

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES DE AXENT EN EL CONFLICTO PLANTEADO FRENTE A TELFÓNICA, EN RELACIÓN CON DETERMINADAS SOLICITUDES DE ACCESO A INFRAESTRUCTURAS

(CFT/DTSA/033/22)

CONSEJO. 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. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 7 de abril de 2022

De acuerdo con la función establecida en el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria resuelve:

I. ANTECEDENTES

Primero. Escrito de Axent interponiendo un conflicto de acceso

El 2 de febrero de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A. (Axent) en virtud del cual interponía un conflicto frente a Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) en relación con el acceso a determinadas infraestructuras físicas al amparo del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (Real Decreto 330/2016).

De conformidad con lo manifestado por Axent, Telefónica lleva varios meses denegando, *de facto*, las solicitudes formuladas, mediante el uso de una serie de prácticas dilatorias contrarias a las previsiones contenidas tanto en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) como en el Real Decreto 330/2016.

Asimismo, Axent solicita la adopción de medidas provisionales con anterioridad a la resolución del conflicto.

Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escritos de 24 de febrero de 2022, se comunicó a Axent y Telefónica el inicio del procedimiento administrativo para resolver el presente conflicto de acceso, con arreglo a la normativa sectorial y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Asimismo, a través de los citados escritos, se requirió de Axent y Telefónica determinada información adicional, necesaria para la valoración de la pretensión principal y de las medidas provisionales solicitadas por Axent.

Tercero. Contestación de los interesados al requerimiento de información

Mediante escritos de fechas 10 y 18 de marzo de 2022, Axent y Telefónica dieron respuesta, respectivamente, a los requerimientos de información efectuados por la CNMC.

Cuarto. Declaraciones de confidencialidad

En fechas 24 de febrero y 16 de marzo de 2022 se procedió a declarar como confidencial determinada información contenida en los escritos de Axent, por contener información cuya difusión podría afectar a los intereses legítimos de este agente.

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), este organismo “supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”, correspondiéndole a estos efectos “resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley” y “realizar las funciones atribuidas por la [Ley General de Telecomunicaciones], y su normativa de desarrollo”.

El artículo 37.2 de la LGTel regula el acceso a las infraestructuras físicas en los siguientes términos:

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

Según recoge el apartado 6 del citado artículo 37, “las partes negociarán libremente los acuerdos del acceso a que se refiere este artículo y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas. Cualquiera de las partes podrá presentar un conflicto sobre el acceso y sus condiciones ante la

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”.

En similares términos, el artículo 70.2.d) de la referida Ley atribuye a la CNMC la función de resolver los “*conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley*”.

Por último, el Real Decreto 330/2016 prevé, en su artículo 4, apartados 8 y 11, la facultad de intervenir de la CNMC en caso de conflicto y las condiciones de dicha intervención¹.

Atendiendo a los preceptos anteriores y a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud del artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Segundo. Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en los artículos 15 y 37.6 de la LGTel, así como en el artículo 56 de la LPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la LCNMC y la LGTel le atribuyen para la resolución del procedimiento de referencia.

¹ Artículo 4.8: “*Cualquiera de las partes podrá plantear el conflicto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando se deniegue el acceso o cuando transcurrido el plazo de dos meses mencionado en el apartado 7, no se llegue a un acuerdo sobre las condiciones en las que debe producirse el mismo, incluidos los precios, sin perjuicio del posible sometimiento de la cuestión ante los tribunales*”. Apartado 11: “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, teniendo plenamente en cuenta el principio de proporcionalidad, adoptará, en el plazo máximo de cuatro meses desde la recepción de toda la información, una decisión para resolverlo, incluida la fijación de condiciones y precios equitativos y no discriminatorios cuando proceda*”.

Así, de conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, la CNMC puede adoptar medidas provisionales en los siguientes términos:

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.

Conforme a esa misma disposición, el órgano administrativo competente para dictar las mencionadas medidas provisionales es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.e), en relación con el artículo 14, del Estatuto Orgánico de la CNMC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Medidas provisionales solicitadas por Axent

El objeto de la presente resolución es el análisis de la solicitud de medidas provisionales formulada por Axent, que se concretan en el otorgamiento, con carácter inmediato, del acceso a las siguientes infraestructuras de Telefónica:

CONFIDENCIAL VERSIÓN PÚBLICA [

FIN CONFIDENCIAL VERSIÓN PÚBLICA]

De conformidad con lo manifestado por Axent, Telefónica llevaría varios meses denegando de facto las anteriores solicitudes. En particular, según Axent, Telefónica habría solicitado la cumplimentación de formularios innecesarios, relativos a las finalidades de uso de los tramos para los que se ha solicitado el acceso; habría empleado un tiempo excesivo para contestar a las comunicaciones y solicitudes de Axent; y habría planteado una propuesta de precios no razonables, llegando a proponer precios entre quince (15) y treinta (veces) superiores a los establecidos en la Oferta MARCo².

