
ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR EL AYUNTAMIENTO DE FREGENAL DE LA SIERRA SOBRE LA OCUPACIÓN DE POSTES DE TELEFÓNICA SIN SOLICITAR SU AUTORIZACIÓN PARA EL DESPLIEGUE DE UNA RED DE FIBRA ÓPTICA**CNS/DTSA/782/18/OCUPACIÓN POSTES TELEFÓNICA****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, 25 de julio de 2019

Visto el expediente relativo a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra (Badajoz) en el expediente de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 11 de diciembre de 2018, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una consulta presentada por el Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra, municipio de la provincia de Badajoz (Ayto. de Fregenal de la Sierra), en la que señalaba lo siguiente:

“El Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra, Badajoz, es propietario de un tendido de fibra óptica de unos 8 km sobre poste aéreo paralelo a una carretera propiedad de Diputación de Badajoz.

Suponemos que, al menos, [sobre] 800 m del trazado aéreo es el propietario de los postes Telefónica de España.

El resto del trazado, 7,2 km, son postes de nueva creación, o son antiguos postes reacondicionados, que Telefónica de España ha dejado de utilizar hace más de 15 años y están colocados en fincas privadas sin ningún cable sobre ellos.

Este ayuntamiento, verbalmente con distintos departamentos de Telefónica, ha intentado llegar a un acuerdo-convenio para poder utilizar dichos postes. Se

han mandado varios correos electrónicos con el proyecto completo, incluyendo mapas de situación y trazado de los postes¹. Nunca hemos obtenido respuesta alguna y entendemos que son conocedores del tendido de cable de fibra óptica y colocados sobre sus postes”.

En base a esta sucinta información, la citada entidad local realiza la siguiente consulta a este organismo:

- “1. *Visto que aún no hemos recibido contestación de Telefónica, ¿es posible la compartición de dichos postes con Telefónica, mediante acuerdo o mediante gratificación económica?*
2. *El trazado de 7,2 km, deteriorado, abandonado, y sin uso por parte de Telefónica, establecido en una propiedad privada en la cual sus propietarios nos dan permiso para su uso: ¿Telefónica pierde la servidumbre y el manejo de esos postes?*
3. *Al tener ya realizado el tendido de fibra óptica sobre sus postes, y no teniendo ninguna solicitud por nuestra parte a Telefónica, ¿sería esta situación denunciante por parte de ellos? ¿O es solucionable, aunque ya se haya realizado el tendido sobre sus postes?”*

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Las competencias de esta Comisión para contestar la presente consulta resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. En este sentido, el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), señala que esta Comisión actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y el buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

Del mismo modo, el artículo 5.3 de la LCNMC establece que, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 6, atribuyendo a este organismo (artículo 6.5 de esta Ley) “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”².

A tal efecto, el artículo 70.2.1) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) señala que la CNMC “podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales”.

¹ Las copias de estos supuestos correos electrónicos enviados a Telefónica no han sido aportadas por esta Administración Local al presentar su consulta.

² Dicha remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que derogó la ley anterior.

Por su parte, el artículo 8.1 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, atribuye al Consejo de este organismo, entre otras, las funciones consultivas previstas en la Ley.

Además, tal y como prevé el artículo 3 de la LGTel, algunos de los objetivos y principios que ha de cumplir este organismo mediante el desarrollo de sus funciones son:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos. (...)”

c) Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación. (...)”

Para el cumplimiento de estos principios, entre las funciones cuyo ejercicio corresponde a la Comisión, en relación con las materias reguladas en la propia Ley, el artículo 70.2.a) de la LGTel le atribuye competencia para *“definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo”*.

En base a esta competencia, el 24 de febrero de 2016, la CNMC adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado (PSM) y la imposición de obligaciones específicas³.

Mediante dicho acto, se impuso a Telefónica, en calidad de operador con PSM y en relación con el acceso a sus infraestructuras de obra civil, la obligación 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.

