

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A INFRAESTRUCTURAS PASIVAS INTERPUESTO POR AXENT INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES, S.A. FRENTE A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

CFT/D TSA/071/20/AXENT vs TELEFÓNICA

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 18 de marzo de 2021

Finalizada la instrucción del procedimiento administrativo con número CFT/D TSA/071/20, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escritos de interposición de conflicto por parte de Axent

Con fechas 27 de marzo y 7 de abril de 2020 tuvieron entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) dos escritos de Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A. (Axent) en virtud de los cuales interpone sendos conflictos de acceso frente a Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica), respecto a la aplicación de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo), por entender que Telefónica ha calificado incorrectamente, como usos indebidos, diez (10) solicitudes de Servicio de Uso Compartido (SUC) formuladas por Axent en las áreas de Córdoba, Sevilla y Madrid, en contra de lo dispuesto en la mencionada oferta.

De conformidad con lo manifestado por Axent, estas SUC han sido calificadas como de uso indebido sin ningún fundamento, e incumplándose tanto el procedimiento como los plazos establecidos en la Oferta MARCo.

En sus escritos, Axent solicita asimismo la adopción por este organismo de medidas provisionales, consistentes en la tramitación de las SUC y acceso provisional a las infraestructuras objeto de conflicto.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento, acumulación de las pretensiones y suspensión de plazos

Dada la identidad sustancial e íntima conexión existente entre los escritos presentados por Axent, esta Comisión acordó la acumulación de ambas pretensiones en un solo procedimiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en consonancia con lo dispuesto en el artículo 72 de la misma norma. Dicha acumulación se puso en conocimiento de los interesados mediante escrito de fecha 9 de abril de 2020, en el que se comunicaba, asimismo, el inicio del expediente administrativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4 de la LPAC.

En dicha comunicación se informó a los interesados, por otro lado, que, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, se suspendían los términos y se interrumpían los plazos para la tramitación del presente procedimiento.

El cómputo de los plazos quedó reanudado el 1 de junio de 2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo por el que se prorroga el estado de alarma, lo que fue puesto en conocimiento de los interesados mediante escrito de fecha 16 de junio de 2020.

TERCERO.- Requerimiento de información efectuado a Telefónica

Por ser necesario para la determinación y conocimiento de los hechos puestos de manifiesto por Axent, mediante escrito de fecha 16 de junio de 2020 se requirió a Telefónica información sobre los trámites realizados por esa operadora en relación con las SUC objeto de conflicto, con indicación expresa de los motivos de los rechazos efectuados.

CUARTO.- Ampliación del objeto del procedimiento

Posteriormente, mediante escrito de fecha 23 de junio de 2020 Axent solicita la apertura de un nuevo conflicto de acceso frente a Telefónica como consecuencia del rechazo, por parte de esa operadora, de otras siete (7) SUC, ubicadas en el área de Málaga, las cuales fueron calificadas como de “*usos no permitidos*”, en contra de lo dispuesto en la Oferta MARCo, según Axent.

Dada la identidad sustancial existente entre esta última solicitud de Axent con las examinadas en el presente procedimiento, mediante escrito de fecha 1 de

julio de 2020 se comunicó a los interesados la ampliación del objeto del conflicto a estas nuevas SUC, requiriéndose con esa misma fecha a Telefónica información sobre las mismas, información que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el 17 de julio de 2020.

QUINTO.- Resolución desestimatoria de las medidas provisionales solicitadas por Axent

Mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 1 de julio de 2020, se procedió a la desestimación de la solicitud de medidas provisionales formulada por Axent.

SEXTO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante escritos de fechas 8 de abril, 1 de julio y 14 de octubre de 2020, la Directora de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) declaró, previa solicitud de los interesados, la confidencialidad de determinados datos aportados en el marco del presente procedimiento.

SÉPTIMO.- Nuevo escrito de alegaciones de Axent

Con fecha 19 de octubre de 2020 tuvo entrada en el registro de esta Comisión un nuevo escrito de alegaciones de Axent mediante el que aporta información adicional para su consideración a efectos de la resolución del presente procedimiento.

OCTAVO.- Trámite de audiencia

Con fecha 26 de noviembre de 2020, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a los interesados el informe de la DTSA emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles un plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes, plazo que fue ampliado en cinco días adicionales previa solicitud de los interesados.

Con fechas 18 y 22 de diciembre, tuvieron entrada respectivamente en el registro de la CNMC sendos escritos de alegaciones de Axent y Telefónica.

NOVENO.- Informe de la Sala de Competencia

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

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones. Tal y como señala el artículo 6.5 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 “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[1], y su normativa de desarrollo”.

Tal como se prevé en los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), la CNMC tiene competencias para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

Así y de conformidad con el artículo 15 de la citada Ley, “la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley.”

En similares términos, el artículo 70.2.d) de la LGTel otorga competencia a esta Comisión para “resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley”, en línea con lo ya previsto por los artículos 6.4 y 12 de la LCNMC, en materia de resolución de conflictos en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad.

Entre tales conflictos, el artículo 70.2 de la LGTel se refiere a los conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas, desarrollando esta previsión el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (Real Decreto 330/2016). La citada norma establece, en su artículo 4.8, que “cualquiera de las partes podrá plantear el conflicto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando se deniegue el acceso o cuando transcurrido el plazo de dos meses mencionado en el apartado 7, no se llegue a

¹ En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

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”.

El presente procedimiento administrativo tiene por objeto resolver el conflicto interpuesto por Axent contra Telefónica como consecuencia del rechazo de las SUC objeto de conflicto, dirigidas a la ocupación de determinadas infraestructuras pasivas de Telefónica.

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

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Obligaciones de Telefónica como operador con poder significativo en el mercado

Telefónica tiene la obligación de facilitar el acceso a su infraestructura de obra civil, al considerarse dicha infraestructura un elemento esencial para que los operadores alternativos puedan proceder al despliegue de nuevas redes NGA. Esta obligación está configurada en la regulación de los mercados de banda ancha (mercados 3a, 3b y 4), cuya última revisión fue aprobada mediante Resolución de la CNMC de 24 de febrero de 2016² -Resolución de Mercados de Banda Ancha- (véase en particular el Anexo 3)³.

De conformidad con lo dispuesto en la citada Resolución, y entre otras, Telefónica debe asumir las siguientes obligaciones:

² Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) (ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4).

³ Esta obligación fue impuesta anteriormente por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) a través de la Resolución de 22 de enero de 2009, que establecía la anterior revisión de mercados de banda ancha (MTZ 2008/626), a través de la cual se confirmó una medida cautelar aprobada previamente, por la Resolución de 8 de mayo de 2008, en relación con estas obligaciones de acceso a la infraestructura de obra civil de Telefónica.