² Oferta mayorista de acceso a registros y conductos de Telefónica (oferta MARCo), inicialmente aprobada en noviembre de 2009, y cuya última modificación ha tenido lugar el 10 de marzo de 2022 (OFE/DTSA/004/20).

Como consecuencia de lo expuesto, Axent solicita a esta Comisión la adopción de medidas provisionales, para garantizar la eficacia de la resolución que en su momento sea dictada por la Comisión, permitiendo el acceso inmediato a las infraestructuras referenciadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, condicionado a la posterior determinación de los precios del acceso por parte de la CNMC, los cuales se aplicarían con carácter retroactivo.

Por su parte, Telefónica ha manifestado, en su escrito de fecha 18 de marzo de 2022, su conformidad con la tramitación provisional de las solicitudes referenciadas, siempre que Axent se comprometa a abonar con carácter retroactivo, desde la finalización de la solicitud, el importe correspondiente según se establezca en la resolución definitiva del procedimiento.

Segundo. Requisitos necesarios para la adopción de medidas provisionales

De conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 4 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional. Tales requisitos son los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (*“periculum in mora”*) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

Se examina a continuación la concurrencia de los requisitos anteriores, en relación con las medidas provisionales solicitadas por Axent.

Tercero. Valoración de la concurrencia de los anteriores requisitos en el presente procedimiento

a) Fumus boni iuris

En primer lugar, y por lo que respecta a la verosimilitud o apariencia de que el Derecho asiste al solicitante de la medida provisional, procede llevar a cabo un ejercicio de predicción sobre la pretensión de fondo que permita, a los meros fines de la tutela cautelar, una valoración sobre la solidez de los fundamentos jurídicos de la solicitud: (i) en un marco de provisionalidad y (ii) sin prejuzgar lo que en su día sea aprobado en la resolución final, en línea con lo señalado reiteradamente por el Tribunal Supremo³.

En el presente caso se considera que existe una apariencia de buen Derecho ya que las solicitudes de acceso objeto del presente procedimiento se han ajustado a las prescripciones establecidas en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, en la medida en que son muy completas, precisando todos los elementos exigidos, y Telefónica no ha alegado defectos relacionados con tales solicitudes o inconvenientes de acceso a las infraestructuras -una de las solicitudes ya fue analizada en el exp. CFT/DTSA/071/20)-. De hecho, en el marco del conflicto deberá valorarse si las solicitudes de acceso planteadas por Axent podrían verse amparadas por las obligaciones que, dada su condición de operador con poder significativo, Telefónica tiene impuestas conforme a la regulación *ex ante* de mercados.

Conviene también recordar que la única discrepancia existente entre las partes consiste en la determinación de las condiciones económicas del acceso, pero no sobre la razonabilidad de la solicitud de acceso o de la propia medida cautelar, con la que la propia Telefónica ha manifestado su conformidad en su escrito de alegaciones de 18 de marzo de 2022.

A este respecto, la Memoria Justificativa que acompaña a la Comunicación 1/2021, de 20 de diciembre, por la que se publican las directrices sobre la resolución de conflictos en materia de acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (Real Decreto 330/2016) ya señala que “[...] *siempre que resulte posible, el acceso efectivo a la infraestructura física no debería verse condicionado a la existencia de un acuerdo definitivo sobre las condiciones económicas, en la medida en que los solicitantes de acceso se comprometan a aplicar el precio*

³ Por otros, autos de 20 de octubre de 2020 (recurso de casación núm. 223/2020) y de 7 de marzo de 2018 (recurso ordinario 32/2018).

finalmente acordado (o determinado por la CNMC) desde el momento en que se produzca el acceso”.

b) *Periculum in mora*

En relación con el análisis de la urgencia y necesidad de la medida, han podido constatarse los graves perjuicios que, para Axent, está suponiendo el retraso en la negociación de las condiciones económicas del acceso a las infraestructuras de Telefónica, retraso que está afectando a las obligaciones comerciales que Axent tiene contraídas con sus clientes/potenciales clientes, lo que podría tener como efecto la pérdida de los mismos.

En este sentido, la falta de acceso efectivo a la infraestructura civil de Telefónica podría haber dificultado el despliegue de las redes de Axent, así como su capacidad para realizar ofertas atractivas (incluso compitiendo con Telefónica).

En efecto, las solicitudes objeto de la presente medida forman parte de diferentes proyectos comerciales de prestación de servicios para diversos clientes de Axent (tanto entidades corporativas que realizan un uso final del servicio de telecomunicaciones como operadores de telecomunicaciones), que están comprometidos o en oferta y negociación por parte de Axent, como ha podido comprobar esta Comisión. El acceso a las infraestructuras resulta necesario para completar el tendido que llega a los puntos de interconexión o la entrega de servicios para sus clientes en zonas metropolitanas, tanto oficinas corporativas, como nodos de telecomunicaciones o centros de datos. Concretamente, las SUC solicitadas forman parte de ofertas y contratos destinados a empresas corporativas como **CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AXENT [FIN CONFIDENCIALIDAD]**.