³ Expediente ANME/DTSA/2154/14

Asimismo, Telefónica tiene impuesta una obligación de transparencia, consistente en publicar una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a sus infraestructuras de obra civil (oferta MARCO), suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido por el operador alternativo.

Por consiguiente, a la vista de lo dispuesto en los artículos citados, la CNMC es competente, para conocer la consulta presentada por el Ayto. de Fregenal de la Sierra sobre la ocupación sin autorización de los postes telefónicos de Telefónica (infraestructura civil sujeta a la oferta MARCO) para el despliegue de una red de fibra óptica.

Finalmente, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.1 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano decisorio competente para emitir el presente acuerdo es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III. CUESTIÓN PREVIA: SOBRE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONSULTANTE

Con carácter previo a la contestación de la consulta presentada por el Ayto. de Fregenal de la Sierra, cabe indicar que esta entidad local plantea su consulta sobre una instalación de red de fibra óptica ya desplegada, que alega ser de su propiedad, sin especificar si utiliza esa red en autoprestación o para su cesión o prestación de servicios a terceros.

Consultados los datos obrantes en esta Comisión, no consta la existencia de entidad gestora alguna que esté explotando una red de fibra óptica de titularidad de esta Administración Local (artículo 9.3 de la LGTel) o que ese Ayuntamiento haya comunicado la utilización de esta red en régimen de autoprestación (artículo 7.3 de la LGTel).

En efecto, de la consulta al Registro de Operadores, cuya gestión corresponde transitoriamente a la CNMC⁴, se advierte que en el marco del expediente RO/DTSA/0756/17/CANCELACIÓN, se procedió a la extinción de la condición de operador del Ayto. de Fregenal de la Sierra y a la cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores con fecha 14 de diciembre de 2017, al no comunicar su intención de continuar en la explotación de la red y la prestación

⁴ De conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel, “*las funciones que eran competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que, conforme a lo establecido en esta Ley, se atribuyen al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia las desempeñará hasta la fecha que se determine para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones que esta Ley atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo conforme a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta*”.

del servicio para los que estaba inscritos⁵, tal y como dispone el artículo 5.2 del Reglamento de prestación de servicios⁶, en relación con el artículo 6.1.d) del mismo Reglamento.

En este sentido, como ya ha indicado esta Comisión en consultas anteriores⁷, a efectos de que el Ayto. de Fregenal de la Sierra, en calidad posible explotador y gestor de una red de fibra óptica, regularice su situación ajustándose a las disposiciones establecidas en la normativa de telecomunicaciones actual, corresponde exponer a continuación los dos escenarios distintos definidos en cada uno de los citados artículos de la LGTel para las administraciones públicas:

a) Despliegue de fibra óptica para su explotación en régimen de autoprestación (artículo 7.3 LGTel)

El artículo 7.3 de la LGTel obliga a las administraciones públicas (AAPP) a comunicar al Registro de Operadores *“todo proyecto de instalación o explotación de redes de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación que haga uso del dominio público, tanto si dicha instalación o explotación vaya a realizarse de manera directa o a través de cualquier entidad o sociedad”*. Asimismo, el mencionado artículo establece que mediante real decreto podrán especificarse aquellos supuestos en que, en atención a las características, la dimensión de la red proyectada o la naturaleza de los servicios a prestar, no resulte necesario efectuar dicha comunicación.

Por su parte, el artículo 3.1 de la Circular 1/2010, de 15 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (Circular 1/2010) define la autoprestación en los siguientes términos:

“3.1.- Se considera autoprestación (...) la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por una Administración Pública para la satisfacción de sus necesidades, esto es, las vinculadas al desempeño de las funciones propias del personal al servicio de la Administración Pública de que se trate y que contribuyan al cumplimiento de los fines que le son propios”.

⁵ Explotación de red de uso común que utiliza dominio público radioeléctrico (DPR) (por ejemplo, una red WIFI) y transmisión de datos como proveedor de acceso a Internet.