- i. obligación de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil, a precios regulados en función de los costes,
- ii. obligación de transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil y,
- iii. obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil.

A tal efecto, la Resolución establece la obligación de acceso a las infraestructuras de obra civil, tales como las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes y demás elementos de los que hace uso Telefónica en su planta externa, incluyendo los recursos asociados a dichos servicios, considerándose dichas infraestructuras como una facilidad esencial, cuya replicabilidad en términos económicos no resulta viable para los terceros operadores. Se afirma expresamente, en este sentido, que *“los servicios cubiertos por el mercado 3a (incluyendo el acceso a las infraestructuras de obra civil) son componentes críticos para garantizar la transición hacia el despliegue de redes de nueva generación.”*

En particular, la Resolución señala expresamente que *“los operadores de red móvil pueden hacer uso de la infraestructura de obra civil de Telefónica para alcanzar su red de acceso radio (estaciones base)”*.

La implementación práctica de las obligaciones de transparencia y no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil de Telefónica se concreta en la oferta mayorista de acceso a registros y conductos de Telefónica (oferta MARCo), inicialmente aprobada en noviembre de 2009⁴, y cuya última modificación ha tenido lugar el 30 de abril de 2019⁵.

Tras la firma del contrato del servicio MARCo entre el operador demandante de acceso y Telefónica, la provisión del servicio se materializa mediante el sistema de gestión de las solicitudes de los operadores desarrollado por Telefónica (plataforma NEON)⁶.

SEGUNDO.- Identificación de las SUC objeto de conflicto

Las SUC objeto del presente conflicto forman parte de diferentes proyectos comerciales de prestación de servicios comprometidos, o en fase de oferta y

⁴ Resolución de 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (MTZ 2009/1223).

⁵ Resolución sobre la revisión de la Oferta MARCo para facilitar el despliegue de redes NGA en zonas de baja densidad poblacional (OFE/DTSA/012/17).

⁶ La plataforma NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales) es un sistema informático de Telefónica que permite a los operadores alternativos gestionar las solicitudes de los servicios mayoristas definidos en las diferentes ofertas reguladas (MARCo, NEBA, OBA, etc.).

negociación por parte de Axent con terceros operadores, para que éstos, a su vez, efectúen alguno de los siguientes usos –según el análisis que Axent lleva a cabo-:

- (i) prestar servicios de banda ancha (sobre tecnología FTTH) a sus clientes operadores minoristas
- (ii) prestar servicios de banda ancha a usuarios finales y/o clientes empresariales.

Las SUC han sido clasificadas en función de su área de cobertura:

1. Área de Córdoba

En el área de Córdoba, Axent presentó catorce (14) SUC, las cuales acumulativamente tienen una longitud de 14,7 Km, de las cuales nueve (9) fueron aprobadas, mientras que cinco (5) se denegaron por tratarse de usos indebidos, a juicio de Telefónica, a pesar de que, según Axent, las solicitudes pertenecen a la misma tipología y tienen idéntica finalidad que las autorizadas.

De conformidad con lo manifestado por Telefónica en su escrito de alegaciones, las SUC del área de Córdoba fueron rechazadas por constituir un tramo de red troncal, cuya finalidad es unir las localidades de Córdoba y Alcolea.

El trazado de dichas SUC es el siguiente: **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AXENT Y TELEFÓNICA]**

FIN CONFIDENCIAL]

Las SUC fueron rechazadas el 7 de febrero de 2020, después de una reunión mantenida entre Axent y Telefónica, mediante una denegación en bloque de todas las SUC en conflicto, que son, en concreto, las siguientes:

[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AXENT Y TELEFÓNICA]

FIN CONFIDENCIAL]

2 Área de Sevilla

Para el área de Sevilla, Axent presentó diez (10) SUC que se refieren, acumulativamente, a infraestructuras de una longitud de 9,6 Km. De estas SUC, ocho (8) fueron aprobadas y dos (2) se denegaron, a pesar de que, según Axent, eran de la misma tipología y finalidad que las aprobadas por Telefónica. El trazado de las SUC controvertidas es el siguiente:

[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AXENT Y TELEFÓNICA

FIN CONFIDENCIAL]

En su escrito de alegaciones, Telefónica señala que las SUC denegadas en el área de Sevilla, al igual que sucedía con las rechazadas en Córdoba, se corresponden con el despliegue de una red de transporte, y no de una red NGA.

El trazado de estas SUC, según Telefónica, no permite extraer conclusiones por sí solas. Sin embargo, señala que, si se representan con el resto de SUC cercanas de Axent, se puede ver claramente que forman parte de enlaces troncales y/o de unión de localidades, máxime teniendo en cuenta que no se trata de despliegues de redes NGA, sino de fibra oscura que se pone posteriormente a disposición de terceros operadores.

En concreto, las SUC rechazadas en el área de Sevilla son las siguientes:

[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AXENT Y TELEFÓNICA

FIN CONFIDENCIAL]

3. Área de Madrid

Las SUC solicitadas en el área de Madrid tienen por objeto la conexión de nodos de telecomunicaciones que los clientes de Axent han definido como puntos de entrega localizados. De conformidad con lo manifestado por Axent, estos tramos urbanos, portadores de fibra óptica, se ponen posteriormente a disposición de terceros operadores para que estos presten sus servicios de banda ancha de última generación.

A tal efecto, Axent solicitó veintinueve (29) SUC, de las cuales, tres (3) fueron denegadas por usos indebidos, a pesar de que, según Axent, todas ellas tuvieran la misma finalidad. Su representación gráfica es la siguiente:

[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AXENT Y TELEFÓNICA

FIN CONFIDENCIAL]

De conformidad con lo manifestado por Axent, las SUC se refieren a infraestructuras que forman parte de un trazado necesario para poder llevar a cabo sus planes de despliegue mediante la conexión de emplazamientos de estaciones radio 4G/5G de telecomunicaciones, así como para desarrollar mayor capilaridad hacia los puntos de entrega de servicios a sus clientes.

Telefónica alega, por su parte, que estas SUC fueron rechazadas por no afectar al despliegue de una red de acceso, señalándose, a tal efecto, las escasas ramificaciones y los tramos de las mismas, contiguas unas a otras, hasta alcanzar varios kilómetros de longitud, situación que, para esa entidad, supone un claro indicio de que se trata de tramos que no responden a las topologías propias de las redes de acceso, sino que se trata de anillos de fibra y troncales, sin capilaridad, lo que, de conformidad con lo manifestado por Telefónica, es una de las características principales de las redes de acceso.

