telecomunicaciones de REE en aspectos de máximo valor añadido (planificación de redes y ciberseguridad), se centralizan todas las necesidades de fibra en un solo operador (REINTEL) y se puede acceder a centros de datos y puntos neutros como redundancia de los sistemas informáticos.

Desde un punto de vista económico, aunque el Contrato de Cesión y el Contrato de Servicios celebrados entre REE y REINTEL son contratos distintos, están vinculados, y contienen condiciones que salvaguardan la posición de REE como transportista y su uso exclusivo de los activos de telecomunicaciones, de los que tiene la propiedad. Además, sus contraprestaciones se ajustan al mercado.

Por un lado, mediante el **Contrato de Cesión**, REE cede a REINTEL el derecho de uso de la red de fibra oscura y la infraestructura aneja, destinados al telecontrol y mando de las subestaciones eléctricas para la operación y mantenimiento de la red de transporte y a la comunicación de protecciones eléctricas que protegen dicha red, por un periodo de 20 años, prorrogables bajo mutuo acuerdo, a un precio de 88 millones de euros. REE puede resolver este contrato si REINTEL deja de pertenecer al Grupo Red Eléctrica o si REE pierde el control sobre la misma y, también, si se extingue el Contrato de Servicios. Además, recoge expresamente la previsión de que los activos de telecomunicaciones siguen siendo parte de la red de transporte y pueden ser requeridos por REE para su uso exclusivo en cualquier momento. De este modo, REE no asume ningún riesgo de perder la titularidad o el uso.

Como señala el autor del dictamen en el Documento 1², es *“un contrato de arrendamiento y, en concreto, de arrendamiento de industria y, como tal, no lleva aparejada la transmisión de la propiedad de los activos, sino la cesión de su uso durante un tiempo limitado y a cambio de precio”*.

Por otro lado, mediante el **Contrato de Servicios**, REE recibe de REINTEL un derecho de uso exclusivo sobre esos activos de telecomunicaciones y sobre otros que ésta gestiona y mantiene, pero son propiedad de terceros, así como servicios de mantenimiento de los activos, durante 10 años. El precio anual, calculado tomando como referencia precios de mercado, es de 36,7 millones €, que incluye más

² **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

prestaciones³ que la recuperación del uso de los activos de telecomunicaciones, siendo el importe asociado al uso de **[INICIO CONFIDENCIAL]**⁴ **[FIN CONFIDENCIAL]** millones € al año. Al ser el plazo de **[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]** años, REINTEL asume el riesgo comercial derivado de posibles renegociaciones del contrato derivadas de la evolución del precio de la fibra óptica en el mercado, como de la aparición de tecnologías sustitutivas a los servicios que prestan estas fibras ópticas, cuyo pago anticipado por 20 años ya fue efectuado.

Para establecer los precios de la operación, se decidió usar la metodología de transacciones comparables/precios de transferencia. Como contraste independiente de esta metodología, se solicitó un informe respecto a su razonabilidad **[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]**

Por todo lo expuesto anteriormente, señalan que no resulta correcto comparar la cantidad recibida por REE en la operación (4,4 millones €/año⁵) con el importe obtenido por REINTEL (36,7 millones €/año). Adicionalmente, indican que la comparación efectuada en el Acuerdo de Inicio no incluye los ahorros que obtiene REE en concepto de disminución de gastos operativos⁶. Asimismo, entienden que, en caso de que la CNMC se pronunciara en contra de la cesión de uso, la decisión afectaría solo a esa cesión ya que la contratación de los servicios adicionales corresponde a una decisión operativa de REE que es independiente de tal cesión.

No obstante, señalan que la validez o no de la reorganización es una cuestión de alcance estrictamente jurídico, cuya legalidad depende de si la normativa aplicable la prohíbe o no. Para resolverlo, es irrelevante el régimen económico pactado entre REE y REINTEL.

³ Además del importe asociado a la cesión de la fibra óptica (**[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]** millones €/año), incluye un servicio de mantenimiento de la misma (a modo indicativo, **[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]** millones €/año), la disponibilidad de fibras ópticas subarrendadas a terceras empresas que son necesarias para la correcta prestación del servicio eléctrico **[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]** y la disponibilidad de un par de fibras ópticas **[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]** que identifican como una de las mejores alternativas para maximizar la disponibilidad de sus telecomunicaciones, como ocurrió en febrero de 2017 ante una emergencia en la zona de Levante.

⁴ **[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]**

⁵ 88 millones € durante 20 años.

⁶ De acuerdo con las alegaciones de REE, con motivo de la reordenación de actividades, REINTEL asume las actividades de mantenimiento de la red de fibra óptica, se le transfiere personal, contratos de servicios externos asociados a la actividad y stock de repuestos necesarios. **[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]**

- **REE mantiene la propiedad y el derecho de uso exclusivo de los activos de telecomunicaciones, por lo que la premisa de que REE no es titular del derecho de uso de estos activos, de la cual parte el Acuerdo de Inicio para incoar el procedimiento, es incorrecta, siendo procedente archivar el expediente.**

Se alega que el Acuerdo de Inicio se centra exclusivamente en el contenido del Contrato de Cesión, pero no analiza la relevancia jurídica del Contrato de Servicios para valorar el impacto sobre el bien jurídico protegido por el artículo 34 de la Ley 24/2013. Además, se alega que califica de modo ambiguo las operaciones de transmisión de propiedad (que no tiene lugar) y cesión de uso (que es la que se realiza), al calificar como contraria a Derecho *“la cesión de un activo regulado (fibra óptica)”* y señalar que la *“legislación sectorial impone una limitación claramente orientada a evitar que los activos regulados de transporte puedan transmitirse a terceros”*, siendo que son negocios jurídicos con un alcance y tratamiento regulatorio diferente.

Se alega que el objeto de la decisión jurídicamente vinculante que se anuncia en el acuerdo de inicio, de que revierta a REE el derecho de uso de la fibra óptica de su propiedad necesaria para la operación de la red de transporte, ya está conseguido puesto que, en virtud del Contrato de Servicios, suscrito simultáneamente al Contrato de Cesión, REE recuperó en unidad de acto el derecho de uso de los activos de telecomunicaciones.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Por tanto, se alega que REE mantiene la propiedad y el derecho de uso exclusivo de los activos de telecomunicaciones.

Además, se alega que, a la expiración del Contrato de Servicios, REE tiene asegurado el uso de los activos de telecomunicaciones. **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Asimismo, se alega que REE recupera el derecho de uso en términos más favorables a aquellos en que los cedió a REINTEL. En este sentido, la disponibilidad de infraestructuras de telecomunicaciones para la operación de la red de transporte es mucho mayor tras la reorganización, REE tiene a su disposición más red, con mayor capacidad y con un mantenimiento más integral **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

- **La cesión de uso de los activos de telecomunicaciones es legalmente posible, por tanto, la reorganización es lícita, y, además, respeta los límites que la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, contiene a la libertad de empresa, por lo que procede archivar el expediente.**

Se alega que, aunque REE tiene que ser propietaria de los activos de telecomunicaciones que forman parte de su red de transporte, no es necesario que la operación y mantenimiento se lleve a cabo con activos de telecomunicaciones que formen parte de esa red de transporte.

Se indica que la cesión de uso de los activos de comunicaciones no está prohibida, ni infringe el artículo 34.2 o 34.5 de la Ley 24/2013 o la Disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 54/1997.

Y que, en particular, el artículo 34.5 de la Ley 24/2013 prevé la posibilidad de usar las redes de transporte para prestar servicios de comunicaciones electrónicas siempre que se respete el principio de separación jurídica de actividades y se garantice la seguridad del sistema de transporte de energía eléctrica, sin distinguir entre si los activos de telecomunicaciones se emplean o no en la operación de red.

En relación a la separación jurídica de actividades, señalan que no se entiende la referencia del Acuerdo de Inicio sobre ello, ni sobre la Disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 54/1997, sobre las sociedades filiales de RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN, S.A., ya que ni REE va a desarrollar una actividad eléctrica incompatible con la de transporte y operación del sistema, ni REINTEL va a comenzar a prestar ninguna actividad regulada en la Ley. El objeto social de REINTEL es prestar servicios de telecomunicaciones.

En cuanto a garantizar la seguridad del sistema de transporte de energía eléctrica, indican que en la cesión del uso de los activos de telecomunicaciones no existe este riesgo:

- En primer lugar, porque, aunque los activos de telecomunicaciones son elementos auxiliares esenciales para el funcionamiento de la red de transporte, REE puede utilizar otros servicios de comunicaciones de terceros para operar la red.

Estos activos están abiertos al uso de terceros, una cesión de su uso que no ponga en riesgo la seguridad de operación del sistema de transporte de energía eléctrica es admisible y, ni es esencial para la operación y mantenimiento de la red de transporte ni hay ningún

precepto normativo que exija que las comunicaciones necesarias deban llevarse a cabo con activos propios de la empresa transportista.

Por ejemplo, en **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** la mayor parte de las redes de telecomunicaciones que permiten que **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** opere el sistema eléctrico, no están integradas en su red de transporte. Asimismo, REE, antes de la reorganización, ya empleaba otros recursos distintos de los activos de telecomunicaciones en la operación de la red de transporte, tales como radioenlaces, sistemas de onda portadora o fibra oscura alquilada a empresas distribuidoras para llegar a aquellas zonas donde no llega su red de transporte, y, desde 2018 usan fibra oscura cuyo derecho de uso adquirió **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Lo relevante es que REE disponga de los medios de telecomunicaciones adecuados para operar la red de transporte en virtud de algún título jurídico suficiente para asegurar la disponibilidad de tales medios y que pueda acceder a servicios de telecomunicaciones seguros y de calidad. Los contratos suscritos entre REE y REINTEL cumplen esas finalidades.

- En segundo lugar, porque el Contrato de Cesión y el Contrato de Servicios contienen previsiones para garantizar la disponibilidad de recursos de telecomunicaciones que aseguren la operación de la red de transporte.