⁶ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

⁷ Sirva de ejemplo el Acuerdo por el que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento De Alcázar De San Juan sobre la aplicación del artículo 9 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y la imposición de un precio público por el alquiler de su fibra a otros operadores (CNS/DTSA/303/16/ALCÁZAR DE SAN JUAN PRECIO PÚBLICO FIBRA).

Por ello, si el Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra se encontrase utilizando la red de fibra óptica desplegada en un régimen de autoprestación, deberá comunicar las características del proyecto a la CNMC.

Si bien es cierto que a la fecha no existe una norma que detalle el contenido de dicha comunicación, es preciso indicar que hasta que se desarrolle esta previsión, bastará con indicar la entidad titular y el tipo de red desplegada que incluiría, al menos, una referencia a la tecnología de la red, el tipo de despliegue, su ubicación y longitud.

Por otro lado, para los supuestos en que una administración pública explote su red a terceros y, al mismo tiempo, reserve una parte de la red para su utilización en régimen de autoprestación, el artículo 3.3 de la Circular 1/2010 señala lo siguiente:

“3.3.- En los supuestos en que aprovechando la misma infraestructura a través de la cual la Administración Pública se presta los servicios en régimen de autoprestación, se proveen servicios, mayoristas o minoristas, a terceros, la Administración Pública será considerada, en cuanto a estos últimos, explotadora de redes o prestadora de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros, quedando por tanto sujeta a lo establecido en la presente Circular”.

En estos casos mixtos, será suficiente la notificación al Registro de Operadores de la explotación de la red al público -de conformidad con el siguiente apartado-, sin que sea necesario comunicar la autoprestación.

b) Despliegue de fibra óptica para su explotación a terceros (artículo 9.3 de la LGTel)

El artículo 9.3 de la LGTel exige a cualquier Administración Pública que desee operar en el mercado, explotando una red o prestando servicios de comunicaciones electrónicas a terceros⁸, que lleve a cabo su actividad a través de una entidad o sociedad que tenga *“entre su objeto social o finalidad la instalación y explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”*, refiriéndose el artículo 9.2 del mismo texto legal a la prestación de estos servicios por *“operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas”*.

En este sentido, conforme ha sido señalado en anteriores ocasiones por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC⁹ y, teniendo en cuenta lo establecido en

⁸ El Anexo II, apartado 17, de la LGTel define el concepto de “explotación de una red de comunicación electrónica” como *“la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red”*.

⁹ Acuerdo de 9 de octubre de 2014 por el que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santander sobre su red WiFi (CNS/D TSA/560/14/Cesión red WiFi Ayto. Santander), Acuerdo de 11 de diciembre de 2014 por el que se da contestación a la consulta planteada por el gobierno del Principado de Asturias relativa a la nueva fórmula de gestión de la

el artículo 9.3 de la LGTel, se considera que, a efectos de explotar su red o prestar algún servicio de telecomunicaciones a terceros, el Ayto. de Fregenal de la Sierra deberá constituir una entidad o sociedad que cumpla con la normativa sectorial de telecomunicaciones citada -o modificar el objeto social de una ya existente-.

Cabe señalar que esta previsión ha sido interpretada anteriormente por la Sala de Supervisión Regulatoria¹⁰ de forma muy flexible. El precepto únicamente exige que la entidad u organismo que desempeñe la actividad tenga personalidad jurídica independiente o separada de la administración local.

En relación con el procedimiento a seguir, una vez constituida la correspondiente entidad o sociedad -o modificado el objeto social de una ya existente-, se deberá, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la CNMC, incluyendo la información que se señala en el artículo 5.5 del Reglamento de Prestación de servicios.

Si la notificación no reuniese los requisitos que se señalan en este artículo y no hubieran sido oportunamente subsanados en su caso los defectos formales, la CNMC, en un plazo no superior a quince (15) días, dictará resolución motivada, y la notificación se tendrá por no realizada.

En el caso de que la notificación se ajustase a las previsiones anteriores, el interesado, en el presente supuesto, la entidad o sociedad constituida por el Ayto. de Fregenal de la Sierra adquirirá la condición de operador y podrá comenzar la explotación de la red.

