

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO DE ACCESO A INFRAESTRUCTURAS INTERPUESTO POR DRAGONET, CLOSENESS Y RIOTELECOMM CONTRA AVATEL

CFT/DTSA/041/18/DRAGONET-CLOSENESS-RIOTELECOMM vs AVATEL

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. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 25 de julio de 2019

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/DTSA/041/18, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto

Con fecha 25 de septiembre de 2018, las operadoras Dragonet Comunicaciones, S.L. (Dragonet), Closeness, S.L. (Closeness) y Riotelecomm, S.L. (Riotelecomm) presentaron un escrito conjunto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), por el que comunicaban a Telefónica la presunta ocupación indebida y sin previa solicitud, por parte de la operadora Avatel & Wikiker Telecom, S.L. (Avatel)¹, de determinados elementos de las infraestructuras sujetas a la oferta MARCo², localizados en la provincia de Alicante (Comunidad Valenciana).

¹ Según se indicó en el Boletín Oficial del Registro Mercantil nº 181, de 22 de septiembre de 2015, quedaba inscrita en el Registro de Málaga la fusión por absorción de las empresas Wikiker Broadband S.L. (absorbente) y Avatel Broadband S.L. (absorbida), dando lugar al cambio de denominación social por Avatel & Wikiker Telecom S.L. (<https://www.boe.es/borme/dias/2015/09/22/pdfs/BORME-A-2015-181-29.pdf>).

² Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de Telefónica

Dicha ocupación indebida se habría producido, según los denunciante, incluso una vez realizados los estudios de replanteo solicitados por las citadas operadoras³ a Telefónica, tras su solicitud de acceso a dichas infraestructuras.

Por ello, Dragonet, Closeness y Riotelecomm solicitaban a este organismo que adoptase las siguientes actuaciones:

- 1.- Requerir a Avatel información sobre (i) las infraestructuras de Telefónica ocupadas en la provincia de Alicante, (ii) su estructura de red y (iii) la forma en que realiza sus despliegues.
- 2.- Requerir a Telefónica información sobre: (i) si Avatel ha solicitado o no, conforme a la oferta MARCo, el acceso a las infraestructuras incluidas en el listado que las denunciante adjuntan a su escrito (archivo Excel), (ii) en qué fecha se produjo dicha ocupación y (iii) las medidas que esté adoptando para prevenir, evitar y resolver la ocupación irregular de sus instalaciones.
- 3.- Solicitar a los Ayuntamientos de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** la documentación entregada por Avatel, en su caso, para solicitar los permisos pertinentes, ya que entre dicha documentación deben figurar las autorizaciones de Telefónica para permitirle utilizar sus infraestructuras MARCo.
- 4.- Determinar las medidas que Telefónica debe adoptar para evitar que este tipo de ocupaciones se vuelvan a producir.
- 5.- Obligar a Avatel a soportar el coste de restituir las instalaciones de Telefónica al mismo estado en el que se encontraban antes de realizarse las presuntas ocupaciones sin autorización previa, liberando de este modo el espacio actualmente ocupado en el plazo de 30 días, ya sea por la propia Avatel o por Telefónica, por ser la propietaria de las infraestructuras.
- 6.- Cancelar todos los servicios configurados a partir de los accesos a la infraestructura de Telefónica que consideran no autorizados, realizados por Avatel y por empresas que realizan la misma práctica⁴, de forma que no se pueda producir una estrategia de traspaso de clientes e infraestructuras entre ellas.
- 7.- Sancionar a Avatel por el incumplimiento de los requisitos establecidos en la oferta MARCo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 76.15, 77.21 y 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones

³ Es de interés indicar que tanto las tres operadoras que han interpuesto el presente conflicto como Avatel se encuentran inscritas en el Registro de Operadores de esta Comisión como explotadores de una red terrestre de fibra óptica, entre otros servicios.

⁴ Menciona a WIZON.

(LGTel), así como a sus representantes legales o personas que integran los órganos directivos de Avatel, de conformidad con el artículo 79.3 de la LGTel.

- 8.- Imponer a Avatel multas coercitivas por importe de 500 euros por cada día de retraso en la devolución de las instalaciones a su estado anterior.

SEGUNDO.- Comunicación del inicio del expediente y requerimiento de información

Mediante sendos escritos de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), de 16 de octubre de 2018, se comunicó a Dragonet, Closeness, Riotelecomm, Avatel y Telefónica -en calidad de interesada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.b)⁵ de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)- el inicio del presente procedimiento de conflicto de acceso. Además, en el mismo escrito se requirió a estas operadoras determinada información necesaria para comprobar los hechos puestos de manifiesto por las tres operadoras denunciadas.

Tras la aceptación de las solicitudes de ampliación del plazo de diez (10) días inicialmente otorgado para contestar los referidos requerimientos de información⁶, presentadas tanto por Dragonet, Closeness y Riotelecomm como por Telefónica el 2 de noviembre de 2018, estas operadoras presentaron sus escritos de contestación los días 12 de noviembre, las denunciadas, y 14 de noviembre de 2018, Telefónica.

Avatel, por su parte, presentó la contestación al citado requerimiento de información a través de diversos escritos de fechas 22 y 28 de noviembre y 5, 12, 19 y 31 de diciembre de 2018.

TERCERO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante sendos escritos de fechas 16 de octubre y 17 de diciembre de 2018 se notificaron a Dragonet, Closeness, Riotelecomm y a Telefónica, respectivamente, las declaraciones de confidencialidad realizadas de oficio sobre determinados datos aportados en sus escritos de 25 de septiembre y 14 de noviembre de 2018, respectivamente.

CUARTO.- Nuevo requerimiento de información a Avatel

El 20 de diciembre de 2018 se notificó a Avatel un segundo requerimiento de información, a los efectos de que (i) cotejara determinados datos aportados por Dragonet, Closeness, Riotelecomm y Telefónica en sus escritos de 25 de

⁵ Personas físicas o jurídicas que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

⁶ Mediante acto de esta Comisión de 5 de noviembre de 2018.

septiembre y 14 de noviembre de 2018, (ii) explicara determinadas relaciones societarias con otras empresas, que podrían estar incurriendo en la misma supuesta conducta de ocupar indebidamente infraestructuras MARCo de Telefónica, y (iii) aportara información sobre el número de clientes finales que tuviera en cada una de las localidades de la provincia de Alicante en las que supuestamente –según denunciaron las empresas que presentaron el escrito inicial- habría realizado ocupaciones indebidas.

Mediante escritos de fechas 22 de enero, 3 de febrero y 13 de marzo de 2019 Avatel contestó este requerimiento de información.

QUINTO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante sendos escritos de fecha 19 de marzo de 2019 se adoptaron las declaraciones de confidencialidad sobre determinados documentos y datos aportados por Dragonet, Closeness, Riotelecomm en su escrito de 12 de noviembre de 2018 y por Avatel en sus escritos de fechas 22 y 28 de noviembre y 5, 12, 19 y 31 de diciembre de 2018 y 22 de enero, 3 de febrero y 13 de marzo de 2019.

A través de este mismo acto, se levantó la confidencialidad sobre determinada información aportada por Dragonet, Closeness, Riotelecomm en su escrito de 25 de septiembre de 2018, relativa a hechos que estas tres operadoras imputan a Avatel sobre el patrón que utiliza para desplegar su red de fibra óptica mediante la ocupación de las infraestructuras de Telefónica.

Tras esta notificación, el 29 de abril de 2019 se notificó asimismo a Avatel el levantamiento de la declaración de confidencialidad anterior.

SEXTO.- Trámite de audiencia y alegaciones de las partes

El 20 de mayo de 2019, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se puso a disposición de todas las operadoras interesadas en el procedimiento el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de fecha 17 de mayo de 2019, emitido en el trámite de audiencia⁷, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

Mediante escritos de fechas 3 y 7 de junio de 2019, Dragonet, Closeness y Riotelecomm y Telefónica, respectivamente, presentaron sus escritos de alegaciones en trámite de audiencia. Avatel no ha presentado alegaciones durante este trámite.

⁷ Las notificaciones del trámite de audiencia a las empresas denunciadas, Avatel y Telefónica se efectuaron entre los días 20 y 21 de mayo de 2019.

SÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de fecha 28 de junio de 2019, se emitió nueva declaración de confidencialidad sobre determinada información contenida en el escrito de Telefónica del día 7 del mismo mes y año.

OCTAVO.- 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

La competencia de la CNMC para intervenir en este procedimiento resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. En este sentido, el artículo 6 de la LCNMC señala que este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, correspondiéndole a estos efectos “*resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley*” y “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre⁸, y su normativa de desarrollo*”.

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.

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 virtud del artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

⁸ En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

En virtud de las solicitudes formuladas por Dragonet, Closeness, Riotelecomm, el objeto principal del presente procedimiento es el análisis y la resolución del conflicto de acceso interpuesto por estos operadores contra Avatel, por la supuesta ocupación irregular de las infraestructuras MARCo de Telefónica en la provincia de Alicante.

En particular, en este expediente se ha analizado si el acceso por parte de las empresas denunciadas a las infraestructuras de Telefónica se ha visto afectado por el proceder de Avatel -motivo principal para analizar la solicitud formulada en el marco de un conflicto de acceso-.

De forma adicional han sido objeto de análisis otras cuestiones que se han puesto de relieve durante la instrucción del procedimiento y que tienen íntima conexión con el objeto principal.

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica solicita que se amplíe el objeto de este procedimiento para analizar las ocupaciones irregulares llevadas a cabo por otro operador distinto a Avatel -Wizon-, así como por, al menos, otras cinco empresas⁹ que presuntamente pertenecen al grupo empresarial de Avatel. Asimismo, las tres empresas denunciadas y Telefónica alegan que se tengan en cuenta en la presente Resolución otras ocupaciones realizadas por Avatel en otras provincias distintas a Alicante.

A este respecto, se indica que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la LPAC, estas solicitudes de ampliación del objeto debieron realizarse en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia¹⁰, para que pudiera ser analizada y garantizar el derecho de defensa a dichas empresas durante la instrucción de este expediente, por lo que se desestima su solicitud.

⁹ Inicia Telecom, S.L., Operadora Ibérica de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, S.L. unipersonal, Deion Comunicaciones, S.L., Grupo Horadada, S.L. y Fibra Wifi y Telefonía Integrales, S.L.

La mayoría de estas empresas ya fueron analizadas en el informe sometido a audiencia (ver punto 1 del Fundamento Jurídico Material Quinto), en la que se observó que, si bien pertenecen al mismo grupo empresarial al que pertenece Avatel, se tratan de empresas independientes con personalidad jurídica propia.

¹⁰ Si bien durante la instrucción de este procedimiento tanto las operadoras denunciadas como Telefónica mencionaron la existencia de ocupaciones indebidas realizadas por la mayoría de estos operadores, en ningún momento solicitaron la iniciación de un procedimiento separado contra ellos.