El Contrato de Cesión prevé expresamente que REE puede recuperar en cualquier momento la fibra cedida y una prioridad absoluta del servicio eléctrico, hasta el punto de que REE puede requerir de REINTEL la entrega de los activos cedidos si fuera necesario. Además, el Contrato de Cesión puede ser resuelto por REE si no está en vigor el Contrato de Servicios o si REINTEL no forma parte del Grupo.

Además, el Contrato de Servicios contiene previsiones que mejoran la posición de REE **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

- En tercer lugar, porque ha habido operaciones mercantiles similares que no han afectado a la seguridad del sistema de transporte, ni han recibido objeción del regulador. En concreto, se citan **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Se alega que la posición jurídica de REE es más sólida en este caso que en los acuerdos que se citan ya que, en este caso, REE es el propietario y recupera la

titularidad del derecho exclusivo de uso de la fibra destinada a la operación.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Además, señalan que el artículo 34.5 de la Ley 24/2013 manifiesta el deseo del regulador comunitario de promover el uso de las infraestructuras físicas existentes para el desarrollo de redes de telecomunicaciones de alta capacidad. La Directiva 2014/61/UE⁷, la Ley 9/2014⁸ y su normativa de desarrollo promueven el despliegue de redes y el fomento de la inversión eficiente en materia de infraestructuras. Por ello, la normativa del sector de las telecomunicaciones no solo habilita, sino que promueve el uso de infraestructuras de redes de transporte de energía eléctrica como base para la instalación de equipos de telecomunicaciones de alta velocidad.

Se alega que prueba de que la posibilidad de emplear activos de transporte para la realización de actividades diferentes al transporte de electricidad está prevista en la normativa es el artículo 18 de la Circular 5/2019, en cuyo caso se produce un ajuste en la retribución del transportista en el cual pueden tenerse en cuenta las circunstancias que concurran respecto de las cesiones de uso de los activos entre sociedades de un mismo grupo o terceras sociedades.

En cuanto a la reorganización, señalan que ésta es legal. El art. 38 de la Constitución Española manifiesta el principio de libertad de empresa, y, según el artículo 2.1 de la Ley 24/2013, el principio general en la ordenación del sector eléctrico es el de libre iniciativa empresarial. En este sentido, las excepciones al principio de libertad de empresa han de interpretarse de modo restrictivo y estar justificadas⁹ por la concurrencia de razones de interés público. Se alega que la decisión jurídicamente vinculante afectaría al núcleo esencial de la libertad de empresa de REE y de REINTEL (libertad de contratación), ya que supondría la prohibición de celebrar un contrato de cesión de uso de un bien entre dos empresas privadas.

⁷ Directiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. Diario Oficial de la Unión Europea – 23 de mayo de 2014.

⁸ Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. BOE – 10 de mayo de 2014.

⁹ Como indican en el Dictamen del Sr. Morales (Documento 2): la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983, de 1 de marzo, indica que “*las medidas excepcionales y restrictivas requieren una justificación expresa*”, y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de enero de 2005, “*todo lo que suponga limitación a la libertad de empresa ha de interpretarse restrictivamente y debe tener un respaldo con rango de ley formal*”.

Una de las principales limitaciones de la Ley 24/2013 a la libre iniciativa empresarial está en la atribución exclusiva de la actividad de transporte eléctrico a REE. En este sentido, el artículo 34.2 indica que REE actuará como transportista único desarrollando la actividad en régimen de exclusividad. No obstante, a través de la reorganización y la cesión de uso de los activos de telecomunicaciones a REINTEL, REE no transmite a ningún tercero ninguna vertiente de su actividad exclusiva de transporte eléctrico. En particular, señalan REE y REINTEL que la titularidad del derecho de uso de activos de telecomunicaciones no convierte al titular de ese derecho de uso en transportista, si así lo fuera, serían transportistas no solo REINTEL, sino también **[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]** y todos aquellos operadores a quienes REE ha arrendado fibras y otros activos para la operación de su red. Finaliza REE señalando que la Ley del Sector Eléctrico prevé que las redes de telecomunicaciones tendidas en la red se puedan usar por terceros y eso no convierte a estos usuarios en transportistas de electricidad.

- **Para analizar si REINTEL puede ser titular del derecho de uso de los activos de telecomunicaciones o no, no es relevante si REINTEL es 100% propiedad de RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN.**

Se alega que el Acuerdo de Inicio reconoce que se ha iniciado el procedimiento por los planes del Grupo de vender una participación minoritaria en el capital social de REINTEL y, ello por cuanto que REC podría tener incentivos a aumentar la cifra de ingresos recurrentes de REINTEL para lograr un precio de venta superior.

A este respecto, se señala que no existen límites en la legislación de telecomunicaciones a la participación en el capital social de quien tiene derechos de uso sobre la fibra oscura que forma parte de la red de transporte de electricidad. Como ejemplo, quienes han sucedido a **[INICIO CONFIDENCIAL]** **[FIN CONFIDENCIAL]** disponen de derechos sobre la red de fibra de REE y no existen límites a las participaciones en el capital de ninguna de esas tres empresas. Además, la normativa que regula el uso de los activos eléctricos para servicios de telecomunicaciones (art. 34 de la Ley 24/2013) no impone limitaciones a la participación en el accionariado de los cesionarios del uso de esos servicios. Solo existen limitaciones respecto de REE, no REINTEL u otros operadores de telecomunicaciones.

Además, se alega que REINTEL no es propietaria de los activos de telecomunicaciones. Tampoco tiene su posesión ya que la recupera REE en virtud del Contrato de Servicios. Asimismo, la operación **[INICIO**

CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]. Y, si no fuera así, y REINTEL dejara de estar integrada en el Grupo, REE podría resolver el Contrato de Cesión. Por consiguiente, concluyen REE y REINTEL en sus alegaciones *“que a la hora de analizar la cuestión jurídica que aquí se plantea (si REINTEL puede ser titular del derecho de uso de los activos de telecomunicaciones de REE), no es relevante si REINTEL es 100% propiedad de RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN o si no lo es”*.

Por otro lado, también hacen referencia REE y REINTEL en sus alegaciones que la CNMC conocía la operación de reorganización desde 2019 y hasta ahora no había puesto objeción alguna.

Por último, finalizan REE y REINTEL sus alegaciones solicitando que se tenga por presentadas las mismas, cumplimentado en tiempo y forma el trámite de alegaciones concedido y, en su virtud, se acuerde el archivo del expediente.

CUARTO. – Alegaciones complementarias de las partes.

Con fecha 1 de junio de 2021 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de REE y REINTEL, como complemento a los escritos de alegaciones anteriores, con el objeto de proponer una serie de medidas adicionales para abordar algunas de las preocupaciones expresadas en el Acuerdo de Inicio.

En este escrito se indica que aun cuando REE y REINTEL entienden que los dos contratos son plenamente ajustados a Derecho y ofrecen suficiente protección al servicio eléctrico, ambas compañías están dispuestas a incluir una serie de modificaciones en la documentación contractual que ha dado origen al presente procedimiento, a fin de enfatizar que:

- No se ha transmitido la propiedad de los activos de telecomunicaciones.
- El servicio eléctrico goza de prioridad absoluta en el uso de dichos activos.
- **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Las principales modificaciones que se proponen son las siguientes (tachado equivale a eliminar, negrita equivale a añadir al texto):

En el contrato de cesión de REE a REINTEL:

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

En el contrato de cesión de REINTEL a REE:

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

QUINTO. – Oficio de solicitud de información.

Con fecha 15 de junio de 2021, la Directora de Energía remitió un oficio a REE y REINTEL con el objeto de aclarar el contenido de las alegaciones de 27 de abril de 2021, y del escrito presentado como complemento a las mismas de fecha 1 de junio de 2021, por resultar relevante para la instrucción de este procedimiento.

En este oficio, se señala lo siguiente:

“En el escrito de alegaciones de REE, se indica (página 5) que los dos contratos de la reorganización están vinculados y diseñados en sus prestaciones específicamente con la pretensión de asegurar que REE, como propietaria de los activos de telecomunicaciones, disponga en todo momento de su uso en exclusiva para la Operación y Mantenimiento de la Red de Transporte. También en la página 10 del escrito de alegaciones se indica que “REE mantiene la propiedad y el derecho de uso exclusivo de los activos de telecomunicaciones”.

En relación con estas alegaciones, se señala que no se ha identificado ninguna referencia en ninguno de los dos contratos al derecho de uso en exclusiva, sino que todas ellas se refieren únicamente al derecho de uso.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Y se requiere a REE y REINTEL que aporten la siguiente información:

- *Aclare si la modificación **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** citado permitiría, a su juicio, únicamente un uso exclusivo por parte de REE, o alternatively, un uso compartido con terceros que lo destinen para el servicio eléctrico.*
- *En este segundo caso, aclare si dicho uso compartido se limitaría a empresas de distribución de energía eléctrica, o si podrían darse otros casos, y especifique cuáles.*
- *En caso de uso compartido de los activos, aporte una justificación técnica en la que se describa de qué forma resulta viable técnica y físicamente el uso por terceros no de la fibra óptica excedentaria, sino de la que el transportista necesita para operar su red, y los mecanismos técnicos que permitan asegurar que en el caso de que un tercero esté utilizando dicha fibra, el transportista pueda bloquear su uso en el momento en que vaya a utilizarla.*
- *Cualquier otra información que considere relevante sobre este punto.*

En el oficio, se indica un plazo de 10 días hábiles siguientes a la recepción de la notificación para enviar la información. Asimismo, se comunica que el plazo para resolver este procedimiento se suspende por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o en su defecto, por el transcurso del plazo concedido.

El oficio fue notificado el 15 de junio de 2021, con acuse de recibo en esa misma fecha.

SEXTA. – Respuesta al oficio de solicitud de información.

