

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO INTERPUESTO POR NUEVA WIFI360, S.L. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA OFERTA MAYORISTA DE ACCESO A REGISTROS Y CONDUCTOS

CFT/DTSA/023/18/WIFI360 vs. TELEFÓNICA MARCO

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 17 de diciembre de 2019

Finalizada la instrucción del procedimiento administrativo con nº CFT/DTSA/023/18, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto de acceso presentado por Nueva Wifi360

Con fecha 7 de mayo de 2018, se recibió en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito presentado por Nueva Wifi360, S.L. (WIFI360), por el que interponía un conflicto de acceso contra Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica), por el presunto incumplimiento de ciertos aspectos de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo). WIFI360 manifiesta, de una parte, haber sufrido retrasos injustificados en la concesión de las claves de acceso a NEON¹, que le habrían generado una desventaja competitiva frente a Telefónica en el despliegue de red de fibra óptica en la urbanización “El Bosque”².

¹ Nuevo Entorno para Operadores Nacionales.

² Municipio de Chiva, Valencia.

Por otra parte, WIFI360 señala que, una vez consiguió acceder a NEON y solicitar las SUC³, descubrió en los replanteos con Telefónica que el estado de las canalizaciones era desastroso, que las arquetas no coincidían con las especificaciones de MARCo, y que el tendido de fibra de Telefónica se estaba realizando sin subconductación y sin TDUX⁴ de obturación. Por ello, WIFI360 indica que se vio obligado a realizar trabajos de tendido de subconductos, reparaciones y desobstrucciones de hasta 24 tramos de canalizado.

Asimismo, WIFI360 señala que, al mes y medio de su petición de SUC, se encontró con un técnico subcontratado de Telefónica que realizó el tendido de su red sin subconductor. Por consiguiente, y en virtud de los retrasos de once meses que sufrió en la entrega de las claves de acceso a NEON, WIFI360 entiende que Telefónica ganó el tiempo suficiente para anticipar su despliegue y adquirir una ventaja competitiva que le ha generado a WIFI360 un daño comercial “*incalculable*”.

Por último, en relación con la infraestructura integrada en la Oferta MARCo utilizada para el despliegue de redes de fibra óptica, WIFI360 cuestiona la titularidad de Telefónica sobre las canalizaciones existentes en la urbanización “El Bosque”. Por ello, WIFI360 solicita a la CNMC lo siguiente:

“Que se le requiera a Telefónica los documentos que acrediten la inversión realizada en la construcción de las canalizaciones existentes en la urbanización “El Bosque”. De manera que quede probado que las canalizaciones son propiedad de Telefónica y que por tanto procede el pago por parte de WIFI360, de los costes asociados en concepto de pago de replanteos y SUC.

El operador manifiesta que lo anterior lo pone en conocimiento de esta CNMC únicamente “*para que dirima y resuelva conforme a la regulación vigente en materia de competencia lo que aquí se expone*”.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento administrativo y requerimiento de información a los interesados

Mediante escritos de 7 y 11 de junio de 2018, se notificó a WIFI360 y a Telefónica, respectivamente, el inicio del procedimiento de conflicto, otorgándoles un plazo de diez días para que realizaran las alegaciones que tuvieran por convenientes.

Asimismo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se realizó un requerimiento de información a ambos operadores, con el objeto de comprobar y esclarecer los hechos denunciados y

³ Solicitud de Uso Compartido (SUC).

⁴ Sistema de obturación utilizado por Telefónica: bolsa de aire empleada para la obturación de conductos con el objetivo de evitar la entrada de gases, agua o animales.

en virtud de los cuales deberá pronunciarse la resolución del presente procedimiento.

Por último, en el mencionado escrito de 7 de junio de 2018, se comunicó a WIFI360 que la CNMC había advertido que no constaba inscrito⁵ en el Registro de Operadores como operador habilitado para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, actividad que estaría llevando a cabo al desplegar redes FTTH⁶. Por ello, se requirió al operador que regularizara su situación mediante la comunicación al Registro de Operadores al amparo del artículo 6.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel).

TERCERO.- Acceso al expediente por parte de Telefónica

En fecha 13 de junio de 2018 Telefónica presentó un escrito solicitando acceso al expediente y copia de la documentación obrante en el mismo, de conformidad con lo establecido en los artículos 13.d) y 53.a) de la LPAC.

Mediante escrito de 15 de junio de 2018, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) le concedió acceso al expediente de referencia.

CUARTO.- Solicitud de ampliación de plazo por Telefónica

El 20 de junio de 2018 Telefónica presentó otro escrito solicitando la ampliación del plazo inicialmente otorgado por el tiempo máximo permitido al amparo de lo establecido en el artículo 32 de la LPAC, ampliación que se otorgó parcialmente por tres días hábiles adicionales.

QUINTO.- Contestación a los requerimientos de información y escrito de alegaciones de WIFI360 y de Telefónica

Con fechas 23 de junio y 2 de julio de 2018 tuvieron entrada en el registro de la Comisión escritos de WIFI360 y Telefónica, por los que respondían a los requerimientos de información formulados.

SEXTO.- Comunicación de inicio de actividad e inscripción en el Registro de Operadores

El 8 de julio de 2018, WIFI360 notificó al Registro de Operadores de la CNMC su intención de ampliar su inscripción a la actividad consistente en la explotación de una red terrestre de fibra óptica⁷. Mediante Resolución del Secretario de la

⁵ Figuraba inscrito en el Registro de Operadores desde el 15 de septiembre de 2016, pero únicamente como persona autorizada para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet y reventa del servicio telefónico fijo disponible al público en acceso directo.

⁶ *Fiber to the Home* – Fibra hasta el hogar.

⁷ Expediente RO/DTSA/0730/18

CNMC de 11 de julio de 2018, se acordó inscribir a WIFI360 en el Registro de Operadores como persona autorizada para la actividad notificada.

SÉPTIMO.- Requerimiento de información a WIFI360

Con fecha 20 de diciembre de 2018, esta CNMC requirió a WIFI360 determinada documentación a los efectos de complementar la información aportada en los escritos anteriores, por ser necesaria para la resolución del procedimiento. El 24 de diciembre de 2018 WIFI360 presentó su escrito de contestación al requerimiento de información, en el que formulaba determinadas alegaciones y aportaba documentación.

OCTAVO.- Nuevos requerimientos de información a WIFI360 y Telefónica

El 26 de marzo de 2019, la DTSA requirió a WIFI360 y Telefónica determinada información que todavía se hacía necesaria para la determinación y comprobación de los hechos y datos puestos en conocimiento de esta CNMC.

NOVENO.- Acceso al expediente por parte de Telefónica

Con fecha 2 de abril de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Telefónica, por el que solicitaba acceso al expediente administrativo de referencia, así como obtener copia de la nueva documentación integrante del mismo. Con fecha 3 de abril del mismo año, la DTSA procedió a evacuar el trámite de acceso a la información.

DÉCIMO.- Contestación al requerimiento de información

Con fechas 1 y 15 de abril de 2019 tuvieron entrada en esta Comisión dos escritos de WIFI360 y Telefónica respectivamente, con la correspondiente documentación adjunta, a los efectos de dar contestación a los requerimientos de información anteriormente citados.

UNDÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

El 6 de junio de 2019 mediante sendos escritos de la DTSA declaró confidencial determinada información aportada por Telefónica en sus escritos de 2 de julio de 2018 y 15 de abril de 2019 y de WIFI360 aportada en sus escritos de 7 de mayo, 23 de junio y 24 de diciembre de 2018.

DÉCIMOSEGUNDO.- Trámite de audiencia

Con fecha 13 de septiembre de 2019, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se puso a disposición de los interesados el informe de la DTSA, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

Con fechas 17 de septiembre y 2 de octubre de 2019, respectivamente, se recibieron los escritos de alegaciones de WIFI360 y Telefónica.

DÉCIMOTERCERO.- Declaración de confidencialidad

El 18 de octubre de 2019 mediante sendos escritos de la DTSA, se declaró confidencial determinada información aportada por WIFI360 y por Telefónica en sus escritos 17 de septiembre y 2 de octubre de 2019, respectivamente.

DÉCIMOCUARTO.- Informe de la Sala de Competencia

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

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de acceso al servicio MARCo, presentado por WIFI360 contra Telefónica en relación con la titularidad de unas infraestructuras ubicadas en el municipio valenciano de Chiva, urbanización “El Bosque”, y con el seguimiento de lo previsto en la Oferta MARCo por parte de Telefónica⁸.

WIFI360 ha alegado cuestiones que pueden agruparse en tres áreas: **(i) derechos de Telefónica sobre las infraestructuras de telecomunicaciones de la urbanización “El Bosque” incluidas en la Oferta MARCo;** **(ii) el retraso injustificado de Telefónica en la provisión tanto del contrato MARCo como de las claves de acceso a NEON y su supuesta ventaja competitiva;** **(iii) y, finalmente, el seguimiento de los procedimientos previstos en la Oferta MARCo, por parte de Telefónica.**

A la vista de algunas de las peticiones o sugerencias que realiza WIFI360 en el marco del presente conflicto, se adelanta que la labor de intervención de la CNMC se ciñe estrictamente al ámbito de las competencias que legalmente tiene reconocidas –ver Fundamento siguiente- y, en consecuencia, los puntos alegados por WIFI360 referentes al daño comercial y económico sufrido por la

⁸ Ver asimismo el Fundamento Jurídico Material Primero, sobre el ámbito del presente expediente.

actuación de Telefónica no serán analizados por esta Comisión, debiendo dirigirse en su caso al organismo competente a tal efecto.