No obstante, los hechos puestos de manifiesto contra estos operadores podrán ser considerados por este organismo para su análisis en un procedimiento administrativo separado al presente, si Telefónica presenta una solicitud de intervención específica frente a estas empresas y por dichas ocupaciones. Asimismo, se informa de que dicha problemática va a ser analizada con carácter general en un procedimiento administrativo distinto al presente conflicto, de conformidad con lo establecido en el punto 3 del Fundamento Jurídico Material Quinto de la presente Resolución.

Finalmente, es de interés señalar que las tres empresas denunciadas solicitan en su escrito inicial a esta Comisión que resuelva sobre la realización de diversas actuaciones que son más bien solicitudes dirigidas a que se realicen determinados actos propios de la fase de instrucción (ver las medidas solicitadas en los puntos 1 a 3, indicadas en el Antecedente de Hecho Primero¹¹). La procedencia de realizarlas o no, ha quedado subsumida en la tramitación del presente expediente, cuya competencia corresponde a la DTSA y ya se ha analizado durante la instrucción del expediente, sin que constituyan propiamente solicitudes a estimar o desestimar en la resolución del procedimiento del conflicto planteado.

Por todo ello, el objeto de la presente resolución analiza solo la conveniencia o no de adoptar las propuestas de medidas a imponer sobre Avatel y Telefónica recogidas en los puntos de 4 a 8, descritos en el referido antecedente de hecho.

SEGUNDO.- Sobre la normativa sectorial de telecomunicaciones aplicable al presente procedimiento

El 24 de febrero de 2016 esta Comisión acordó mediante resolución 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, así como la designación de Telefónica como operador con peso significativo en estos mercados (3a, 3b y 4) y la imposición de obligaciones a esta operadora¹².

Entre las obligaciones impuestas a Telefónica, en relación con el acceso a su infraestructura de obra civil, se encuentra la de atender las solicitudes razonables de acceso o dar alternativas que permitan el enlace entre los puntos solicitados por un operador, incluyendo en particular el servicio de conexión mediante fibra oscura, en caso de falta de disponibilidad de infraestructuras para su compartición en un determinado trayecto.

Asimismo, Telefónica tiene impuesta una obligación de transparencia, consistente en la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a las infraestructuras de obra civil, suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos

¹¹ Como realizar requerimientos de información a Avatel y Telefónica sobre las infraestructuras MARCo ocupadas por Avatel y si se solicitaron por el portal NEON, entre otros datos.

¹² Expediente ANME/DTSA/2154/14

que no sean necesarios para el servicio requerido por el operador alternativo. Dicha oferta de referencia se denomina MARCo y ha de incluir, al menos, los siguientes elementos:

- Procedimientos y plazos máximos para satisfacer las solicitudes de acceso de los operadores.
- Características técnicas de los distintos elementos de infraestructura: tipologías, tamaños, capacidades, espacio útil, etc.
- Provisión de alternativas en caso de inviabilidad técnica o insuficiencia de espacio.
- Condiciones respecto a las tareas de mantenimiento de la infraestructura tendida por el operador.
- Condiciones económicas, incluyendo la indicación de los precios aplicables a cada una de las componentes de la oferta de manera suficientemente desglosada.
- Acuerdos de nivel de servicio y garantías de nivel de servicio (penalizaciones) aplicables ante el incumplimiento de los mismos.
- Indicadores clave de rendimiento (KPI).

La primera oferta MARCo de Telefónica fue aprobada mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 19 de noviembre de 2009 (MTZ 2009/1223), tras la aprobación de la Resolución de análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, de 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626). Esta oferta ha sufrido diversas revisiones, siendo la aplicable al presente procedimiento la oferta aprobada por Resolución de esta Comisión de 18 de enero de 2018 (OFE/DTSA/010/17/ANEXOS MARCO)¹³.

Pues bien, en virtud de lo dispuesto en la actual oferta MARCo de Telefónica, esta operadora se obliga a poner a disposición de los operadores alternativos, que desplieguen redes de fibra óptica o cable coaxial en el ámbito territorial definido en dicha Resolución¹⁴, los diferentes tipos de conductos, registros, postes e infraestructuras de acceso a centrales que gestiona o son de su titularidad -ya estén sitios en dominio público o privado-, indicando sus limitaciones de uso, la reserva de espacio que se debe dejar para su mantenimiento, sus posibles ampliaciones y las normas de actuación cuando hay escasez de espacio en las infraestructuras que le soliciten.

¹³ La última revisión de la Oferta MARCo ha sido aprobada por Resolución de la CNMC el pasado 30 de abril de 2019, para facilitar el despliegue de redes de acceso de nueva generación en zonas de baja densidad poblacional (OFE/DTSA/012/17).

¹⁴ En concreto, la Oferta Marco debe estar disponible para el despliegue de la red de acceso del operador solicitante siempre y cuando éste se produzca en tramos urbanos entendiendo por “tramo urbano” aquel que discurre en su totalidad por suelo clasificado por la Ley del Suelo, como urbanizado, así como aquel para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbano (lo que tradicionalmente se conocía por suelo urbanizable).

Para la gestión de esta obligación, Telefónica ha de proporcionar a través del sistema informático ESCAPEX información relativa a las infraestructuras de obra civil, con independencia del tipo de central a la que pertenezcan, incluyendo entre otros aspectos información sobre las características técnicas y físicas de la infraestructura, así como sobre el espacio disponible en sus canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos o cualquier otra instalación relevante.

Esta información debe mantenerse actualizada sin necesidad de que los operadores lo soliciten. En cualquier caso, cuando un operador constate defectos o carencias en la información suministrada por Telefónica en relación con dichas infraestructuras, puede requerir a Telefónica su subsanación en un plazo no superior a un (1) mes, tal y como establece el apartado 4, referente al Servicio de información de infraestructuras, del documento dedicado al Procedimiento de Gestión, incluido en la oferta MARCo.

Para el adecuado cumplimiento de esta obligación, los operadores, que pueden beneficiarse de dicha obligación de acceso, para el despliegue de sus redes en zonas urbanas o urbanizables, y acepten acogerse a la oferta MARCo de Telefónica, deben ajustarse a los procedimientos regulados para solicitar el acceso a las infraestructuras físicas de Telefónica a través del portal NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales)¹⁵, de modo que este operador pueda gestionarlas y así tener controlada la información que proporciona a través del sistema ESCAPEX. Además, estos operadores solicitantes han de asumir como contraprestación a la ocupación de las distintas instalaciones de Telefónica que forman parte de su infraestructura civil regulada (conductos, registros, postes e infraestructuras de acceso a centrales), el pago de los precios establecidos por este Organismo para cada una de ellas.

Pues bien, analizado el marco normativo aplicable sobre el acceso a las infraestructuras civiles de Telefónica por parte de los operadores para la instalación de sus redes públicas de comunicaciones electrónicas, procede examinar las características y cuestiones concretas del caso que nos ocupa.

TERCERO.- Sobre la presunta ocupación indebida de las infraestructuras MARCo de Telefónica por parte de Avatel en diversos municipios de la provincia de Alicante

Procede analizar las alegaciones presentadas por los operadores a los efectos de determinar los hechos concretos que han originado el presente conflicto.

- Según los operadores Dragonet, Closeness y Riotelecomm

Las tres operadoras denunciadas señalaron, a través de su escrito de 25 de septiembre de 2018, que Avatel podría haber ocupado, sin -posiblemente-

¹⁵ Canal de comunicación que permite el diálogo e interacción directa entre los sistemas de Telefónica y los de los operadores, que soliciten servicios mayoristas regulados en las ofertas de referencia, reduciendo al mínimo la intervención humana y los tiempos de respuesta.

presentar la debida solicitud ni recibir la aceptación de Telefónica, más de 977 instalaciones (la mayoría postes y algunas arquetas y cámaras de registro), localizadas en los siguientes municipios de la provincia de Alicante:

Tabla 1 **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**

FIN CONFIDENCIAL]

Para fundar su solicitud, las tres empresas aportaron, como documentación adjunta a su escrito, entre otra, copias de fotografías y un archivo Excel relativos ambos a las presuntas infraestructuras ocupadas indebidamente.

Estas tres operadoras alegaron que, al querer acceder a alguna de estas instalaciones, donde a priori debía existir espacio vacante (de acuerdo, por ejemplo, con la información de espacio vacante disponible a través del sistema ESCAPEX), en la visita de replanteo se encontraron con despliegues de Avatel que estaban ocupando dicho espacio vacante teórico. Además, estas operadoras señalaron que, después de realizar la visita de replanteo conjunto e incluso la comunicación de proyectos de cambio de postes por parte de Telefónica, detectaron tendidos de Avatel respecto de los cuales esta operadora no habría asumido los costes que suponían dicho cambio de postes.

Para poder identificar a Avatel como la operadora que estaba realizando ocupaciones irregulares, estas operadoras alegan que junto a técnicos de Telefónica realizaron una investigación en más de 900 infraestructuras (principalmente postes) de la oferta MARCo, localizadas en la provincia de Alicante, **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**, sobre la que aportaron 26 fotos que tomaron durante dicha investigación.

Dragonet, Closeness y Riotelecomm consideran que esta conducta de Avatel está impidiendo el despliegue de las redes de otros operadores y cubriendo zonas geográficas de baja densidad, a las que solo se puede acceder mediante postes de madera, que son las zonas donde están desplegando ellas. Además, estas operadoras alegan que esta conducta irregular no solo les impide planificar u organizar sus despliegues de red, sino que distorsiona la competencia, al perjudicar tanto a Telefónica como a todo el mercado. En este sentido, estas operadoras indican que esta conducta irregular, consistente en no atenerse a los procedimientos y plazos regulados y no pagar por los espacios ocupados, permite a Avatel ofrecer servicios a los usuarios finales en condiciones más ventajosas de las que puede ofrecer la competencia.

Finalmente, Dragonet, Closeness y Riotelecomm manifiestan que esta situación puede verse agravada con la última modificación de la oferta MARCo –que ha sido recientemente aprobada, en el momento en que adquiera eficacia- en el expediente OFE/DTSA/012/17/MARCO BAJA DENSIDAD, ya que se contempla la posibilidad de reforzar los postes para pequeños incrementos de carga con el fin de abaratar los despliegues, y esto sería aprovechado por empresas como

Avatel para desplegar cables irregulares que agotarían dicha carga excedentaria y obligarían al siguiente operador a asumir el cambio total del poste, con el consiguiente incremento del coste.

- Según Avatel

En su primer escrito, de 22 de noviembre de 2018, Avatel negó las acusaciones realizadas por Dragonet, Closeness y Riotelecomm contra ella alegando que *“[T]odos y cada uno de los despliegues que hemos llevado a cabo, han estado precedidos de la oportuna solicitud a Telefónica, dentro del Acuerdo Marco que tenemos con dicha entidad”*. Asimismo, esta operadora manifestaba que en algunas localidades que se mencionan en el escrito de Dragonet, Closeness y Riotelecomm, de 25 de septiembre de 2018, donde supuestamente ha ocupado infraestructuras de Telefónica, ni siquiera tiene desplegada red alguna.

