

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE RDL Y LA MANGA CLUB, S.L., SOBRE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO DE ACCESO A UNA RED DE COBRE SUSCRITO ENTRE AMBAS ENTIDADES

CFT/DTSA/051/17/RDL vs LA MANGA CLUB

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 13 de marzo de 2019

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/DTSA/051/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto de RDL

Con fecha 20 de noviembre de 2017 se recibió en esta Comisión escrito del operador RDL, inscrito en el Registro de operadores como persona autorizada para la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas y para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas¹, mediante el que interpone conflicto de acceso frente a La Manga Club, S.L. (La Manga Club), comunicando los siguientes hechos:

- Que desde el año 2008 presta el servicio de acceso a internet a más de 400 residentes de la Urbanización “La Manga Club”, sita en la pedanía de

¹ RDL figura inscrito, desde el 6 de junio de 2011, como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común, la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet y reventa del servicio vocal nómada (RO 2011/1357), y desde el 13 de febrero de 2015, para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público en acceso directo (RO/DTSA/213/15).

Los Belones, Cartagena, servicio que presta mediante el alquiler del cableado de par de cobre que discurre soterrado por los viales de la urbanización, así como mediante el alquiler de espacio en la caseta denominada “Centro de Proceso de Datos” o “Telephone Exchange”, siendo La Manga Club la titular de estas infraestructuras.

- Que, a tal efecto, RDL y La Manga Club firmaron un contrato de arrendamiento con una duración de seis años (desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2013), el cual se ha ido renovando con una periodicidad anual desde su expiración inicial.
- Que, con fecha 6 de junio de 2017, La Manga Club le comunicó su intención de no prorrogar nuevamente dicho contrato, el cual daba por finalizado el 31 de diciembre de 2017, debiendo RDL proceder a la retirada del material instalado.

En virtud de lo señalado, RDL presenta conflicto de acceso frente a La Manga Club por la rescisión del contrato entre ambas partes, porque, a su juicio, la retirada del equipamiento instalado le produce graves perjuicios y resulta contraria a lo establecido en el capítulo II del Título III de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), y en el artículo 4 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).

SEGUNDO.- Comunicación del inicio del procedimiento a las partes interesadas

Mediante escritos de fecha 5 de diciembre de 2017 se comunicó a RDL y a La Manga Club el inicio del expediente administrativo para la resolución del conflicto de acceso planteado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

TERCERO.- Escrito adicional de RDL

En fecha 18 de diciembre de 2017, RDL presentó escrito adicional de alegaciones en el marco del presente procedimiento.

CUARTO.- Requerimientos de información a La Manga Club

Por resultar necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC, se han formulado varios requerimientos de información a La Manga Club, el último mediante escrito de fecha 8 de octubre de 2018, cuya respuesta tuvo entrada en esta Comisión el día 19 del mismo mes y año.

QUINTO.- Trámite de audiencia

El 18 de diciembre de 2018, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a RDL y a La Manga Club, el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

El 8 de enero de 2019 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de RDL mediante el que formula alegaciones en el trámite de audiencia, solicitando, asimismo, acceso al expediente objeto del presente procedimiento.

Por su parte, La Manga Club no ha formulado alegación alguna en relación con el informe sometido al trámite de audiencia.

SEXTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de fecha 18 de enero de 2019, la DTSA declaró confidenciales determinados datos y documentos aportados por La Manga Club durante la instrucción del procedimiento, en concreto:

- La escritura de compraventa entre Inmogolf S.A. (en lo sucesivo, Inmogolf) y Arco Iris Properties, S.L., aportada por La Manga Club al expediente administrativo por escrito de 9 de enero de 2018.
- Los contratos de abono suscritos entre La Manga Club y los operadores de comunicaciones electrónicas mencionados en el escrito de 5 de octubre de 2018.

SÉPTIMO.- Acceso al expediente

Con fecha 21 de enero de 2019 se dio traslado a RDL de la documentación obrante en el expediente de referencia.

OCTAVO.- Alegaciones complementarias

Con fecha 13 de febrero de 2019 tuvo entrada en el registro de esta Comisión un nuevo escrito de alegaciones de RDL, así como un recurso de alzada contra la declaración de confidencialidad dictada en el marco del presente expediente.

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.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Competencias 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 como se prevé en los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), de la 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.

Asimismo, de conformidad con los artículos 6.4 y 12.1.a).4º de la LCNMC, esta Comisión es competente para conocer los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

De forma específica, el artículo 4.8 del Real Decreto 330/2016 atribuye a la CNMC la competencia de resolución de conflictos de acceso a determinadas infraestructuras, entre las que se incluyen las de los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles para el público –estos operadores son sujetos obligados al amparo del artículo 3.5 de dicho Real Decreto-.