En relación con las condiciones que han de cumplir las AAPP, el artículo 9.4 de la LGTel establece que las AAPP titulares del dominio público han de mantener una separación estructural entre los órganos encargados de la regulación y gestión de los derechos de utilización del dominio público correspondiente y los operadores sobre los que ostenten el control directo o indirecto.

Asimismo, el artículo 9.2 de la LGTel dispone que las AAPP deberán desempeñar las actividades de telecomunicaciones de conformidad con el principio de inversor privado (PIPEM). Los criterios básicos, condiciones y requisitos del PIPEM (posteriormente recogido en la LGTel) se concretan en el artículo 5 de la Circular 1/2010; hasta que se apruebe el real decreto previsto en el artículo 9.2 de la LGTel –que recogerá las excepciones aplicables a este principio-, será de aplicación la Circular 1/2010.

red Asturcón (CNS/D TSA/1460/14/GESTIÓN RED ASTURCÓN) y Acuerdo de 6 de octubre de 2016 por el que se da contestación a la consulta planteada por Vodafone España, S.A. sobre la aplicación del artículo 9 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, a los operadores privados de comunicaciones electrónicas con los que contratan las administraciones públicas (CNS/D TSA/063/16/VODAFONE WIFI MUNICIPAL).

¹⁰ Acuerdo de 9 de octubre de 2014, citado en la nota al pie anterior.

De igual forma, el referido artículo 9.2 indica que la prestación a terceros por operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas se realizará con la debida separación de cuentas, respetando los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación, y cumpliendo con la normativa sobre ayudas de Estado a que se refieren los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Finalmente, es preciso indicar que la falta de comunicación previa al Registro de Operadores de la CNMC del inicio de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, la falta de comunicación sobre cualquier modificación o sobre la ampliación de los servicios prestados, podrían constituir una infracción muy grave de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 76.2 de la LGTel, **por lo que se le insta a que regularice su situación registral lo antes posible.**

IV. CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA

a) **Sobre la regulación aplicable a la ocupación de la infraestructura física de Telefónica para el despliegue de una red de fibra óptica**

El Ayto. de Fregenal de la Sierra consulta si *“es posible la compartición de dichos postes con Telefónica, mediante acuerdo o mediante gratificación económica”*. Al margen de posibles acuerdos o convenios voluntarios que pueda firmar la administración pública con el operador, para la contestación de esta consulta desde el punto de vista de las obligaciones que tenga Telefónica para atender la solicitud formulada, esta Comisión considera conveniente exponer la normativa reguladora sectorial y los procedimientos aplicables para la ocupación de las infraestructuras físicas de Telefónica.

Como ya se ha indicado en el apartado relativo a la “Habilitación Competencial” de la CNMC para responder la presente consulta, como consecuencia de las obligaciones de acceso y transparencia impuestas a Telefónica, en calidad de operador designado con PSM, el 24 de febrero de 2016, en virtud de la Resolución que aprobó 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, esta operadora está obligada a 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.

Además, Telefónica está obligada a publicar 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 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)¹¹. Esta oferta ha sufrido diversas revisiones, siendo la aplicable en el momento de la consulta del Ayuntamiento la oferta aprobada por Resolución de 18 de enero de 2018¹².

En virtud de lo dispuesto en dicha oferta MARCo de Telefónica, esta operadora está obligada a poner a disposición de los operadores de comunicaciones electrónicas que desplieguen redes de acceso de fibra óptica o cable coaxial al público en el ámbito territorial definido en dicha Resolución¹³, 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-. La oferta MARCo indica las limitaciones de uso de estas infraestructuras, la reserva de espacio que se debe dejar para su mantenimiento, sus posibles ampliaciones y las normas de actuación cuando haya escasez de espacio en las infraestructuras que le soliciten.

Para el adecuado cumplimiento de esta obligación, los operadores, que pueden beneficiarse de dicha obligación de acceso para el despliegue de sus redes en

¹¹ 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).