Así, la determinación de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por WIFI360 escapa del ámbito material del presente conflicto, al tratarse de una cuestión de carácter privado que deberá dirimirse, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹, que ha señalado que la CNMC *“no es competente para pronunciarse, al resolver los conflictos de acceso, sobre las consecuencias meramente patrimoniales de aquellos incumplimientos, entre las que se encuentran la compensación por los retrasos (STS de 23 de marzo de 2017, rec. 2420/2014) o el pago de las penalizaciones pactadas que no son, a la postre, sino una modalidad de desembolso económico que un operador habrá de hacer a favor de otro por causa de sus incumplimientos contractuales, dolosos o culposos (STS 5 de septiembre de 2008 (rec. 779/2005) de 14 de noviembre de 2011, de 18 de enero de 2012, de 24 de abril de 2012, 18 de enero de 2013 y 23 de marzo de 2017 (rec. 2420/2014). (...)”*.

[CONFIDENCIAL VERSIÓN PÚBLICA (VP)]

. FIN CONFIDENCIAL]

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

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), este organismo *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”*, correspondiéndole a estos efectos *“realizar las funciones*

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2018, recurso 2613/2016.

atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^{10]}, 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 el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para la resolución del presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre los derechos de Telefónica sobre las infraestructuras y aplicación de la Oferta MARCo al despliegue de red de WIFI360

En primer término, WIFI360 manifiesta que, según la gerencia de la urbanización, las inversiones en las infraestructuras de telecomunicaciones no fueron pagadas por Telefónica. No obstante, no aporta documentación acreditativa de la supuesta falta de titularidad o derecho de uso de Telefónica sobre las infraestructuras de la urbanización, ni tampoco acredita la supuesta comunicación de la gerencia de la urbanización relativa a la falta de inversión de Telefónica. A este respecto, en su escrito de alegaciones de 23 de junio de 2018, WIFI360 indica que corresponde a Telefónica acreditar su titularidad sobre las infraestructuras.

Tanto de la comunicación que mantuvo con la gerencia de la urbanización como del mal estado de las infraestructuras de la urbanización, WIFI360 parece entender que Telefónica no ostenta ningún derecho sobre las mismas. Según la empresa solicitante, la Oferta MARCo se habría aplicado indebidamente al despliegue de WIFI360, pues habría incurrido en costes para la formalización de las SUC y replanteos que no procederían, al no ostentar Telefónica derecho alguno sobre las infraestructuras. Por ello, solicitó a esta Comisión que requiriera

¹⁰ En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

a dicha operadora que acreditase la titularidad de los elementos, a los efectos de determinar la procedencia de pago por la utilización de los mismos para el despliegue de su red.

I. Componentes del servicio MARCo

La Oferta MARCo es la implementación práctica de las obligaciones de transparencia y no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil de Telefónica, establecida en el Anexo 3 de la Resolución de revisión de los mercados de banda ancha de 24 febrero de 2016¹¹. Esta oferta recoge el conjunto de servicios que Telefónica debe prestar para facilitar dicho acceso, sus condiciones técnicas, económicas y procedimientos asociados.

El servicio MARCo permite a los operadores -explotadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas- acceder al uso compartido de infraestructuras de obra civil de Telefónica, en particular a canalizaciones, elementos de registro y postes, para llevar a cabo el despliegue de sus redes de acceso de nueva generación (NGA), ya estén basadas en portadores de fibra óptica o de cable coaxial. La aplicación de la oferta de referencia se instrumenta mediante la firma del contrato del servicio MARCo entre el operador demandante de acceso y Telefónica¹².

La provisión del servicio se gestiona mediante el sistema MARCo, desarrollado por Telefónica a través de NEON. Este sistema facilita la gestión de los diferentes hitos, procesos e interacciones entre Telefónica y los terceros operadores durante las diversas fases del servicio. Asimismo, sirve como repositorio de la documentación relativa a las solicitudes de los operadores (actas de replanteo firmadas, memorias descriptivas y planos o esquemas).

I.1 Servicio de información de conductos y otras infraestructuras de obra civil (SICO)

Con este servicio Telefónica ofrece a los operadores visibilidad de las áreas de cobertura ofrecida, facilitando la planificación de sus despliegues en remoto desde ESCAPEX. Los distintos elementos de registro se identifican con un código para facilitar su referenciación.

La figura siguiente muestra un ejemplo del tipo de información cartográfica a la que pueden acceder los operadores a través de ESCAPEX.

¹¹ Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (ANME/D TSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4).

¹² El modelo de dicho contrato se incluye como anexo VIII en la oferta.

asignación que se formaliza en la denominada “*acta de replanteo*”, quedando una copia digitalizada de la misma almacenada en el sistema MARCo. Puede ocurrir que, a la vista de la situación real observada, sea necesario modificar el recorrido inicialmente previsto y solicitado por el operador.

II. Sobre los derechos de Telefónica sobre las infraestructuras en el caso analizado en el presente expediente

Según lo dispuesto en la propia Oferta MARCo, Telefónica tiene la obligación de dar acceso a todas aquellas infraestructuras “*sobre las cuales esa operadora ostente un derecho de uso*”.

En los mismos términos, la cláusula segunda del contrato tipo establece, de forma expresa:

“2.1 El presente Contrato tiene por objeto establecer las condiciones, en virtud de las cuales TELEFONICA DE ESPAÑA presta a OPERADOR AUTORIZADO el servicio Mayorista MARCO de Acceso a Registros y Conductos (en adelante, el Servicio) por el que TELEFONICA DE ESPAÑA cede a OPERADOR AUTORIZADO a cambio de precio y previa petición específica por parte de éste y comprobación por TELEFONICA DE ESPAÑA de la disponibilidad técnica para ello, el derecho de uso compartido de las infraestructuras de obra civil sobre las que TELEFONICA DE ESPAÑA ostente un derecho de uso, posibilitándose de este modo la instalación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones para los que OPERADOR AUTORIZADO se encuentre legalmente habilitado.

(...)

2.2 El objeto del presente Contrato se contrae al uso compartido de las infraestructuras, sobre las que TELEFONICA DE ESPAÑA ostente un derecho de uso, por parte de OPERADOR AUTORIZADO y, consiguientemente, no significa modificación alguna de las condiciones de prestación de ningún otro servicio de telecomunicaciones que pueda estar vigente entre las partes.”

De conformidad con lo señalado por esta Comisión en la Resolución de análisis de los mercados de banda ancha anteriormente citada, la obligación impuesta a Telefónica de acceso a infraestructuras de obra civil “*ha de ser necesariamente de contenido genérico, incluyendo toda infraestructura en posesión de Telefónica o que pueda ser usada por Telefónica, e independientemente de que la misma se encuentre en dominio público o privado.*”

En este aspecto, nos remitimos a la doctrina de esta Comisión y de la CMT analizada profusamente en la reciente Resolución de 5 de septiembre de 2019¹⁴, que, entre otros precedentes, destaca los siguientes:

¹⁴ Resolución del conflicto de acceso al servicio marco entre Iguana Comunicacions, S.L. y Telefónica de España, S.A. en las localidades de Igualada y Masquefa. (CFT/D TSA/003/18).

“Esta doctrina ha sido puesta de manifiesto por esta Comisión en reiteradas ocasiones, entre otras, en la reciente Resolución de 30 de abril de 2019¹⁵, en la que expresamente se señala lo siguiente:

“(…) la oferta no contempla unas obligaciones diferenciadas en función del título jurídico ostentado por Telefónica sobre sus infraestructuras (ya sea como propiedad, posesión, uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público municipal, etc.), por lo que la determinación expresa del derecho real ostentado por Telefónica en los acuerdos de uso compartido de infraestructuras no se ha considerado oportuna por parte de esta Comisión, y en el mismo sentido se ha manifestado la Audiencia Nacional en sus sentencias de 22 de mayo de 2012 (nº de recurso 747/2009) y de 24 de septiembre de 2014 (nº de recurso 680/2012).

En efecto, en la primera de las sentencias referenciadas (mencionada expresamente en la segunda), la Audiencia Nacional señala lo siguiente:

«El Tribunal comparte los fundamentos de la resolución de 1 de octubre de 2009, decisoria de la reposición, en el sentido de resultar irrelevante, a efectos de acordar el uso compartido de las infraestructuras y para fijar las condiciones económicas de dicha compartición, el título jurídico (o, justamente, al contrario, la carencia de éste) que Telefónica pueda ostentar sobre las canalizaciones y demás infraestructuras existentes en el dominio público municipal.

También es irrelevante, con independencia de aquel título, si Telefónica ostentaba cuanto menos la posesión de aquellas infraestructuras cosa que, como hemos visto, sigue ésta defendiendo en sus argumentos defensivos en el presente recurso.

La complejidad de la cuestión, a la postre, queda en buena medida disipada si se repara en que las cantidades que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fija no han sido establecidas "por compartir" infraestructuras sino "con ocasión de compartir" infraestructuras. Si estuviéramos ante el primero de estos casos ciertamente la premisa de la titularidad de las infraestructuras de cuya compartición se trata pasaría a un primer plano y también lo haría una cierta percepción subjetiva de injusticia pues se obligaría al pago por compartir algo que no es de aquél al que se ha de pagar.

Pero, como decimos, no es éste el caso sino la decisión, bien distinta, de que "con ocasión" de acordar la compartición de aquellas infraestructuras, se actúa una decisión regulatoria que

¹⁵ Resolución sobre la revisión de la Oferta MARCo para facilitar el despliegue de redes NGA en zonas de baja densidad poblacional (OFE/DTSA/012/17).

tiene por objeto evitar que una de las operadoras se beneficie de los gastos que otra operadora afrontó. (...)»