Así, el artículo 70.2 d) de la LGTel se refiere en particular a la competencia de la CNMC en la resolución de los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de dicha Ley.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el régimen jurídico sectorial de comunicaciones electrónicas aplicable al acceso a redes e infraestructuras de obra civil

RDL manifiesta que la actuación de La Manga Club incumple las obligaciones de acceso establecidas en la LGTel y en su normativa de desarrollo. Por ello, se analiza, en primer lugar, el régimen jurídico establecido en la normativa sectorial

de telecomunicaciones en relación con el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y a las infraestructuras de obra civil por las que discurren tales redes. A tal efecto debe diferenciarse el régimen jurídico regulado:

- En el capítulo II del Título II de la LGTel, de aplicación a la interconexión y los accesos a redes públicas de comunicaciones electrónicas y a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público; y
- En la sección 3ª del capítulo II del Título III de la LGTel, relativo al derecho de acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas por parte de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, cuyo desarrollo ha sido efectuado por el Real Decreto 330/2016, mediante el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/61/UE, de reducción de costes al despliegue².

a) Ámbito objetivo

Por lo que respecta al ámbito objetivo del acceso, el concepto de acceso se encuentra definido en el apartado 2 del Anexo II de la LGTel como la puesta a disposición de otro operador de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este concepto se encuentra delimitado no sólo por los elementos de la red, sino que incluye también los elementos que constituyen con ella el conjunto de recursos capaces de soportar la transmisión y el control de lo transmitido, definidos como recursos asociados en el Anexo II de la LGTel (apartado 30).

El término abarca, por tanto, no sólo el acceso a las redes, sino también, entre otros, *“el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a sistemas de información o bases de datos para prepedidos, suministros, pedidos, solicitudes de mantenimiento y reparación, y facturación; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; así como el acceso a servicios de red privada virtual”* (apartados 2 y 30 del Anexo II de la LGTel).

b) Ámbito subjetivo

Por lo que respecta al elemento subjetivo de la regulación del acceso – operadores o agentes obligados a garantizar el acceso-, y teniendo en cuenta

² 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.

los servicios que presta La Manga Club, es preciso distinguir entre el acceso a los elementos activos de una red y el acceso a los recursos asociados (o pasivos):

b.1) Acceso a elementos activos de red

Por lo que respecta a la primera de las categorías expuestas (acceso a los elementos activos de la red), se ha de recordar la naturaleza de los servicios de telecomunicaciones como servicios de interés general y el carácter semipúblico que tienen los contratos mayoristas de telecomunicaciones, que se refleja en el apartado 5 del artículo 12 de la LGTel, que habilita a esta Comisión a intervenir en las relaciones contractuales de los operadores, con el objeto de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión –que constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas– y la interoperabilidad de los servicios –la conexión extremo a extremo-, o para la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, en aquellos casos en que esté justificada dicha intervención.

El artículo 4.1 de la Directiva Acceso³ establece que los operadores ofrecerán el acceso e interconexión a otras empresas en condiciones acordes con las obligaciones impuestas por las autoridades nacionales de reglamentación, en este caso, por la CNMC -previsión parcialmente transpuesta a través del artículo 12 de la LGTel-.

En este sentido, la LGTel establece un derecho/deber, aplicable a todos los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, de negociar la interconexión con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, al objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad –véase el artículo 12.2 de la LGTel-. Así, los operadores tienen la obligación de negociar la interconexión entre sus redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Por otro lado, el régimen legal del acceso, tanto a las redes como a sus recursos asociados, se rige por un principio de libertad de negociación, sujeto a intervención pública únicamente en algunos supuestos. Así, el artículo 12.3 de la LGTel establece que *“no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre si acuerdos de acceso e interconexión”*.

Más allá de esta previsión general, la CNMC puede establecer la obligación de satisfacer las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las

³ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre. Debe tenerse en cuenta, así mismo, que si bien esta norma está derogada (con efectos a partir del 21 de diciembre de 2020) por la Directiva 2018/1972, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (CECE), el artículo 58 del nuevo Código está redactado en términos similares.

redes tras la definición previa del mercado pertinente y la identificación de los operadores que posean un poder significativo en el mismo –artículo 13 de la LGTel-.

Por último, existen algunos supuestos en los que, sin regulación ex ante, pueden establecerse obligaciones de acceso para garantizar la interoperabilidad de servicios o la conexión extremo a extremo, si ello está justificado y bajo un principio de proporcionalidad e intervención mínima.