En concreto, las SUC rechazadas en el área de Madrid son las siguientes:

[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AXENT Y TELEFÓNICA

FIN CONFIDENCIAL]

4. Área de Málaga

Las siete (7) SUC presentadas en el área de Málaga se refieren a despliegues de fibra necesarios para alcanzar las estaciones base (despliegues de fibra hasta la torre, en adelante “FTTT”) desde las cuales los clientes de Axent (operadores minoristas y mayoristas) puedan alcanzar (directa e indirectamente) su red de acceso minorista y/o la de terceros. Su representación gráfica es la siguiente:

[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AXENT Y TELEFÓNICA

FIN CONFIDENCIAL]

El rechazo de las anteriores SUC se produjo, de conformidad con las alegaciones de Telefónica, como consecuencia del uso al que se iban a destinar las infraestructuras solicitadas, puesto de manifiesto por la propia Axent en un correo electrónico remitido a Telefónica en el que expresamente se señala que las SUC se referían a despliegues para alcanzar **estaciones base** (*despliegues de fibra hasta la torre, en adelante, “FTTT”*) **desde las cuales clientes de Axent** (*operadores minoristas y mayoristas*) **puedan alcanzar** (*directa e indirectamente*) **su red de acceso minorista y/o la de terceros** (la negrita es de Telefónica).

En concreto, las SUC rechazadas en el área de Málaga son las siguientes:

[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AXENT Y TELEFÓNICA

FIN CONFIDENCIAL]

TERCERO.- Sobre las causas de denegación aducidas por Telefónica y las alegaciones de Axent

La principal alegación formulada por Telefónica para el rechazo de las SUC objeto del presente conflicto consiste en que la red desplegada por Axent no es una red de acceso NGA. Axent, en su condición de operador neutro, viene prestando, desde el año 2018, según Telefónica, servicios de transporte de telecomunicaciones⁷, estando participado por Axió Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A., en el cual integra su negocio de transporte para operadores de telecomunicaciones, y por Enagás Services Solutions, S.L.U. que le cede la capacidad de fibra excedente desplegada en los conductos de su red de gas.

Telefónica señala, en este sentido, que, de acuerdo con la información publicada por el propio operador en su página web⁸, Axent se define como *“un nuevo operador mayorista de servicios de transporte de telecomunicaciones, sobre*

⁷ Fuente <https://www.axent.es/2018/04/25/noticia-axent-2/>. Entre otros servicios, Axent está inscrita para la explotación de una red terrestre fija de fibra óptica (expediente RO/DTSA/0649/18).

⁸ <https://www.axent.es/>.

plataformas de fibra y radio” que “comercializa servicios de fibra oscura y circuitos de capacidad punto a punto sobre su propia red de fibra iluminada y radioenlaces.”

Por tanto, y según Telefónica, Axent es un operador neutro que no despliega redes de acceso NGA, sino que ofrece los siguientes servicios⁹ a terceros operadores:

- a) Fibra oscura: mediante la comercialización de pares de fibra oscura entre dos puntos.
- b) Circuitos de capacidad: poniendo a disposición de los clientes líneas dedicadas, combinando las posibilidades de fibra iluminada y radioenlaces, según la capacidad requerida, para la integración de nodos BTS¹⁰, conexión de centros de datos o comunicaciones corporativas.
- c) Coubicación: Axent proporciona servicios de coubicación de equipamiento del cliente, con las condiciones adecuadas de energía, climatización y acceso.

Telefónica pone de manifiesto que la CNMC, en la Resolución del expediente de modificación de MARCo en zonas de baja densidad¹¹, ha señalado que los tramos interurbanos no forman parte del servicio MARCo, salvo contadas excepciones:

“Los tramos interurbanos, con carácter general, no tienen consideración de infraestructuras de red de acceso, y por tanto no pueden formar parte del servicio MARCo. No obstante, ya se ha señalado con anterioridad que existen determinadas excepciones, como son aquellos tramos no urbanos que discurren hasta polígonos industriales, urbanizaciones o localidades colindantes, que, por su escasa longitud, puede considerarse que forman parte de la red de acceso.”

Telefónica alega, asimismo, que, aunque Axent indique que va a realizar un despliegue de red NGA, lo que hace en realidad, en varios de los casos analizados, es conectar los emplazamientos de las estaciones base, es decir, ofrecer backhaul, estaciones base que necesariamente han de ser de los terceros operadores (que son los que realizan el despliegue de las redes de acceso), ya que Axent no está registrada en el Registro de Operadores de la CNMC como operador autorizado para la explotación de una red móvil de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicios móviles¹².

⁹ Fuente <https://www.axent.es/servicios/>

¹⁰ Siglas en inglés: «Base Transceiver Station».

¹¹ Resolución de 30 de abril de 2019 (OFE/DTSA/012/17/MARCO BAJA DENSIDAD).

¹² Axent está inscrito en el Registro de Operadores de la CNMC para las siguientes actividades (RO/DTSA/0695/18):

- Explotación de una red terrestre:

(a) Servicios de alojamiento
(b) Fibra óptica

Telefónica resalta, en este sentido, la afirmación realizada por Axent, en su segunda solicitud de apertura de conflicto (relativa a las SUC denegadas en el área de Madrid), de 7 de abril de 2020, en la que expresamente señala lo siguiente:

“Axent está desplegando una NGA que pone a disposición de terceros para que presten servicios de banda ancha de última generación que, directa e indirectamente, redundan en el mercado minorista de banda ancha. Todas estas SUC forman parte de un trazado necesario para los planes de despliegue de Axent para conectar emplazamientos de estaciones radio 4G/5G de telecomunicaciones”.

“Las solicitudes de acceso están dirigidas a despliegues de clientes y potenciales clientes de Axent que utilizan la red para prestar, directa e indirectamente, servicios minoristas de banda ancha. La red de Axent proporcionada a través de estas SUC permite el despliegue y explotación de una red NGA sobre la que se prestarán servicios de banda ancha a los usuarios finales que contraten los servicios de comunicaciones electrónicas de los clientes de Axent.”

Según Telefónica, para tener derecho de acceso a las infraestructuras MARCo, no resulta suficiente ser un operador autorizado para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, sino que, además, éste ha de desplegar redes de acceso de nueva generación. En ningún caso, según Telefónica, la regulación pretende favorecer el negocio de operadores mayoristas que, sin haber realizado un despliegue de red de acceso NGA, utilicen las infraestructuras directamente para revender sus despliegues de red troncal a otros operadores.