Con fecha 29 de junio de 2021, ha tenido entrada en el registro de la CNMC, el escrito de respuesta de REE a REINTEL al oficio de la Dirección de Energía.

Respecto del uso exclusivo, se aclara que *“aun cuando no se diga de modo expreso, la cesión de REE a REINTEL es exclusiva, en la medida en que no es compatible técnicamente el uso de la misma red de fibra por dos operadores simultáneamente”*.

Y también se aclara que *“la cesión de REINTEL a REE de la red de fibra lo es también en exclusiva, por las mismas razones apuntadas: el uso de la red de fibra por REE para el servicio eléctrico es incompatible con su uso simultáneo por cualquier otro operador”*.

[INICIO CONFIDENCIAL] [INICIO CONFIDENCIAL]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURIDICO-PROCEDIMENTALES

PRIMERO. – Competencia y plazo

De conformidad con el artículo 25 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como de los artículos 18 y 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde a la Directora de Instrucción el ejercicio de las competencias que la normativa atribuye a su Dirección y, en particular, a tenor del apartado i) de dicho artículo 23, le corresponde *“incoar y tramitar los procedimientos para la adopción de decisiones jurídicamente vinculantes para las empresas eléctricas y de gas natural y elevar al Consejo la propuesta para su aprobación”*.

En aplicación de los artículos 14.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como los artículos 8.2.k) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico, la competencia para resolver el procedimiento corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Conforme a lo establecido en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el plazo máximo para la resolución y notificación de este procedimiento es de tres meses, contados desde el inicio del procedimiento, sin perjuicio de las suspensiones del mismo.

SEGUNDO. – Procedimiento aplicable

El procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

TERCERO. – Fundamento y objeto del procedimiento

El procedimiento se fundamenta en el apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, declarada expresamente en vigor por la disposición derogatoria b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, *de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, la Comisión puede adoptar las medidas para la consecución de ciertos objetivos, entre ellos, a) *“promover el funcionamiento competitivo del sector energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de calidad, en lo que se refiere al suministro de la electricidad y de los hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios”*, b) *“garantizar las condiciones adecuadas para que las redes de electricidad y gas funcionen de modo eficaz y fiable, teniendo en cuenta objetivos a largo plazo”* y e) *“contribuir a lograr, de la manera más rentable, el desarrollo de redes no discriminatorias seguras, eficientes y fiables, orientadas a los consumidores y fomentar la adecuación de la red”*, entre otros.

Estos objetivos están plenamente integrados en los artículos 1.2 y 5, así como apartados 3 y 10 del artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Estos apartados atribuyen a la CNMC las funciones de *“Supervisar (...) la separación (...) de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, y en particular su separación funcional y la separación efectiva de cuentas (...)”* y *“Velar por el cumplimiento, por los transportistas y distribuidores y, en su caso, por los propietarios de las redes y por los gestores de redes de transporte y distribución, de las obligaciones impuestas por la normativa aplicable, (...)”*.

Se fundamenta asimismo en lo establecido por el artículo 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico*, sobre la red de transporte de energía eléctrica, así como en la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, *del Sector Eléctrico*, sobre las sociedades filiales de RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN, S.A.

La competencia para dictar decisiones vinculantes procede de la normativa europea y está reconocida en la misma como parte del núcleo fundamental de las competencias de las autoridades reguladoras. Concretamente, en los artículos 37.4 a) de la Directiva 2009/72/CE para el mercado interior de la electricidad (actual artículo 59.3 a) de la Directiva 2019/944¹⁰) y 41.4 a) de la Directiva 2009/73/CE para el mercado interior del gas natural, se establece que las autoridades reguladoras puedan “*promulgar decisiones vinculantes*”.

En consonancia con lo anterior, el preámbulo del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen al derecho español las referidas Directivas, reconoce que, entre las medidas que puede adoptar el organismo regulador en ejercicio de las competencias atribuidas, se encuentra la de *dirigir decisiones jurídicamente vinculantes a las empresas*, que estarán obligadas a su cumplimiento.

El artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, establece que el incumplimiento de decisiones jurídicamente vinculantes es sancionable por la CNMC conforme a lo dispuesto en el artículo 64.8 (infracción muy grave) y 65.4 (infracción grave) de la misma Ley, atendiendo al perjuicio que se cause al sistema.

FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES

PRIMERO. – Sobre el objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto dar cumplimiento a la normativa que es de aplicación al transportista, y que se detalla a continuación:

El artículo 34 de la Ley 24/2013, *del Sector Eléctrico*, sobre la “*Red de transporte de energía eléctrica*”, establece expresamente que se consideran elementos constitutivos de la red de transporte “*todos aquellos activos de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares, eléctricos o no, necesarios para el adecuado*

¹⁰ Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo y del consejo de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE.

funcionamiento de las instalaciones específicas de la red de transporte”. Esta definición alcanza a la fibra óptica necesaria para operar la red de transporte.

Por su parte, el artículo 34.5 de la Ley 24/2013 permite que las redes de transporte sean utilizadas para realizar actividades de telecomunicaciones para terceros bajo determinadas condiciones, al establecer lo siguiente:

“5. Sin perjuicio de los requisitos establecidos en la legislación general de las telecomunicaciones, las redes de transporte se podrán utilizar para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, siempre que se respete el principio de separación jurídica de actividades, garantizando en todo caso la seguridad del sistema de transporte de energía eléctrica”.

En el ámbito de esta disposición, la fibra óptica excedentaria del transportista ha venido siendo utilizada para prestar servicios de telecomunicaciones a terceros por parte de REINTEL, con la debida separación jurídica. En los contratos con terceros se han introducido cláusulas de prioridad del servicio eléctrico, al objeto de adoptar las medidas para garantizar la seguridad del sistema de transporte de energía eléctrica. Esta explotación de la fibra óptica excedentaria del transportista se considera ajustada a la normativa vigente, por lo que esta decisión jurídicamente vinculante no alcanza a la fibra óptica excedentaria del transportista que REE tiene cedida históricamente a REINTEL para que ésta, a su vez, preste servicios de telecomunicaciones a terceros.

Sin embargo, la operación que se ha realizado en 2018 tiene un alcance distinto, puesto que REE ha cedido a REINTEL, el derecho de uso y disfrute de la fibra óptica necesaria para la realización de la actividad de transporte, durante un periodo de 20 años, al tiempo que recibe de REINTEL el derecho de uso de la misma fibra por un periodo de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** años.

Esta resolución tiene por objeto determinar si los términos en los que ha sido acordada esta operación se acomodan a lo establecido en el señalado apartado 5 del artículo 34, en tanto que permite que los activos de transporte se empleen en actividades de comunicaciones electrónicas *“siempre que se respete el principio de separación jurídica de actividades, garantizando en todo caso la seguridad del sistema de transporte de energía eléctrica”.*

El artículo 34 de la Ley 24/2013 establece que RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (REE) actuará como transportista único desarrollando la actividad en régimen de exclusividad en los términos establecidos en dicha Ley, salvo determinadas excepciones relativas a empresas distribuidoras, sobre las que se requiere una autorización expresa e individualizada según los términos

establecidos en dicha Ley. Por lo tanto, únicamente REE puede realizar la actividad de transporte y ser titular de activos de transporte, salvo dichas excepciones.

Por otra parte, la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 54/1997, *del Sector Eléctrico*, que continúa vigente, establece que *“Red Eléctrica Corporación, S.A. no podrá transmitir a terceros las acciones de las filiales que realicen actividades reguladas”* (es decir, las acciones de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. – REE), existiendo, a su vez, limitaciones en el capital de RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN, S.A. De esta forma, la legislación sectorial impone una limitación clara orientada a evitar que los activos regulados de transporte salgan del perímetro del grupo al que pertenece REE.

Por lo tanto, el ámbito objetivo de esta Resolución alcanza únicamente a la operación acordada entre REE y REINTEL mediante la suscripción en unidad de acto de los antedichos contratos de 2 de julio de 2018, cuyas cláusulas han de ser objeto de un profundo análisis a fin de determinar los efectos que de éstas pueden derivarse en la operación de la red del transporte eléctrico. Es por ello que las consideraciones que se deriven de dicho análisis responden a la situación concreta que se aborda en el presente expediente y no deben ser extrapolables a otras operaciones entre los agentes de los sectores energéticos.

El análisis de si la utilización de activos de la red de transporte para realizar comunicaciones electrónicas respeta las exigencias del artículo 34.5 de la Ley 24/2013 es necesariamente casuístico. En cada caso, se realizará una valoración particular de la situación y se podrán adoptar las medidas específicas que se consideren precisas para respetar el principio de separación jurídica de actividades y para garantizar la seguridad del sistema de transporte de energía eléctrica. Pero ni una ni otras serán trasladables de forma automática a otros escenarios distintos, que precisarán de un examen individualizado.

SEGUNDO.- Sobre las principales alegaciones de REE y REINTEL

En el presente apartado se da respuesta a las principales alegaciones realizadas por REE y REINTEL.

De esta forma, se aborda en el presente apartado: 1) La adecuación a la normativa de los contratos suscritos entre REE y REINTEL; 2) La racionalidad de la operación; y 3) El criterio de la CNMC en operaciones anteriores sobre la fibra óptica.

2.1.- La adecuación a la normativa de los contratos suscritos entre REE y REINTEL.

El artículo 34 de la Ley 24/2013, *del Sector Eléctrico*, sobre la “*Red de transporte de energía eléctrica*”, establece expresamente que los activos de comunicaciones se consideran elementos constitutivos de la red de transporte.

Los costes de la fibra óptica instalada en la red de transporte están incluidos dentro de los valores unitarios de inversión¹¹, así como dentro de las auditorías de las inversiones¹², estableciéndose a partir de ambos la retribución de los activos de transporte. Por lo tanto, la fibra óptica forma parte de los activos regulados que se retribuyen.