En todo caso, el régimen jurídico aplicable al acceso a redes, cuyos principios se definen en el artículo 12 de la LGTel, es aplicable frente a las redes de comunicaciones electrónicas que tengan el carácter de públicas, entendiéndose por tales *“una red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público”*.

Se excluyen del ámbito de aplicación, *sensu contrario*, las redes privadas que funcionan en régimen de autoprestación, es decir aquellas que se limitan a satisfacer las necesidades propias de comunicación de sus titulares y no las de terceros, así como, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.4 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que desarrolla a estos efectos la LGTel:

- Los servicios de comunicaciones electrónicas y las instalaciones de seguridad o intercomunicación que, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público radioeléctrico, presten servicio a un inmueble, a una comunidad de propietarios o dentro de una misma propiedad privada.
- Los servicios de comunicaciones electrónicas establecidos entre predios de un mismo titular.

Como consecuencia de ello, el artículo 6.2 de la LGTel establece la obligación de notificar al Registro de operadores la explotación de una determinada red únicamente cuando la misma sea pública (es decir, cuando se utilice en su totalidad o principalmente para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público)⁴, quedando al margen de la aplicación del marco regulador las redes y servicios privados o en autoprestación.

b.2) Acceso a los elementos pasivos

En el caso del acceso a los elementos pasivos, entendidos como infraestructuras físicas no activas, se amplían los sujetos obligados. En este supuesto, son

⁴ Bajo el mismo criterio, ha de notificarse únicamente la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al público en general.

sujetos obligados no sólo los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, sino también los operadores de gas, electricidad, calefacción o agua; las empresas que proporcionan infraestructuras físicas destinadas a prestar servicios de transporte (como por ejemplo los ferrocarriles, las carreteras, los puertos y los aeropuertos); o las Administraciones Públicas.

Todos estos sujetos están obligados a facilitar el acceso a sus conductos y otros recursos bajo ciertas condiciones y a unos precios razonables.

El objetivo final de esta regulación consiste en conseguir una reducción de los costes de los trabajos de obra civil presentes en todo despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, únicas redes amparadas por esta normativa, mediante el establecimiento de un derecho de acceso a las infraestructuras físicas existentes. El fomento del despliegue de redes de alta velocidad constituye, en este sentido, uno de los principales objetivos de las instituciones comunitarias^{5,6} y del Gobierno español⁷ durante estos últimos años.

No obstante, el artículo 3.5 del Real Decreto 330/2016 excluye también de esta obligación a los titulares de redes privadas de comunicaciones electrónicas, es decir, a aquellas redes utilizadas en autoprestación que no prestan un servicio de interés general.

Resulta fundamental, por tanto, en el marco del presente procedimiento, analizar las características de la red objeto del presente conflicto, así como de los servicios que sobre la misma se vienen prestando con el fin de poder delimitar el ámbito de las obligaciones que, en su caso, pudieran corresponder a La Manga Club.

⁵ *“Es preciso hacer más para garantizar el despliegue y la adopción de la banda ancha para todos, a velocidades crecientes, a través de tecnologías tanto fijas como inalámbricas, así como para facilitar la inversión en las nuevas redes ultrarrápidas de internet abiertas y competitivas que constituirán las arterias de la economía del futuro”* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Digital para Europa, COM(2010)245 final, de 19 de mayo de 2010.

Véase también la Comunicación hacia una sociedad europea del Gigabit: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones La conectividad para un mercado único digital competitivo – hacia una sociedad europea del Gigabit (COM/2016/0587) conocido como la Europa del Gigabit, en el que se propone alcanzar un acceso fijo a 1Gbps para los motores socioeconómicos, acceso fijo universal a 100 Mbps y acceso móvil 5G en todas las zonas urbanas y principales vías de comunicación europeas para el año 2025.

⁶ Los objetivos de las modificaciones relacionadas con la regulación del acceso en el CECE son reforzar y mejorar el régimen de acceso de los operadores con poder significativo en el mercado (PSM) actualmente en vigor, a fin de seguir fomentando la competencia en las infraestructuras y el despliegue de redes por parte de todos los operadores, y apoyar el despliegue de redes de muy alta capacidad en todo el territorio de la Unión.

⁷ La Agenda Digital para España, aprobada por el Consejo de Ministros en su reunión de 15 de febrero de 2013, establece un conjunto de actuaciones destinadas a incentivar el despliegue eficiente de infraestructuras de telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Descripción de los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por La Manga Club

Como punto de partida debe señalarse que La Manga Club es un complejo turístico inaugurado en el año 1972, dentro del cual se ubican diferentes tipos de inmuebles (apartamentos, villas, centros deportivos, etc.), y que cuenta con una red de cobre que es utilizada, según manifestaciones de La Manga Club, para el uso exclusivo e interno de los usuarios de dicho centro residencial, así como para la prestación del servicio de centralita del hotel situado dentro del complejo. Dicha red conecta con las redes públicas de comunicaciones electrónicas a través de las centralitas cuya titularidad ostenta La Manga Club y que se encuentran ubicadas dentro del propio complejo residencial.