Telefónica considera que Axent defiende un concepto muy abierto de red de acceso NGA, concepto que, en la práctica, supondría que cualquier red tuviera esa consideración, ya que las propias redes troncales conectan con las redes de acceso, por lo que la tesis de Axent extendería sin limitación alguna el uso de la oferta MARCo, lo cual resultaría, en su opinión, contrario a la regulación de mercados vigente.

En este sentido, Telefónica señala que la Oferta MARCo está disponible únicamente para aquellos supuestos en los que los operadores neutros realizan despliegues de red de acceso NGA, tal y como se ha determinado por esta Comisión en la Resolución de 28 de julio de 2016, mediante la que se resuelve el conflicto de acceso interpuesto por Magtel Comunicaciones Avanzadas, S.L.U. (MCA) contra Telefónica¹³ (en lo sucesivo, Resolución MCA).

- Prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de transmisión de datos:

(a) Suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos

(b) Reventa de capacidad de transmisión/circuitos

¹³ Resolución de la CNMC, de 28 de julio de 2016, relativa al conflicto de acceso interpuesto por Magtel Comunicaciones Avanzadas, S.L.U. contra Telefónica de España, S.A. por denegaciones de uso compartido sobre canalizaciones incluidas en la oferta MARCo (CFT/DTSA/008/15/MCA vs TELEFÓNICA OFERTA MARCo).

Axent hace también mención a la Resolución MCA en sentido contrario, al interpretar que, en la misma, la CNMC confirma la disponibilidad de la Oferta MARCo para todo operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas, con independencia del mercado (minorista o mayorista) en el que el operador autorizado preste sus servicios.

Alega Axent, asimismo, que es un operador neutro que despliega redes de acceso NGA, en contra de lo manifestado por Telefónica, red de la que se benefician los usuarios finales y que soporta la prestación de servicios de fibra oscura y de capacidad a terceros operadores, tanto minoristas como mayoristas. Dicha red se compone, según Axent, de los siguientes elementos:

- i) Fibra óptica:
 - a. en el caso de redes de nueva construcción: obra civil para poder tender el cable, así como todos los elementos asociados (conductos o subconductos, arquetas, cable de fibra, repartidores, cajas de distribución, etc.)
 - b. en el caso de existir ducto: subconductos, cables, etc.
- ii) Equipos:
 - a. Iluminación: equipos de iluminación de la red de acceso y equipos de demarcación colocados en las ubicaciones del cliente final.
 - b. Radioenlaces: equipos de última milla para llegar al cliente final.
- iii) Centros de datos neutros: alquileres para albergar los equipos en los data centers.
- iv) Líneas alquiladas de capacidad: alquileres de circuitos de capacidad contratados a terceros en los tramos donde no es posible llegar con solución propia hasta el cliente.
- v) Alquiler de fibra: alquiler de fibra a terceros cuando no es posible llegar con fibra propia hasta el cliente.
- vi) Alquiler de ducto: alquiler de ductos a terceros cuando no es posible llegar con fibra propia hasta el cliente.
- vii) Cable de fibra.

A través de dicha red los clientes de Axent prestan servicios minoristas tanto en el mercado residencial como en el corporativo:

- a) Por lo que respecta al mercado residencial, Axent destaca que, en general, sus clientes cuentan con despliegues metropolitanos para llegar a los hogares de sus clientes. No obstante, estas redes metropolitanas necesitan conectarse a puntos neutros donde lleguen otros operadores

para intercambiar tráfico (lo que permite, entre otras cosas, que un cliente minorista pueda comunicarse mediante un servicio de voz o de datos con clientes minoristas de otros proveedores) y con los proveedores de contenidos y servicios de internet (acceso a contenidos de Google, Facebook, Youtube y acceso a internet), por lo que estas conexiones son absolutamente necesarias para prestar los servicios minoristas.

- b) En relación con el mercado corporativo, entendido como aquel que sirve a las empresas y corporaciones para interconectar tanto sus sedes como los nodos neutros desde donde acceden a diferentes servicios.

De lo anterior se desprende, según Axent, que el objetivo de esa entidad, en todos los casos analizados en el marco del presente conflicto, es el despliegue de redes de acceso NGA que redundan para la prestación de servicios minoristas de banda ancha ultrarrápida a usuarios finales, y si bien Axent no ilumina las redes FTTH desplegadas, lo cierto es que pone las mismas a disposición de terceros operadores para que éstos presten directamente los servicios a los clientes finales (hogares y empresas).

CUARTO.- Valoración de las cuestiones planteadas en el conflicto

1. Ámbito de la Oferta MARCo y usos incluidos

Uno de los aspectos fundamentales del presente conflicto consiste en la determinación del ámbito de aplicación de la Oferta MARCo, así como de los usos amparados para las infraestructuras de Telefónica según dicha oferta, cuestión ampliamente debatida por esta Comisión a lo largo de distintas resoluciones.

Debe partirse, a tal efecto, de lo dispuesto en la propia Resolución de Mercados de Banda Ancha, en la que, dada la importancia de los costes asociados a los despliegues de redes, se establece la obligación de Telefónica de proporcionar acceso a sus infraestructuras de obra civil, con el objetivo fundamental de asegurar el desarrollo de un entorno de competencia efectiva en los mercados de banda ancha sometidos a regulación. A tal efecto, la Resolución expresamente señala, en respuesta a las distintas alegaciones de los operadores, que:

“La oferta ha de estar disponible en aquellos casos en que se vayan a prestar servicios minoristas disponibles a terceros, puesto que el objetivo último de la oferta es asegurar que dichos despliegues redunden en la prestación de servicios de banda ancha a clientes finales.”

La obligación de acceso se delimita con un contenido marcadamente genérico (atender las solicitudes razonables de acceso), debiéndose determinar la razonabilidad de las solicitudes en función de las circunstancias concurrentes en cada momento, y teniendo en cuenta el objetivo final de la obligación, que no es

otro que el de facilitar los despliegues que redunden en beneficio de la prestación de servicios minoristas de banda ancha, tanto fija como móvil.

Se analizan a continuación los criterios que deben tomarse en consideración para la valoración de la razonabilidad de las solicitudes.

a) Ámbito de la Oferta MARCo

La Resolución de mercados de banda ancha de 22 de junio de 2009 establecía ya unos criterios generales respecto al ámbito de aplicación de la Oferta. Estos parámetros han sido concretados con posterioridad a través de distintas resoluciones de la CMT o de esta Comisión¹⁴, habiéndose establecido, como principio de carácter general, su necesaria disponibilidad para los operadores alternativos cuando se cumplan, acumulativamente, los siguientes requisitos:

- que su objetivo sea prestar el servicio minorista de banda ancha ultrarrápida a terceros –y ello, aunque el operador solicitante sea operador mayorista-.
- que los operadores precisen el acceso para desplegar sus redes públicas de comunicaciones electrónicas de acceso NGA, tanto si las infraestructuras se encuentran incluidas en suelo urbanizado como en suelo rural.