Esta Comisión entiende que la obligación de acceso debe mantener su carácter marcadamente genérico, ya que la introducción de requisitos tales como la justificación por parte de Telefónica de los costes incurridos durante la ejecución de todas y cada una de las infraestructuras ejecutadas, podría suponer una importante ralentización de los procesos de acceso. Se considera más adecuado, en este sentido, que los litigios que puedan surgir en relación con esta cuestión se resuelvan vía conflicto de acceso, tal y como ha venido efectuando la CNMC hasta el momento.”

En el mismo sentido, la Resolución de 18 de octubre de 2016¹⁶ expresamente señala lo siguiente:

“Resulta por tanto intrascendente para la determinación de esta obligación el título jurídico que ostente Telefónica sobre sus infraestructuras (propiedad; posesión; uso privativo o aprovechamiento especial de dominio público municipal, etc.), por lo que no se considera necesario que este dato figure expresamente en el sistema ESCAPEX, al no existir para Telefónica unas obligaciones diferenciadas en función de la calificación del derecho real que tiene sobre las mismas.

Esta interpretación se ajusta a las sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2012 (nº de recurso 747/2009) y de 24 de septiembre de 2014 (nº de recurso 680/2012), que vienen a confirmar la irrelevancia, a efectos de acordar el uso compartido de las infraestructuras y para fijar las condiciones económicas de dicha compartición, del título jurídico que Telefónica pueda ostentar sobre las canalizaciones y demás infraestructuras existentes en el dominio público municipal.”

De hecho, esta cuestión ha sido objeto de debate en numerosas resoluciones anteriores, pudiendo resaltarse, a tal efecto, lo dispuesto en la aprobada por la CMT el 5 de julio de 2012, sobre la revisión de la Oferta MARCo¹⁷, en la que ya entonces se señalaba que:

“(…) aun cuando en la mayoría de los casos el acceso a la infraestructura de obra civil se solicitará respecto a infraestructura situada en dominio público, es cierto que nada obsta para que dichas solicitudes puedan articularse también respecto a infraestructura situada en dominio privado.

Por tanto, la denegación de acceso a infraestructuras sin causa justificada, amparándose en la titularidad no exclusiva de las mismas o en su ubicación en dominio privado, constituiría en principio un incumplimiento de las obligaciones que Telefónica tiene impuestas como operador con poder significativo en los mercados 4-5. Todo ello sin perjuicio de que, tal como prevén los artículos 11.4 y 14 de la LGTel, la CMT podrá resolver a través del correspondiente conflicto sobre la

¹⁶ Expediente OFE/DTSA/1242/15.

¹⁷ Expediente MTZ 2011/1477.

denegación de una solicitud de acceso formulada por un tercer operador sobre la base de supuestos problemas derivados de los títulos de propiedad o uso vigentes.”

En definitiva, es claro que la obligación de acceso de Telefónica es de carácter genérico, incluyendo en principio toda la infraestructura que se encuentre en posesión de Telefónica.

Deben tenerse en cuenta, asimismo, en relación con la solicitud formulada por WIFI360 sobre la acreditación por Telefónica de la titularidad o derechos de uso sobre las infraestructuras objeto de conflicto, las dificultades materiales que a esta operadora le puede suponer localizar una gran cantidad de documentos de diferentes tipos y finalidades, los cuales han sido generados a lo largo de muchos años y archivados con diferentes métodos (digitalizado/papel), y que según Telefónica pueden estar en diferentes unidades organizativas de la empresa.

Esta dispersión, tanto temporal como geográfica, en función de la evolución de la empresa, puede requerir de un importante trabajo de localización, revisión y selección, en algunos casos. En particular para las infraestructuras objeto de conflicto, se debe considerar que la zona controvertida localizada en la urbanización “El Bosque” comenzó a construirse en el año 1969.

En su escrito de contestación de 2 de julio de 2018 Telefónica aportó a esta Comisión algunos documentos digitalizados de diferentes tipos representativos de sus derechos de uso sobre las infraestructuras de telecomunicaciones de la urbanización “El Bosque”, entre otros:

[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFONICA

. FIN CONFIDENCIAL]

Por consiguiente, si bien la obligación de acceso de Telefónica es independiente del tipo de derecho real que ostente sobre las infraestructuras, esta Comisión considera que la anterior documentación resulta prueba suficiente de su derecho de uso. En esta consideración influye de manera relevante el hecho de que Telefónica es la única responsable de su mantenimiento, aspecto que se desprende de su escrito de contestación de 15 de abril de 2019. En este escrito Telefónica aporta una serie de facturas relativas a las tareas de mantenimiento que se realizaron de forma paralela a su despliegue con un coste total desglosado en la siguiente tabla:

[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA

FIN CONFIDENCIAL]

Asimismo, se recuerda que la CNMC ve procedente, con la documentación aportada en el marco del presente procedimiento, tomar en consideración la existencia de una presunción posesoria de buena fe a favor de Telefónica en relación, en este caso, con las infraestructuras incluidas en la Oferta MARCo, tal y como prevé el artículo 434 del Código Civil. Tal y como se señaló en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria anteriormente citada de 5 de septiembre de 2019:

“En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 1987 (Sentencia núm. 4931/1987), 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, 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 deniegue la existencia de tal derecho. 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 artículo 434 del Código Civil, en cuanto la naturaleza «iuris tantum», puede ser destruida por la prueba en contrario (...)”.

En relación con este aspecto, debe señalarse que WIFI360 no ha aportado documento alguno en el marco del presente procedimiento que haya hecho dudar de la legítima posesión de Telefónica en relación con las infraestructuras objeto del presente conflicto.

En su escrito de inicio, WIFI360 solicitó a esa Comisión que se exigiese a Telefónica que aportase documentación acreditativa de las inversiones realizadas durante la construcción de las infraestructuras objeto del presente conflicto, entendiéndose que, en caso contrario, no tendría obligación de proceder al pago por el uso de las mismas, esto es, por las SUC efectuadas.

Sobre este particular, en la Resolución de 1 de octubre de 2009, anteriormente citada, la CMT se pronunció en el siguiente sentido:

“(...) debe señalarse que el hecho de que no se acrediten los costes concretos incurridos por Telefónica en la construcción de las infraestructuras no se considera justificación suficiente para eximir el pago a Telefónica de una contraprestación económica.

Además, Telefónica había puesto de manifiesto durante la tramitación del procedimiento que las infraestructuras objeto del conflicto fueron construidas hace mucho tiempo, lo que complicaba la labor de localizar la documentación relativa a los costes de la instalación (...)”

En este sentido, se considera que Telefónica no tiene que acreditar los costes en los que incurrió para la construcción de las infraestructuras, a fin de probar su derecho sobre las mismas.

Por consiguiente, se entiende que la Oferta MARCo es aplicable a las infraestructuras presentes en la urbanización “El Bosque”, incluidas en dicha oferta, de manera que su uso genera un derecho de cobro a favor de Telefónica.

III. Abono del coste de las SUC formalizadas en el marco del presente conflicto

De conformidad con la documentación obrante en el presente expediente, las nueve SUC formalizadas por WIFI360 a partir de febrero de 2018, a efectos del despliegue de su red en la urbanización “El Bosque” son las siguientes¹⁸:

[CONFIDENCIAL VP

FIN CONFIDENCIAL]

Tal y como ha señalado Telefónica en sus respectivos escritos de contestación, WIFI360 no ha procedido al pago de ninguna factura correspondiente a las SUC referenciadas. En este sentido, WIFI360 manifestó a Telefónica que, en tanto no se resolviera el presente conflicto, no atendería pagos que, en su opinión, no le corresponde abonar. Como resultado, todas las facturas emitidas por Telefónica en relación a las SUC referenciadas fueron devueltas por WIFI360, acumulándose actualmente una deuda total a pagar de **[CONFIDENCIAL VP FIN CONFIDENCIAL]**.

Tomando en consideración lo expuesto anteriormente, esta Comisión no ha encontrado justificación alguna para el impago de las referidas facturas, las cuales deben ser abonadas por WIFI360 en los términos establecidos en la Oferta MARCo, desde el momento en que las SUC fueron confirmadas, siendo posible solicitar los intereses de demora acumulados de conformidad con la oferta MARCo¹⁹.

SEGUNDO.- Sobre los retrasos en la firma del contrato MARCo y en la provisión de las claves de acceso a NEON

¹⁸ Se excluye de la relación de SUC objeto del conflicto la solicitud de 24 de enero de 2018, que figura en el cuadro, que fue anulada por la empresa.

¹⁹ La cláusula Vigésimo Cuarta del contrato-tipo de la oferta MARCo (firmado por las partes), para supuestos de impagos de facturas, establece que: “El tipo de interés aplicable a las cantidades debidas en concepto de mora será el EURIBOR a 30 días más un margen de 0,5 puntos porcentuales si el retraso respecto a la fecha de vencimiento es igual o inferior a 30 días y el EURIBOR a 30 días más un margen de 2 puntos porcentuales si éste es superior. Se entenderá por EURIBOR el que figure en la página del Banco de España en Internet (<http://www.bde.es>), dentro de la sección Tipos de interés / Tipos de interés (datos diarios) / Tipos de interés del mercado interbancario.”

WIFI360 manifiesta que inició las conversaciones con Telefónica para formalizar el contrato para la provisión del servicio MARCo en diciembre de 2016, aproximadamente. Sin embargo, debido a las largas demoras para responder por parte de Telefónica y a los errores de las claves de acceso inicialmente suministradas, no fue hasta mayo de 2017 que pudo firmar el contrato y hasta noviembre de 2017 no recibió correctamente las claves que permitían el acceso a NEON y ESCAPEX.