Mediante dicha red se ofrece un servicio de comunicación interna entre las diferentes villas y apartamentos ubicados dentro del complejo residencial, así como con las distintas instalaciones del mismo y las habitaciones del hotel, contando a tal efecto con extensiones a través de las cuales es posible la conexión entre ellas y con las centralitas antes mencionadas. Las llamadas que se reciben y se realizan mediante esta red interna a través de la centralita son gratuitas para los habitantes del complejo residencial, aunque los propietarios soportan un coste fijo por el servicio de operadora y mantenimiento de la red.

Independientemente de lo expuesto anteriormente, La Manga Club ha ido suscribiendo distintos contratos con operadores de comunicaciones electrónicas para la prestación del servicio de telefonía fija dentro del complejo residencial, servicio que a su vez es ofrecido por esta entidad a los miembros y usuarios del *resort* siempre que lo soliciten, lo que les permite realizar y recibir llamadas con terceros ajenos a su red interna, a través de las redes públicas de los operadores con los que se contrata la prestación de estos servicios.

Por la prestación de este servicio, La Manga Club recibe una contraprestación económica, consistente en una cantidad fija anual y una cantidad variable cuando las llamadas exceden de la ratio horaria previamente establecida entre La Manga Club y quienes solicitan este servicio adicional.

Este servicio, según se señala por La Manga Club, no se presta con carácter de exclusividad, ya que los mismos operadores que proveen estos servicios a La Manga Club tienen suscritos contratos de servicios de telecomunicaciones directamente -sin la intermediación de La Manga Club-, con los usuarios que así lo deseen.

La Manga Club ofrece a los residentes del complejo inmobiliario, asimismo, los servicios de acceso a internet y móvil, mediante un contrato denominado "*Premium Connect*", servicios que son prestados también a través de las redes móviles de terceros operadores, mediante la suscripción de los correspondientes acuerdos comerciales con estos últimos. El ejercicio de esta última actividad fue notificado a esta Comisión por parte de Inmogolf, figurando esta entidad inscrita

en el Registro de Operadores como persona autorizada para la prestación del servicio de operador móvil virtual de ámbito nacional⁸.

En sus escritos de alegaciones formulados en el trámite de audiencia, RDL considera que las actividades ofertadas por La Manga Club (servicios de telefonía fija y móvil mediante terceros operadores) son servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, señalándose, a tal efecto, que la sociedad La Manga Club es ajena a la comunidad de propietarios de la urbanización, y que el único accionista de dicha entidad es la sociedad Inmogolf. Se pone de manifiesto, en este sentido, el hecho de que la Comunidad de Propietarios del complejo sea un ente distinto de La Manga Club y de su matriz Inmogolf, por lo que, en opinión de RDL, La Manga Club en realidad está prestando un servicio de comunicaciones electrónicas a terceros (los distintos propietarios de inmuebles de la urbanización), y solo estaría actuando en régimen de autoprestación en los servicios de comunicaciones internas ofrecidos a los clientes del hotel y a los usuarios de los apartamentos en régimen de alquiler.

RDL aporta, a tal efecto, copia del último depósito de Cuentas Anuales facilitado por el Registro Mercantil de Murcia, donde se observa, entre otros extremos, que el accionista único de La Manga Club es Inmogolf, por lo que la propiedad es ajena al resto de los propietarios de la urbanización.

Señala, en este sentido, que la inmensa mayoría de las viviendas de la urbanización no son titularidad de La Manga Club, por lo que no estaríamos en presencia de un complejo turístico usado en régimen de alquiler, sino de una urbanización integrada por multitud de viviendas particulares. De hecho, y según el escrito de alegaciones de RDL, la Comunidad de Propietarios tiene su propio código de identificación fiscal, diferente del correspondiente a La Manga Club y su matriz Inmogolf, y los promotores y urbanizadores del *resort* vendieron la inmensa mayoría de sus propiedades a terceros -los cuales son los actuales miembros de la Comunidad de Propietarios, y no La Manga Club. Considera RDL que, como consecuencia de todo ello, la red objeto del presente expediente está siendo explotada por el antiguo promotor del conjunto inmobiliario, y no por la Comunidad de Propietarios. Como prueba de todo ello se aporta copia de un Acta de la Junta de Propietarios de la Comunidad, en la que se puede comprobar que Inmogolf es solo uno de los presidentes de las varias subcomunidades que integran la Comunidad General del complejo residencial.