¹² Aprobada en el expediente OFE/DTSA/010/17/ANEXOS MARCO. 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).

¹³ 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).

zonas urbanas o urbanizables, y acepten acogerse a la referida oferta MARCo, mediante su aceptación o adhesión a la oferta debidamente comunicada a Telefónica (Acuerdo MARCo¹⁴), 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.

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 en la oferta MARCo.

Para poder solicitar el acceso a las infraestructuras físicas de Telefónica, es necesario disponer de la condición de operador autorizado, esto es, debidamente inscrito en el Registro de Operadores de esta Comisión y, por tanto, habilitado para explotar redes públicas y prestar servicios de comunicaciones electrónicas, tal y como establece el contrato-tipo para la provisión por parte de Telefónica de servicios MARCo (ver Anexo III de la oferta MARCo).

Asimismo, se le informa de que la explotación de una red de fibra óptica para la prestación de servicios en autoprestación no da derecho a solicitar el acceso a las infraestructuras MARCo de Telefónica¹⁶, ya que la obligación impuesta a este operador, de prestar este tipo de servicio mayorista de acceso, tiene por objeto promover la competencia efectiva entre los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas a usuarios finales (al público) en condiciones comerciales -en calidad de inversor privado-, para reducir sus costes de despliegue de infraestructuras de comunicaciones electrónicas de alta velocidad y en beneficio de los usuarios finales.

Una vez regularizada la situación registral, la entidad o sociedad que explote y gestione la red de fibra óptica de su titularidad podrá solicitar a Telefónica la firma de un Acuerdo Marco y comprobar que Telefónica gestiona los postes afectados al amparo del servicio MARCo y, en ese caso, regularizar con esta operadora la ocupación de dichos postes que se ha llevado a cabo sin su autorización. Si es así, tendrá que solicitar -a través del portal NEON- el acceso a esta infraestructura física y pagar los precios devengados, siguiendo lo dispuesto en la oferta MARCo de Telefónica.

¹⁴ Este Acuerdo Marco recoge todas las obligaciones y derechos de las partes que lo suscriben, esto es, de Telefónica y del operador solicitante de la ocupación de sus infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo.

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.

¹⁶ Cuestión distinta son los acuerdos privados a los que pueda llegar con Telefónica, para este fin, al margen de los servicios regulados, tal como se ha indicado *ut supra*.

Al margen de la regulación analizada, procede recordar que Telefónica está también obligada a facilitar el acceso a sus infraestructuras físicas, de conformidad con el artículo 3.5.b) del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, siempre que el acceso se solicite para instalar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad y se sigan los procedimientos y cumplan los requisitos establecidos en aquel real decreto -existiendo excepciones a la ocupación y debiendo solicitarse el acceso con anterioridad a dicha ocupación-.

b) Sobre la pérdida o no por parte de Telefónica de la propiedad de unos postes localizados en un predio de dominio privado, debido al presunto abandono de los mismos como consecuencia de su falta de uso.

Procede indicar al Ayto. de Fregenal de la Sierra que no corresponde a esta Comisión la supervisión y el asesoramiento de los derechos de servidumbre de paso que tenga Telefónica para la localización de sus infraestructuras físicas en predios de dominio privado, tal y como se solicita conocer a través de la presente consulta, al trascender este análisis de las funciones que a nivel sectorial ejerce la CNMC, conforme a las competencias que tiene encomendadas por la LGTel.

No obstante, esta Comisión considera que, ante la falta de acreditación en contrario, existe una presunción posesoria de buena fe en favor de Telefónica en relación con, en este caso, los postes localizados en un predio de dominio privado, si estos se encuentran en el sistema NEON (MARCo) de Telefónica, como sujetos a la obligación de acceso que tiene impuesta la operadora. Sobre la presunción posesoria se ha pronunciado el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia de 10 de julio de 1987 (Sentencia núm. 4931/1987)¹⁷, en la cual se señala:

“No se puede estimar una falta de buena fe, porque la buena fe se presume siempre y, especialmente, en materia de posesión como previene el artículo 434 del Código Civil. Esta buena fe es compatible con la posible insuficiencia o inexistencia de justo título, porque, aunque justo título y buena fe son materias de íntima relación, cabe que, por parte del poseedor, se haya producido un error en la interpretación de los hechos o documentos, excluyente, en principio, del dolo, término equivalente al de la mala fe y contrario al de buena fe.”