I. Firma del contrato MARCo y envío de las claves de acceso a NEON en relación con el derecho de acceso

En 2017 se firmó, efectivamente, el contrato MARCo entre WIFI360 y Telefónica. Según WIFI360, su intención, una vez firmado el mencionado contrato, era proceder a la formalización de las distintas SUC, a fin de poder iniciar cuanto antes las labores de despliegue de su red NGA.

Dichas solicitudes de acceso son tramitadas, como ya se ha indicado, a través de la herramienta NEON de Telefónica. Es precisamente por ello que, tras la firma del contrato MARCo y de forma previa a la formalización de cualquier solicitud, Telefónica transmite al operador autorizado las claves de acceso y enlace a NEON. En consecuencia, cualquier demora en la transmisión de las claves y el enlace a NEON implica directamente la incapacidad del operador para poder formalizar sus solicitudes e iniciar el consecuente despliegue de su red.

Se ha constatado que, en el presente caso, desde el inicio de los contactos entre WIFI360 y Telefónica para la suscripción del contrato MARCo, y hasta que WIFI360 pudo acceder a NEON y formalizar las SUC, pasaron en total once meses (de diciembre de 2016 a noviembre de 2017). Primero hubo retrasos en la firma del contrato, la cual no tuvo lugar hasta mayo de 2017 –se desconocen los motivos, no obstante, de la posible demora en la firma del contrato-, y posteriormente, las claves y enlace a NEON no se remitieron correctamente a WIFI360 hasta el 30 de noviembre de 2017.

No obstante lo anterior, no existe una previsión expresa en la Oferta MARCo que establezca un plazo específico en el cual Telefónica deba poner a disposición del operador solicitante tanto el contrato como las claves y enlace a NEON²⁰.

En cualquier caso, desde la aprobación de la Resolución de 22 de enero de 2009²¹ -y actualmente por la aplicación de la Resolución de 24 febrero de 2016

²⁰ Lo que se contempla a efectos de presentar las SUC es la posibilidad de su tramitación en cualquier día laborable, su anulación si durante un plazo de seis meses el operador no avanza su solicitud y la validación de cada solicitud en un plazo de 10 días.

²¹ Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el 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 al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2008/626).

antes citada-, Telefónica tiene la obligación –entre otras– de garantizar a nivel nacional el acceso a su infraestructura de obra civil (incluyendo sus canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes), al considerarse dicha infraestructura un elemento esencial para que los operadores alternativos pudieran proceder al despliegue de nuevas redes NGA. De conformidad con lo dispuesto en las citadas Resoluciones, en efecto, Telefónica debe asumir las siguientes obligaciones:

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

Las obligaciones de acceso y transparencia establecidas en la citada Resolución de 2009 y en la de revisión de los mercados de banda ancha (mercados 3a, 3b y 4) de 24 de febrero de 2016 (véase en particular el Anexo 3), han permitido la configuración de la oferta MARCo, mediante la cual Telefónica ha de facilitar al resto de los operadores, en condiciones de igualdad, el acceso a sus infraestructuras de obra civil.

Así, como se especifica en el Anexo 3 –sobre Obligaciones en relación con el acceso a la infraestructura de obra civil- de la Resolución de los mercados de banda ancha, Telefónica tiene la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso a sus infraestructuras de obra civil, debiendo “*negociar de buena fe con los solicitantes de acceso*” (apartado 1.a), letra b).

Teniendo en cuenta lo anterior, las explicaciones que aporta Telefónica referentes a la existencia de una serie de incidencias de “*carácter absolutamente excepcional*” en las comunicaciones con WIFI360, así como unos problemas en el sistema NEON que, “*en la práctica, impidieron temporalmente la asignación de códigos de usuario a los operadores*”, no justifican una demora tan significativa en el envío del contrato y de las claves para formalización de las SUC.

Independientemente de la ausencia de un plazo expreso en la Oferta MARCo para el envío del contrato y de las claves y enlace a NEON, debe recordarse a Telefónica que tiene una obligación de dar acceso “de buena fe” a sus infraestructuras y de no discriminar en el tratamiento otorgado, en relación con sus propios despliegues y con el de otros operadores alternativos, por lo que debe facilitar acceso de forma ágil y en las mismas condiciones, a todos los operadores.

II. Sobre la falta de habilitación de WIFI360 para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas

En el escrito de inicio del procedimiento remitido a WIFI360, la DTSA puso de manifiesto a esa entidad que, aun cuando WIFI360 constaba inscrita en el Registro de Operadores desde el 15 de septiembre de 2016, sólo figuraba como persona autorizada para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet y reventa del servicio telefónico fijo disponible al público en acceso directo, y no para la actividad de explotación de una red de comunicaciones electrónicas (FTTH), como está definida por el Anexo II de la LGTel.

Se le requirió, en este sentido, la regularización de esta situación en los términos previstos en el artículo 6.2 de la LGTel. En su escrito de alegaciones de 23 de junio de 2018 WIFI360 señaló que procedería a la regularización inmediata de dicha situación, poniendo de manifiesto que desconocía esta obligación.

El hecho de que WIFI360 alegue que desconocía que debía solicitar su inscripción al Registro de Operadores a efectos de poder llevar a cabo el despliegue de su red es un dato relevante a efectos del presente expediente, ya que hasta que se regularizó su situación en julio de 2018²², dicho operador no estaba habilitado para hacer uso del servicio MARCo.

No obstante, en ningún momento Telefónica ha llamado la atención sobre este aspecto para justificar el retraso en la firma del contrato MARCO y en el envío de las claves de acceso a NEON, siendo este retraso independiente de la situación registral de WIFI360, que ha de recibir una respuesta separada. Debido precisamente al retraso de WIFI360 en su despliegue de red, no se considera por parte de esta Comisión que haya indicios claros de incumplimiento de los requisitos exigibles de la normativa sectorial por parte de WIFI360, lo que podría haber sido constitutivo de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.2 de la LGTel, que haría necesaria la incoación de un expediente sancionador.

A este respecto, en su escrito de alegaciones al informe de audiencia Telefónica pone de manifiesto que, hasta el momento, había interpretado que no podía exigir un tipo de licencia determinado a los operadores interesados en adherirse a la Oferta MARCo. Sobre este aspecto particular, esta Comisión recuerda a Telefónica que, efectivamente, en ningún caso se puede exigir a los operadores licencia alguna para poder desempeñar su actividad, pues no es función de Telefónica controlar los títulos habilitantes de los operadores para ejercer su actividad.

Sin perjuicio de lo anterior, Telefónica puede consultar la información pública existente en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones

²² Véase el Antecedente de Hecho Séptimo.

electrónicas a fin de constatar la habilitación del operador con el que contrata. De esta manera, en tanto que la Oferta MARCo se orienta al acceso a infraestructuras para el despliegue de redes NGA (con algunas excepciones) por parte de los operadores habilitados para la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, antes de la suscripción del contrato MARCo Telefónica puede verificar que el operador con el que contrata se encuentra habilitado para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas y comunicarlo, en caso contrario, a esta Comisión²³.

TERCERO.- Sobre el despliegue de redes FTTH de Telefónica en el municipio de Chiva (Valencia)

En su escrito de inicio, WIFI360 alega que, debido a los retrasos injustificados de Telefónica en la formalización del contrato y envío de las claves NEON, esta última ganó el tiempo suficiente para poder posicionarse con su despliegue de FTTH en la urbanización “El Bosque” de forma anticipada a WIFI360. A su juicio, poco después de solicitar las SUC, una empresa subcontratada por Telefónica comenzó a desplegar el tendido de alimentación de su red FTTH sin cumplir el acuerdo MARCo, desplegando cables sin subconductor (esto le habría permitido hacerlo con mayor rapidez y menor coste). Ello constituiría, según el denunciante, una constatación de la ventaja competitiva que en todo momento habría tenido Telefónica con respecto a WIFI360.

Como ha podido demostrar Telefónica en su escrito de contestación de 2 de julio de 2018 y de 15 de abril de 2019, el despliegue de su red en la mencionada urbanización, previo al de WIFI360, no es consecuencia de una estrategia competitiva orientada a posicionarse por delante de WIFI360. Dicho despliegue estaba previsto desde el año 2016 en virtud de la adjudicación de un programa de ayudas del Gobierno, que incluye diversos núcleos de población en el municipio de Chiva, donde se encuentra la urbanización “El Bosque”.

Así, dichas ayudas están contempladas en la edición 2016 del Programa de Extensión de Banda Ancha de Nueva Generación (PEBANG)²⁴, del cual Telefónica fue adjudicatario para las zonas del presente conflicto, tal y como muestran las siguientes tablas²⁵:

²³ De hecho, el contrato-tipo parte de la presunción de que el operador autorizado está inscrito en el Registro de Operadores –Expositivo II-, y su cláusula Trigésimo Cuarta prevé la posible rescisión del contrato motivada por la extinción de la habilitación del operador alternativo, previa decisión de la CNMC.