A la vista de las alegaciones formuladas y de la documentación obrante en el expediente resulta necesario determinar, en primer término, si La Manga Club presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, debiéndose distinguir, a estos efectos, entre los tres tipos de actividades desarrolladas por esa entidad:

⁸ Inmogolf, S.L. figura inscrita, desde el 18 de diciembre de 2017 como operador móvil virtual prestador de servicios (RO/DTSA/1145/17).

a) Servicio telefónico fijo

El servicio de telefonía fija ofrecido por La Manga Club a los miembros y usuarios del complejo residencial permite la realización de llamadas hacia terceros usuarios ajenos a la red interna objeto del presente expediente, y por el que La Manga Club recibe una contraprestación económica consistente en una cantidad fija anual y una cantidad variable en los términos descritos anteriormente.

Debe partirse del concepto de reventa del servicio telefónico disponible al público, concepto que, según doctrina consolidada de esta Comisión, implica *“la actuación del revendedor como cliente mayorista respecto de un operador y como suministrador minorista respecto a un tercero, siendo responsable de la prestación del servicio ante el mismo y de aspectos conexos como facturación, etc. El revendedor contrataría en su propio nombre y presentaría a sus potenciales clientes el servicio como propio, ofreciendo sus propias condiciones y precios. La reventa del servicio telefónico consiste en la compra de minutos de llamadas telefónicas al por mayor a distintos operadores habilitados para su prestación, para, a su vez, ofrecérselos a un tercero, generalmente por un precio superior”*⁹.

Por su similitud con supuestos ya analizados anteriormente por esta Comisión, y a la vista de la información y documentación obrante en el presente procedimiento (alegaciones, requerimientos de información, etc.) se infiere que La Manga Club podría estar prestando un servicio de reventa del servicio telefónico disponible al público, señalándose como indicios relevantes los siguientes:

- La Manga Club es una sociedad mercantil independiente de los residentes de la urbanización- ofrece el citado servicio a tales residentes en su propio nombre.
- Las facturas son emitidas únicamente por La Manga Club -en virtud de la documentación aportada al expediente-, obteniendo un beneficio económico de la prestación del servicio, esto es, constituyendo la prestación de este servicio una actividad comercial de La Manga Club y gozando esta entidad de autonomía para fijar el precio del servicio.

⁹ Acuerdo de 27 de septiembre de 2018 por el que se da respuesta a la Consulta planteada por Alai Operador de Telecomunicaciones S.L. sobre la aplicación del marco regulatorio de comunicaciones electrónicas a los proveedores de servicios de IOT/M2M que emplean tarjetas SIM globales (CNS/DTSA/617/17); Resolución de 28 de julio de 2005, relativa a la consulta formulada por el ente Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) (RO 2005/759), mencionada en la Resolución del procedimiento sancionador de 21 de enero de 2010, incoado contra las entidades La Quinta Administración, S.L. y El Herrojo Club, S.L, por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (RO 2009/155).

- Los terceros operadores responden de los daños y perjuicios causados directamente a La Manga Club, esto es, no asumen ninguna relación de clientela con los usuarios de las viviendas integrantes de dicho complejo.

Por lo tanto, existen indicios de que La Manga Club pudiera estar prestando un servicio de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público, hecho que se deberá analizar, por esta Comisión, mediante la apertura del correspondiente expediente, toda vez que La Manga Club no es operador de telecomunicaciones inscrito en el Registro de Operadores.

No obstante, dicha actividad no se presta a partir de la red de cobre a la que se ha solicitado acceso, sino que se presta mediante las redes de comunicaciones electrónicas de terceros operadores, con los que La Manga Club tiene suscritos los correspondientes contratos, los cuales han sido aportados por dicha entidad en el marco del presente conflicto.

b) Servicio telefónico móvil

También sería constitutivo de un servicio de comunicaciones electrónicas la prestación del servicio telefónico móvil e internet mediante el contrato denominado “*Premium Connect*”, aunque debe tenerse en cuenta que para la prestación de este servicio la entidad Inmogolf, accionista único de La Manga Club, figura inscrita en el Registro de Operadores como operador móvil virtual prestador de servicio o revendedor, como se analizó anteriormente.

Al igual que sucede en el anterior supuesto, estos servicios se prestan a partir de las redes de terceros operadores, mediante la suscripción de los correspondientes acuerdos comerciales con los mismos.

c) Red privada

Finalmente, La Manga Club dispone de una red privada de cobre, que es la que constituye el objeto principal del presente conflicto, mediante la que ofrece un servicio de comunicación interna entre las diferentes villas y apartamentos ubicados dentro del complejo residencial, como ya se ha analizado.