Además, Avatel alegaba que, en ningún momento, ni Telefónica ni ninguna de las tres empresas denunciadas se habían puesto en contacto con ella por ninguna vía, para comunicar las supuestas irregularidades que se hubieran podido cometer en las zonas y en el periodo que señalan.

Por último, en el citado escrito Avatel consideraba que la investigación realizada por estas empresas junto a Telefónica fue una actuación irregular e ilegal que atenta contra la libre competencia, ya que se había mostrado información confidencial a sus competidores directos en la zona, como los lugares en los que Avatel ha desplegado su red y donde tiene sus clientes. Por ello, solicitaba que se iniciasen las acciones que se considerasen pertinentes para depurar las responsabilidades por esta conducta.

No obstante la primera negativa de Avatel sobre las acusaciones realizadas contra ella, en su escrito de 22 de enero de 2019 esta operadora alega que su compañía *“pretende desarrollar su actividad bajo el adecuado cumplimiento de lo establecido en la normativa aplicable”*, pero manifiesta que muchas veces deviene un objetivo de muy complicado cumplimiento, debido a la gran diversidad de regulaciones que han aprobado los Ayuntamientos sin ningún tipo de coherencia entre ellas, o porque estas Administraciones Locales ni tienen aprobada la normativa de planificación de despliegues ni responden a las solicitudes de aprobación de los planes que se les presentan, según lo previsto en la LGTel (arts. 34 y siguientes). Avatel añade que, debido a esta situación, la aprobación de las SUC solicitadas a Telefónica se complica o retrasa.

Por este motivo, Avatel reconoce que *“es práctica habitual en el sector presentar la solicitud en el portal NEON y comenzar a desplegar sin menoscabo de la finalización del proceso (ello comporta que en algunos casos se debe modificar alguna parte de lo desplegado cuando los técnicos de Telefónica efectúan el replanteamiento de lo solicitado, lo que encarece el despliegue, pero que como operador “alternativo” se asume su coste)”*.

En otro orden, Avatel hace referencia a un problema puntual interno de la compañía¹⁶ que le ha permitido conocer el hecho de que *“muchas de las SUC tramitadas y replanteadas se habían dejado caducar, con coste, por no haber comunicado oportunamente a Telefónica el final del despliegue del cable de fibra y de muchas otras ni tan siquiera se había iniciado la solicitud en el portal NEON”*. De hecho, esta operadora muestra su agradecimiento porque, a raíz del requerimiento de información realizado por esta Comisión, ha podido conocer la situación real de sus despliegues, que ha comenzado a regularizar -esta cuestión se analiza con más detalle en el apartado siguiente-.

- Según Telefónica

En su escrito de 14 de noviembre de 2018, Telefónica, como operadora directamente afectada por la presunta conducta irregular cometida por Avatel -y a pesar de ello no ha solicitado la apertura de este procedimiento-, ha aportado suficiente información que ha permitido a esta Comisión aclarar parte de las alegaciones presentadas tanto por Avatel como por Dragonet, Closeness y Riotelecomm.

Respecto de Avatel, Telefónica señala que esta operadora se adhirió a la oferta MARCo en el año 2013 (código 687) y que, conforme a la información pública disponible, este operador integra un grupo de empresas extenso -que se analizará en el Fundamento Jurídico Material Quinto-, habiéndose adherido alguna de ellas a la citada oferta de referencia, aunque solo Avatel ha hecho uso de los servicios MARCo mediante la petición de SUC en NEON.

En concreto, Telefónica ha aportado información sobre todas las SUC que le habría solicitado Avatel desde el año 2013 clasificadas por provincia:

Tabla 2 [CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]

FIN CONFIDENCIAL]

A este respecto, Telefónica señala que [CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL].

Además, esta operadora pone de relieve que la problemática detectada con el grupo Avatel no solo es *“por causa de las ocupaciones ilegales, sino también por defectos en las instalaciones e incumplimientos de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales (PRL)”*.

Respecto de Dragonet, Closeness y Riotelecomm, Telefónica alega que le consta que estos tres operadores han hecho un uso correcto de la operativa MARCo, sin que hayan ocupado indebidamente infraestructuras de su

¹⁶ [CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AVATEL].

compañía. Esta operadora añade que Dragonet tiene firmado un Acuerdo MARCo de Buenas Prácticas, por lo que está habilitado para la modalidad de replanteo autónomo¹⁷.

Telefónica aporta información sobre las SUC solicitadas por Dragonet y Closeness y alega que, a diferencia de estas dos operadoras, Riatelecomm “no ha realizado todavía ninguna solicitud MARCo”.

Tabla 3 [CONFIDENCIAL PARA TERCEROS Y AVATEL

FIN CONFIDENCIAL]

Sobre la posible ocupación indebida de las infraestructuras de Telefónica por parte de Avatel, Telefónica confirma a través de la información aportada en su escrito de 14 de noviembre de 2018 que, durante las visitas de replanteo con Dragonet y Closeness a las infraestructuras que solicitaban por NEON, se ha observado que estaban ocupadas irregularmente por otros operadores, sin que se hubiera recibido previamente la solicitud para su ocupación. En concreto, Telefónica menciona que los informes sobre las inspecciones realizadas en relación con los despliegues de Avatel en la provincia de Alicante (investigación mencionada por las tres operadoras denunciadoras) han sido almacenados en NEON y comunicados al operador.

A este respecto y teniendo en cuenta el archivo Excel aportado al expediente por parte de Dragonet, Closeness y Riatelecomm, sobre el listado de infraestructuras ocupadas de forma irregular por Avatel, Telefónica proporciona datos sobre las SUC de Dragonet y Closeness que se han podido ver afectadas por la conducta de dicho operador o empresas que ahora forman parte de su grupo (Massmedia Broadband Levante S.L. -Massmedia-¹⁸, tal y como se analizará más adelante). En particular, Telefónica menciona dos solicitudes de Dragonet de julio y agosto de 2017 y cuatro de Closeness de julio de 2018.

Respecto de las solicitudes de Dragonet, Telefónica indica que una de ellas se consideró inviable por la no posibilidad de instalar nuevas riostras¹⁹ en uno de los postes solicitados, en el que se encontraban cables instalados indebidamente por parte de Avatel. El rechazo de la otra solicitud “no se debió directamente a la ocupación indebida de Avatel, sino a la imposibilidad de sustituir uno de los

¹⁷ En el apartado 6.3 de la oferta MARCo, dedicado al Procedimiento de uso compartido mediante modalidad de replanteo autónomo, se indica que: “Mediante un mecanismo de acreditación los operadores pueden solicitar la adhesión a la modalidad de replanteo autónomo (sin intervención de Telefónica). El operador solicitante debe firmar el Acuerdo de Buenas Prácticas que figura en el anexo IV de la oferta, por el que se establece que el Operador debe enviar a Telefónica documentación actualizada de acreditación de los trabajadores (DocAc) que van a realizar replanteos y trabajos en las infraestructuras. Este mecanismo de acreditación no será obligatorio para la realización de replanteos autónomos en la red de dispersión (acometidas)”.

¹⁸ https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BORME-C-2017-6651

¹⁹ Cable de acero tendido entre la parte alta del poste y el terreno, para absorber tracciones ejercidas sobre el poste.

postes (...) debido a la denegación de permisos” por parte de la Generalitat Valenciana -aunque Telefónica matiza que dicho poste también estaba ocupado por Avatel sin solicitud previa-.

En cuanto a las cuatro solicitudes presentadas por Closeness, Telefónica indica que dos de ellas están pendientes de aceptación, *“condicionado por la existencia de ocupaciones irregulares en estos postes, por los problemas que se pueden desencadenar a la hora de la ejecución”*. Las otras dos solicitudes han resultado inviables por cuestiones técnicas.

Por consiguiente, Telefónica manifiesta que si bien ninguna de las SUC citadas de Dragonet y Closeness *“ha sido rechazada o ha tenido que ser modificada por Telefónica debido únicamente a la presencia de instalaciones no autorizadas por parte de Avatel, sino por inviabilidades técnicas o falta de permisos, también es cierto que su presencia está condicionando en gran medida la toma de decisiones respecto a su viabilidad técnica/económica por parte de los operadores solicitantes y para que éstos puedan configurar recorridos alternativos”*.

En particular, Telefónica indica que, de las 977 instalaciones supuestamente ocupadas por Avatel y que son objeto de este expediente (889 postes, 59 arquetas y 29 cámaras de registro), ***“el 97,45% de estos registros de la hoja Excel (presentada por Dragonet, Closeness y Riotelecomm) no han sido solicitados por Avatel”***. De hecho, Telefónica señala que solo la ocupación de 25 de dichos elementos fue solicitada correctamente por Avatel a través de tres (3) SUC y ninguno de ellos eran postes, sino arquetas y cámaras de registro. Además, añade que, si bien estas 3 SUC aparecen confirmadas, Avatel no ha informado en NEON que las haya ocupado, lo que ha sido reconocido por esta operadora en su escrito de 22 de enero de 2019 (ver punto anterior de este fundamento).

No obstante lo anterior, la propia Telefónica alega que, de los citados 977 registros cuya ocupación indebida imputaba a Avatel, algunos de ellos, sitios en la localidad de **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]**, han sido solicitados en NEON por otro operador (**[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]**), en concreto, 12 postes, 3 arquetas y 13 cámaras de registro (28 en total). Por lo que, teniendo en cuenta este dato, el porcentaje de registros supuestamente ocupados indebidamente por Avatel descendería levemente al 97,36%, es decir, a unos 951 registros (el resto se le habría imputado inicialmente por error por parte de las empresas denunciantes).

En definitiva, Telefónica confirma lo alegado por las tres operadoras denunciantes sobre la ocupación indebida de sus infraestructuras por parte de Avatel, esto es, sin seguir los procedimientos y las normas técnicas establecidas en la oferta MARCo, pero no especifica consecuencias claras en cuanto a la afectación al derecho de acceso por parte de las tres denunciantes, derivada de este hecho.

- Consideraciones a partir de la información y documentación acreditativa aportada por los operadores

Del análisis conjunto de las alegaciones y documentos aportados por los cinco operadores interesados en este procedimiento se concluye que, efectivamente, se ha producido una ocupación indebida por parte de Avatel de, aproximadamente, unos 951 elementos de infraestructuras (mayoritariamente postes) sujetos a la oferta MARCo de Telefónica, localizados en distintos núcleos urbanos de la provincia de Alicante. Las denunciante alegan que pueden existir más ocupaciones irregulares en otras provincias de España, y en particular del Mediterráneo, bien por parte de este mismo operador o por alguna empresa de su grupo, pero esta alegación no se ha acompañado de datos y documentación concretos y por tanto no se ha analizado en el presente expediente.