Como la propia REE indica en su escrito de alegaciones, los activos de telecomunicaciones de su propiedad cuyo uso ha cedido a REINTEL (en sustancia, la red de fibra óptica oscura), *“están destinados al telecontrol y mando de las subestaciones eléctricas para la operación y mantenimiento de la red de transporte y a la comunicación de protecciones eléctricas que protegen dicha red”*.

Se trata, por lo tanto, de activos esenciales y totalmente necesarios para la operación y mantenimiento de la red de transporte.

La esencialidad de estos activos, y su clara afectación a la actividad de transporte, queda asimismo reflejada en el “Contrato de cesión de REE a REINTEL” **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Como se señala en las alegaciones, el artículo 34.5 de la Ley 24/2013 permite que las redes de transporte se puedan utilizar para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, siempre que se respete el principio de separación jurídica de actividades y se garantice la seguridad del sistema de transporte de energía eléctrica.

El análisis que a esta Comisión le corresponde abordar en el marco de la presente resolución debe, por tanto, acomodarse a esta previsión legal, a fin de

¹¹ Los valores unitarios de inversión son los establecidos en la Orden IET/2659/2015, de 11 de diciembre, de conformidad con la disposición adicional única de la Circular 7/2019, de 5 de diciembre.

¹² Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se establecen los criterios que deberán seguir las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para elaborar el informe de auditoría externa para todas las instalaciones puestas en servicio en el año 2018, y para aquellas cuya capacidad hubiera sido ampliada durante dicho año.

determinar si los dos contratos suscritos en unidad de acto el 2 de julio de 2018 y que recae sobre activos esenciales, respetan las exigencias de la separación de actividades y si son susceptibles de generar algún riesgo a la seguridad del transporte.

2.1.1.- El contrato de cesión del uso y disfrute de una red de fibra óptica REE-REINTEL.

En el contrato de cesión REE-REINTEL, la primera cede a la segunda **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

El contrato da derecho a REINTEL a usar y explotar, por su cuenta y riesgo, los activos cedidos (cláusula 1.1), abarcando incluso los tramos futuros de fibra óptica e infraestructura aneja. Se establece un plazo de cesión de 20 años, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Ciertamente se establece en la cláusula 1.5 una previsión a favor de la prioridad y reglamentación del servicio eléctrico. Pero no se trata de una previsión de carácter absoluto, sino que se encuentra sujeta a la concurrencia de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. La necesaria concurrencia de elementos de apreciación subjetiva como son **[INICIO CONFIDENCIAL] [INICIO CONFIDENCIAL]**, para que se garantice el uso prioritario del servicio eléctrico, puede entrañar un riesgo para la seguridad de la operación del transporte eléctrico.

En su escrito complementario a las alegaciones de 1 de junio de 2021, REE y REINTEL han manifestado su disposición a modificar esta cláusula, eliminando la referencia a **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

El riesgo asociado al contrato no es menor por el hecho de que REINTEL pertenezca al grupo de REE, dado que REINTEL incorpora en la ecuación a terceros, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Para paliar esta eventual injerencia de terceros, el contrato incluye también una cláusula de salvaguarda en favor de la prioridad del sistema eléctrico, al prever que en los contratos con terceros se incluirá **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. La reproducción de estos conceptos de **[INICIO CONFIDENCIAL] [INICIO CONFIDENCIAL]** hace aflorar el mismo riesgo al que se ha hecho referencia con anterioridad.

En su escrito complementario a las alegaciones de 1 de junio de 2021, REE y REINTEL también han manifestado su disposición a modificar esta cláusula **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Además, también han

manifestado su disposición a modificar la cláusula [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

Por otra parte, en su respuesta de fecha 29 de junio de 2021 al oficio de petición de información de la Dirección de Energía, REE y REINTEL han manifestado que no es viable técnicamente un uso compartido de la fibra óptica necesaria para operar la red de transporte por parte de REE y de terceros.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

El cambio de redacción de las cláusulas 1.5 y 1.6 propuesto por REE y REINTEL en su escrito de 1 de junio de 2021 conlleva mejoras imprescindibles para la disponibilidad de los activos para su uso para el transporte eléctrico y la prioridad del servicio eléctrico, dado que los términos que rigen en este momento la relación contractual implican que los activos de fibra óptica necesarios para operar la red de transporte y la gestión del sistema eléctrico español, se encuentran en manos de una sociedad del grupo, REINTEL, o de los terceros a quienes ésta pudiera ceder los derechos de uso.

Un eventual requerimiento por parte de REE para recuperar el uso de la fibra a REINTEL o a esos terceros queda relegada al ámbito contractual, es decir, a la voluntad de cumplimiento o incumplimiento por parte de éstos, y a la interpretación que los terceros hagan sobre las cláusulas contractuales. Por este motivo, resulta imprescindible implementar mecanismos que despejen cualquier riesgo de injerencia de terceros y aseguren la inmediata recuperación de REE del uso de la fibra óptica.

Por otra parte, la cláusula 1.7.1 iii) recoge como causa de revocación del contrato el hecho de que REINTEL deje de pertenecer al Grupo Red Eléctrica, en el sentido previsto en el artículo 42 del Código de Comercio. REE asegura que esta previsión le permite recuperar el derecho de uso de su fibra ante esa eventualidad. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que conforme a la cláusula [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]. Por este motivo, se considera necesario asegurar que las posiciones contractuales de cedente y cesionario derivadas del contrato sean asumidas, siempre y en todo caso, por empresas pertenecientes al grupo Red Eléctrica, sin que tales posiciones puedan ser transmitidas a terceros ajenos a dicho grupo.

REE y REINTEL, conscientes de la importancia de que el contrato se mantenga dentro del ámbito de control del grupo REE, afirman en el escrito de 1 de junio de 2021 que, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]. Se hace necesario, por ello, adoptar medidas que aseguren el cumplimiento de la previsión ofrecida por REE y REINTEL en su escrito.

2.1.2.- El contrato de cesión del derecho de uso de fibra óptica REINTEL-REE (o “contrato de servicios”).

Mediante el contrato de cesión REINTEL-REE, realizado en unidad de acto, esta última recupera el uso (que no el disfrute) de la fibra óptica oscura y de la infraestructura aneja destinada a dar soporte para los servicios de telecomunicaciones esenciales para la realización de las actividades de transportista único y operador del sistema eléctrico español. Se añade a lo anterior el derecho de uso sobre otros activos de telecomunicaciones de los que dispone REINTEL **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Y se incluyen en el contrato determinados servicios como el mantenimiento.

El contrato se pacta por un periodo de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Lo primero y más relevante que se desprende de este segundo contrato es que, al contrario de lo que afirma REE en sus alegaciones, no se pacta en régimen de exclusividad a favor de REE. Tampoco se reserva REE ningún derecho de exclusividad en el contrato de cesión de REE a REINTEL, como ya se ha explicado.

Adicionalmente cabe apuntar que, como ya hemos anticipado anteriormente, en el objeto del contrato no se incluye ya el término “disfrute”, por lo que este derecho permanece en REINTEL. Al margen de las repercusiones económicas que esta circunstancia conlleva, y que quedan suficientemente expuestas a lo largo de la presente resolución, lo cierto es que REE pierde potestad y autonomía sobre sus activos **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Esta restricción de las facultades de REE sobre sus activos de fibra óptica con consecuencias económicas aparejadas, puede entrañar un riesgo en la operación del transporte.

Cabe asimismo añadir que los dos contratos no son íntegramente complementarios. **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Por tanto, los contratos introducen un innegable riesgo en la operación del transporte de electricidad derivado de la posibilidad contractualmente pactada de que REE no disponga del uso de los activos de telecomunicaciones durante 30 días.

Este riesgo se observa también en la cláusula **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, en la que también se alude a un plazo de 30 días. En su escrito complementario de 1 de junio de 2021, REE y REINTEL manifiestan estar dispuestos a incluir este inciso en la citada cláusula: **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Sin perjuicio de que se trata de una mejora, se observa de la propia redacción el riesgo contractual que conlleva. **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** Un riesgo que, cierto es, se trata de paliar con la inclusión de un compromiso contractual específico, pero que justifica por sí solo la adopción de la presente decisión.

Alega también REE que no existe riesgo alguno sobre los activos de telecomunicaciones, en tanto que la validez de los contratos se hace depender de que REINTEL siga siendo parte del grupo RED ELÉCTRICA. Así, esta alegación parece descansar en un estatus especial que tendría REINTEL como sociedad del grupo RED ELÉCTRICA. Sin embargo, este estatus especial no existe.

En primer lugar, porque la cláusula **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Y, en segundo lugar, porque la Ley 24/2013 no realiza ninguna distinción entre una empresa del grupo del transportista y una empresa tercera, de fuera de él. La función de transportista único de la Ley 24/2013 se atribuye únicamente a REE. Mientras que existe una restricción legal que impide a RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN vender participaciones en REE, esta limitación no existe respecto de REINTEL. No hay, de hecho, ninguna limitación legal que obstaculice que RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN pudiera vender el 100% de REINTEL.

Lo anterior no significa que la CNMC haya iniciado el procedimiento por los planes del Grupo de vender una participación minoritaria en el capital social de REINTEL, tal y como REE afirma en sus alegaciones. Ahora bien, esa misma eventualidad es la que pone de manifiesto la necesidad de que las partes introduzcan medidas de aseguramiento que dejen inmune el derecho de uso de REE sobre los activos de fibra óptica frente a eventuales operaciones societarias que se lleven sobre el accionariado de REINTEL.

Además de lo anterior, el artículo 6 del contrato prevé la posibilidad de que las partes puedan ceder su posición contractual no sólo a alguna de las empresas del Grupo, sino también ajenas a él.

Por estos motivos se considera necesario asegurar que, al igual que sucede con el contrato de cesión REE-REINTEL, el contrato de servicios permanezca dentro del perímetro de las sociedades del Grupo Red Eléctrica, sin que las respectivas posiciones contractuales asumidas por cada una puedan ser cedidas a terceras empresas ajenas al grupo.