Dicha presunción posesoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 434 del Código Civil, admite prueba en contrario, pero esta prueba ha de ser aportada por aquel que niegue la existencia de tal derecho (en este caso, el propio Ayto. de Fregenal de la Sierra). A este respecto, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de junio de 1992 (Sentencia núm. 5184/1992), donde se declaró que *“la presunción de buena fe en la posesión que proclama el*

¹⁷ Citada en posteriores sentencias del TS, como la de 18 de septiembre de 2015 (recurso de casación núm. 1906/2013).

artículo 434 del Código Civil, en cuanto la naturaleza «iuris tantum», puede ser destruida por la prueba en contrario (...).”

Pues bien, aplicando al presente caso esta doctrina jurisprudencial, se indica que el Ayto. de Fregenal de la Sierra no ha aportado ni mencionado documento alguno que haga dudar de la posesión de Telefónica en relación con las infraestructuras objeto de la presente consulta, con independencia de que en la actualidad no las esté utilizando –aspecto que esta Comisión desconoce-. A tales efectos, el Ayto. de Fregenal de la Sierra puede consultar el Registro Catastral¹⁸ para confirmar si aún consta vigente a nombre de Telefónica el derecho de servidumbre de paso sobre la finca privada en la que ha desplegado su red a través de los postes presuntamente de propiedad de esta operadora.

En su consulta, esa Administración Local alega que, mediante correos electrónicos -cuya copia, en cualquier caso, no ha aportado a este organismo junto con su escrito de consulta-, ha comunicado a Telefónica el proyecto completo de despliegue, incluyendo mapas y situación y trazado de postes, sin haber obtenido respuesta alguna al respecto.

En el caso de que así hubiera ocurrido, esta Comisión entiende que Telefónica debió de informar al Ayuntamiento sobre su posibilidad o no de desplegar su red de fibra óptica a través de los referidos postes localizados en una finca de dominio privado de su municipio, en función de si los postes son de su titularidad o son gestionados por la compañía.

No obstante, en línea con lo ya comentado, se recomienda al Ayuntamiento consultante que regularice su situación registral, si despliega y explota una red pública de comunicaciones electrónicas, para que, en caso de que esté interesada en prestar servicios a usuarios finales a través de su red de fibra óptica, la empresa que constituya con este objeto pueda adherirse a la oferta MARCo de Telefónica y ver si dichos postes constan como infraestructuras sujetas a la oferta MARCo, a través del portal NEON.

Si así fuera el caso, como anteriormente se señalaba, seguidamente, esta empresa debería regularizar el despliegue irregular de la red de fibra óptica de titularidad del Ayto. de Fregenal de la Sierra, mediante la gestión de la petición de acceso a dichos postes a través del citado portal NEON, pagando los costes económicos que dicha solicitud conlleve y siguiendo las prescripciones técnicas que procedan, conforme establece la oferta MARCo.

¹⁸ Según informa la Dirección General del Catastro esta tiene suscrito convenios con distintas entidades locales, para que a través de los Ayuntamientos o las Diputaciones Provinciales se presten una serie de servicios catastrales sobre bienes rústicos y urbanos. En concreto, el Ayto. de Fregenal de la Sierra tiene firmado un convenio para que a través de la Diputación Provincial se preste estos servicios (ver enlace <http://www.catastro.minhap.gob.es/esp/entidadeslocales.asp>)

c) Respecto a si Telefónica puede denunciar la ocupación indebida de sus postes por parte del Ayto. de Fregenal de la Sierra para el despliegue de su red de fibra óptica y si dicha situación puede regularizarse

A este respecto, se indica que, efectivamente, Telefónica podría poner en conocimiento de esta Comisión que ha detectado la presencia de redes y equipos instalados sobre sus infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCO (como los postes radicados en la localidad de Fregenal de la Sierra) sin su autorización, al objeto de que se le permita tomar medidas al respecto, como regularizar esta situación en términos técnicos y económicos con la Administración Local, de acuerdo con lo dispuesto en la oferta MARCO, o autorizarle a levantar la fibra instalada por la entidad local en sus postes sin su autorización, procediendo a restablecer los postes al estado en que se encontraban con anterioridad a dicha ocupación irregular.