²⁴ Orden IET/1144/2013, de 18 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas con cargo al Programa de extensión de la banda ancha de nueva generación (modificada por la Orden ETU/275/2017, de 22 de marzo):

<https://avancedigital.gob.es/banda-ancha/ayudas/Paginas/convocatoria-2016.aspx>

²⁵ <https://avancedigital.gob.es/banda-ancha/ayudas/Convocatoriaayudas/Convocatoria%202016/Relacion-proyectos-aprobados-2016.xlsx>



Fondo Europeo
de Desarrollo Regional
"Una manera de hacer Europa"

Lista de Expedientes con Resolución Definitiva de Concesión

LÍNEA	EXPEDIENTE	SITUACIÓN	RAZÓN SOCIAL	COMUNIDAD AUTÓNOMA	PRESUPUESTO FINANCIABLE	AYUDA (€)	SUBVENCIÓN	ANTICIPO FEDER	% AYU	Tecnología
A	TSI-061000-2016-155	EN EJECUCIÓN	TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.	COMUNIDAD VALENCIANA	859.452	343.780	0	343.780	40	FTTH
A	TSI-061000-2016-158	EN EJECUCIÓN	TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.	COMUNIDAD VALENCIANA	188.246	75.298	0	75.298	40	FTTH



Fondo Europeo
de Desarrollo Regional
"Una manera de hacer Europa"

Ámbito geográfico de los proyectos en ejecución

Expediente	Comunidad Autónoma	Provincia	Municipio	Población	Código INE	Código zona de excepción
TSI-061000-2016-155	COMUNITAT VALENCIANA	ALICANTE	ALICANTE	ALICANTE/ALACANT	03014000200	03014000200-zona01
					03014000200	03014000200-zona02
		VALENCIA	CHIVA	CHIVA	46111000100	46111000100-zona11
					46111000100	46111000100-zona06
					46111000100	46111000100-zona03
					46111000100	46111000100-zona08
					46111000100	46111000100-zona01
					46111000100	46111000100-zona07
					46111000100	46111000100-zona10
					46111000100	46111000100-zona04
46111000100	46111000100-zona09					

Este tipo de ayudas son relativas, en este caso, a la extensión de la cobertura de las redes de acceso NGA de muy alta velocidad (100 Mbps o superior), según marcan las bases reguladoras del programa para la llamada "Línea A" de actuación²⁶, pudiendo incluir los enlaces entre las centrales de conmutación y puntos de concentración intermedios anteriores al domicilio del usuario ("backhaul").

Pues bien, estas ayudas fueron convocadas el 30 de mayo de 2016 y Telefónica resultó adjudicataria el 29 de noviembre de 2016²⁷, antes del inicio de los contactos de WIFI360 para la formalización del contrato MARCo. Su aplicación estaba prevista para el ámbito geográfico del municipio de Chiva, entre cuyas zonas se contemplaba la urbanización "El Bosque", tal y como se prevé en la relación de zonas elegibles para la convocatoria del PEBANG de 2016²⁸.

Debe tenerse en cuenta que las bases de la convocatoria de ayudas de 2016²⁹, en su apartado Segundo ("Características de las Ayudas"), señalan que el plazo

²⁶ <http://www.mincotur.gob.es/PortalAyudas/banda-ancha/Normativa/Documents/texto-consolidado-Orden-Bases-Programa-PEBA-NGA-version-no-oficial.pdf>.

²⁷ <http://www.pap.hacienda.gob.es/bdnstrans/GE/es/concesiones>.

²⁸ <http://www.mincotur.gob.es/PortalAyudas/banda-ancha/zonas-elegibles/Zonasactuacion2016/L%C3%ADnea%20A%20y%20C/ca-catalunya-valencia-madrid-murcia.pdf>

²⁹ Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos en el marco del Programa de extensión de la banda ancha de nueva generación (Resolución de Convocatoria PEBA-NGA-1/2016).

de ejecución de los proyectos no puede extenderse más allá del 31 de diciembre de 2018. Por consiguiente, Telefónica tenía la obligación de llevar a cabo su despliegue en el plazo establecido independientemente de las intenciones de WIFI360, o de cualquier otro operador, de desplegar también en la misma zona³⁰.

De esta manera, tras analizar la documentación aportada por Telefónica en sus escritos de 2 de julio de 2018 y de 15 de abril de 2019, se desprende que **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFONICA**

. FIN CONFIDENCIAL] A este respecto, Telefónica ha aportado también partes de obra y facturas de los trabajos de despliegue de la red de alimentación y de la de distribución.

Por ello, tanto los proyectos como el despliegue en sí, estando ya previstos dada la adjudicación de la ayuda pública, se iniciaron con anterioridad al despliegue que posteriormente efectuaría WIFI360 en la mencionada urbanización “El Bosque”. Hay que considerar también que, en la misma línea marcada por el artículo 52 del Reglamento (UE) nº 651/2014³¹, las bases que regulan la concesión de ayudas con cargo al PEBANG indican en su artículo 6.7 que *“en el caso de las ayudas a la construcción de conducciones, estas serán lo suficientemente grandes para dar cabida a varias redes de cable y diferentes topologías de red. Estos servicios de acceso mayorista se ofrecerán en condiciones equitativas y no discriminatorias”*. Ello implica que estaba previsto que el despliegue de red de Telefónica debía de estar orientado a posibilitar la contratación de acceso mayorista posterior –uno de los requisitos para que las ayudas puedan notificarse al amparo del Reglamento de exención por categorías-.

A este respecto, Telefónica indica en sus alegaciones al trámite de audiencia que no ha construido nuevas canalizaciones en la urbanización y que la obligación de compartición de infraestructuras, para Telefónica, proviene de la propia oferta MARCo, por ser operador con poder significativo de mercado (PSM) y sin necesidad de ser beneficiario de subvenciones.

Frente a ello, esta Comisión entiende que las obligaciones de Telefónica proceden de las dos regulaciones mencionadas: de la Resolución de los mercados de banda ancha y del mencionado artículo 6.7 de las bases de la concesión de ayudas, que específicamente prevé la obligación de los beneficiarios de las ayudas de dar acceso mayorista efectivo sin límite de tiempo

³⁰ De hecho, cualquier operador que tuviera interés en desplegar redes NGA en una determinada zona debería haber participado en la consulta pública del Ministerio, a fin de excluir la zona de las elegibles en el proyecto de ayudas públicas.

³¹ Reglamento (UE) no 651/2014, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

a conductos, postes, armarios y arquetas y demás elementos de obra civil, a lo largo de los despliegues de fibra óptica realizados.

Así, las bases específicamente regulan que los costes elegibles para las ayudas están referidos a los necesarios para la creación o adaptación de las infraestructuras de red que sean susceptibles de ser utilizadas por los demás operadores a través de una oferta de acceso mayorista. Por tanto, aun en el caso de que Telefónica no haya instalado nuevas canalizaciones, ha debido adaptarlas para sus propios despliegues, y su proyecto debería posibilitar el acceso mayorista mencionado.

Por consiguiente, esta Comisión considera que ha quedado acreditado que el proyecto de Telefónica fue iniciado con anterioridad, en cumplimiento de los plazos previstos en la orden reguladora de la ayuda pública otorgada, estando referido no sólo al ámbito de la urbanización “El Bosque” sino también a otras zonas del municipio de Chiva. Ello implica que la renovación y actualización de la red de Telefónica no se ha realizado a consecuencia de que WIFI360 manifestara su intención de desplegar su red en esa misma urbanización.

No se ha probado por tanto una intención clara de dañar comercialmente a WIFI360 ni de obtener una ventaja competitiva al ya estar previsto el despliegue de Telefónica, independientemente de los contactos que entre ambos operadores se realizaran a efectos de acceso a través de MARCo.

En su escrito de alegaciones al informe de audiencia, WIFI360 denuncia que a septiembre de 2019 siguen existiendo zonas a cubrir en virtud de la ayuda adjudicada a Telefónica que no han sido objeto de despliegue, o zonas en las que las labores de despliegue se realizaron una vez expirado el plazo de ejecución de los proyectos señalado en las bases de la convocatoria de ayudas de 2016 (31 de diciembre de 2018). Por ello, señala WIFI360, que la deducción lógica sería concluir que el plazo de ejecución de los proyectos no es relevante para Telefónica respecto de las zonas en las que no hay otro operador interesado en desplegar, a diferencia de lo ocurrido en la Urbanización “El Bosque” al haber sido la primera zona en ejecutarse de todas las que constaban en las ayudas concedidas.

A este respecto, tal y como se sugería en el informe de audiencia, se remite la presente resolución a la Secretaría de Estado para el Avance Digital, dependiente del Ministerio de Economía y Empresa, como organismo encargado del otorgamiento de las ayudas públicas al despliegue de redes y su control, para su conocimiento.

CUARTO.- Seguimiento de lo previsto en la Oferta MARCo por parte de Telefónica

WIFI360 denuncia el pobre seguimiento que de la Oferta MARCo ha realizado Telefónica, derivado, a su juicio, del hecho de haber realizado su despliegue de

redes de fibra óptica sin subconductor y sin TDUX para la obturación de los conductos. Asimismo, WIFI360 indica que se han tenido que desobstruir hasta 24 tramos de conductos para poder efectuar su despliegue. Por otra parte, también denuncia que el estado de las arquetas es desastroso y que las dimensiones y tipos de las mismas no coinciden con los señalados en la oferta mayorista.

Procede llevar a cabo un análisis individualizado de las cuestiones manifestadas, ya que se tratan de manera diferenciada en la Oferta MARCo:

I. Obligación de subconductor los conductos por parte de Telefónica

La Normativa Técnica de la Oferta MARCo (NOTECO) incluye un apartado con las distintas definiciones de los elementos de infraestructura pasiva susceptibles de compartición para los operadores interesados en el despliegue de redes de fibra, donde se definen, entre otros, las canalizaciones, los conductos y los subconductos.