Dentro del ámbito subjetivo de la Oferta MARCo se incluye a los operadores que vayan a desplegar redes públicas de acceso de nueva generación (fibra óptica o coaxial), incluidos, como se señaló en la Resolución MCA, los operadores neutros, entendiendo por tales aquéllos que se encargan del despliegue de una red pública de comunicaciones electrónicas de acceso de nueva generación y cuyos clientes son los operadores prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, siendo estos últimos los que ofrecen servicios a los usuarios finales.

En este sentido, tal y como ha señalado esta Comisión en la Resolución MCA:

“Los agentes económicos que configuran su modelo de negocio como operadores neutros pueden ser beneficiarios de la oferta MARCo, en casos en que lleven a cabo un despliegue de una red de acceso NGA, de la cual podrán beneficiarse los usuarios finales.

Es decir, el hecho de que la red de fibra óptica construida hasta el hogar vaya a ser aprovechada a nivel minorista por el propio operador que ha tendido la red, o vaya a ser cedida a operadores terceros, no resulta relevante para determinar la viabilidad del acceso solicitado por MCA. Los usos de la oferta MARCo para actividades de reventa están permitidos.”

¹⁴ Resolución del Consejo de la CMT de 19 de noviembre de 2009, por la que se aprueba la Oferta Marco de Telefónica; Resolución del recurso de reposición sobre la misma de fecha 8 de abril de 2010, o la Resolución de 5 de julio de 2012, mediante la que se procede a la revisión de la Oferta, entre otras.

En consecuencia, los operadores neutros que lleven a cabo el despliegue de una red pública de acceso NGA pueden hacer uso de la oferta MARCo.

b) Concepto de redes de acceso de nueva generación

Por redes de acceso de nueva generación ha de entenderse, en virtud de lo dispuesto en la Recomendación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (en adelante, Recomendación de NGA), las “*redes de acceso alámbricas integradas total o parcialmente por elementos ópticos y que son capaces de entregar servicios de acceso de banda ancha con características mejoradas (tales como un caudal superior) en comparación con los prestados a través de las redes de cobre ya existentes.*”

De conformidad con las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha¹⁵ las redes de acceso de nueva generación deben tener, como mínimo, una serie de características:

“Se entiende que las redes de acceso de nueva generación deben tener como mínimo las siguientes características: i) prestar servicios fiables a muy alta velocidad por suscriptor mediante retorno óptico (o tecnología equivalente) lo suficientemente cercano a los locales del usuario para garantizar el suministro real de la muy alta velocidad; ii) apoyo a una gama de servicios digitales avanzados incluidos los servicios convergentes exclusivamente IP, y iii) tengan unas velocidades de carga mucho más elevadas (en comparación con las redes básicas de banda ancha). En la fase actual de desarrollo del mercado y tecnológico, las redes de acceso de nueva generación son: i) redes de acceso basadas en la fibra (FTTx), ii) redes de cable mejoradas y iii) determinadas redes avanzadas de acceso inalámbrico capaces de ofrecer alta velocidad fiable por suscriptor.”

Tal y como ha puesto de manifiesto esta Comisión en la Resolución MCA, las redes de acceso son aquellas que alcanzan a los usuarios finales (hogares, etc.) desde los nodos de red, es decir, cubren un ámbito geográfico muy concreto (área cubierta por una central de cobre, central de fibra, barrio, urbanización, municipio, ciudad...).

c) Tramos interurbanos

La Resolución de 8 de abril de 2010¹⁶ incluye, dentro del ámbito de aplicación de la Oferta, toda la infraestructura de Telefónica ubicada en el ámbito urbano, no aceptándose las denegaciones con motivo de la supuesta naturaleza troncal o de acceso de la red, lo que conlleva el acceso tanto a los recursos ubicados

¹⁵ Publicadas en el DOUE de 26 de enero de 2013 (Comunicación 2013/C 25/01).

¹⁶ Resolución de 8 de abril de 2010, mediante la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución que aprueba la oferta MARCo de 2009.

entre las centrales cabecera y los usuarios finales, como a los empleados para llegar a equipos que dan servicio directo a usuarios finales, siempre que el objeto sea el despliegue de una red NGA. Expresamente se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la Oferta:

“(...) todas aquellas solicitudes de acceso que vayan dirigidas al despliegue de redes de acceso, con independencia de la naturaleza troncal o de acceso del tramo solicitado en particular. Lo relevante a este respecto es que los recursos solicitados sean empleados para llegar a equipos que dan servicio directo a usuarios finales, siempre que el objeto sea el despliegue de redes NGA, siendo el objetivo último de la Oferta asegurar que dichos despliegues redunden en la prestación de servicios minoristas de banda ancha”.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la Oferta no contempla como causa de rechazo de las solicitudes el que las mismas se efectúen para desplegar infraestructuras situadas fuera de las zonas urbanas. Así, la Resolución de 5 de julio de 2012¹⁷ señala expresamente lo siguiente:

“El ámbito de aplicación de la oferta de referencia abarcará todas aquellas canalizaciones de Telefónica que los operadores necesiten para desplegar sus redes de acceso NGA, entendiéndose incluidos los tramos ubicados en zonas no urbanas.”

No obstante, el despliegue de redes de transporte de larga distancia no se considera por parte de esta Comisión como un uso incluido en el ámbito de aplicación de la oferta MARCo. Así, en la Resolución MCA esta Comisión señaló lo siguiente:

“(...) comparte esta Sala el rechazo hacia las situaciones señaladas por Telefónica, en que un operador pueda recurrir a tendidos sucesivos de pequeño recorrido para disponer, en la práctica, de un enlace de larga distancia. Este tipo de actuaciones deberán ser evitadas por los operadores, ya que su práctica motivará la intervención de la CNMC y la adopción de las medidas correctoras que sean oportunas.”

2 Valoración de las SUC objeto del procedimiento

Del análisis de la documentación obrante en el presente expediente, así como de las propias afirmaciones realizadas por Axent, se desprende que esa entidad es un operador neutro que comercializa servicios de fibra oscura, alquiler de circuitos de capacidad punto a punto sobre su propia red de fibra, así como, radioenlaces.

A tal efecto, Axent comercializa servicios sobre su red de fibra óptica de larga distancia interprovincial (long haul) que gestiona el tráfico de sus clientes entre diferentes puntos de interconexión y agregación de tráfico.