2.1.3. Sobre la ausencia de vulneración del principio de libertad de empresa

La presente decisión de la CNMC no contraviene el principio de libertad de empresa. A este respecto, sin ánimo de teorizar acerca de lo que debe entenderse por este derecho, basta recordar que el derecho a la libertad de empresa no es un derecho absoluto, inmune a cualquier tipo de límites. Esto es lo que justifica que la Ley 24/2013 pueda imponer obligaciones sobre las empresas que realizan actividades reguladas y sobre los activos afectos a esas actividades (separación de propiedad, exigencia de objeto social exclusivo o derecho de acceso, entre otros). Se trata de limitaciones razonables, proporcionadas y justificadas en la seguridad de suministro de un bien esencial como es el suministro eléctrico de calidad.

Por consiguiente, no es que la decisión de la CNMC vulnere el derecho a la libertad de empresa, sino que REE ha llevado a cabo una operación sobre los activos de comunicaciones que forman parte de la red de transporte, en unos términos que no se ajustan a las previsiones de la Ley.

De hecho, en la página 14 de las alegaciones, REE asume que los activos de telecomunicaciones *“necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones específicas de la red de transporte antes definida forman parte de la red de transporte”*. En el caso que nos ocupa, es el párrafo 5 del artículo 34 el que limita el ámbito de actuación de REE en relación con la fibra óptica, al advertir expresamente que el uso de las redes de transporte para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, debe respetar *el principio de separación jurídica de actividades*, y garantizar en todo caso *la seguridad del sistema de transporte de energía eléctrica*.

Por consiguiente, REE no puede ampararse en el derecho a libertad de empresa para introducir en los contratos que suscriba las condiciones que estime oportunas, puesto que el ámbito de la negociación contractual se encuentra constreñido por las previsiones legales contenidas en el ya citado artículo 34.5 de la Ley del Sector Eléctrico. Si la CNMC, en el marco de su función supervisora, constata que los contratos suscritos pueden entrañar algún tipo de riesgo en relación con dicha previsión legal, puede y debe articular los mecanismos legales adecuados para evitarlo, y a tal fin se encamina la presente Resolución.

2.2.- La racionalidad de la externalización.

En las alegaciones se cita el ajuste retributivo por empleo de activos y recursos regulados en otras actividades, que se establece en el artículo 18 de la Circular 5/2019, de 5 de diciembre, y en su disposición transitoria única. En efecto, dentro

de los factores que podrán tenerse en cuenta para aplicar este ajuste, está el ingreso por las actividades diferentes al transporte, la contribución a dicho ingreso realizada por los activos regulados, o las circunstancias que puedan concurrir respecto de las cesiones del uso de los activos entre sociedades de un mismo grupo o terceras personas.

Este ajuste retributivo puede resultar de aplicación a la fibra óptica propiedad de REE instalada en la infraestructura de transporte, dado que toda ella, es objeto de retribución, como se ha explicado. Dado que REE ha cedido históricamente a REINTEL la fibra óptica excedentaria de forma gratuita, mientras que REINTEL obtiene ingresos de aproximadamente 19 millones € al año por su cesión a operadores de telecomunicaciones, el artículo 18 de la Circular 5/2019 prevé la posibilidad de efectuar un ajuste retributivo.

En nuestro caso, resultaría de aplicación es el punto 3 del artículo 18 de la citada Circular, que establece *que “en ningún caso la realización de actividades diferentes al transporte puede suponer un coste adicional para las actividades con una metodología retributiva regulada”*.

Es decir, las actividades que realice REINTEL, y los planes del grupo REE en relación con la hipotética venta de una participación minoritaria de REINTEL, no pueden suponer un coste adicional para la actividad de transporte, que pueda servir como vía para reclamar, en el futuro, una mayor retribución de dicha actividad, que satisfacen los consumidores de energía eléctrica a través de los peajes de acceso.

En las alegaciones, se señala que la reorganización es una cuestión de alcance estrictamente jurídico y es irrelevante la racionalidad económica de la operación, y si el régimen pactado entre REE y REINTEL es más o menos oneroso para REE. También se indica que son irrelevantes los planes del grupo para REINTEL.

A este respecto cabe señalar que los aspectos económicos de la operación no constituyen la cuestión determinante para la adopción de la decisión jurídicamente vinculante, en tanto en cuanto es su adecuación a las previsiones del ordenamiento jurídico el aspecto fundamental que se ha tenido en cuenta para acordar el inicio del procedimiento y también para su resolución. Cuestión distinta es que los aspectos económicos derivados de la operación, ciertamente relevantes para REE, deban de ser necesariamente analizados a fin de contextualizar y exponer las consecuencias de la misma.

El acuerdo de inicio de esta decisión jurídicamente vinculante detalla los aspectos económicos de la operación y la posible venta de una parte de REINTEL, porque se consideran necesarios para entender las razones que

podrían haber fundado la realización de una operación que, en ausencia de estas motivaciones, no aparenta racionalidad.

Es decir, en ausencia de estas motivaciones, no es razonable que una sociedad ceda durante 20 años el uso y disfrute de un activo esencial, que necesita para realizar su actividad, a otra sociedad, por un precio. Mientras que, a su vez, como ese activo es esencial y lo necesita, recupere su derecho de uso, por un precio muy superior.

La racionalidad de la operación, así como la lógica de la misma, sólo puede entenderse desde las motivaciones que se señalan en el acuerdo de inicio.

- En primer lugar, la operación tiene el efecto económico de incrementar los costes del transportista. Así, en la contabilidad regulatoria de costes que REE presenta a la CNMC conforme a la Circular 1/2019, se declaran como costes los 36 millones € que REINTEL ha pasado a repercutir a REE por el uso de su propia fibra. Y como ingresos que netean los costes, los 4,4 millones € que se corresponden con el ingreso de 88 millones € que ha recibido REE por ceder su fibra durante 20 años, que a nivel contable se periodifican a lo largo de los años de duración de la cesión. El efecto neto es un incremento de los costes del transportista de 31,6 millones €, cada año.

La Ley 24/2013 establece en su artículo 14.8 que la metodología de retribución de la actividad de transporte se establecerá atendiendo a los costes necesarios para construir, operar y mantener las instalaciones, por lo que un incremento de los costes del transportista podría servir como vía para reclamar una mayor retribución de la actividad de transporte.

Se considera necesario descartar esta posibilidad. Los costes generados por esta operación intragrupo no pueden tener ningún impacto en la retribución del transporte.

El régimen económico entre REE y REINTEL debe ser irrelevante para fijar la retribución regulada de REE por su actividad de transporte.

Los costes que se obtienen de la contabilidad regulatoria de costes del transportista se toman como base para el cálculo de los valores unitarios de operación y mantenimiento de la Circular 7/2019¹³, por lo que debe procurarse que no se vean afectados por esta operación intragrupo. Aunque

¹³ Circular 7/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica.

la CNMC podría efectuar ajustes a posteriori, resulta más adecuado que éstos se introduzcan en la propia declaración.

En todo caso, la metodología de cálculo de la retribución del transporte establecida en la Circular 5/2019, de 5 de diciembre¹⁴, no contempla una traslación directa de todos los costes a la retribución del transporte, y en el ejercicio de la función del artículo 7.1 g) y 7.1 bis de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la CNMC adoptará las decisiones oportunas a efectos de que estos costes no tengan ningún efecto en el cálculo de la retribución del transporte.

- En segundo lugar, el grupo Red Eléctrica ha señalado su intención de desprenderse de parte del capital de REINTEL. Si REINTEL genera ingresos recurrentes de 36 millones € cada año, durante 20 años, es obvio que el valor empresa de REINTEL aumenta considerablemente. Por lo que un inversor que adquiere un porcentaje del capital de REINTEL, estará dispuesto a pagar más.

Es importante señalar que RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN no puede transmitir a terceros las participaciones que mantiene en REE, mientras que no existe, a este respecto, ninguna limitación sobre REINTEL.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] y que, si REINTEL saliera del grupo, REE podría rescindir el contrato. Pero lo cierto es que no hay ninguna limitación en la Ley 24/2013, que impida a RED ELÉCTRICA CORPORACIÓN vender el 100% de REINTEL. De igual forma, también podría darse la circunstancia de que, si REINTEL saliera del grupo, REE no rescinda el contrato de servicios.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]. Sin embargo, como se ha indicado, no existe ninguna previsión legal que limite la participación en REINTEL ni ninguna limitación relativa al ejercicio de derechos de voto.

- Por último, también cabe destacar la cláusula **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Aunque en las alegaciones se señala que, a los efectos de esta decisión jurídicamente vinculante, la cuestión tiene un alcance estrictamente jurídico, y que es irrelevante la racionalidad económica de la misma, REE expone que la externalización intragrupo de servicios en el área de telecomunicaciones,

¹⁴ Circular 5/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica.

derivada de la operación de reorganización llevada a cabo por el Grupo Red Eléctrica en 2018, es racional desde un punto de vista organizativo y económico. REE señala que no resulta correcto comparar la cantidad recibida por REE en la operación (88,8 millones € para una cesión a 20 años, periodificados como 4,4 millones € anuales) con el importe obtenido por REINTEL (36,7 millones € anuales), dado que éste último comprende además otros conceptos.

En particular, indica que el precio anual de 36,7 millones € que REE paga a REINTEL, se obtiene a partir de 4 conceptos:

- Recuperación del uso de los activos [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].
- Servicio de mantenimiento: [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].
- Arrendamiento de fibras ópticas de terceros: [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]
- Reserva de fibra [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Este desglose de precios por conceptos que figura en el escrito de alegaciones, no consta en los contratos.

Es decir, salvo por lo relativo [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] no constan precios diferenciados para los distintos conceptos.