Aunque estas ocupaciones indebidas en parte puedan deberse a la problemática interna que ha sufrido Avatel –según ha relatado en sus alegaciones a esta Comisión-, esta misma operadora ha confirmado que las ha realizado voluntariamente, justificado en que los Ayuntamientos tardan en autorizar sus planes de despliegue o no se pronuncian, y señalando que es práctica habitual en el mercado presentar la solicitud en el portal NEON y comenzar a desplegar, es decir, sin esperar a realizar el replanteo o al estudio de carga en caso de los postes y, por tanto, sin obtener la viabilidad del proyecto y la posterior confirmación de Telefónica.

Esta práctica irregular supone un ahorro para Avatel tanto de los costes recurrentes (cuotas mensuales) como no recurrentes (p.ej. por la solicitud de información de vacantes, replanteo conjunto, trabajos de alta o sustitución de postes, reforzamiento de postes) y, en consecuencia, la posibilidad de desplegar su red de fibra óptica en condiciones más ventajosas al resto de operadores, lo que podría afectar a la competencia en el mercado en el que opera, al actuar al margen de los procedimientos regulados por este Organismo en la oferta MARCo de Telefónica, pero beneficiándose de los elementos sujetos a dicha oferta.

Es más, la conducta de esta operadora genera también imprecisiones sobre la información que ha de proporcionar Telefónica al resto de operadores sobre el espacio vacante en sus instalaciones a través del sistema ESCAPEX, lo que impide el correcto cumplimiento de sus obligaciones regulatorias de acceso y transparencia –además de posibles perjuicios a los operadores-.

Asimismo, cabe mencionar que este tipo de despliegues irregulares origina problemas en el mantenimiento de los registros indebidamente ocupados, principalmente postes, además de posibles incumplimientos de las normas de Protección de Riesgos Laborales (PRL) que incrementan los riesgos relativos a la seguridad de las personas. Tal y como alega Telefónica, y se ha podido comprobar de algunas de las fotos aportadas por Dragonet, Closeness, Riotelcomm y Telefónica, a través de sus escritos de 12 y 14 de noviembre de

2018, respectivamente, en su mayoría sobre algunos de los postes indebidamente ocupados por Avatel en diversas localidades o núcleos urbanos de Alicante, esta operadora podría no estar respetando la normativa técnica exigible a los operadores que emplean MARCo.

En particular, de las fotos y de la información aportada por Telefónica y las tres operadoras denunciadas, se desprende que los despliegues de Avatel podrían ocasionar la rotura o el desplome del poste, debido al empleo de cables de excesivo peso, así como por su instalación sin un estudio de cargas previo. Otras actuaciones observadas, aun cuando no parecen suponer un riesgo a las personas, pueden dificultar las tareas de operación y mantenimiento que debe llevar a cabo Telefónica, como serían la de no utilizar cajas de empalme, dejar cables excesivamente largos en el poste, no rotular las cajas de empalme o bien rotularlas del mismo modo que Telefónica, así como, en registros, prescindir de la subconductación de los conductos, retirar los obturadores, etc.

Es más, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia Telefónica enumera algunos de los problemas que ocasionan las ocupaciones indebidas de sus infraestructuras, como son, entre otros, la falta de existencia real de espacio vacante que no figura en los sistemas, lo que perjudica a los operadores a la hora de hacer la planificación de sus despliegues de red o la realización de estudios técnicos de los postes ocupados sobre la base de premisas erróneas, al no tener en cuenta la existencia de cables desconocidos.

Es de interés señalar, en cualquier caso, que Telefónica tiene la capacidad de conocer, al menos de forma aproximada, las infraestructuras ocupadas irregularmente por Avatel, al ser la responsable de la gestión y el mantenimiento de sus infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo. En este sentido, Telefónica confirma que las infraestructuras ocupadas indebidamente por Avatel en diversas localidades de Alicante, según los datos aportados por las operadoras denunciadas, coinciden en general con las infraestructuras que el operador solicitó a través de **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]**.

Por consiguiente, se entiende que Telefónica estaría en condiciones de conocer con exactitud las infraestructuras indebidamente ocupadas por Avatel, así como la fecha aproximada en la que dicha ocupación indebida pudo realizarse, a los efectos de exigirle su regularización al momento inicial de su ocupación indebida, **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]**, lo que se concretará con más detalle en el Fundamento Jurídico Material Cuarto.

Sobre la posibilidad de que las ocupaciones indebidas puedan aumentar con la aplicación de la última modificación de la oferta MARCo, antes mencionada, ya que permite el refuerzo de los postes para pequeños incrementos de carga con el fin de abaratar los despliegues, según alegan Dragonet, Closeness y Riótelecomm, se indica que se trata de un temor infundado, basado en una conjetura de estos operadores que no tiene ninguna base a juicio de esta Sala.

Así, como se está analizando en este procedimiento, las ocupaciones indebidas se están realizando ya en la actualidad, sin que se hayan implementado las modificaciones de la oferta MARCo que se han aprobado en beneficio de los operadores. Por ello, la mejora de las condiciones de acceso a los postes para fomentar los despliegues no tiene porqué empeorar esta situación de ocupaciones ilegales, sino que previsiblemente, las reducirá.

Por último, Avatel solicita que se emprendan las acciones que se consideren oportunas para depurar las responsabilidades pertinentes, debido a que durante la investigación realizada por las tres empresas denunciantes junto a Telefónica se habría mostrado información confidencial a sus competidores directos en la zona, como los lugares en los que Avatel ha desplegado su red y donde tiene sus clientes.

A este respecto, se indica que la mayoría de las infraestructuras que han sido objeto de dicha inspección son postes localizados en lugares visibles al público y que el resto de los elementos ocupados han podido ser vistos por Dragonet y Closeness al solicitar el acceso a esos mismos elementos (ej. arquetas o cámaras de registro).

En este sentido, Telefónica alega en su escrito de 7 de junio de 2019 que:

*“**No suministra, en ningún caso, información a terceros**” y que “a pesar de las manifestaciones de los operadores denunciantes, en ningún momento Telefónica ha llevado a cabo inspecciones conjuntas con ellos, ni tampoco lo afirma a lo largo de su escrito de 14 de noviembre de 2018. La detección de las ocupaciones se hizo, en algunos casos, durante los replanteos con los operadores denunciantes. Posteriormente, cada operador actuó de manera independiente (...).*

Estos operadores locales disponen de información, para saber si un operador está desplegando en la zona, pues observan a los trabajadores de otros operadores o de empresas instaladoras que están accediendo a los registros de Telefónica (cámaras, arquetas y postes, a los que se puede acceder e inspeccionar fácilmente pues no disponen de cerraduras).

Cuando estas denuncias llegan a los departamentos centrales de Telefónica, que son los encargados de contestar, no se da nunca información a los denunciantes sobre el uso de la oferta MARCo por parte de terceros”.

Es efectivamente cierto que el derecho a inspeccionar las instalaciones efectuadas por los operadores conforme a la oferta MARCo -establecido para comprobar que se respeta la normativa técnica y de PRL-, no habilita a Telefónica a realizar estas inspecciones conjuntamente con operadoras terceras al operador. Sin embargo, cabe tener en cuenta que Avatel ha hecho sus despliegues de red sin sujetarse a su acuerdo MARCo con Telefónica, es decir, al margen de dicho contrato, por lo que la supuesta conducta de Telefónica no encajaría en su obligación de confidencialidad, que deviene del artículo 12.7 de

la LGTel²⁰; ello sería aún más claro si, tal y como ha indicado Telefónica, esta operadora no hubiera revelado información sobre las infraestructuras ocupadas indebidamente por Avatel a terceros operadores, interesados en desplegar su red a través de dichas infraestructuras.

CUARTO.- Sobre las medidas adoptadas por Telefónica ante las ocupaciones indebidas de Avatel

De conformidad con lo solicitado por Dragonet, Closeness y Riotelecomm en su escrito de interposición del presente conflicto, esta Comisión requirió a Telefónica que informara sobre las concretas medidas que tanto ella como Avatel estaban adoptando para resolver la supuesta ocupación irregular de sus instalaciones, la fecha en la que comenzó a aplicarlas, así como la copia de las comunicaciones intercambiadas entre ambas operadoras.

En este mismo sentido, se requirió a Avatel que aportara información similar a la solicitada a Telefónica, así como la acreditación de cualquier comunicación que hubiera existido con alguna de las citadas tres operadoras denunciantes, sobre la supuesta ocupación indebida de las infraestructuras de Telefónica localizadas en la provincia de Alicante.

Pues bien, a este respecto, en su escrito de 22 de noviembre de 2018 Avatel manifestó lo siguiente:

“Que, en ningún momento, ni Telefónica, ni ninguna de las 3 empresas denunciantes se ha puesto en contacto con AVATEL & WIKIKER TELECOM, S.L., por ninguna vía, para comunicar supuestas irregularidades que se hubieran podido cometer en las zonas y en el período de tiempo de que habla la denuncia. Entendemos que se trata de una actuación totalmente sorpresiva y malintencionada de nuestra competencia directa en la zona de Alicante, con el fin de desacreditar y perjudicar a nuestra empresa, y que carece de fundamento alguno, algo que será demostrado a lo largo del presente procedimiento. Es más, nuestra empresa ha enviado con anterioridad un Burofax a la empresa RIOTELECOMM, una de las denunciantes, debido a malas prácticas de sus técnicos, que han llegado incluso a amenazar a los nuestros, lo que da una muestra de la forma de actuar y de trabajar de estas empresas.”

“(…) reiteramos que Telefónica en ningún momento nos ha requerido para que adoptáramos medida alguna para corregir presuntas ocupaciones irregulares de sus infraestructuras, precisamente porque dichas ocupaciones no se han producido, como bien sabe la propia Telefónica. Prueba de ello es que nada se aporta al respecto con la denuncia presentada”.

A diferencia de lo manifestado por Avatel, de la información proporcionada por Telefónica en su escrito de 14 de noviembre de 2018, se ha podido comprobar

²⁰ “Los operadores que obtengan información de otros, con anterioridad, durante o con posterioridad al proceso de negociación de acuerdos de acceso o interconexión, destinarán dicha información exclusivamente a los fines para los que les fue facilitada y respetarán en todo momento la confidencialidad de la información transmitida o almacenada, en especial respecto de terceros, incluidos otros departamentos de la propia empresa, filiales o asociados.”

que hubo varias comunicaciones enviadas por Telefónica a Avatel debido a la ocupación sin autorización de sus infraestructuras.

En concreto, Telefónica alega y acredita que el 8 de mayo de 2017 descubrió la primera ocupación indebida en la urbanización **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]**, por lo que abrió una incidencia en el portal NEON y envió un correo electrónico al operador Massmedia, que desde julio de 2017²¹ está integrado en Avatel. Posteriormente, al detectar Telefónica nuevas ocupaciones por parte de Avatel en **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]** en julio de 2017, abrió también incidencia en NEON por ocupación irregular.