Esta red es privada, de conformidad con el artículo 5.4.b) del Reglamento de servicios de comunicaciones electrónicas, que se refiere a los servicios de comunicaciones electrónicas y las instalaciones que, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público radioeléctrico, presten servicio a un inmueble, a una comunidad de propietarios o dentro de una misma propiedad privada, y tiene un régimen similar al de la autoprestación.

TERCERO.- Sobre el contrato suscrito entre RDL y La Manga Club

En el año 2008, la Manga Club celebró un contrato de arrendamiento con RDL, cuyo objeto consistía exclusivamente en el alquiler del uso, por parte de este

operador, de la red de cobre cuya titularidad ostenta La Manga Club, para la prestación del servicio de conexión a Internet a los usuarios del complejo turístico, excluyéndose expresamente cualquier otro tipo de servicio o conexión.

La mencionada red de cobre, que La Manga Club utiliza en régimen de autoprestación, discurre por unas infraestructuras (tubos y conductos) que, si bien en un primer momento pertenecían a la Manga Club, fueron cedidas gratuitamente en el año 2004 al Ayuntamiento de Cartagena, en cumplimiento del Plan Parcial de Atamaría, cesión que fue aprobada por unanimidad de la Junta de Gobierno de ese Ayuntamiento el 2 de julio de 2004 y elevada a escritura pública el 1 de diciembre de 2004.

Dicho contrato estableció un periodo de duración de seis años, el cual finalizó el 31 de diciembre de 2013, término que se ha ido prorrogando tácitamente con una periodicidad anual.

No obstante lo anterior, y desde la finalización del plazo inicialmente estipulado, La Manga Club ha efectuado distintas comunicaciones a RDL en las que manifestaba su voluntad de finalizar el contrato, la primera de fecha 1 de enero de 2014. En dicha comunicación La Manga Club conminaba a RDL a que procediera a la retirada de la antena y equipos instalados en la caseta denominada "Centro de proceso de Datos", cuya titularidad ostenta La Manga Club, ocupación que no tiene reflejo alguno en el contrato suscrito entre las partes.

Con fecha 6 de junio de 2017, se reiteró la solicitud de finalización del contrato de arrendamiento suscrito, así como la necesidad de proceder a la retirada del equipamiento de RDL.

Mediante burofax de fecha 2 de octubre de 2017, RDL remite un escrito a La Manga Club mediante el que comunica que, debido al contenido del contrato suscrito, el mismo se encuentra afectado por lo establecido en la LGTel y su legislación complementaria, por lo que debe permitir en todo momento el acceso a sus redes de comunicaciones a fin de que pueda seguir prestando el servicio de acceso a internet que viene ofreciendo a sus clientes. Se señala asimismo que, a fin de respetar el derecho de uso compartido establecido legalmente, propone a la empresa que, o bien proceda a la prórroga indefinida del contrato, o bien proceda a la suscripción de un nuevo contrato que le habilite para el uso de la red de cobre de La Manga Club.

Finalmente, RDL manifiesta su intención de instalar un cable de fibra óptica mediante el uso de los conductos soterrados que discurren por la urbanización, proponiendo como precio por su uso el establecido en la Oferta MARCo de Telefónica de España, S.A. (Telefónica).

En respuesta al anterior burofax La Manga Club envió, el 16 de octubre de 2017, una nueva comunicación en la que se informa a RDL de su voluntad de mantener

la fecha de finalización del contrato (el 31 de diciembre de 2017) como consecuencia de la obsolescencia de la red de cobre instalada. La Manga Club reitera, asimismo, la solicitud de retirada del equipamiento instalado por RDL. Finalmente, se informa al operador de la existencia de alternativas que le permitirían continuar con la prestación de sus servicios, tales como la posible instalación de fibra óptica a través de los conductos que discurren por la urbanización, conductos cuya titularidad ostenta el Ayuntamiento de Cartagena.

CUARTO.- Valoración de las cuestiones planteadas por el solicitante

A la vista de los hechos expuestos anteriormente, y teniendo en consideración el régimen jurídico referenciado en el fundamento jurídico material Primero, se formulan las siguientes consideraciones:

a) Acceso a los elementos activos

En primer lugar, y en relación con la pretensión de RDL sobre el establecimiento, por parte de esta Comisión, de una obligación de mantenimiento del acceso a los elementos activos de la red de cobre de La Manga Club, esta Comisión entiende que procede desestimar la solicitud formulada, en base a las siguientes razones:

- La Manga Club explota dicha red de cobre en régimen de red privada (no como operador), en la medida en que la red está siendo usada por parte de La Manga Club para prestar servicios de comunicaciones internas dentro del complejo residencial, por lo que se trata de una red exenta de las obligaciones de acceso establecidas en la normativa sectorial.
- De manera más determinante, La Manga Club ha manifestado su deseo de dar de baja esta red, por lo que no puede obligarse a esta empresa a su mantenimiento¹⁰.
- El alquiler de esta red privada a un operador, tal y como sucede en el presente caso, entraría dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, pudiendo los titulares de estas redes privadas, desde luego, llegar a acuerdos con los operadores de comunicaciones electrónicas, pero dichos acuerdos tendrán en todo caso naturaleza jurídica privada.