Así, debe comenzarse citando lo que la NOTECO define como canalización: *“es la obra civil de trazado lineal, formada por un conjunto de elementos bajo el terreno (conductos) y que dan soporte a los cables de las redes de telecomunicaciones de planta exterior.”* Como se indica en la propia definición, las canalizaciones están formadas por un conjunto de conductos, que a su vez se definen como *“Cada uno de los tubos que componen la canalización”*.

Y es dentro de estos conductos donde deben alojarse los subconductos a los que la Normativa Técnica define como los *“Tubos de menor diámetro que los tubos de la canalización que se introducen en el interior de éstos para compartimentarlos.”*

Definido lo anterior, en el apartado 3.5.1 de la NOTECO se regulan las condiciones relativas a la compartición de conductos, previendo que: *“La cesión de uso se realizará, únicamente, por subconductos completos. Por lo tanto, cuando no existan subconductos disponibles y sí conductos, el operador entrante deberá llevar a cabo la subconductación de los mismos mediante las tecnologías que habitualmente emplean los operadores para este fin.”*

Asimismo, el Procedimiento de Gestión del Servicio de la Oferta MARCo (PROGECO) establece, en su apartado 6.2.4.3, relativo a la provisión del uso compartido, y más concretamente en el replanteo de Registros (cámaras y arquetas), que *“En la red de alimentación y distribución (a excepción de las salidas laterales) se cede al Operador, si están disponibles, uno o varios subconductos en cada tramo de canalización, según lo dispuesto en el apartado sobre condiciones particulares del servicio de uso compartido. Si no se encuentran subconducto/s disponible/s, pero sí hay conducto/s libre, el Operador debe instalar sus subconductos antes de tender el cable. El conducto que se*

asigna en este último caso debe ser uno de los vacantes superiores, comenzando por las esquinas”.

Asimismo, en la Resolución de la CNMC sobre la Revisión de la Oferta MARCo de Telefónica de 18 de octubre de 2016³², se recuerda que la Oferta MARCo prevé, como norma general de instalación en los tramos de canalización donde no existen subconductos disponibles y sí conductos, que el operador entrante debe instalar tres subconductos de 40 mm de diámetro en **uno** de los conductos libres (si bien en dicha revisión se incluyó la posibilidad de instalar subconductos de distinto diámetro que los de 40 mm, microductos o subconductos flexibles textiles). En este sentido, se especifica que Telefónica debe actuar del mismo modo cuando se constituya como primer operador usuario de subconductación en un tramo, regla habitual en aplicación de la obligación de no discriminación que tiene impuesta el operador.

De esta manera, puesto que, como se ha comentado, fue Telefónica el primero en iniciar su despliegue de red NGA en la zona, dada la concesión de las ayudas del PEBANG de 2016, se constituye entonces como primer operador usuario de subconductación. Por consiguiente, se encontraba obligado a subconducir en los términos que regula la Oferta MARCo, dada la inexistencia previa de subconductaciones en los tubos de las canalizaciones de la urbanización “El Bosque”. Esto sería debido a que, hasta que se iniciaron las labores de despliegue de redes NGA, las infraestructuras de la zona estaban ocupadas por cables de cobre, probablemente instalados sin subconductación por ser su despliegue anterior a la regulación de la Oferta MARCo.

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, respecto al caso concreto de la instalación de redes de fibra óptica en conductos ocupados por cables de cobre, Telefónica pone de manifiesto que tanto la red de cobre como la de fibra son de su propiedad. Ello implicaría, según Telefónica, que teniendo en cuenta el principio de separación de redes, *“no tendría sentido una subconductación adicional que únicamente conduciría a un menor aprovechamiento del espacio y a la mayor probabilidad de ocasionar daños a los cables ya desplegados”.*

A este respecto, esta Comisión debe señalar que el hecho de que haya conductos que ya tengan cable de cobre de Telefónica no implica para la misma que al tender su cable de fibra en dichos conductos no tenga que subconducir. Hay que recordar que, como ya se ha señalado, al ser el primer operador en desplegar fibra en la zona, Telefónica se convierte en el primer usuario de subconductación, según establece la Oferta MARCo. Asimismo, se debe reiterar que Telefónica tiene la obligación de no discriminar en el tratamiento otorgado en relación con sus propios despliegues y con el de otros operadores alternativos. Ello implica que no puede trasladar la carga de realizar subconductación al operador alternativo, si no le corresponde.

³² OFE/DTSA/1242/15/MARCO_SUBCON

Por consiguiente, si es el primer operador que despliega su red de fibra, Telefónica está obligado a subconductor en el caso de que tenga espacio suficiente en conductos parcialmente ocupados por su cable de cobre (para lo cual, al haber menos espacio, deberá emplear métodos de subconducción mejorada establecidos en la Oferta MARCO). Al mismo tiempo, en el caso de que no haya espacio o subconductos disponibles, Telefónica deberá tender su fibra en uno de los conductos libres, para lo cual estará obligado a instalar los pertinentes subconductos.

En este último caso, como acertadamente indica Telefónica en sus alegaciones al trámite de audiencia, no es necesario subconductor todos los conductos libres, sino sólo aquél que se vaya a ocupar. Para ello se tienen que seguir las configuraciones de subconducción que establece la Oferta MARCO para conductos libres y ocupados, las cuales no indican que necesariamente se tengan que instalar tres subconductos de 40 mm en todos los casos.

No obstante, según se aprecia en las fotografías aportadas por WIFI360, el tendido de cables³³ de Telefónica se habría realizado sin instalar los subconductos y, en consecuencia, separándose de lo dispuesto en la Oferta MARCO a este respecto.

[CONFIDENCIAL VP

FIN CONFIDENCIAL]

Conviene tener en cuenta que WIFI360 hubiera podido poner de manifiesto la falta de subconducción durante el replanteo conjunto, de manera que se reflejara en las actas de replanteo suscritas con Telefónica, y aportadas al presente expediente por WIFI360 en su escrito de contestación de 24 de diciembre de 2018. No obstante, no se mencionó nada por parte de WIFI360 durante el replanteo y las actas del mismo fueron firmadas por las partes.

En cualquier caso, de la documentación aportada por WIFI360 en su escrito de contestación de 24 de diciembre de 2018, se ha comprobado que para dos de las nueve SUC efectuadas por WIFI360 (nº396SUCW38782018021200 y nº396SUCW38952018021200) se había previsto en sus respectivas actas de

³³ En las fotografías se observa como los cables tienen escrito en la superficie de la vaina protectora “Movistar”, los cuales se han tendido sin ser subconducidos.

replanteo que el operador entrante (WIFI360) debía instalar subconductos en algunos tramos de canalización. Sin embargo, para las siete SUC restantes³⁴, sus correspondientes actas de replanteo no contemplaban que WIFI360 tuviera que instalar subconductos, por lo que, en principio, de acuerdo con la oferta MARCo, en el caso de las siete SUC restantes se entiende que los subconductos debieron ser instalados previamente por Telefónica y que habría disponibilidad suficiente para WIFI360.

Ahora bien, dado que en las fotografías que ha aportado WIFI360 se han apreciado tramos en los que Telefónica no ha instalado subconductos; en el caso de que WIFI360 se haya visto obligado a instalarlos para alguna de las siete SUC para las que dicha actuación no se había previsto en el replanteo, habría asumido una obligación y unos costes que no le correspondían. Por ello, en ese caso, WIFI360 estaría facultado para presentar las facturas de los costes derivados de sus trabajos de subconductación a Telefónica, a fin de proceder a su regularización.

A este respecto, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica indica que las actas aportadas por WIFI360 en su escrito de 24 de diciembre de 2018 no resultan coherentes con la información que posee. Se señala que las nueve actas de replanteo, firmadas por ambas partes, que obran en poder de Telefónica revelan que para seis de las SUC se había previsto la obligación de subconductor por parte de WIFI360, no siendo necesario en las tres SUC restantes. Por consiguiente, y sin que haya quedado explicado, existirían tanto las actas de Telefónica como las de WIFI360, que además ofrecerían una información contradictoria en cuanto a la obligación de subconductor de WIFI360.

Seguidamente, Telefónica indica que en las Memorias Descriptivas aportadas por WIFI360 figura la necesidad de subconductor en todas las SUC menos para la nº396SUCW91042018030200. Para Telefónica, dichas memorias revelarían que en realidad WIFI360 estaba obligada a subconductor en todos los casos, menos en el de la SUC mencionada. Ello lo afirma en razón, supuestamente, de que la discrepancia entre las memorias y las actas se debe a un error en la elaboración de estas últimas. Explica Telefónica que en el caso de las memorias se debe elaborar un plano esquemático modificado, el cual difícilmente puede incluir por error la necesidad de instalar subconductos, mientras que las Actas son más susceptibles de contener errores al limitarse su elaboración (en lo que a subconductos se refiere) a rellenar un formulario marcando un “SI” o un “NO”. Según Telefónica, el operador sabe perfectamente que tiene la obligación de subconductor porque es el operador el que elabora las memorias.

³⁴ n°396SUCW29922018020600, n°396SUCW39852018021200, n°396SUCW40532018021200, n°396SUCW41042018021200, n°396SUCW41212018021200, n°396SUCW83722018022800, n°396SUCW91042018030200.

Al mismo tiempo, Telefónica aporta unos partes de seguridad de trabajos de WIFI360 para tres de las nueve SUC (nº396SUCW29922018020600, nº396SUCW38952018021200 y nº 396SUCW41212018021200), que vendrían a confirmar lo mencionado sobre las memorias descriptivas, y que no serían coherentes con lo mencionado en el informe de audiencia sobre la obligación de subconductor de WIFI360.

De esta manera, Telefónica entiende que, a pesar de lo contenido tanto en las actas que obran en su poder como en las aportadas por WIFI360, ésta última tenía la obligación de subconductor en ocho de las nueve SUC de referencia.