¹⁷ Resolución sobre la revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de Telefónica (MTZ 2011/1477).

La tipología de los clientes de Axent son operadores (mayoristas y minoristas) de comunicaciones electrónicas, siendo estos últimos los que proveen los servicios de banda ancha a los usuarios finales y/o terceros operadores.

Cabe resaltar, asimismo, que las SUC objeto del presente conflicto están dirigidas a despliegues de nuevos segmentos de fibra óptica para capilarizar el acceso de los puntos de interconexión de los clientes de Axent, solicitados como puntos de entrega del tráfico del operador cliente.

En concreto, los servicios prestados por Axent a través de las SUC formuladas a Telefónica son los siguientes:

- Las SUC en las áreas de Córdoba y Sevilla están dirigidas a la construcción de fibra oscura y no de una red de acceso hasta los usuarios finales, ya que estos tramos son ejecutados posteriormente por los clientes de Axent.
- Las SUC correspondientes a las áreas de Madrid están dirigidas a la conexión de emplazamientos de estaciones radio 4G/5G y el desarrollo de una mayor capilaridad hacia los puntos de entrega de servicios de sus clientes.
- Las SUC ubicadas en Málaga consisten en despliegues de fibra oscura para conectar estaciones base (despliegues de fibra hasta la torre, o FTTT), desde las cuales los clientes de Axent (operadores minoristas y mayoristas) pueden alcanzar, directa o indirectamente, su red de acceso minorista y/o la de terceros.

En los supuestos analizados en el presente conflicto, por tanto, Axent instala la fibra óptica y el equipamiento pasivo, y revende la capacidad de la fibra oscura desplegada, a través de las infraestructuras MARCo, a terceros operadores, que son los que, posteriormente, completan la red y prestan los servicios minoristas de conectividad de banda ancha a los usuarios finales.

Cabe resaltar, en este sentido, lo establecido por esta Comisión en la Resolución MCA, mencionada por ambos interesados, en donde se afirma lo siguiente:

“los agentes económicos que configuran su modelo de negocio como operadores neutros pueden ser beneficiarios de la oferta MARCo, en casos en que lleven a cabo un despliegue de una red de acceso NGA”.

En virtud de lo señalado anteriormente, la red desplegada por Axent es claramente “de nueva generación”. Sin embargo, no puede considerarse “de acceso”, por cuanto no se puede entender que las redes de acceso desplegadas por terceros operadores (clientes de Axent) formen parte del despliegue del operador neutro, tal y como pretende Axent en el presente conflicto y reitera en su escrito de alegaciones al informe de audiencia, al afirmar que “el concepto de

red NGA no debe limitarse al despliegue de la última milla". Ello es así para esta Comisión porque esta interpretación supondría, en la práctica, que cualquier red fuera considerada una red de acceso, lo que ampliaría artificialmente el actual ámbito de aplicación de la Oferta MARCo a cualquier tipo de red.

A este respecto, la documentación solicitada a Axent y aportada por la compañía (en concreto, las comunicaciones vía mail con sus clientes y las facturas de los elementos de red adquiridos por ese operador) no suponen un elemento probatorio suficiente que avale la existencia de una red de acceso desplegada por Axent hasta el cliente final, tal y como sucedía en el expediente del conflicto interpuesto por MCA, máxime teniendo en cuenta que, en el presente caso, la documentación aportada por Axent no se refiere a las SUC objeto del presente conflicto, sino a despliegues de esa operadora en otras zonas, tales como Valencia, Murcia, Albacete, Écija o Campanillas.

Por otro lado, y a diferencia de lo que sucedía en el conflicto citado (MCA), el propio Axent reconoce que la red vinculada a las SUC objeto de conflicto soporta un servicio de backhaul, es decir, de enlace entre la red metropolitana que tienden terceros operadores con los puntos neutros de interconexión.

Sobre la base de lo expuesto, teniendo en cuenta la regulación actual de los mercados de banda ancha y no habiendo quedado acreditado en el marco del presente procedimiento que la red que pretende desplegar Axent en base a las SUC denegadas en el marco del presente conflicto consista en una red de acceso, se considera que las mismas no están incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Oferta MARCo.

3. Obligaciones de acceso fuera del ámbito de aplicación de la oferta MARCo

a) Aplicabilidad del Real Decreto 330/2016

Al margen de la regulación de mercados mencionada, Telefónica también es un sujeto obligado a proporcionar el acceso a sus infraestructuras pasivas en virtud de lo establecido en el citado anteriormente Real Decreto 330/2016¹⁸.

En este sentido, el artículo 3.5 de dicha norma incluye, dentro de los sujetos obligados a facilitar el acceso a sus infraestructuras pasivas, entre otros, a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, como es el caso de Telefónica.

Las medidas introducidas en el Real Decreto 330/2016 se entienden, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 2.4, sin perjuicio de las obligaciones impuestas a los operadores con poder significativo en el mercado. En lo que se

¹⁸ Real Decreto que transpone la Directiva 2014/61/UE, de 15 de mayo, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

refiere a la complementariedad entre ambos conjuntos de normas, el Real Decreto señala expresamente que, cuando *“la solicitud de acceso se produzca sobre una infraestructura gestionada o cuya titularidad o derecho de uso corresponda a un operador de comunicaciones electrónicas sujeto a obligaciones motivadas por los artículos 13 y 14 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, el acceso a dichas infraestructuras físicas será coherente con tales obligaciones y la introducción de procedimientos y tareas nuevas se basarán en las ya existentes.”*

Atendiendo a los criterios establecidos en el Real Decreto 330/2016, Telefónica ha de poner a disposición de Axent sus infraestructuras pasivas, con independencia de las obligaciones que puedan resultar aplicables a este operador conforme a la regulación *ex ante* de mercados. Según dispone el Real Decreto 330/2016, el acceso en estos supuestos debe garantizarse con independencia del tipo de red desplegada, siempre y cuando se trate de una red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. En particular, Telefónica no puede denegar el acceso sobre la base de que el despliegue a efectuar sea para red fija o móvil, de la tecnología empleada, o del tramo de red (red de acceso o red troncal¹⁹).

Esta interpretación no es compartida por Telefónica que, en respuesta al informe de audiencia emitido, alega que el Real Decreto 330/2016 no obliga a proporcionar acceso a las infraestructuras pasivas en aquellos supuestos en los que se vayan a ofrecer servicios de transporte, en la medida en que existe otro servicio regulado que cubre las necesidades planteadas por Axent, como es el caso de los circuitos alquilados.