Pues bien, cumpliendo en cualquier caso el principio de proporcionalidad que debe regir la actividad de este organismo, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cualesquiera de estas dos medidas podrían ser autorizadas por este organismo, ya que este tipo de situaciones impiden a Telefónica el correcto cumplimiento de su obligación regulatoria de proporcionar a los operadores, que operan correctamente en el mercado y tengan firmado su correspondiente acuerdo MARCO con esta empresa, información actualizada sobre las características técnicas y físicas de sus infraestructuras susceptibles de ocupación, tal y como establece la oferta MARCO.

Además, cabe indicar que la realización de ocupaciones indebidas de infraestructuras sujetas a la oferta MARCO, sin cumplir con los procedimientos y condicionantes técnicos y económicos que establece dicha oferta, es considerada por esta Comisión como una conducta que pudiera afectar a la competencia en el mercado o, en cualquier caso, que perjudica a los operadores que, para poder beneficiarse del acceso a los elementos sujetos a dicha oferta, sí cumplen con los citados procedimientos y condicionantes.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, en relación con la consulta planteada por el Ayto. de Fregenal de la Sierra, se concluye que:

- Se recomienda a la Corporación municipal consultante que analice la actividad que esté llevando a cabo de conformidad con lo indicado en este acuerdo, con el objeto de regularizar lo antes posible su actividad como presunto explotador y gestor de una red de comunicaciones electrónicas. Para ello, el Ayto. de Fregenal de la Sierra debe seguir lo dispuesto en la LGTel, según el tipo de explotación que haga de su red de fibra óptica, ya sea en régimen de autoprestación (artículo 7.3 LGTel) o de explotación por

terceros -entidad o sociedad que tenga por finalidad la instalación o explotación de su red- (artículo 9.3 de la LGTel), realizando las oportunas comunicaciones y notificaciones a este Organismo.

- Al margen de acuerdos privados que pueda suscribir con Telefónica u otros operadores, solo en calidad de inversor privado el Ayto. de Fregenal de la Sierra tiene un derecho a acceder a las infraestructuras MARCo de Telefónica, previa la firma de un acuerdo con esta operadora.
- Esta Comisión considera que, si las infraestructuras constan en el sistema NEON de la Oferta MARCo de Telefónica, ante una ausencia de acreditación en contrario, existe una presunción posesoria de buena fe en favor de Telefónica en relación con postes que previamente explotaba Telefónica y sobre los que tenía un derecho de explotación o una servidumbre.
- La sociedad o entidad independiente que constituya o cuyo objeto modifique, a los efectos de que se encargue de la explotación y gestión de su red de fibra óptica, deberá regularizar el despliegue de red realizado sobre la infraestructura física de Telefónica sin su autorización (postes) -si esta constara en el portal NEON-, solicitando correctamente el acceso a dicha infraestructura, a través de los procedimientos establecidos en la Oferta MARCo, previa la firma de un acuerdo de prestación de este servicio mayorista con Telefónica.
- Telefónica se encuentra legitimada para poner en conocimiento de esta Comisión que ha detectado la presencia de redes y equipos instalados sobre sus infraestructuras MARCo sin su autorización, a los efectos de que se le autorice a regularizar esta situación en términos técnicos y económicos frente al Ayto. de Fregenal de la Sierra o a retirar las redes y equipos que fueron instalados en sus postes de forma unilateral por esta Administración Local, procediendo a restablecer estas infraestructuras físicas al estado en que se encontraban con anterioridad a su ocupación irregular.