Tampoco se recoge la posibilidad de contratar el mantenimiento de la fibra óptica o la reserva de fibra [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] de forma separada, o la posibilidad de rescindir estos conceptos.

No es razonable atribuir a la red de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] km de fibra óptica e infraestructura aneja asociada de REE, un carácter meramente marginal en el precio [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

Los argumentos indicados por REE en su escrito de alegaciones para defender la racionalidad económica de la operación, no son suficientes para eliminar las valoraciones que se han efectuado en el acuerdo de inicio y la CNMC considera que estos costes adicionales no deben considerarse dentro de la retribución del transporte. Todo ello sin perjuicio de lo que resulte del procedimiento de

reconocimiento de la retribución de REE por la realización de la actividad de transporte.

En su escrito de alegaciones, y como argumento adicional, REE indica que **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**”.

Sin embargo, REE también estaría **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

En las alegaciones también se señala que REE pagará por el mantenimiento de la fibra óptica un importe de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** millones €, pero que por otra parte está teniendo un ahorro derivado de que se ha traspasado a REINTEL el personal y los costes asociados a los contratos de servicios exteriores vinculados a este mantenimiento.

De conformidad con las cuentas anuales de REINTEL disponibles en el registro mercantil, la empresa ha incrementado su plantilla de 11 personas en 2017, a 57 personas en 2018¹⁵. Asimismo, ha incrementado los gastos de personal, que han pasado de 1 millón € en 2017 a 2,2 millones € en 2018 y 4,7 millones € en 2019. Es decir, un incremento de 3,7 millones €. El importe de los gastos de servicios exteriores se incrementó de 24,5 millones € en 2017 a 27 millones € en 2018, aunque ha disminuido a 22,9 millones € en 2019.

Se observa, por lo tanto, un incremento en los costes de REINTEL por gastos de personal y servicios exteriores, que corroboran las alegaciones de REE relativas a que los gastos del transportista habrían disminuido. No obstante, el incremento en los costes de REINTEL se estima en 3,7 millones €, y es muy inferior por lo tanto a los **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** millones € que tendrá que abonar REE a REINTEL por el mantenimiento. Es más, también es muy inferior a los costes asociados a los contratos transferidos que, según las alegaciones de REE y REINTEL, supuestamente ascendían a **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** millones €.

2.3.- El criterio de la CNMC en operaciones anteriores sobre la fibra óptica.

REE alega que ha habido en el pasado operaciones mercantiles similares que no han afectado a la seguridad del sistema, ni han recibido objeción del regulador.

¹⁵ En 2019 la plantilla es de 58 personas.

Ya se ha señalado anteriormente que el alcance del procedimiento que se ha iniciado y de la presente resolución se restringe a las condiciones en las que REE y REINTEL han convenido la cesión del uso de la fibra óptica necesaria para la operación de la red de transporte, en los contratos suscritos en unidad de acto con fecha 2 de julio de 2018. Por ello, las consideraciones contempladas en la presente resolución no pueden ser extrapolables a otras operaciones, de la misma manera que la actuación de la CNMC o de la extinta CNE en los precedentes a los que alude REE no resultan útiles en el análisis de la operación que ahora se realiza.

En concreto, en las alegaciones de REE se hace alusión a las operaciones siguientes:

2.3.1. La cesión de uso a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

Se aporta como documento número 5 a las alegaciones, Acuerdo de la extinta CNE de 19/09/2000, adoptado de conformidad con la Disposición adicional undécima, función decimocuarta, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (actualmente derogada), y comunicado a REE en fecha 26/09/2000.

En dicho acuerdo, se menciona que con fecha 28 de junio de 2000, tuvo entrada en la extinta Comisión Nacional de Energía solicitud de autorización de REE para la creación de dos sociedades filiales, destinadas a desarrollar la actividad internacional, y la actividad que se iba a emprender en el sector de las telecomunicaciones.

En este acuerdo, se autoriza la constitución de la filial de telecomunicaciones, sujeta al cumplimiento de lo siguiente:

“REE y la filial de telecomunicaciones actuarán con la adecuada coordinación en el desarrollo de sus actividades, de forma que quede garantizado permanentemente el correcto funcionamiento del sector eléctrico español. Para ello, se adoptarán las medidas necesarias para asegurar la prioridad y la funcionalidad eléctrica de las instalaciones de telecomunicaciones afectas al servicio eléctrico, garantizándose en todo momento la continuidad, seguridad y la eficiencia técnica y económica del suministro eléctrico. La actividad de telecomunicaciones no perturbará, en modo alguno, el buen funcionamiento del sector eléctrico.

En los contratos de cesión que REE realizará con la filial de telecomunicaciones, sobre los derechos y obligaciones del contrato suscrito con [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], deberá recogerse de forma expresa que la cesión de uso de las dos fibras ópticas,

que se han reservado en toda la red para uso no eléctrico, podrán ser requeridas para el servicio eléctrico si así lo exigiesen circunstancias adicionales e imprevistas. A estos efectos, REE deberá dar traslado a la CNE de los contratos que se hayan celebrado o se celebren en el futuro.

REE informará a la CNE de las cantidades que perciba de la filial por el uso y mantenimiento de las redes de fibra óptica, tanto actuales como las que se realicen en el futuro.”

Como se desprende de la literalidad de esos párrafos, no hay nada en los mismos que sea contradictorio con la presente decisión jurídicamente vinculante. La extinta CNE se limitaba a señalar que las fibras que se destinaban para uso no eléctrico, podrían ser requeridas para el servicio eléctrico, y que debería asegurarse la prioridad del servicio eléctrico.

2.3.2. La cesión de uso de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

Se aporta como documento 6 a las alegaciones, “Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se autoriza la transmisión de instalaciones de transporte de energía eléctrica de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] a la sociedad [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] supeditada al cumplimiento de una serie de condiciones”, de fecha 27 de diciembre de 2002, y como documento número 7, “Resolución de la Comisión Nacional de Energía sobre la solicitud de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] de autorización para adquirir participaciones accionariales en [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], de fecha 23/12/2002, emitida en el ámbito de la disposición adicional undécima, tercero, 1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (actualmente derogada). Si bien en las alegaciones se citan párrafos del “Informe sobre la solicitud de autorización para la transmisión de instalaciones de transporte de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], formulada por [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], de acuerdo con la modificación propuesta”, de fecha 23/12/2002, y se indica que este informe se aporta como documento 7, el mismo no se ha aportado.

En el preámbulo de la Resolución de la Dirección General, por la que se autoriza, sujeta a condiciones, la transmisión de determinadas instalaciones de transporte de energía eléctrica de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], se indica que con fecha 22 de octubre de 2002, la extinta CNE envió un primer informe preceptivo, en el que informaba desfavorablemente la operación contenida en la solicitud de

autorización realizada por [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] el 23 de julio de 2000.

Uno de los puntos por los que se informó desfavorablemente la operación fue el hecho de que [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] transmitía la propiedad de determinados activos de transporte a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], pero reteniendo la propiedad de los terrenos y de los activos de comunicaciones afectos a los mismos, otorgando únicamente derechos de uso y acceso a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]. En el informe desfavorable de la CNE de fecha 22/10/2002¹⁶, se ponía de manifiesto lo siguiente:

“La transmisión de la titularidad de una instalación de transporte, debe garantizar la operatividad de la propia instalación y del conjunto del Sistema de transporte. Para ello se requiere, en primer lugar, la transmisión de todos y cada uno de los elementos que conforman la instalación de transporte, entendiendo como instalación de transporte la definida en el artículo 5 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, y en el artículo 7 del Real Decreto 2819/1998, de 27 de diciembre. En ese sentido, se recuerda que los referidos artículos son la base principal en los trámites de autorización para nuevas instalaciones de transporte y sirven, así mismo, como base para establecer la retribución correspondiente a cada instalación en función de las características establecidas en los Anexos del Real Decreto 2819/1998”

(...)

“Los Derechos de Acceso al Sistema de Telecomunicaciones vendrían a ser las “servidumbres” otorgadas por [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], en su calidad de propietaria de los Activos, al titular de las redes de telecomunicaciones en cuestión. Mediante el otorgamiento de los citados derechos se pretende garantizar la explotación adecuada de la red de telecomunicaciones, y con ello la operatividad de los Activos cuya transmisión se solicita. Con relación a lo anterior, esta Comisión considera que los Derechos de Acceso al Sistema de Telecomunicaciones son inherentes a la propia instalación, de acuerdo con la normativa reseñada anteriormente, y están vinculados directa y unívocamente con las autorizaciones administrativas correspondientes a las instalaciones de transporte.

Mediante la formulación del contrato de telecomunicaciones, Contrato con [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], se podrían evidenciar ciertas situaciones en las que tres sujetos pueden ejercitar funciones de transportista sobre una misma instalación. Estos serían: el titular de los Activos, el titular del

¹⁶ Informe solicitado por la DGPEM sobre la solicitud de autorización para la transmisión de instalaciones de transporte de energía eléctrica de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], de 22 de octubre de 2002.

sistema de telecomunicaciones y el titular de los derechos de acceso al sistema de telecomunicaciones, todo lo anterior, al margen de la propia función de operación de la Red, que es desempeñada por un cuarto sujeto. En este escenario, la propiedad compartida y la limitación de las funciones de cada titular para una misma instalación, dificulta la operación en tiempo real, prioritaria en sistemas eléctricos, puede desincentivar el ejercicio de las funciones de los sujetos y puede poner en riesgo la seguridad de suministro”.

Por otra parte, de cara a valorar la capacidad técnica de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, en el primer informe de la CNE de 22/10/2002 se indicaba que, de conformidad con el artículo 21 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, para que se cumpla este requisito el solicitante debía cumplir una de las siguientes condiciones: 1º Haber ejercido la actividad de transporte durante al menos los 3 últimos años; 2º Contar entre sus accionistas con, al menos, un socio con un porcentaje igual o superior al 25% que pueda acreditar experiencia en los 3 últimos años; o 3º Tener suscrito un contrato de asistencia técnica por un periodo de 3 años con una empresa que acredite experiencia en la actividad de transporte.