Asimismo, esta operadora alega que al comprobar que la incidencia no había sido resuelta, el 1 de septiembre de 2017 envió un correo electrónico a Avatel para que procediera a regularizar mediante la petición de SUC en NEON la compartición de infraestructuras subterráneas o para que ejecutara con carácter de urgencia la retirada de su despliegue en las infraestructuras aéreas que no fueran regularizadas. Pasado ese plazo, Telefónica señala que el 11 de enero de 2018 le envió a Avatel un burofax, cuya copia ha sido aportada a este expediente, recordándole que se le habían hecho comunicaciones de incidencias en NEON y avisado de la retirada de los elementos instalados incorrectamente, otorgándole un plazo de 7 días para proceder a dicha retirada.

A pesar de estas comunicaciones, Telefónica alega que este operador no ha contestado ningún requerimiento ni ha resuelto las incidencias en NEON. Asimismo, Telefónica aporta el listado de las incidencias de mantenimiento registradas en NEON detectadas en la provincia de Alicante relativas a Avatel.

En consecuencia, a la vista de la información proporcionada por Telefónica se considera que no es posible aceptar lo alegado por Avatel, sobre la no comunicación de Telefónica y el descubrimiento de su situación a raíz de la comunicación de inicio de este expediente, ya que se ha acreditado que Telefónica le comunicó algunas de las incidencias detectadas por ocupaciones indebidas a través de NEON, por correos electrónicos y burofaxes, sin que dicha operadora realizara ninguna actuación para regularizar su situación.

Más aun, Avatel no debía instalar su red sin presentar las correspondientes SUC y seguir el procedimiento establecido en la oferta MARCo, esto es, su conducta no se ve legitimada por el hecho de que Telefónica no le haya instado a regularizar la situación en todos los casos comprendidos en el presente procedimiento.

No obstante lo anterior, cabe reprochar a Telefónica que no fuera ella quien en mayo de 2017 -cuando descubrió el despliegue irregular de Massmedia (actualmente Avatel)-, en calidad de titular o gestor de las infraestructuras físicas

²¹ Ver nota al pie 19

a las que está obligado a ceder su acceso y, por tanto, como principal interesada, pusiera de manifiesto a este organismo esta práctica irregular de dicha operadora, con el objetivo de poner freno a esta situación lo antes posible.

A la vista de lo examinado en el marco de este expediente, parece que Telefónica optó por esperar a que otros operadores sufrieran los efectos de la conducta que siguió desarrollando Avatel, para que fueran estos quienes comunicaran a esta Comisión, en septiembre de 2018, el tipo de despliegues de red que estaba haciendo Avatel, al margen de lo previsto en la oferta MARCo a la que está adherido, y solicitar a este organismo la adopción de medidas al respecto, como se analizará en el Fundamento Jurídico Material Sexto.

A este respecto, Telefónica, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia manifiesta que ha cumplido la oferta MARCo, requiriendo por varias vías (incidencias en NEON, correos electrónicos y burofaxes), a Avatel y a las empresas con las que creía que estaba relacionada directa o indirectamente, para que regularizaran y/o retiraran las ocupaciones realizadas sin estar autorizados, por la inobservancia de la normativa técnica y el procedimiento de gestión de la oferta MARCo. Sin embargo, Telefónica manifiesta que la mayoría de estos operadores ni siquiera contestaron.

Esta operadora añade que *“dado lo exiguo de los medios autorizados actualmente por la CNMC para estas cuestiones de los que dispone mi representada y el volumen de ocupaciones irregulares e incidencias detectadas, cabe preguntarse cómo debería actuar mi representada para ser diligente”*.

Telefónica también alega que durante la instrucción del expediente de modificación de la oferta MARCo²² se han hecho alegaciones con carácter general sobre la proliferación de prácticas anómalas y que, desde que se aprobó por primera vez la oferta MARCo, viene luchando contra las ocupaciones irregulares.

Respecto a estas alegaciones, cabe indicar a Telefónica que esta Comisión es consciente de la situación que Telefónica está sufriendo por las ocupaciones irregulares de sus infraestructuras y de que es necesario reforzar la regulación para intentar erradicar este tipo de conductas indebidas por parte de algunos operadores, para lo que se tomarán las medidas oportunas.

No obstante, esta Comisión sigue considerando que Telefónica pudo utilizar más medios para llevar a cabo una gestión diligente de dichas infraestructuras. Ante la falta de contestación a los requerimientos realizados a los citados operadores y, en concreto a Avatel, Telefónica debió notificar esta situación a la CNMC lo antes posible y no esperar a que fueran los operadores afectados por dichas ocupaciones indebidas los que interpusieran el presente conflicto ante esta Comisión, a los efectos de impedir que siguiera ocupando indebidamente sus

²² Revisión de la Oferta MARCo aprobada por Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC del pasado 30 de abril de 2019 (OFE/DTSA/012/17).

infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo. Procede recordar que así ha actuado Telefónica en ocasiones anteriores, interponiendo conflicto frente a los operadores correspondientes²³.

Además, cabe tener en cuenta que Telefónica, a pesar de ser interesada en este procedimiento desde su inicio, también ha esperado a que se le notificara el trámite de audiencia para pedir que se amplíe el objeto de este a las conductas irregulares seguidas por otras empresas distintas a Avatel o incluso a las ocupaciones sin autorización realizadas por esta operadora en otras provincias, pasado ya el momento procedimental para poder analizarlo y garantizar el derecho de defensa a dichas empresas en el presente expediente.

QUINTO.- Sobre la regularización de las solicitudes MARCo a través del portal NEON por parte de Avatel

Como se ha mencionado en el Fundamento Jurídico Material Tercero, Avatel alega que, a raíz del requerimiento de información realizado por esta Comisión, ha tomado conocimiento de la situación real de sus ocupaciones. Es más, en su escrito de 22 de enero de 2019, esta operadora manifiesta que está intentando regularizar a través del portal NEON, mediante el procedimiento establecido, la utilización de las infraestructuras MARCo ocupadas, expresándolo en estos términos: *“la inmensa mayoría de las infraestructuras de Telefónica utilizadas por esta Operadora o bien están legalizadas o están en trámite de legalización o ya ha sido solicitada la autorización para su utilización (...)”*, alegando que *“[Q]uedan por iniciar unas pocas solicitudes habida cuenta del límite de 120 solicitudes que el portal NEON establece por semana y provincia”*.

Para acreditar este punto, Avatel, a través de sus diversos escritos de 28 de noviembre y 5, 12, 19 y 31 de diciembre de 2018 y 22 de enero, 3 de febrero y 13 marzo de 2019, ha presentado el listado y las copias de las solicitudes MARCo que ha estado regularizando a raíz de la comunicación de la apertura de este procedimiento, entre noviembre de 2018 y febrero de 2019.

Tras el análisis de esta documentación se observa que, además de las trece (13) solicitudes autorizadas en la provincia de Alicante, que según Telefónica se encontraban ya activas al inicio de este expediente (ver tabla de la página 12), Avatel ha regularizado o intentado regularizar las ocupaciones irregulares solicitando sus autorizaciones a través del portal NEON, en su mayoría posiblemente ya en fase de proyecto específico o de corregir incorrecciones y en algunas zonas en fase de ejecución de obras en el mes de marzo de 2019, pudiendo faltar aún algunas solicitudes pendientes de tramitar o corregir en relación con las infraestructuras ocupadas indebidamente, según el Excel

²³ Basta recordar los expedientes RO 2011/2355, relativo al conflicto de compartición planteado por Telefónica contra Lebrija TV, S.L. por la ocupación de determinadas infraestructuras de telecomunicaciones situadas en el municipio de Lebrija, y RO 2012/2109, relativo al conflicto de compartición planteado por Telefónica contra Canal Don Benito por el uso compartido de determinadas infraestructuras de telecomunicaciones sitas en el municipio de Don Benito.

aportado por Dragonet, Closeness y Riotelecomm, a la vista de la información facilitada por esta operadora en su último escrito de 13 de marzo de 2019.

Así es, tal y como se ha comprobado a través de un muestreo de las infraestructuras incluidas en unas 29 solicitudes MARCo regularizadas por Avatel, de un total de 95 solicitudes cursadas entre noviembre de 2018 y enero de 2019 (esto es, un 30%)²⁴, que se han comparado con los datos incluidos en el archivo Excel de infraestructuras ocupadas indebidamente denunciadas por las operadoras Dragonet, Closeness y Riotelecomm, se confirma que, tal y como Avatel ha manifestado y acreditado a través de la presentación de las copias de las SUC cursadas en NEON, entre noviembre de 2018 y principios de febrero de 2019, las citadas infraestructuras ocupadas sin autorización están siendo ya regularizadas.

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica alega que, dado que la oferta MARCo establece como límite máximo de tramitación hasta doscientas (200) solicitudes semanales a nivel provincial, cuando la demanda no ha sido planificada, Avatel habría tenido tiempo suficiente, desde que en el mes de noviembre de 2018 comenzó a comunicar a esta Comisión la regularización de las infraestructuras ocupadas indebidamente en Alicante a través del portal NEON, para haber completado dicha regularización en cinco semanas²⁵, e incluso haber regularizado las ocupaciones realizadas en otras provincias.

No obstante, según la información que aporta Telefónica, aún quedarían por regularizar en la provincia de Alicante, a fecha 27 de mayo de 2019, unas 104 infraestructuras (la mayoría postes) mediante su solicitud a través del portal NEON. Además, según indica, la mayoría de las SUC ya solicitadas se encuentran aún pendientes de validación por Telefónica.

En el informe de audiencia se propuso imponer un plazo de dos meses para que Avatel y Telefónica llegaran a un acuerdo con el objeto de regularizar todas las infraestructuras ocupadas indebidamente, tanto a nivel procedimental como técnico y económico, en el que tendrían que tener en cuenta los costes ya pagados por Avatel respecto de **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]**, según han confirmado tanto Telefónica como Avatel en sus escritos de 14 de noviembre de 2018²⁶ y 22 de enero de 2019, respectivamente.

Sin embargo, Telefónica solicita que la CNMC actúe con más contundencia. En concreto, esta operadora propone que:

- (i) se exija a Avatel que retire los tendidos de los postes ocupados indebidamente y de manera deficiente antes de que sean regularizados,

²⁴ Avatel no ha presentado acreditación de las SUC tramitadas en NEON durante los meses de febrero y marzo de 2019.

²⁵ 200 solicitudes semanales x 5 semanas = 1000 solicitudes.

²⁶ Ver tabla 2 de las páginas 12 y la alegación posterior.

ya que constituyen un riesgo añadido para estas infraestructuras y de otro modo se estaría incentivando la ocupación irregular de los postes.