En contestación a dichas alegaciones, esta Comisión debe comenzar señalando que Telefónica no ha sido capaz de explicar cómo es posible que existan dos actas de replanteo con información contradictoria para varias de las SUC analizadas. El PROGECO, en su apartado 6.2.4, relativo al replanteo conjunto, establece que habrá una copia del acta para el operador solicitante del acceso y otra para Telefónica, pero es evidente que ha de ser una copia de la misma acta y no es coherente que cada parte tenga actas firmadas diferentes, discrepantes respecto al replanteo que se ha realizado para cada SUC.

El PROGECO establece que, tras la viabilidad del replanteo, el operador afectado (en este caso, WIFI360) dispone de diez días laborables para subir a NEON las Actas de Replanteo y las Memorias Descriptivas, en el apartado reservado para ello (“AR y MD”). Pues bien, esta Comisión ha podido comprobar que, en la herramienta NEON y aun cuando no hay previsión en el PROGECO que lo contemple, Telefónica subió al sistema las actas que obran en su poder - en el hito relativo al Replanteo- y se ha comprobado que, cuando el operador accede a NEON, no es capaz de visualizar tales actas adicionales que sube Telefónica. Ello implica que, en este caso, WIFI360 no habría podido detectar la duplicidad y contradicción entre las actas –como ha confirmado a esta Comisión-. De otra parte, se debe considerar que, a pesar de poder visualizar todos los documentos, Telefónica tampoco llamó la atención sobre la discrepancia existente entre sus actas y las actas que elevó WIFI360 al sistema, siguiendo el procedimiento establecido en el PROGECO.

Seguidamente, esta Comisión debe poner de manifiesto que en lo que a Memorias Descriptivas se refiere, el PROGECO establece claramente en su apartado 6.2.5 que las mismas deben incluir “*el número del **conducto/subconducto** que el Operador va a ocupar en cada registro (en las CR y arquetas abiertas), en cada una de las paredes, de acuerdo con el criterio que figura en el anexo 3, **según se decida durante el replanteo conjunto**”*. Teniendo en cuenta esto último, no es coherente concluir, como hace Telefónica, que las actas puedan contener errores y las memorias no, pues según el PROGECO las memorias se deben hacer siguiendo lo establecido en el replanteo, esto es, en las actas. De esta manera, el plano esquemático que se adjunta por el operador al formular la SUC se debe modificar según los datos

recogidos en las actas; lo cual implica que las memorias no pueden tener más validez que las actas de replanteo.

Finalmente, se debe tener en cuenta que, según lo que establece el PROGECO, una vez que el operador sube a NEON las actas de replanteo y las memorias descriptivas (la SUC pasa al estado de “AR y MD facilitadas”), Telefónica tiene cinco días para comprobar que los datos de la solicitud, después de haberse efectuado el replanteo, siguen siendo correctos y coinciden con lo acordado con el operador en el replanteo. Ello viene recogido en el apartado 6.2.6 (**“CONFIRMACIÓN DE LA SOLICITUD SEGÚN ACTA DE REPLANTEO”**). No obstante, en el caso de que los datos no sean correctos, se prevé que Telefónica indique en el campo de Observaciones el motivo del error para que el Operador lo pueda subsanar (pasando la SUC en ese caso al estado “AR y MD Incorrecta”, “Fecha devolución MD”). Una vez los datos sean corregidos por el Operador y sean correctos, Telefónica confirmará la SUC pasando al estado de “SUC Confirmada”, “Fecha de Confirmación SUC”.

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo mencionado y a pesar de las alegaciones de Telefónica, esta Comisión concluye que no se puede establecer que WIFI360 tenga unas obligaciones de subconductación distintas de las previstas en las actas que aportó en su escrito de 24 de diciembre de 2018 porque, en el momento en el que las SUC fueron confirmadas, Telefónica dio su aprobación a la documentación aportada por WIFI360. En ningún momento con anterioridad a la confirmación de las SUC se indicó por parte de Telefónica, ya no sólo la contradicción entre las actas de WIFI360 y Telefónica, sino tampoco las discrepancias entre las memorias y las actas.

Por todo ello, esta Comisión debe desestimar las alegaciones de Telefónica en este punto, al considerar que no ha sido capaz de desvirtuar lo indicado en el informe de audiencia. En consecuencia, esta Comisión entiende que si WIFI360 tuvo que subconducir en alguna de las siete SUC³⁵ para las cuales, según las actas aportadas por WIFI360, no se preveían dichos trabajos, asumió una obligación y unos costes que no le correspondían. En ese caso estará facultado para reclamar a Telefónica la pertinente regularización mediante la aportación de los partes de trabajo y facturas que acrediten dichas actuaciones.

II. En relación con la falta de obturación de conductos por parte de Telefónica

WIFI360 denuncia también que Telefónica no procedió a obturar los conductos, aportando fotografías en este sentido.

Como en el caso anterior, debe comenzarse trayendo a colación la definición de obturador que contiene la NOTECO: *“son elementos que se utilizan en las*

³⁵ (ver nota al pie 32)

entradas de los conductos a los registros, que evitan la entrada hacia los registros de elementos nocivos para las personas y/o las instalaciones telefónicas tales como agua, gases, roedores e insectos que perjudican a los elementos e instalaciones ubicados en el interior de dichos registros y disminuyen la seguridad y salubridad del personal que eventualmente accede al interior de los mismos. Se realizan obturaciones de conductos vacíos (tapones) u ocupados con cables.”

Tal y como indica la propia definición, estos elementos deben ubicarse en los conductos vacíos (mediante tapones) y en los ocupados con cables.

En este mismo sentido, en relación con la instalación de estos elementos, la NOTECO establece en su apartado 3.5.2.6, relativo a las condiciones específicas del uso compartido de los conductos, que el “operador entrante deberá dejar obturados todos los subconductos que alquile y cuando él los instale deberá dejarlos anclados al conducto, en la entrada a los registros, tal y como se indica en la Norma UNE 133.100-1. Los tapones de anclaje deberán ser similares a los descritos en la ER.f1.016”. Asimismo, su apartado 4.3 señala de forma reiterada que “los conductos del operador entrante deberán quedar obturados siempre: tanto cuando estén vacíos como cuando se ocupen con subconductos y/o cables.”

Como ya se ha mencionado, era obligación del operador titular (Telefónica) instalar los pertinentes subconductos al ser quien inició las labores de despliegue de red en la zona y por tanto ser el primer usuario de subconductación. Por ello, se entiende en este caso que también estaba obligado a dejar obturados todos los subconductos que fuera a utilizar para el despliegue de su red, así como cualquier otro subconducto o conducto que quedase vacío; dejándolo anclado al conducto con el correspondiente tapón de anclaje.

Del escrito de alegaciones de Telefónica de 2 de julio de 2018 se desprende que se estaban realizando trabajos de obturación, al menos, para el caso del tendido **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFONICA**

FIN CONFIDENCIAL]. No obstante, al igual que como ocurría con la instalación de subconductos tratada en el apartado anterior, debe decirse que en las fotografías aportadas por WIFI360 se observa cómo, aparentemente, no se ha realizado esa labor de obturación ya que, como ya se ha visto, ni siquiera estaban instalados los subconductos.

Asimismo, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica indica que siempre cabe la posibilidad de que alguna contrata suya o instalador hubiera realizado una instalación que no se ajustara completamente a la regulación aplicable a las obturaciones. En los casos en los que este hecho se llegara a detectar, Telefónica indica que, como usuaria y responsable última de la instalación, se ocuparía de la resolución de los posibles incumplimientos.

Por consiguiente, aunque se ha constatado que WIFI360 tampoco puso de manifiesto en el replanteo la omisión de las obturaciones, en el presente caso es claro que Telefónica tenía la obligación, no sólo de instalar subconductos para el despliegue de su red, sino también de obturar los mismos. De esta manera, si WIFI360 instaló subconductos que no se contemplaban en las actas de replanteo para siete de las nueve SUC presentadas y que debieron haberse instalado previamente por Telefónica, si además WIFI360 procedió a su respectiva obturación, efectivamente asumió otra obligación y costes que no le correspondían. En tal caso, WIFI360 estaría también facultado para presentar las facturas de los costes derivados de sus trabajos de obturación a Telefónica, a fin de proceder a su regularización.

III. En relación con las desobstrucciones realizadas por WIFI360 y el estado de las canalizaciones

WIFI360 denuncia que tuvo que desobstruir hasta 24 tramos distintos de canalizado para poder realizar su despliegue de red de fibra óptica. Esta cuestión viene regulada en el apartado 9.1 del PROGECO de la Oferta MARCo, relativo a las incidencias de provisión por obstrucción. Dicho apartado prevé el procedimiento a seguir en caso de que haya una obstrucción en las canalizaciones, cuyo inicio se produce con la apertura de la correspondiente incidencia en el sistema NEON (incidencias de provisión):

*“si el Operador detecta **conductos obstruidos** durante los trabajos de ocupación en las infraestructuras de las solicitudes que se encuentran entre los estados SUC Confirmada y Ocupación, deberá dar de alta una INCIDENCIA en NEON. La solicitud pasará al estado Incidencia.”*

Tras la apertura de la incidencia, el operador solicitante del acceso podrá optar, si lo desea, por llevar a cabo personalmente la tramitación de cuantos permisos particulares y autorizaciones y licencias administrativas sean exigibles para la reparación de la obstrucción.