¹⁰ Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que la propia Telefónica, operador con poder significativo en los mercados 3 y 4, ha procedido al cierre de más de 140 centrales de cobre durante el año 2018, cierres que han sido efectuados de conformidad con las condiciones y procedimientos establecidos en la Resolución de la CNMC, de fecha 24 de febrero de 2016, 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.

- De conformidad con las alegaciones de RDL, el servicio que viene prestando mediante la red de cobre objeto del presente procedimiento es el de acceso a internet a través de tecnología ADSL, servicio que presenta una gran similitud con el servicio de acceso desagregado al par de cobre¹¹. Se recuerda que la prestación de este servicio únicamente ha sido impuesta a Telefónica como operador con poder significativo de mercado¹².

b) Utilización de infraestructuras pasivas

Por lo que respecta a la solicitud de utilización de las infraestructuras pasivas de La Manga Club, en concreto, al mantenimiento de los equipos instalados en la caseta denominada "Centro de proceso de Datos", debe recordarse lo preceptuado en el artículo 3.5 del Real Decreto 330/2016, de conformidad con el cual, son sujetos obligados, a los efectos del presente procedimiento, los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, excluyéndose expresamente a las redes privadas (al igual que se excluyen del concepto de infraestructura los cables, incluida la fibra oscura, en el apartado 1 de este mismo precepto).

Debe tenerse en cuenta que la caseta en la que se ubican los equipos instalados por RDL no figura en el contrato de arrendamiento suscrito en su día, y, en todo caso, La Manga Club no está sujeto a las obligaciones del Real Decreto

¹¹ El acceso desagregado al bucle de abonado es un servicio mayorista que consiste en que un operador de telecomunicaciones alquila los pares de cobre que conectan a un usuario con la central telefónica (lo que se conoce como red de acceso) al operador designado con poder significativo de mercado (actualmente Telefónica) para prestar servicios de banda ancha. Esto requiere que dicho operador alternativo tienda infraestructura hasta cada central de Telefónica en la que vaya a tener clientes, permitiéndole prestar servicios "ADSL" sobre la red de acceso existente de Telefónica, sin necesidad de desplegar una red de telecomunicaciones completa.

El acceso desagregado al bucle de abonado normalmente requiere disponer de un espacio en el inmueble que aloja la central, lo que es conocido como servicio de ubicación. El acceso desagregado se presta, a su vez, en tres variantes: el acceso completamente desagregado, en el que el operador alternativo obtiene pleno control del par de cobre para poder ofrecer al usuario la totalidad de servicios que se cursan por este medio (telefonía, ADSL, etc); el acceso desagregado compartido, en el que el operador alternativo controla únicamente las frecuencias superiores a la banda vocal sobre las que ofrece el servicio ADSL, mientras que es Telefónica quien continúa ofreciendo el servicio telefónico; y el acceso naked ADSL o sin servicio telefónico básico, por el cual el operador alternativo también alquila las frecuencias superiores a la banda vocal, a través de la cual ofrece al mismo tiempo servicios de banda ancha y de telefonía mediante la tecnología IP. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia CNMC regula estos servicios a través de la OBA (Oferta de Acceso al Bucle de Abonado) en la que se fijan los precios y las condiciones de los servicios que Telefónica está obligada a prestar a los operadores alternativos, pudiendo éstos escoger la modalidad de acceso desagregado a través de la que ofrecen servicios a cada usuario final.

¹² En este sentido, y desde el año 2001, únicamente Telefónica está obligada a alquilar a los operadores alternativos el par de cobre desde el domicilio del usuario a la central o repartidor principal, obligación que se ha ido manteniendo en las distintas Resoluciones de esta Comisión mediante las que se procede a la definición y análisis de los distintos mercados de comunicaciones electrónicas afectados.

330/2016, en la medida en que la única red que explota es una red privada –al margen de la actividad que podría encuadrarse en una reventa de un servicio telefónico, sobre la red de otro operador-.