- (ii) no se traslade a Telefónica el problema interno que tuvo Avatel, **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]**. Además, Telefónica aclara que los gastos no recurrentes, como la validación, el replanteo y el alta en sistemas son tareas inherentes a cada solicitud, solo se cobran cuando se produce la autorización, es decir, cuando la SUC pasa a ser confirmada, por lo que considera que no es justo que se la obligue a tener en cuenta estos costes en la negociación con Avatel, dándole un trato de favor respecto de otros operadores que cumplen correctamente con los procedimientos de la oferta MARCo, ya que supondría incentivar la ocupación indebida de sus infraestructuras.
- (iii) se imponga a Avatel un recargo adicional en las nuevas solicitudes por los trabajos asociados a la revisión de las incidencias que ha sido necesario realizar y por las tareas asociadas a la revisión de la detección y análisis de sus malas prácticas.

A este respecto, se indica que es cierto que durante el periodo en el que Avatel ha estado ocupando indebidamente unas 850 infraestructuras (según señala esta operadora, de las 977 infraestructuras denunciadas, unas 85²⁷ nunca fueron ocupadas por ella o por algunas empresas de su grupo y otras 50²⁸ estaban siendo ocupadas previa autorización de Telefónica), ha estado ahorrándose, entre otros, el pago de los costes recurrentes (cuotas mensuales) y no recurrentes (p.ej. la solicitud de información de vacantes, replanteo conjunto, trabajos de alta, estudios de cargas y la sustitución o reforzamiento de postes) establecidos en la oferta MARCo por la ocupación de postes, arquetas o cámaras de registro, incumpliendo los procedimientos regulados.

Asimismo, se comparte la opinión de Telefónica sobre que no sería equitativo que esta operadora tuviera que tener en cuenta los costes que hubiera ya pagado Avatel en su momento por **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]**, ya que es cierto que dichos costes se devengaron como consecuencia de las tareas inherentes que conlleva tramitar una solicitud de acceso a sus infraestructuras, y que es razonable que Avatel las asumiera en su momento, sin que tengan que ser tenidos en cuenta en el proceso de regularización actual, si tienen que volverse a asumir dichos costes por parte de Telefónica ante la presentación de nuevas SUC -aunque para algunas de las infraestructuras se hicieran los mismos estudios en el pasado -.

No obstante, no se considera procedente exigir a Avatel que retire los tendidos de los postes ocupados indebidamente y de manera deficiente antes de que sean

²⁷ La mayoría de **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]**

²⁸ La mayoría de las localidades de **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]**.

regularizados, debido al posible impacto que ello puede tener sobre los clientes que dependan de dichos tendidos de red, además de que ha de tenerse en cuenta que Avatel estaría subsanando voluntariamente la ocupación indebida de las infraestructuras de Telefónica. Estos usuarios sufrirían el corte de sus servicios y se verían obligados a cambiar de operador o a dar de baja sus líneas, cuando no tienen por qué asumir, *prima facie*, las consecuencias de la conducta irregular cometida por su operadora para el despliegue de su red de fibra óptica.

Según los datos aportados por Avatel en su escrito de 22 de enero de 2019, el número de clientes que tiene esta operadora en distintas localidades de Alicante por donde ha desplegado su red, asciende a:

Tabla 4 [CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA AVATEL

FIN CONFIDENCIAL]

Por último, tampoco se considera oportuno imponer a Avatel un recargo adicional en las nuevas solicitudes por los trabajos asociados a la revisión de las incidencias que Telefónica ha necesitado realizar, así como por las tareas asociadas a la revisión de la detección y análisis de sus malas prácticas, ya que este recargo tendría naturaleza indemnizatoria, para lo que este organismo no es competente, debiendo Telefónica acudir a la jurisdicción civil para reclamar los daños y perjuicios que Avatel le haya podido producir como consecuencia del incumplimiento de su contrato MARCo.

En este mismo sentido ha de resolverse la pretensión de Dragonet, Closeness y Riotelecom, que, en su escrito de 3 de junio de 2019 de alegaciones al trámite de audiencia, solicitan a esta Comisión que determine la indemnización por los daños y perjuicios que les han ocasionado las actuaciones realizadas por Avatel, contrarias a la regulación y la competencia, para lo que deberán acudir a la jurisdicción civil.

En conclusión, a los efectos de que Avatel subsane la ocupación indebida de las infraestructuras de Telefónica, en términos de costes recurrentes y no recurrentes ahorrados y de cumplimiento de las prescripciones técnicas vulnerados con los costes que ello conlleve, se considera procedente otorgar un plazo de dos (2) meses para que Avatel y Telefónica lleguen a un acuerdo, mediante la negociación de buena fe, sobre:

- (i) las infraestructuras que efectivamente han sido ocupadas indebidamente por Avatel (850 o 951),
- (ii) la regularización de las ocupaciones indebidas mediante las solicitudes pendientes de tramitar en NEON y
- (iii) la regularización de los despliegues de red realizados por Avatel sobre dichas infraestructuras para adecuarlos a las prescripciones técnicas y de

PRL establecidas en la oferta MARCo, asumiendo esta operadora los costes económicos que ello conlleve.

- (iv) los costes devengados (recurrentes y no recurrentes) desde la fecha inicial de la ocupación indebida²⁹ hasta la fecha de su efectiva regularización a través del portal NEON, teniendo en cuenta los precios de la oferta MARCo aplicables según la fecha de cada ocupación indebida.

En caso de que pudiera existir una falta de acuerdo entre ambas operadoras en la determinación de la fecha inicial de ocupación indebida por parte de Avatel respecto de alguna infraestructura MARCo de Telefónica, que no pueda ser acreditada por ninguna de ambas partes, se tomará como fecha inicial a efectos de la regularización de los costes devengados la de detección de dicha ocupación por parte de Telefónica³⁰ o por las operadoras denunciantes, cuando así resulte acreditado.

De este modo, Avatel asumirá todos los costes que conlleva -y ha conllevado desplegar- su red a través de los distintos elementos sujetos a la oferta MARCo de Telefónica, en igualdad de condiciones que el resto de operadores que no actúan al margen de la regulación sectorial, incluidos los costes que en su momento debió pagar para cumplir con la normativa técnica y de PRL.

Por otra parte, se recuerda que Telefónica tiene el derecho, de conformidad con la cláusula Vigésimo Sexta del contrato-tipo de la oferta MARCo, a exigir aval al operador en determinadas circunstancias, siendo una de ellas el impago sin causa justificada, lo cual resulta procedente en el presente caso, más aún si Telefónica tiene que realizar estudios de cargas o replanteos adicionales para valorar la situación de las infraestructuras.

Asimismo, Dragonet, Closeness y Riótelecomm solicitan en su escrito presentado en trámite de audiencia, que se determine que las ocupaciones indebidas se realizaron por Avatel con anterioridad a la llegada de alguna de estas tres operadoras a las infraestructuras que son objeto del expediente. Sin embargo, este hito temporal es impreciso y desconocido, a los efectos de realizar la regularización económica de los costes ahorrados por Avatel.

Además, estas tres operadoras consideran que el plazo de dos (2) meses para que Avatel y Telefónica lleguen a un acuerdo es excesivo, por lo que solicitan

legado]

²⁹ La mayoría de las localidades de **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA Y AVATEL]**.

²⁹ Criterio fijado por esta Comisión previamente en el conflicto de compartición planteado por Telefónica de España, S.A.U. contra Lebrija TV, S.L. concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras de telecomunicaciones situadas en el Municipio de Lebrija (RO 2011/2355), a la vista de que las partes no habían acreditado las fechas de las citadas ocupaciones indebidas.

³⁰ Conforme indica esta operadora en el anexo 1 de su escrito de 14 de noviembre de 2018 respecto de algunas ocupaciones.

que este se reduzca a treinta (30) días, petición con la que esta Comisión no está de acuerdo. Ello es así porque si bien la regularización de las infraestructuras que quedan por solicitar se podrían realizar en un (1) día, teniendo en cuenta el cupo máximo fijado en la oferta MARCo (200 solicitudes semanales a nivel provincial en caso de demanda no planificada), los acuerdos para llegar a una regularización técnica y económica podría ser complicada, por lo que es necesario que ambas operadoras dispongan de tiempo necesario para que lleguen a un acuerdo, siendo el plazo de 2 meses adecuado para ello, más aún si se tiene en cuenta que parte de este plazo coincidirá con algún mes del periodo vacacional de verano.

Por último, cabe indicar que estas tres operadoras denunciadas solicitaron a esta Comisión, en su escrito de interposición del conflicto, que (i) se obligase a Avatel a restituir las instalaciones de Telefónica a su estado anterior en un plazo de 30 días, ya sea por ella misma o a través de Telefónica, liberando el espacio actualmente ocupado, y (ii) se le cancelasen todos los servicios configurados a partir de accesos no autorizados a las infraestructuras de Telefónica realizados por Avatel.

Esta Comisión estima que no es proporcionado adoptar ninguna de estas dos medidas por el momento, debido al impacto que ello tendría sobre los usuarios finales de Avatel, como ya hemos apuntado.

No obstante lo anterior, tal y como ya se señaló en el informe sometido a trámite de audiencia, esta Comisión entiende razonable que, en caso de que Avatel se negara a llegar a un acuerdo con Telefónica o no terminara de regularizar sus ocupaciones indebidas en el plazo otorgado para ello, previa notificación a este organismo de esta conducta debidamente acreditada, se podría autorizar a Telefónica para que lleve a cabo el desmontaje de la red de fibra óptica de Avatel, que ocupe las infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo sin haberse regularizado a nivel procedimental, técnico y económico, y proceda a la resolución del contrato con esta operadora, si así lo estimase oportuno.

Durante dicho plazo se le daría tiempo suficiente a Avatel para que comunicara a sus usuarios finales, que pudieran verse afectados por el levantamiento de su red de fibra óptica de los postes, arquetas, cámaras de registro o conductos de Telefónica, el derecho reconocido en el artículo 9.3 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada mediante el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, de darse de baja del servicio sin penalización alguna³¹, en el plazo de 1 mes desde que reciban la posible notificación de Avatel de cese o interrupción en la prestación de sus servicios, al suponer ello la modificación o resolución anticipada de su contrato por causas ajenas a dichos usuarios finales.

³¹ Por ejemplo, porque tramiten la portabilidad de su línea hacia otro operador o den de baja la línea definitivamente.

Asimismo, se analizaría la procedencia de incoar un procedimiento administrativo sancionador contra Avatel por el posible incumplimiento de la presente Resolución (tipificado en los artículos 76.12 y 77.27 de la LGTel).

SEXTO.- Cuestiones adicionales relacionadas con las ocupaciones indebidas de las infraestructuras MARCo de Telefónica

1.- Empresas relacionadas con Avatel que podrían haber ocupado sin autorización las infraestructuras MARCo de Telefónica

En su escrito de 25 de septiembre de 2018 Dragonet, Closeness y Riotelecomm alegaron que, tanto ellas como Telefónica, tenían identificadas a *“otras empresas tales como MASSMEDIA y WIZON, que también podrían estar ocupando irregularmente infraestructuras de Telefónica y a la que éstas se refieren como Grupo AVATEL & WIKIKER Telecom. Es decir, la propia Telefónica tendría sospechas de que todas ellas pueden formar parte de un gran entramado empresarial que realiza el acceso a las infraestructuras de Telefónica al margen de las obligaciones establecidas en la oferta MARCo.*
(...)