Afirma Telefónica, en este sentido, que el Real Decreto 330/2016 exonera de la obligación de ofrecer acceso en los casos de prestación de servicios mayoristas de transporte con fibra oscura o circuitos, ya que, según Telefónica, dicha norma está dirigida únicamente a facilitar el despliegue de redes de acceso de alta velocidad. A tal efecto, Telefónica se refiere al artículo 4.7.f) del Real Decreto 330/2016 que incluye, entre las posibles causas de denegación del acceso, la disponibilidad de medios alternativos viables. Telefónica considera que la existencia de otros servicios mayoristas de acceso a las infraestructuras de red, como es el caso de los circuitos alquilados, constituye en este caso concreto una causa objetiva de denegación del acceso.

¹⁹ Ver documento del Communications Committee (COCOM) de 4 de marzo de 2015, “General issues identified by Member States in view of the transposition of certain provisions of Directive 2014/61/EC on measures to reduce the cost of high-speed electronic communications deployment”: *“according to the Directive, therefore, only providers who intend to deploy elements of high-speed networks are entitled to benefit from it, irrespective of whether they are deploying access or backbone networks. The Directive is also technology neutral and Article 2(3) defines as high-speed ECN any network capable of delivering broadband access at speeds of at least 30 Mbps. This allows also providers deploying LTE to rely on this Directive”*. El citado documento del COCOM está disponible en: https://circabc.europa.eu/sd/a/307b4445-36f6-40b1-b3e1-d9a4c166b37f/COCOM15-05_Implementation%20of%20Directive%202014-61.pdf

En opinión de este organismo, sin embargo, la existencia de alternativas diferentes al acceso a las infraestructuras (como son los circuitos alquilados que Telefónica puede poner a disposición de terceros operadores) no puede constituir un motivo suficiente para proceder a la denegación del acceso en los términos del Real Decreto 330/2016. En particular, la elección del uso de medios alternativos no debe corresponder en exclusiva a los titulares de las infraestructuras, puesto que, en ese caso, las políticas de despliegue vendrían determinadas por los titulares de los recursos, no siendo esta la voluntad de la Directiva ni de su normativa de desarrollo.

Por otro lado, esta Comisión no considera que la provisión de un servicio de circuitos alquilados pueda calificarse como una alternativa viable al acceso a la infraestructura física del propio sujeto obligado (Telefónica). En particular, Telefónica no ha puesto de manifiesto las razones por las que, en su opinión, cabría considerar ambos tipos de acceso equivalentes desde el punto de vista de un operador alternativo, que puede estar interesado -si el despliegue resulta viable- en proceder al tendido de sus propias redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

Como consecuencia de lo expuesto, y siendo Telefónica un sujeto obligado a facilitar el acceso a sus infraestructuras pasivas en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 330/2016, esa entidad debe atender las solicitudes presentadas por Axent en el marco del presente conflicto, si bien bajo las condiciones y requisitos establecidos en dicha norma.

b) Procedimiento y plazos del derecho de acceso

Por lo que respecta a la aplicabilidad del Real Decreto 330/2016, Axent señala, en las alegaciones formuladas al informe de audiencia, que esta norma podría resultar ineficaz si: (i) el ejercicio efectivo del derecho de acceso se condiciona a una nueva negociación entre Telefónica y Axent y (ii) si esta Comisión no establece las condiciones (al menos de mínimos) que, en términos de precio, plazo y procedimiento, debe aplicar Telefónica para garantizar el derecho de Axent.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas por Axent, esa entidad considera que, al disponer Telefónica de toda la información necesaria, en relación con las SUC objeto del presente conflicto, para valorar su razonabilidad, la presente resolución debería determinar directamente que los plazos, procedimientos y herramientas existentes para el acceso al servicio MARCo sean de directa aplicación en el presente caso.

Entiende Axent, en este sentido, que esta Comisión cuenta con la suficiente información para fijar estas condiciones, sin que ello suponga vulneración alguna de los derechos de Telefónica, puesto que:

- a) las infraestructuras pasivas afectadas por los derechos de acceso solicitados por Axent son titularidad de Telefónica a fecha actual,
- b) se ha verificado ya la disponibilidad de las mismas,
- c) en el caso objeto de negociación no son de aplicación las limitaciones que, en base a la Oferta MARCo podrían ser alegadas por Telefónica para denegar el acceso,
- d) Telefónica ya cuenta con la información necesaria para cursar los derechos de acceso solicitados por Axent aplicando los procedimientos y herramientas establecidos en la Oferta MARCo.

En efecto, esta Comisión entiende que Telefónica dispone de todos los datos necesarios para analizar la razonabilidad de las solicitudes de uso objeto del presente conflicto, en los términos establecidos en el artículo 4.3 del Real Decreto 330/2016, tales como el motivo de la solicitud, los tramos y zona de los despliegues, así como la descripción de los elementos a instalar, datos que fueron comunicados por Axent a través de NEON en su día. Habida cuenta de esta situación de hecho, y atendiendo a los plazos fijados en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, se considera que la fijación de un plazo de dos meses, contados a partir de la notificación de la presente resolución a las partes interesadas, resulta suficiente para que Telefónica atienda y negocie las solicitudes de acceso de Axent en los términos establecidos en el Real Decreto 330/2016.

c) Precio del acceso

Por lo que respecta al precio del acceso debe partirse de lo dispuesto en el artículo 4.9 del Real Decreto 330/2016, en el que se establece que el mismo deberá asegurar que el suministrador tenga la oportunidad de recuperar sus costes de manera justa, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- a) La incidencia del acceso solicitado en el plan de negocio del suministrador de acceso.
- b) Las inversiones realizadas por el suministrador del acceso, concretamente las inversiones realizadas en la infraestructura física a la cual se solicita acceso para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.
- c) La imposición de soluciones anteriores por parte de la CNMC.
- d) Las circunstancias características del área geográfica de que se trate.

Por otro lado, según el artículo 4.10 del Real Decreto 330/2016, cuando el conflicto esté relacionado con el acceso a la infraestructura física de un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas, como sucede en el supuesto analizado en el marco del presente procedimiento, esta Comisión debe, en la resolución del conflicto y en la fijación de precios:

- a) Tomar en consideración los objetivos y principios fijados en el artículo 3 de la LGTel, entre los que se encuentran el fomento del despliegue de

redes y servicios para garantizar la conectividad digital y la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras y el acceso a los derechos de ocupación de la propiedad pública y privada.