Por tanto, de no adoptarse esta medida de forma cautelar, la resolución que en su día adopte esta Comisión para la determinación de las condiciones de acceso a las infraestructuras podría resultar inoperante, ya que esta demora podría tener como efecto la pérdida de clientes para Axent, con los consiguientes perjuicios que ello ocasionaría a la imagen de dicha empresa.

Por todo ello, y con el fin de evitar la pérdida del efecto útil de la resolución final que pudiera adoptarse por esta Comisión en el seno del presente procedimiento, resulta apropiada y ajustada a Derecho, tal y como se ha señalado, la adopción de la presente medida cautelar por resultar necesaria y urgente.

c) *Inexistencia de perjuicios*

Por otro lado, la medida cautelar que se acuerda por medio de la presente resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 56.3 de la LPAC).

En este sentido, la misma no ocasiona perjuicio irreparable alguno para Telefónica, entidad que, de hecho, no se ha mostrado disconforme con su adopción siempre y cuando se establezca, tal y como hace la presente resolución, el abono, con carácter retroactivo desde que se produzca el acceso, del importe que corresponda abonar a Axent, en los términos que, finalmente, se adopten por parte de esta Comisión en la resolución del conflicto.

d) *Proporcionalidad de la medida*

La medida provisional propuesta, finalmente, resulta idónea y plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma⁴. La ponderación de todos los intereses implicados conduce a considerar proporcionado y ajustado a Derecho obligar a Telefónica a otorgar, con carácter inmediato, el acceso a las infraestructuras objeto de la presente medida.

Dado lo que antecede, se concluye que existen en la presente fase del procedimiento elementos de juicio suficientes que permiten, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.1 de la LPAC, la adopción de la medida provisional solicitada.

Telefónica deberá por consiguiente garantizar el acceso por parte de Axent a las infraestructuras físicas objeto de su solicitud (identificadas en el fundamento jurídico material primero de la presente resolución) en un plazo razonable. Dado que Telefónica ya dispone de toda la información necesaria para valorar la solicitud y viabilidad de las solicitudes de acceso planteadas por Axent, al haber sido remitida la misma por dicho agente con anterioridad a la interposición del conflicto, se estima proporcionado fijar un plazo máximo de veinte días hábiles a contar a partir de la notificación de la presente resolución para que Telefónica asegure dicho acceso.

Como se ha señalado, el precio por el acceso a las infraestructuras de referencia se configura como el principal motivo de controversia entre las partes en el

⁴ Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011, recurso de casación núm. 3028/2009.

presente conflicto y será determinado en la resolución definitiva, conforme a lo previsto en el Real Decreto 330/2016.

En este sentido, y en el ámbito de la regulación *ex ante*, Telefónica debe asegurar el acceso a su infraestructura física en condiciones reguladas, según lo previsto en la Resolución de 6 de octubre de 2021, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas (Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha)⁵. Los precios regulados del acceso a la infraestructura física de Telefónica se encuentran detallados en la oferta mayorista de acceso a registros y conductos de este operador (oferta MARCo).

La determinación provisional, sobre la base de la oferta MARCo, del precio de acceso que Axent deberá satisfacer en tanto se resuelve el presente conflicto resulta a estos efectos razonable, habida cuenta de que la oferta MARCo puede considerarse como un mínimo por debajo del cual no se fijará, en el procedimiento principal, el precio de acceso que resultará de aplicación al amparo del Real Decreto 330/2016, en su caso. A este respecto, y en contraposición con la oferta regulada MARCo (en la que los precios se regulan en función de los costes de producción), cabe recordar que el artículo 4.3 del Real Decreto 330/2016 señala que, en dicho contexto normativo, los precios que deberán establecer los operadores habrán de ser razonables.

Como se ha indicado anteriormente, la fijación transitoria de los precios de acceso conforme a la oferta MARCo se entiende sin perjuicio de la necesaria regularización de los precios del acceso al precio finalmente determinado por la CNMC en la resolución del procedimiento principal.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar la solicitud de medidas provisionales formulada por Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A. en el seno del procedimiento de

⁵ Expediente ANME/DTSA/002/20.

referencia, debiendo Telefónica de España, S.A. facilitar el acceso para las solicitudes mencionadas en el fundamento jurídico material primero, en el plazo máximo de veinte días a contar desde la notificación de la presente resolución.

SEGUNDO.- Los precios provisionales de acceso a la infraestructura objeto de la presente medida serán los fijados en la oferta mayorista de acceso a registros y conductos de Telefónica de España, S.A.U. (oferta MARCo). Una vez resuelto el conflicto, Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A. y Telefónica de España, S.A. deberán regularizar, con carácter retroactivo, los importes correspondientes, según se establezca en la resolución de esta Comisión.

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