Cabe señalar que Telefónica afirma en el burofax que le remite a Dragonet el día 3 de septiembre, que el grupo AVATEL & WIKIKER actúa últimamente también con la marca comercial holaFibra, aunque esa afirmación de Telefónica no ha podido ser comprobada ni constatada por mis representadas”

A este respecto, Telefónica en su escrito de 14 de noviembre de 2018 manifestó que, hasta donde había podido averiguar, el operador Avatel *“comprende un grupo de empresas bastante extenso que se resumen en la siguiente tabla (...):*

Tabla 5

Operador	CIF	Código NEON	Estado contrato MARCo	Fecha contrato	Comentarios
Xarxes Telco de Catalunya, S.L.	B67041277		En proceso de tramitación		
Fibra, Wifi y Telefonía Integrales, S.L. (holaFIBRA)	B93508000	B46	Formalizado	05/07/2018	
Avatel Broadband S.L. (Sociedad extinguida)	B93277135	419	Formalizado	04/11/2014	La sociedad está extinguida. Fue absorbida por Wikiker Broadband S.L. formando Avatel&Wikiker S. L. (BORME 22/09/2015).
Avatel & Wikiker Telecom, S.L. (antes Wikiker Broadband, S.L.)	B93135218	687	Formalizado	15/05/2013	El contrato se firmó a nombre de Wikiker Broadband S.L. Cambió su denominación social por Avatel&Wikiker SL. (BORME 22/09/2015).
Massmedia Broadband Levante S.L. (Sociedad extinguida)	B54822168	338	Formalizado	18/08/2016	La sociedad está extinguida. Fue absorbida por Avatel&Wikiker S. L. (BORME 14/07/2017).
Inicia Telecom Europa, S.L.	B54934971		En proceso de tramitación		
Operadora Ibérica de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, S.L. Unipersonal	B93366672	B41	Formalizado	15/06/2018	Cambió la denominación social inicial (Wikiker Costa Sur S. L.), con la que se constituyó en 2014, por la actual (BORME 15/06/2016).

De todas estas empresas, Telefónica indica que solo Avatel ha hecho uso de los servicios MARCo mediante petición de SUC en NEON. Además, esta operadora señala, respecto de holaFibra -Fibra, Wifi y Telefonía Integrales. S.L.-, que no ha solicitado nunca una petición SUC por NEON para sus despliegues de fibra, pero que justo en las localidades que forman parte de su área de cobertura³², quien ha desplegado fibra óptica ha sido Avatel.

Sin embargo, Telefónica indica que el 5 de noviembre de 2018 Avatel ha adquirido al Grupo TVHoradada, con sede en Murcia y que este operador, a través de la sociedad Concisa Comunicaciones Marketing y Servicios, S.L. - Concisa-, que firmó el contrato MARCo el 24 de octubre de 2014 y tiene activas en la actualidad unas 63 SUC, presenta también una dilatada problemática de ocupaciones indebidas irregulares e incidencias por las instalaciones incorrectas y por los defectos de la normativa de prevención de riesgos laborales.

A este respecto, Avatel informó a este Organismo sobre el tipo de relación societaria que mantiene con las empresas citadas por Telefónica, en su escrito de 22 de enero de 2019, en contestación a un requerimiento de información de 20 de diciembre de 2018.

Esta operadora alega que empresas como:

- Inicia Telecom, S.L, Operadora Ibérica de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, S.L.U. y Wizon, no pertenecen al grupo empresarial de Avatel.

³² Definida en su página Web: <https://www.holafibra.com/holafibra/dondeestamos>

- Xarxes Telco de Catalunya, S.L, hola Fibra, Concisa y Grupo TVHoradada, no pertenecen al grupo empresarial de Avatel, si bien algunos socios de esta operadora son a su vez socios de estas empresas o las han adquirido recientemente.
- Avatel Broadband, S.L., Massmedia, Carrier Andalucía, S.L., Infinity Networks Telecom, S.L. y Quenture, S.L. son compañías que en 2015 y 2017 fueron absorbidas por Wikiker Broadband, S.L. y el grupo Avatel, respectivamente, siendo la segunda operadora el origen de la presencia de Avatel en la provincia de Alicante.
- Sintonía San Pedro, S.L. y MDC Data Center, S.L.³³ fueron constituidas en 2017 y adquiridas al 100% por Avatel, estando la primera en vías de ser absorbida por la matriz y siendo la segunda ya parte del grupo.

A la vista de la información proporcionada por los operadores interesados, cabe matizar que, según le consta a esta Comisión, de la información publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME), el Grupo TVHoradada³⁴ cuyo socio único es TVHoradada Mar Menor, S.L.³⁵ (TVHoradada) está participada al 100% por la empresa Avant Costa Sur Telecom S.L.³⁶ -desde el mes de febrero de 2019 denominada Avatel Capital, SL.³⁷-, cuyo socio único es el operador Avant Telecom & Urbotic, S.L.³⁸, que a su vez es una de las empresas accionista de Avatel junto con la operadora Andorra Telecom, S.A.U. No obstante, según consta en publicaciones de prensa³⁹ finalmente Avatel habría adquirido al Grupo Horadada en diciembre de 2018.

Asimismo, respecto de la empresa Concisa, es de interés aclarar a Telefónica que su socio único es la citada empresa Avatel Capital, SL.⁴⁰, relacionada con Avatel a través de uno de sus accionistas, Avant Telecom & Urbotic, S.L., por

³³ Esta empresa no consta inscrita en el Registro de Operadores que gestiona la CNMC, sin embargo a través de su página Web (<https://www.malagadatacenter.com/interconnection/es/>) se ha podido conocer que oferta a sus clientes, entre otros, servicios de conexión, interconexión de redes de fibra óptica en calidad de operador neutro, líneas de fibra dedicadas extremo a extremo y transmisión de datos, que estaría prestando sin cumplir lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel, lo podría dar lugar a la incoación de un procedimiento administrativo sancionador contra esta empresa, por la posible comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 76.2 de la citada Ley.

Esta posible infracción podría estar cometiéndose desde el año 2017, ya que Málaga Data Center, S.L. se constituyó el 24 de agosto de 2017.

³⁴ Pág. 33483 del BORME nº12, de 9 de julio de 2013.

³⁵ <http://www.tvhoradada.com/aviso-legal/index.html>

³⁶ Pág. 53956 del BORME nº240, de 18 de diciembre de 2018.

Esta empresa nunca ha estado inscrita en el Registro de operadores.

³⁷ Pág. 7834 del BORME nº33, de 18 de febrero de 2019.

³⁸ Pág. 42305 del BORME nº186, de 29 de septiembre de 2015.

³⁹ Sirva de ejemplo

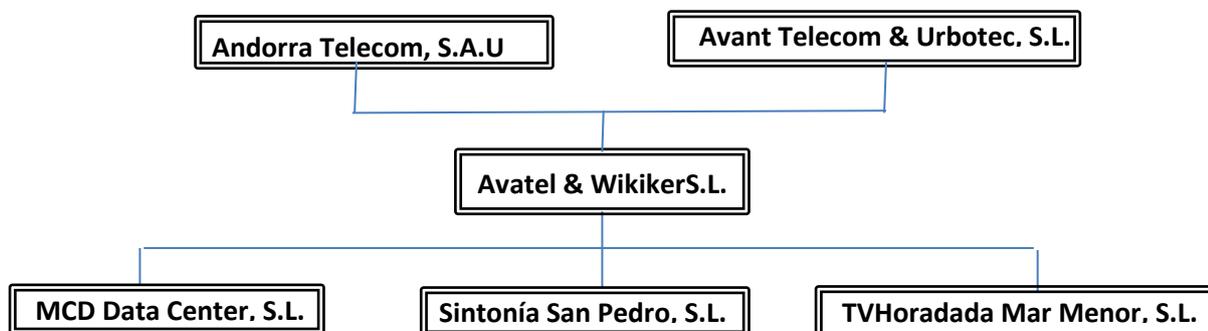
<http://www.expansion.com/andalucia/2018/11/05/5bdee74846163f235a8b4606.html>

⁴⁰ Pág. 51699 del BORME Nº230, de 30 de noviembre de 2018

ser el socio único de la empresa Avatel Capital, SL. Por tanto, la vinculación que Telefónica hace entre el Grupo Horadada y la empresa Concisa sería a nivel del socio único que comparten.

Finalmente, respecto de holaFibra se señala que su socio único es también Avant Costa Sur Telecom S.L., es decir, Avatel Capital, SL., desde enero de 2019⁴¹, cuyo socio único a su vez es Avant Telecom & Urbotec, S.L., que como ya se ha indicado es uno de los accionistas de Avatel. Por lo que Avatel y holaFibra no tendrían una relación directa entre ellas.

A continuación, se muestra un croquis sobre las relaciones empresariales directas que mantiene Avatel con algunas de las empresas mencionadas, según se desprende de toda la información expuesta:



Pues bien, a pesar de las complejas y diversas relaciones empresariales que Avatel mantiene con diferentes empresas y operadoras -bien directamente o a través de sus accionistas- en el informe de la DTSA sometido a trámite de audiencia se determinó que no es posible responsabilizar a Avatel de las deudas económicas que se devengan como consecuencia de las posibles ocupaciones indebidas por parte de la operadora TVHoradada y hola Fibra para el despliegue de sus redes de fibra óptica, salvo que la jurisdicción civil determine que existe un abuso en la creación de empresas de sociedad limitada unipersonal para evitar la responsabilidad de uno de los accionistas de Avatel, por encajar en la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo⁴².

Por ello, en el referido informe se indicó que al tratarse TVHoradada y hola Fibra de operadoras diferentes con personalidad jurídica propia, Telefónica podría, con la información de que dispusiese, dar de alta en NEON una incidencia de mantenimiento a cada operador, según se describe en el apartado 9.3 del procedimiento de gestión de la oferta MARCo, comunicándoles en su caso la necesidad de regularizar su situación mediante la petición de una SUC. En caso de que alguna de estas dos operadoras no comenzara a regularizar su situación

⁴¹ Pág. 2568 del BORME nº 13 de 21 de enero de 2019.

⁴² Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal), en el recurso de casación 2952/2017, de 15 de octubre de 2018.

en NEON en un plazo razonable desde su comunicación, Telefónica podría interponer un conflicto contra dichas operadoras ante esta Comisión.

En su escrito de 7 de junio de 2019 Telefónica alega que ya ha comunicado a varias de las citadas operadoras relacionadas a nivel societario con Avatel (por ejemplo, a Concisa y holaFibra), así como a Wizon, sendas incidencias, instándoles a que retirasen las ocupaciones realizadas en postes y las instalaciones deficientes, sin que tengan constancia de que lo hayan hecho. Por ello, esta operadora solicita la ampliación del objeto de este procedimiento para que se analicen también las ocupaciones indebidas realizadas por estas operadoras, entre otras.