En conclusión, a juicio de esta Comisión, ni la red objeto de la solicitud de acceso planteada en el presente expediente es una red pública de comunicaciones electrónicas, ni la actividad prestada por La Manga Club mediante la red de cobre objeto del presente conflicto reúne los requisitos para que dicha entidad tenga la obligación legal de mantener la misma.

QUINTO.- Sobre la existencia de alternativas para RDL

Independientemente de lo expuesto, es importante poner de manifiesto la existencia, dentro del complejo inmobiliario en el que se ubica la red objeto del presente procedimiento, de una infraestructura pasiva susceptible de albergar redes de comunicaciones electrónicas y cuya titularidad ostenta el Ayuntamiento de Cartagena, infraestructura que sí entraría dentro del ámbito material de la LGTel.

Dicha infraestructura está siendo utilizada, en el momento actual, tanto por La Manga Club como por la entidad Arco Iris Properties, S.L., entidad esta última que ha procedido al despliegue de una red de cable coaxial mediante la que presta el servicio de distribución de señales de radiodifusión sonora y televisión, y que en la actualidad está desplegando una red de fibra óptica.

De hecho, el propio RDL, mediante burofax remitido el 5 de octubre de 2017 a La Manga Club, comunicó su intención de proceder a la instalación de una red de fibra óptica a través de dichas canalizaciones. No obstante, RDL no llegó a materializar una solicitud formal a tal fin, de conformidad con los términos previstos en el artículo 4.4 del Real Decreto 330/2016, ni este despliegue de fibra ha formado parte del objeto del presente conflicto. Como consecuencia de ello, no se ha considerado necesario, en el marco del presente procedimiento, llevar a cabo la práctica de comprobaciones tendentes al esclarecimiento sobre la titularidad de las infraestructuras pasivas ubicadas en el interior del complejo residencial. Por otro lado, obra en el expediente la aceptación por unanimidad de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Cartagena, celebrada el 2 de julio de 2004, de la cesión gratuita de dichas infraestructuras.

Como consecuencia de lo expuesto, y de acuerdo con la información que consta en el expediente, la solicitud de acceso a los conductos existentes en la urbanización con el fin de desplegar una red de alta velocidad habría de presentarse frente al Ayuntamiento de Cartagena y esta Corporación dispondría de un plazo de dos meses para analizarla¹³. Y en función de la respuesta del

¹³ Puesto que, de conformidad con el artículo 4.7 del Real Decreto 330/2016, cualquier denegación de acceso a las infraestructuras de obra civil deberá justificarse de manera clara al solicitante en el plazo máximo de dos meses, a partir de la fecha de recepción de la solicitud de acceso completa.

Ayuntamiento, RDL podrá plantear conflicto ante la CNMC en el supuesto en el que entienda que ello es necesario.

Además de la infraestructura descrita anteriormente, en el complejo inmobiliario se encuentran los registros y conductos gestionados por Telefónica, entidad que, en su calidad de operador con poder significativo en el mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija¹⁴, dispone de la Oferta MARCo, que permite a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas acceder al uso compartido de infraestructuras de obra civil de Telefónica, en particular a canalizaciones, elementos de registro y postes, para que dichos operadores puedan llevar a cabo el despliegue de sus redes de acceso de nueva generación (NGA), ya estén basadas en fibra óptica o en cable coaxial. El plazo general para tendido de cable, de conformidad con la Oferta MARCo, oscila entre 30 a 40 días naturales (salvo que exista replanteo autónomo, en cuyo caso el plazo se reduce a 10 días).

Es decir, en la actualidad existen dos infraestructuras físicas capaces de albergar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, y que están a disposición de RDL *a priori*, siempre y cuando fuera de su interés y cumplierse los requisitos establecidos para su utilización.

Por otro lado, RDL podría intentar solicitar, al igual que cualquier otro operador, el servicio de acceso desagregado compartido al par de cobre de Telefónica, en su central de Los Belones¹⁵, el cual se encuentra regulado en el apartado 1.3 de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA). Los tiempos de provisión de estos servicios se encuentran establecidos en la OBA, y oscilan entre los 45 días naturales (para el servicio de coubicación inicial en la sala del operador) a los 5 días naturales (para la entrega de señal).

Como consecuencia de todo lo expuesto, esta Comisión desestima la solicitud planteada por RDL.

¹⁴ Mediante Resolución de la CNMC de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y el 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 Telefónica con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas a este operador, esta Comisión le impuso a Telefónica las correspondientes obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes: (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. En concreto, la obligación de transparencia se concreta en la obligación de presentar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a sus infraestructuras de obra civil.

¹⁵ Código MIGA 3023005

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

ÚNICO.- Desestimar la pretensión formulada por RDL contra La Manga Club, S.L.

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.