- b) Contemplar la inversión realizada en la infraestructura física a la cual se solicita el acceso, de manera que se eviten situaciones que degraden o desequilibren la competencia por la falta de inversión de ciertos operadores cuyo negocio se base exclusiva o mayoritariamente en la utilización de infraestructuras de otros.
- c) Tener plenamente en cuenta la viabilidad económica de las inversiones realizadas por el suministrador del acceso en función de:
 - i) su perfil de riesgo;
 - ii) el calendario de recuperación de la inversión;
 - iii) la incidencia del acceso sobre la competencia en mercados descendentes y, por consiguiente, en los precios y la recuperación de la inversión;
 - iv) la depreciación de los activos de la red en el momento de la solicitud de acceso;
 - v) el modelo de negocio que justifique la inversión realizada, en particular en las infraestructuras físicas de reciente construcción utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, y;
 - vi) la posibilidad de despliegue conjunto que se haya ofrecido anteriormente al solicitante del acceso.

En relación con este aspecto, Axent considera necesario que la CNMC establezca la aplicabilidad directa de los precios establecidos en la Oferta MARCo. Considera, en este sentido, que Telefónica ya dispone de los datos relativos a los costes de las infraestructuras objeto de ocupación por parte de Axent, en la medida que los mismos ya han sido fijados en la Oferta MARCo, precios que, en su opinión, deben ser trasladados al presente conflicto.

Axent señala, a tal efecto, que los criterios para la fijación de precios en el marco del Real Decreto 330/2016 ya han sido interpretados por esta Comisión en la Resolución sobre el conflicto de compartición de infraestructuras presentado por A2Z frente a Telefónica²⁰, expediente en el que esta Comisión tomó en consideración los precios fijados en la oferta MARCo.

En relación con esta cuestión cabe resaltar que, de conformidad con los artículos 2.4 y 4.2 del Real Decreto 330/2016 *“en los casos en que la solicitud de acceso se produzca sobre una infraestructura gestionada o cuya titularidad o derecho de uso corresponda a un operador de comunicaciones electrónicas sujeto a*

²⁰ Expediente CFT/DTSA/004/17/A2Z vs Telefónica

obligaciones motivadas por los artículos 13 y 14 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, el acceso a dichas infraestructuras físicas será coherente con tales obligaciones y la introducción de procedimientos y tareas nuevas se basarán en las ya existentes”.

Esto es, en el caso de los operadores de comunicaciones electrónicas que hayan sido declarados como operadores con poder significativo en un mercado de referencia conforme a los artículos 13 y 14 de la LGTel, deberá garantizarse la coherencia entre las obligaciones que dichos operadores hayan debido asumir conforme a la regulación *ex ante* y las obligaciones contempladas en el Real Decreto 330/2016. En el mismo sentido, los procedimientos y tareas que puedan desarrollarse sobre la base del Real Decreto 330/2016 deberán tener en cuenta los mecanismos de acceso ya configurados por la regulación *ex ante*.

De conformidad con los criterios establecidos en la normativa referenciada, el precio del acceso debe garantizar la recuperación de los costes (“de manera justa”) en los que haya incurrido el titular de la infraestructura para su construcción o adquisición, debiendo tenerse asimismo en cuenta el resto de criterios establecidos en el Real Decreto 330/2016²¹.

A estos efectos, tal y como postula Axent, en aras de la negociación que deberá establecerse entre las partes, resulta razonable tomar en consideración como punto de partida orientativo los precios establecidos en la Oferta MARCo, dada la similitud de los servicios que se ofrecen en ambos casos, y tomando en consideración que la referida oferta mayorista regula, en gran medida, la provisión de insumos equiparables a los que son objeto de las solicitudes de Axent.

Cabe concluir, de este modo, que habiendo sido determinados en el marco de la regulación *ex ante* unos precios para las distintas actuaciones que pueden ser necesarias en el marco del presente conflicto, aquéllos podrán servir de referencia inicial para el establecimiento de las condiciones equitativas y razonables que deben guiar la negociación del precio de acceso a las SUC objeto del presente expediente.

4. Conclusiones

Teniendo en cuenta los anteriores criterios, procede formular las siguientes consideraciones finales:

²¹ La CNMC se ha pronunciado sobre los principios que deben guiar la fijación de los precios de acceso en la Resolución del conflicto entre el Ayuntamiento de Torelló y Guifi.net sobre las condiciones de acceso a infraestructuras susceptibles de alojar una red pública de comunicaciones electrónicas (CFT/DTSA/009/16), de 24 de enero de 2017; así como en la Resolución del conflicto de compartición de infraestructuras presentado por A2Z frente a Telefónica (CFT/DTSA/004/17), de 16 de noviembre de 2017.

a) Red desplegada por Axent mediante las SUC objeto de conflicto

Tal y como ya se ha señalado anteriormente, Axent actúa en el caso analizado en el marco del presente conflicto como un operador neutro que ofrece servicios de fibra oscura, alquiler de circuitos punto a punto y radioenlaces, servicios que ofrece sobre su propia red de fibra óptica de larga distancia (long haul), siendo posteriormente sus clientes los que contratan dichos servicios y tienden la red de acceso necesaria para prestar los servicios minoristas de conectividad de banda ancha a los usuarios finales (tanto residenciales como empresariales).

La red desplegada por Axent, por lo tanto, no tiene la consideración de una red de acceso, en los términos establecidos en la regulación aplicable de los mercados de banda ancha, por lo que su despliegue no se encuentra incluido en el ámbito de aplicación actual de la Oferta MARCo de Telefónica.

b) Derecho de acceso de Axent a las infraestructuras de Telefónica en aplicación del Real Decreto 330/2016

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que Telefónica, en su calidad de operador autorizado para explotar una red pública de comunicaciones electrónicas, se encuentra dentro de los sujetos obligados a facilitar el acceso a sus infraestructuras pasivas, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 330/2016, esa entidad debe atender las solicitudes presentadas por Axent en el marco del presente conflicto, si bien bajo las condiciones y requisitos establecidos en dicha norma.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, Telefónica deberá llegar a un acuerdo con Axent sobre las condiciones técnicas y económicas en que deberá producirse el acceso, en el plazo máximo de dos meses, tomando en consideración lo establecido en la presente propuesta, en particular en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 3. Ello se declara sin perjuicio de la facultad de las partes de interponer el correspondiente conflicto ante la CNMC, en caso de que no se llegue a un acuerdo sobre las condiciones en las que debe producirse el acceso.

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Considerar que las solicitudes de uso compartido de Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A. a Telefónica de España S.A.U. que constituyen el objeto del presente procedimiento, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la Oferta MARCo.

SEGUNDO.- Telefónica de España, S.A.U. deberá llegar a un acuerdo con Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A., en el plazo máximo de dos meses a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, sobre las condiciones técnicas y económicas del acceso a las solicitudes de uso compartido objeto del presente conflicto, en los términos descritos en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 3, de la presente Resolución.

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