La acreditación de esta capacidad se soportaba por **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** mediante la presentación de un contrato de prestación de servicios con **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

A este respecto, en el informe desfavorable se indicaba que “*hay que entender que el contrato de asistencia técnica a que se refiere el artículo 121, tiene por finalidad que el titular de las instalaciones pueda adquirir la experiencia técnica suficiente que, al cabo de tres años, le permita desarrollar por sí solo las funciones inherentes a la actividad de transporte. Se trata, por tanto, de un contrato de prestación de servicios, pero que tendría una cualidad meramente accesoria o asistencial a la actividad del solicitante. De esta manera, el solicitante de la autorización de transmisión debería ofrecer también la solvencia o capacidad mínima que, completada con la asistencia técnica contratada, garantice la realización de la actividad tanto durante la vigencia del contrato como a su extinción ya que las autorizaciones administrativas en esta materia se otorgan por un período de tiempo indefinido*”.

Véase, a este respecto, algunas de las consideraciones finales de este informe:

SEGUNDA.- Sin embargo, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** lejos de transmitir la totalidad de su red de transporte, sobre la que no cabe duda alguna acerca de su operatividad, excluye de la compraventa las instalaciones de Telecomunicaciones afectas a las instalaciones eléctricas que se pretende transmitir, los terrenos o suelos sobre los que se asientan las instalaciones

eléctricas objeto de la compraventa, los edificios en que, en su caso, se encuentren, los despachos de maniobra y centros de control de energía y algunas posiciones de subestaciones asociadas a la evacuación de grupos generadores. (...)

TERCERA.- *La transmisión se formula, por tanto, sobre una parte de unos Activos eléctricos que hoy por hoy son plenamente operativos. Sin embargo, la trascendencia tanto de los Activos excluidos -despachos y centros de control-, como de la parte excluida de los Activos incluidos en la compraventa -telecomunicaciones y terrenos, suelos y edificios-, hace que lo transmitido no constituya, per se, una red de transporte operativa. Dicha operatividad se alcanza mediante la prestación, por parte de [INICIO CONFIDENCIAL] [INICIO CONFIDENCIAL], de una serie de servicios, algunos de los cuales se materializan mediante la utilización de, precisamente, la parte de los Activos eléctricos no transmitidos.*

Dicho de otro modo, los Activos que compra la sociedad [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] no pueden de modo alguno cumplir las funciones para las que fueron autorizados, construidos y puestos en servicio: transportar energía eléctrica. Para alcanzar su funcionalidad necesitan, de manera indubitable, de los Activos que [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] se reserva para sí.

CUARTA.- *Se está, por tanto, ante la partición de la propiedad de unas instalaciones de energía eléctrica que provoca la no funcionalidad de las partes. Si bien los despachos de maniobra y centros de control de energía, que no se transmiten, podrían ser suplidos con otros, las exclusiones que afectan de manera individual a las instalaciones –telecomunicaciones y terrenos, suelos y edificios- no pueden ser suplidos por otros, y ello porque son parte indivisible e indisoluble de la propia instalación en su día autorizada.*

Como se detalla en el preámbulo de la resolución de la Dirección General, con posterioridad a este informe desfavorable, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] presentó una nueva solicitud en fecha 25 de noviembre de 2002, con cambios sustanciales. Sobre esta nueva solicitud, la extinta CNE emitió informe preceptivo favorable, con condiciones, en fecha 23 de diciembre de 2002.

Dentro de los cambios realizados, se incluye el que [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] transmite e [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] adquiere la propiedad de la red de fibra óptica afecta a los activos de transporte que se transmitían, solucionando de esta forma uno de los puntos sobre los que la CNE había informado desfavorablemente.

Las partes acordaron que [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] cedería el uso de la red de fibra óptica a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], que podría a su vez cederla a terceros. De esta forma, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] retuvo el derecho de explotar comercialmente la fibra óptica excedentaria, en lugar de que lo hiciera [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

Se entiende, en este punto, que se trata de un esquema similar al que REE ha tenido con REINTEL históricamente. REE cede a REINTEL la fibra óptica excedentaria para que REINTEL la explote comercialmente cediéndosela a su vez, a operadores de telecomunicaciones. Con respecto a los activos transmitidos a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] en aquella operación, sería [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] quien desempeñaría un papel equivalente al que ha desempeñado REINTEL en el caso de otros activos. Es decir, únicamente se limita a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] el uso de la fibra óptica para todo lo que no sea necesario para desarrollar sus actividades de transportista.

Véase, a este respecto, los párrafos concretos de dicho informe:

“Sobre la Red de Fibra Óptica”.- De acuerdo con lo señalado en la cláusula 7, se describe con el término “Red de Fibra Óptica” al conjunto de cables compuestos y cables autosoportados en la red de transporte y todos los elementos necesarios para su operatividad. (...)

Después de la formalización de la compraventa, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] se compromete a ceder el uso de la misma a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] (cesión de uso de la red de fibra óptica).

La Cesión de uso de la red de fibra óptica se realizará por toda la vida útil de dicha red. Por lo tanto, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] no podrá ni utilizar ella misma la red ni autorizar ni permitir a ningún tercero su utilización en el futuro, salvo en lo que sea necesario para desarrollar sus actividades de transportista. [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] sí podrá autorizar a terceros el uso de la red, dentro de los límites establecidos en la presente cláusula”.

En el escrito de alegaciones de REE a esta decisión jurídicamente vinculante, se indica que en el caso de la operación [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], se disponía que [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] prestaría a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] los servicios necesarios para la realización de las actividades de telecomunicaciones necesarias para la operación de la red de transporte. Pero

es necesario entender esta previsión dentro del contexto de aquella operación, en la que la CNE estaba cuestionando la capacidad técnica de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Este contrato de prestación de servicios, así como otro más general, de servicios de operación y mantenimiento, daban certidumbre respecto del mantenimiento de la integridad de la red de transporte y su funcionamiento. Además, en este segundo informe, se valoró positivamente la entrada de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** en el capital de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, con un 25%, para considerar acreditada la capacidad técnica de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, y se destacó el derecho preferente de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** sobre la sustitución de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** en sus labores de servicios de operación y mantenimiento.

Sobre esta nueva solicitud de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, la extinta CNE emitió informe preceptivo favorable, con condiciones, en fecha 23 de diciembre de 2002. Consideró que la transmisión de la propiedad de la Red de Fibra Óptica era acorde con lo expresado en el primer informe, pero que no obstante, *“para garantizar la integridad de la red de transporte y su funcionalidad, asegurando la función principal del sistema de telecomunicaciones, que no es otra que la operatividad de la red de transporte, se considera indispensable modificar la formulación de la “Cesión de Uso de la Red de Fibra Óptica” para que permita vincular inequívocamente el “Titular del derecho” con el uso concreto que se haga de la “Red de Fibra Óptica”. En este sentido, tal y como esta Comisión ya manifestó en ocasiones anteriores, en particular en el Informe relativo a la constitución, por parte de REE, de una filial que desarrollaría su actividad en el sector de las telecomunicaciones, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** deberán actuar con la adecuada coordinación en el desarrollo de sus actividades, de forma que quede garantizado permanentemente el correcto funcionamiento de la red de transporte. Para ello, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la prioridad y la funcionalidad eléctricas de las instalaciones de telecomunicaciones afectas al servicio eléctrico, garantizándose en todo momento la continuidad, seguridad y la eficiencia técnica y económica del suministro eléctrico. La actividad de telecomunicaciones realizada por **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** no perturbará, en modo alguno, el buen funcionamiento de la Red de Transporte. Bajo este principio, debe adecuarse la redacción de la cláusula 7 y concordantes del contrato con **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** sobre la “Red de Fibra Óptica”. El cumplimiento o incumplimiento de esta condición debería incluirse en el contrato como circunstancia que determina la resolución del mismo.*

Como se puede observar de la lectura de estos párrafos, nada hay que contradiga esta decisión jurídicamente vinculante.

La CNE informó en contra de que la propiedad de la fibra óptica no se transmitiera junto a la propiedad de las instalaciones de transporte, procediéndose a corregir esta situación.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] cedió un derecho de uso a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] de la fibra óptica, comprometiéndose a no usarla ella misma ni cederla a terceros salvo en lo que sea necesario para desarrollar sus actividades de transportista.

Dado que [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] sí podía cederla a terceros, la CNE informó sobre la necesidad de que se asegurase la prioridad del servicio eléctrico.

Por otra parte, la referencia a que [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] o una entidad de su grupo se comprometiera a prestar en todo momento a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] los servicios necesarios para la realización de las actividades de telecontrol necesarias para el control de la red de transporte, hay que entenderla dentro del ámbito de la operación, en la que la extinta CNE estaba cuestionando la capacidad técnica de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], y este contrato, así como el de servicios de operación y mantenimiento, daban certidumbre respecto del mantenimiento de la actividad.

No se trata, en ningún caso, de un informe sobre una operación de cesión de fibra óptica, el que emitió la extinta CNE, sino un informe sobre una operación mucho más compleja.

Como señala REE en sus alegaciones a esta decisión jurídicamente vinculante, la Dirección General de Política Energética y Minas autorizó la transmisión el 27 de diciembre de 2002, sujeta entre otras, a la formulación de la “Cesión de Uso de la Red de Fibra Óptica” que se había indicado en el segundo informe de la CNE.

2.3.3. El caso de la red de transporte de gas de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

En el escrito de alegaciones se indica que hasta donde conoce REE, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] vendió la propiedad de la red de fibra oscura (incluyendo la necesaria para la operación de la red de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]), y que no le consta que la CNMC haya adoptado medidas para revertir esta situación.