Pues bien, como ya se le indica en el Fundamento Jurídico Material Primero, estas solicitudes de ampliación del objeto debieron realizarse en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, para que pudieran ser analizadas y garantizar el derecho de defensa a dichas empresas durante la instrucción de este expediente.

Asimismo, como ya se le señaló en el informe de la DTSA, nada obsta a Telefónica para que, ante la falta constatada de regularización de las ocupaciones irregulares realizadas por estas empresas, interponga un conflicto contra ellas ante esta Comisión, para que adopte las medidas que considere proporcionales a los efectos de poner fin a este tipo de actuaciones indebidas por parte de estas operadoras, pero en ningún caso se pueden adoptar medidas dispositivas en la presente Resolución frente a empresas que no han sido interesadas en el expediente.

2.- Sobre la apertura de un procedimiento administrativo sancionador y la imposición de multas coercitivas contra Avatel

En sus escritos de 25 de septiembre de 2018 y 3 y 7 de junio de 2019 Dragonet, Closeness y Riotelecomm y Telefónica solicitan a esta Comisión la incoación de un procedimiento sancionador contra Avatel por el incumplimiento de los requisitos establecidos en la oferta MARCo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 76.12, 76.15, 77.17, 77.21 y 78.8 de la LGTel, así como a sus representantes legales o personas que integran los órganos directivos de Avatel, de conformidad con el artículo 79.3 de la LGTel.

Además, las operadoras denunciantes solicitan en el trámite de audiencia que se impongan a Avatel multas coercitivas por importe de 5000 euros⁴³ por cada

⁴³ En el escrito de interposición del presente conflicto, de 25 de septiembre de 2018, estas operadoras solicitaron la imposición de multas coercitivas por valor de 500 euros por cada día de retraso de Avatel en el cumplimiento de la obligación de devolución de las instalaciones a su estado anterior. Sin embargo, en su escrito de alegaciones presentado en trámite de audiencia estas operadoras suben el importe de las multas coercitivas que solicitan imponer a Avatel a 5000 euros diarios.

día de retraso en la regularización de las infraestructuras ocupadas en el plazo establecido.

Pues bien, en opinión de esta Comisión no existen indicios de que la conducta irregular de Avatel encaje en ninguno de los tipos infractores previstos actualmente en la LGTel y, por consiguiente, en los indicados por las tres operadoras denunciadas y Telefónica.

En relación con los tipos de infracción señalados por las denunciadas, no se estima que existan indicios de que Avatel haya incumplido ninguna Resolución de esta Comisión -artículo 76.12-, sus obligaciones de acceso, interconexión e interoperabilidad establecidas en la legislación (LGTel y su normativa de desarrollo) -artículos 76.15 y 77.28 de la LGTel-, o los requisitos exigibles para la explotación de redes y la prestación de servicios distintos a los establecidos en los puntos 1 y 2 del artículo 6 de la LGTel, esto es, los previstos en los artículos 16 y siguientes del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (Reglamento del Servicio Universal) -artículo 78.8 de la LGTel-.

Además, cabe aclarar que las infracciones tipificadas en los artículos 77.17 y 77.21 de la LGTel no son objeto de la potestad sancionadora de esta Comisión, ni siquiera con carácter transitorio, sino del Ministerio de Economía y Empresa (artículo 84 de la LGTel), entendiéndose, asimismo, que estos tipos infractores se refieren a (i) la negativa a cumplir las condiciones establecidas en los citados artículos 16 y siguientes del Reglamento del Servicio Universal y (ii) el incumplimiento de las previsiones establecidas en los artículos 29 a 38 de la LGTel, relativos a la normativa aplicable para la ocupación del dominio público y la propiedad privada, que si bien obligan a los operadores al cumplimiento de determinadas condiciones para explotar una red y prestación un servicio y de seguridad, técnicas y de operativa, no prevén el incumplimiento de la oferta MARCo que obliga solo a Telefónica, no siendo tampoco una condición necesaria, para prestar el servicio o explotar una red, el acceso a dicha oferta de referencia, conforme establece el Reglamento del Servicio Universal.

Finalmente, no se estima razonable apereibir en este procedimiento de la imposición de multas coercitivas a Avatel, dado que como ya se ha indicado, esta operadora está voluntariamente regularizando su situación. Además, conforme a lo señalado en el Fundamento Jurídico Material anterior, se propone otorgar un plazo de 2 meses para que Avatel llegue a un acuerdo con Telefónica sobre la regulación completa de sus ocupaciones ilegales.

En caso de que no lo hiciera, esta Comisión analizará las medidas proporcionadas a adoptar para la restitución de las infraestructuras ocupadas indebidamente al estado anterior, así como la oportunidad de incoar un procedimiento sancionador contra esta operadora por el posible incumplimiento

de la resolución que ponga fin a este conflicto o un procedimiento de ejecución forzosa de la presente Resolución.

3.- Proliferación de las ocupaciones indebidas y sus perjuicios

Telefónica alega en su escrito de 14 de noviembre de 2018 y 7 de junio de 2019 que la ocupación indebida de infraestructuras constituye una práctica cada vez más generalizada, que genera ventajas a quienes la llevan a cabo y perjuicios no solo a ella sino también al resto de operadores que hacen uso de la oferta MARCo. En concreto, a Telefónica le preocupa la ocupación indebida de postes porque vulnera la normativa en materia de PRL, ya que toda instalación en poste debe venir precedida de un estudio técnico de cargas, que determine que se pueden soportar las tensiones y que no se sufrirán roturas o caídas.

Esta operadora alega que cuenta con medios limitados. Si bien puede abrir incidencias de mantenimiento en NEON, en caso de que el operador tenga suscrito un acuerdo MARCo, y mandar correos electrónicos o burofaxes, en caso de que no haya una respuesta positiva del operador a la incidencia, Telefónica manifiesta que estas medidas no suelen producir efectos. Ello le impide dar una respuesta a los operadores perjudicados por estas situaciones, mientras que las ocupaciones ilegales proliferan sin poder actuar rápidamente y con contundencia.

Además, Telefónica añade que es inoperativo solicitar la apertura de conflictos ante esta Comisión cada vez que detecta que un operador ha ocupado indebidamente sus infraestructuras. Por ello, esta operadora muestra su conformidad con la propuesta comunicada en el informe sometido a trámite de audiencia, de iniciar un procedimiento específico en el que se obligue a los operadores alternativos a hacer un uso correcto de la oferta MARCo, previendo las medidas regulatorias y consecuencias que se deriven de dicho incumplimiento.

Así es, a la vista de la problemática que genera sobre el mercado la proliferación de ocupaciones indebidas de los operadores de las infraestructuras MARCo -de la que esta Comisión es consciente a la vista de lo expuesto en este procedimiento, así como en otros tramitados en el pasado⁴⁴ o que lo están siéndolo en la actualidad⁴⁵-, se indica que próximamente se iniciará un procedimiento en el que se analizará la procedencia de obligar a todos los operadores a hacer un uso correcto de la oferta MARCo (procedimientos y herramientas).

⁴⁴ Sirva de ejemplo el conflicto de compartición presentado por Telefónica frente a Canal Don Benito, S.L. concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en el municipio de Don Benito (RO 2012/2019).

⁴⁵ Sirva de ejemplo el conflicto entre Iguana Comunicacions y Telefónica relativo al acceso sobre determinadas infraestructuras susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas en las localidades de Igualada y Masquefa (CFT/DTSA/003/18).

El incumplimiento de las obligaciones que se regulen en este procedimiento podrá dar lugar a la adopción de las medidas oportunas -básicamente, imposición de sanciones en el supuesto de que sea procedente, así como la adopción de medidas cautelares, e incluso, la imposición de multas coercitivas, en caso de que el operador en cuestión no regularizara voluntariamente dicha ocupación-.

Asimismo, en dicho procedimiento se determinarán las medidas que deberá adoptar la propia Telefónica ante el conocimiento de una ocupación indebida de sus infraestructuras por un operador y los requisitos que deberá cumplimentar al ponerlo en conocimiento de esta Comisión en un plazo razonable, para intentar solucionar esta situación lo antes posible y reducir los perjuicios que dicha ocupación indebida pueda ocasionar en el mercado y en las infraestructuras de Telefónica, así como en las personas, en caso de que también se esté incumpliendo la normativa PRL.

En su escrito de 7 de junio de 2019, Telefónica propone presentar a esta Comisión para su validación, una propuesta de procedimiento de actuación en caso de ocupaciones indebidas. Esta Comisión agradece la actitud colaborativa de Telefónica y le sugiere que envíe su propuesta de procedimiento lo antes posible para su análisis y resolución, con el objetivo de que su instrucción disuada conductas irregulares como la realizada por Avatel, que puedan estar siguiendo otras empresas que pertenecen a su mismo grupo empresarial o terceras al mismo -como las denunciadas por Telefónica en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia-, y regularicen su situación lo antes posible, siguiendo lo dispuesto para Avatel en el Fundamento Jurídico Material Quinto de la presente Resolución.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente la solicitud de Dragonet Comunicaciones, S.L., Closenness, S.L. y Riotelecomm, S.L. (Riotelecomm) contra Avatel & Wikiker Telecom, S.L. en relación con las ocupaciones indebidas de los elementos sujetos a la oferta MARCo de Telefónica de España, S.A.U. por parte Avatel & Wikiker Telecom, S.L.

SEGUNDO.- Avatel & Wikiker Telecom, S.L. deberá llegar a un acuerdo con Telefónica de España, S.A.U. en un plazo máximo de dos meses a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, en relación con (i) el número y localización del total de las infraestructuras MARCo indebidamente ocupadas por dicha operadora, al menos, desde el año 2017, (ii) la regularización de las ocupaciones indebidas de las infraestructuras MARCo que, antes de la

notificación de la referida resolución, estuvieran aún pendientes de tramitar a través del portal NEON, (iii) la regularización de los despliegues de red realizados por Avatel sobre dichas infraestructuras para adecuarlos a las prescripciones técnicas y de prevención de riesgos laborales establecidas en la oferta MARCo, asumiendo esta operadora todos los costes económicos que ello conlleve, (ii) los costes devengados (recurrentes y no recurrentes) desde la fecha inicial de la ocupación indebida hasta la fecha de su efectiva regularización a través del portal NEON, aplicando los precios de la oferta MARCo según la fecha en la que se produjo cada ocupación indebida y teniendo en cuenta los criterios establecidos en el Fundamento Jurídico Material Quinto anterior.

La firma de dicho acuerdo deberá ser notificada por Telefónica de España, S.A.U. a esta Comisión en un plazo de diez (10) días hábiles, aportando una copia del mismo.

Asimismo, en dicho plazo de 10 días hábiles, tras la finalización del plazo de dos meses de negociación, Telefónica de España, S.A.U. deberá notificar a este organismo la imposibilidad, en su caso, de llegar a un acuerdo con Avatel & Wikiker Telecom, S.L. en alguno de los puntos señalados en este Resuelve.

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.