Debemos contradecir la anterior aseveración: en relación a esta operación, la extinta CNE realizó diversas actuaciones entre 2003 y 2006, manteniendo pronunciamientos similares a los de los informes de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] que han sido descritos anteriormente, y fue consistente con los mismos. Nada hay en las actuaciones realizadas en aquel momento que contradigan esta decisión jurídicamente vinculante.

TERCERO.- Consideraciones finales.

3.1. Sobre los riesgos de determinadas cláusulas contractuales.

En la tramitación de este procedimiento se han puesto de manifiesto determinados riesgos derivados de algunas cláusulas contractuales, algunas de las cuales incluso REE y REINTEL se han mostrado dispuestos a modificar en su escrito complementario de 1 de julio de 2021, con el objeto de garantizar la disponibilidad de los activos para su uso para el transporte eléctrico y la prioridad del servicio eléctrico.

Es por ello que se considera necesario que RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (REE) y las sociedades de su grupo empresarial lleven a cabo las actuaciones que resulten necesarias para mitigar los riesgos detectados, por lo que se deberán modificar, en un plazo máximo de 6 meses, las cláusulas contractuales, que pudieran entrañar riesgos sobre el uso de la fibra óptica necesaria para la operación de la red de transporte. Estas son las cláusulas 1.5, 1.6, 1.7 y 5.2 del Contrato de cesión de REE a REINTEL, y las cláusulas 6.1, 13.1 y 13.2 del Contrato de cesión de REINTEL a REE, en los términos que se indican a continuación.

[INICIO CONFIDENCIAL]
[FIN CONFIDENCIAL]

3.2. Sobre el impacto en la retribución del transporte.

Las actividades que realice REINTEL y los planes del grupo REE en relación con la hipotética venta de una participación minoritaria de REINTEL no pueden suponer un coste adicional para la actividad de transporte, que pueda servir como vía para reclamar, en el futuro, una mayor retribución de dicha actividad, que satisfacen los consumidores de energía eléctrica a través de los peajes de acceso.

Los costes generados por esta operación intragrupo no pueden tener ningún impacto en la retribución del transporte.

Se consideran costes generados por esta operación intragrupo aquellos que superan el gasto de personal que REE ha dejado de soportar por el traspaso de parte de su personal a REINTEL, así como por el traspaso de contratos de servicios exteriores con terceros, y que se estiman en un importe anual de 3,7 millones €.

Sin perjuicio de lo que resulte del procedimiento para el reconocimiento de la retribución de REE por la actividad de transporte, esta CNMC considera que, dado que REE recibe ingresos anuales periodificados de 4,4 millones €, los costes que superen la cantidad de 4,4 millones € más la cantidad que REE ha dejado de soportar, y que se estima en 3,7 millones € al año, se deben considerar costes no imputables a la actividad del transporte, y no deben, en ningún caso, incrementar la retribución regulada de dicha actividad.

Los costes que se obtienen de la contabilidad regulatoria de costes del transportista que REE reporta por la Circular 1/2015¹⁷, de 22 de julio, se toman como base para el cálculo de los valores unitarios de operación y mantenimiento de la Circular 7/2019¹⁸, por lo que debe procurarse que no se vean afectados por esta operación intragrupo. Aunque la CNMC podría efectuar ajustes a posteriori, resulta más adecuado que éstos se introduzcan en la propia declaración.

Para garantizar la coherencia con la contabilidad separada por actividades, estos costes tampoco pueden imputarse a la actividad de transporte, en la información que REE reporta en virtud de la Circular 5/2009¹⁹, de 16 de julio.

Así, del importe anual que soporta REE asociado al contrato de cesión de REINTEL a REE, por valor de 36 millones € al año, sólo podrán imputarse a la actividad de transporte costes por valor estimado de 8,1 millones € al año. Los costes restantes, que se estiman en 27,9 millones €, deberán imputarse a *“Resto de actividades”*, en los formularios de la contabilidad separada por actividades que REE reporta a la CNMC por la Circular 5/2009, y en la actividad AR-E-05 *“Actividades no reguladas”* a la que se refiere la tabla 1 *“Listado de actividades*

¹⁷ Circular 1/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de desarrollo de la información regulatoria de costes relativa a las actividades reguladas de transporte, regasificación, almacenamiento y gestión técnica del sistema de gas natural, así como transporte y operación del sistema de electricidad.

¹⁸ Circular 7/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica.

¹⁹ Circular 5/2009, de 16 de julio, de la Comisión Nacional de Energía, sobre obtención de información de carácter contable y económico financiera de las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización.

de electricidad”, en los formularios de la contabilidad regulatoria de costes de la Circular 1/2015.

Los ingresos de 4,4 millones € al año deberán continuar imputándose al tipo de ingreso CI-18 *“Ingresos por la cesión de uso de activos de la empresa”*, al que se refiere la tabla 8 *“Tipos de ingresos”* de la Circular 1/2015.

A la vista de todo lo que se ha expuesto, y para tener una cifra exacta de los costes que REE ha dejado de soportar como consecuencia de la reorganización, se considera necesario que REE remita a la CNMC la documentación que permita acreditar los gastos de personal y servicios exteriores en los que incurrió antes de la reorganización, es decir, en el ejercicio 2017, y adicionalmente, en el ejercicio 2018 hasta el 2 de julio, asociados a las personas y a los contratos con terceros que han sido traspasados a REINTEL, acompañada de un informe de auditoría para garantizar su veracidad.

En todo caso, las fórmulas de cálculo de la retribución de la Circular 5/2019, de 5 de diciembre²⁰ no contemplan una traslación directa de todos los costes a la retribución del transporte, y en el ejercicio de la función del artículo 7.1 g) y 7.1 bis de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la CNMC adoptará las decisiones oportunas a efectos de que estos costes no tengan ningún efecto en el cálculo de la retribución del transporte.

Se significa que el artículo 18.3 de la Circular 5/2019, establece que *“en ningún caso la realización de actividades diferentes al transporte puede suponer un coste adicional para las actividades con una metodología retributiva regulada”*.

Finalmente, se señala que todo lo expuesto se entiende asimismo sin perjuicio del ajuste retributivo por empleo de activos y recursos regulados en otras actividades establecido en el artículo 18 de la Circular 5/2019, de 5 de diciembre.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

ACUERDA

Primero.- La utilización de los activos de la red de transporte para la realización de comunicaciones electrónicas, en los términos que resulta de los Contratos suscritos el 2 de julio de 2018 entre RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (REE)

²⁰ Circular 5/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica.

y RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN, S.A.U. (REINTEL), no garantiza la seguridad del sistema de transporte de energía eléctrica, como exige el artículo 34.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Segundo.- En consecuencia, RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (REE) y las sociedades de su grupo empresarial deberán adaptar las siguientes cláusulas contractuales para eliminar las previsiones que entrañan un riesgo en el uso de la fibra óptica necesaria para operar la red de transporte y la prioridad del servicio eléctrico, en el plazo máximo de 6 meses desde la notificación de la presente decisión jurídicamente vinculante en los siguientes términos.

En el “*Contrato de cesión del uso y disfrute de una red de fibra óptica*” de 2 de julio de 2018, entre RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. como cedente y RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN, S.A.U. como cesionario:

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

En el “*Contrato de cesión del derecho de uso de fibra óptica*” de 2 de julio de 2018, entre RED ELÉCTRICA INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIÓN, S.A. como cedente y RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. como cesionario:

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Tercero.- REE deberá remitir a la CNMC la documentación pertinente que permita acreditar el cumplimiento de esta decisión jurídicamente vinculante en los 10 días hábiles posteriores a la realización de las actuaciones indicadas en al apartado segundo.

Cuarto.- REE deberá comunicar a la CNMC cualquier modificación que se acuerde respecto del “*Contrato de cesión del uso y disfrute de una red de fibra óptica*” y del “*Contrato de cesión del derecho de uso de fibra óptica*” de 2 de julio de 2018, en un plazo no superior a 10 días hábiles desde que se alcance dicho acuerdo.

Quinto.- REINTEL deberá comunicar a la CNMC los pactos de accionistas que, en su caso, se establezcan para regir la adopción de acuerdos en el seno de la sociedad, relativos al “*Contrato de cesión del uso y disfrute de una red de fibra óptica*” y al “*Contrato de cesión del derecho de uso de fibra óptica*”, así como las modificaciones que se produzcan en dichos pactos, en el plazo de 10 días hábiles desde que los mismos se suscriban.

Sexto.- A partir de la declaración del ejercicio 2022, RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. reportará los costes generados por el “*Contrato de cesión del*

derecho de uso de fibra óptica” de 2 de julio de 2018, que superen el gasto de personal y servicios exteriores que REE ha dejado de soportar, más los ingresos anuales periodificados que REE recibe en virtud del *“Contrato de cesión del uso y disfrute de una red de fibra óptica”* de 2 de julio de 2018, como costes imputables a *“Resto de actividades”*, en los formularios de la contabilidad separada por actividades de la Circular 5/2009, de 16 de julio, y como costes imputables a la actividad AR-E-05 *“Actividades no reguladas”* a la que se refiere la tabla 1 *“Listado de actividades de electricidad”*, en los formularios de la contabilidad regulatoria de costes de la Circular 1/2015, de 22 de julio, según se detalla en el apartado 3.2. de esta decisión jurídicamente vinculante.

Séptimo.- RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. deberá remitir a la CNMC, en el plazo máximo de 6 meses desde la notificación de la presente decisión jurídicamente vinculante, la documentación pertinente que permita acreditar los gastos de personal y servicios exteriores en los que incurrió en el ejercicio 2017, y en el ejercicio 2018 hasta el 2 de julio de 2018, asociados a las personas y a los contratos con terceros que han sido traspasados a REINTEL. La documentación aportada deberá ir acompañada de un informe de revisión independiente, elaborado por un auditor, en el que se exprese una conclusión, en términos de seguridad positiva, fundamentada en la fiabilidad de la información objeto de la revisión.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.