El apartado 9.1.1 del PROGECO prevé el procedimiento concreto que debe seguir el operador en caso de que quiera reparar la obstrucción personalmente, tal y como ha sucedido en el presente caso, debido probablemente a la mayor celeridad que esta alternativa podría proporcionar a WIFI360:

“El Operador, tras haber dado de alta la incidencia correspondiente, podrá informar a Telefónica de su intención de reparar personalmente la obstrucción, tras lo que podrá considerarse autorizado para intervenir en el punto afectado. Para ello el Operador debe informarlo en la incidencia y después cerrarla.”

Este procedimiento permite a Telefónica personarse en el punto afectado al objeto de supervisar o colaborar en los trabajos efectuados, sin que esta supervisión pueda suponer un impedimento o retraso en los trabajos de reparación del operador. Esta supervisión no es una validación de las obras ni

del proyecto: el operador no debe someter a la aprobación de Telefónica su proyecto de obra.

Y en relación con la asunción de los costes de la reparación, dicho apartado 9.1.1 determina lo siguiente:

“En cualquier caso, sea el Operador o la propia Telefónica quien realice las obras de desobstrucción, Telefónica asumirá los costes asociados pudiendo, si considerase que se están llevando a cabo reparaciones técnica o económicamente ineficientes, ponerlo en conocimiento de la CNMC. Con dicho objeto, cuando la reparación la lleve a cabo el Operador, éste debe facilitar a Telefónica la documentación que detalle las actuaciones realizadas y acredite debidamente los gastos en que haya incurrido.”

Por tanto, teniendo en cuenta que es Telefónica quien debe asumir los costes asociados a la reparación de las obstrucciones, en caso de que WIFI360 llevara a cabo los trabajos de desobstrucción, estaría en principio habilitado para su repercusión o incluso a su compensación con otras cantidades debidas por el acceso a las infraestructuras.

Ahora bien, en el presente caso se ha constatado que WIFI360 no dio de alta en NEON ninguna incidencia con carácter previo a la realización de los trabajos de desobstrucción de los tramos indicados en su escrito de denuncia y no siguió por ello lo establecido en la Oferta MARCo. WIFI360 lo justifica señalando que, de haber dado de alta incidencia en NEON su despliegue aparentemente se hubiera “eternizado y encarecido aún más”. En esta línea, WIFI360 reitera este último argumento en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia al indicar que se debe valorar la demora y coste que “hubiera supuesto paralizar los equipos de despliegue hasta en 24 ocasiones, a la espera de semanas que hubiera necesitado un técnico de Telefónica para cada una de ellas”

A este respecto, esta Comisión debe recordar a WIFI360 que el mencionado apartado 9.1.1 del PROGECO indica que:

*“Cuando el Operador se encargue de la reparación de la obstrucción, **Telefónica podrá personarse** en el punto afectado al objeto de supervisar o colaborar en los trabajos efectuados, **sin que esta supervisión pueda suponer un impedimento o retraso a los trabajos de reparación del Operador**. Esta supervisión no es una validación de las obras ni del proyecto: el Operador no debe someter a la aprobación de Telefónica su proyecto de obra”*

Por consiguiente, se entiende que Telefónica no necesariamente está presente en todos los trabajos de obstrucción, y, en caso de que se presente, no puede suponer un “retraso de los trabajos de reparación del Operador” como se ha visto.

De esta manera, no se puede interpretar que el despliegue de WIFI360 se hubiera paralizado en 24 ocasiones si hubiera dado de alta en NEON las

correspondientes incidencias; pues se entiende que hubiera podido llevar a cabo las reparaciones sin tener que sufrir retrasos por la presencia de Telefónica. Además, los procedimientos de apertura de incidencias han de ser seguidos también por los operadores alternativos si quieren que quede constancia de las incidencias y plazos de resolución de los procesos.

No obstante, dado que no se tramitaron incidencias en NEON, Telefónica ni tuvo la oportunidad de estar presente durante las obras, ni recibió documentación que acreditara y detallara las actuaciones y gastos incurridos por WIFI360.

Por consiguiente, no se estima procedente imponer a Telefónica los gastos incurridos por parte de WIFI360 en lo referente a estas desobstrucciones.

Por otra parte, en su escrito de alegaciones sobre el informe de audiencia, WIFI360 indica también que durante las labores de replanteo no es posible anticipar o adivinar de modo alguno el estado en el que se encuentran las canalizaciones, insistiendo en el estado deficiente de las mismas. Ello es debido a que, las infraestructuras que son objeto de revisión en el replanteo según el apartado 6.2.4.3 del PROGECO, y que se reflejan en las actas de replanteo, no están referidas a las canalizaciones, sino a las cámaras de registro, arquetas, postes, espacio disponible, etc. Por tanto, es acertado asumir que no es posible detectar el estado de las canalizaciones hasta que se inician las labores de despliegue.

Sin embargo, las incidencias de provisión que se prevén en el PROGECO hacen referencia a todo tipo de necesarias adecuaciones de las canalizaciones para poder ejecutar el despliegue de red. Por consiguiente, con independencia de que no sea posible detectar el estado de las canalizaciones durante el replanteo, como ya se ha dicho, si no se da de alta una incidencia de provisión en NEON al detectar la avería durante el despliegue, el operador no podrá reclamar los costes de reparación de la canalización a Telefónica.

IV. En relación con las dimensiones de las arquetas y estado de las infraestructuras

Finalmente, WIFI360 también denuncia que las arquetas no cumplen con las dimensiones de la Oferta MARCo. Así, señala que *“las arquetas no coinciden con las dimensiones y tipos que vienen reflejados en la normativa del acuerdo marco remitido por telefónica pues están en su mayoría realizadas “in situ” por el promotor que fue el encargado de financiar y ejecutar estas infraestructuras”*.

En este sentido, debe ponerse de manifiesto que en NOTECO se prevén dos tipos de arquetas, las realizadas “in situ” y las prefabricadas. Así, estos dos tipos de arquetas tienen a su vez tres subtipos: D, H y M para las arquetas tipo “in situ”, y DF, HF Y MF para las prefabricadas. Pues bien, cada uno de estos subtipos prevé unas dimensiones de longitud, anchura y profundidad específicas.

A pesar de que cada subtipo de arquetas tiene unas dimensiones concretas establecidas, lo cierto es que en el presente caso puede darse la situación de que existan arquetas cuyas dimensiones no coincidan con las reguladas en la normativa técnica, debido a que se construyeron con anterioridad a la aprobación de la primera Oferta MARCo (2009). Asimismo, puede ser que las arquetas no hayan sido construidas por la propia Telefónica, pero que, sin embargo, se encuentren accesibles en ESCAPEX y se les aplique dicha oferta mayorista por tener Telefónica derechos de uso sobre las mismas.

Por otro lado, WIFI360 denuncia lo anterior sin manifestar qué acción concreta pretende obtener de esta CNMC a este respecto, y, aunque podrían existir arquetas con dimensiones diferentes a las establecidas en NOTECO, no se considera razonable exigir una ampliación o reducción de las mismas ni, mucho menos, dejar de satisfacer los costes por su utilización.

Lo que con carácter informativo debe manifestarse es que, en el apartado 3.1 de la sección de Precios y Condiciones de facturación de la Oferta MARCo, se regulan los precios que deben cobrarse por Telefónica en relación con las cámaras de registro y arquetas sobre las que tiene un derecho de uso. Por tanto, y aunque WIFI360 no haya manifestado alegación alguna en relación con los conceptos facturados a este respecto, este operador deberá comprobar que efectivamente se le están repercutiendo correctamente los costes regulados correspondientes por cada infraestructura que utilice.

En cualquier caso, hay que recordar que el apartado 6.2.4.3 del PROGECO regula las distintas actividades que se pueden llevar a cabo, a saber: (1) apertura y limpieza de registros, (2) comprobación del estado de conservación de las infraestructuras, (3) confirmación del uso de los registros, (4) cesión de espacio y (5) actualización del plano esquemático. Así pues, a pesar de que WIFI360 denuncia ahora las malas dimensiones de las arquetas y el mal estado de las infraestructuras correspondientes a las SUC que formalizó en su momento, lo cierto es que en las actas de replanteo suscritas con Telefónica y aportadas en el presente expediente, ninguna observación se hizo constar en las mismas en relación con dichos aspectos. De hecho, en todas ellas, el apartado relativo al estado general de las infraestructuras a compartir se ha contestado indicando “BUENAS”, por lo que no hay constancia de que durante la inspección visual del replanteo se detectaran deficiencias en las arquetas o averías que debiesen ser reparadas por Telefónica. Al mismo tiempo, no hay que olvidar que el apartado 6.2.4.4 del PROGECO prevé que “el Acta de replanteo se debe firmar sólo si se está de acuerdo”.

De esta manera, WIFI360 dio su visto bueno al estado de las arquetas e infraestructuras al firmar las actas de replanteo; aun cuando podría habérselo hecho constar a Telefónica, como sujeto obligado a su mantenimiento, el cual ha sido finalmente realizado, de conformidad con las facturas aportadas a esta Comisión por parte de Telefónica.

QUINTO.- Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto, cabe concluir lo siguiente:

- a) Las alegaciones de WIFI360 no han desvirtuado el derecho de uso que Telefónica ostenta sobre las infraestructuras objeto del presente conflicto. Por ello, la Oferta MARCo resulta plenamente aplicable y WIFI360 debe proceder al pago de las SUC que formalizó para efectuar su despliegue de red, desde el momento en que dichas SUC fueron confirmadas.
- b) El despliegue de Telefónica en la urbanización “El Bosque” se inició –en principio- con anterioridad al de WIFI360, al estar ya previsto como resultado de la adjudicación de las ayudas del PEBANG 2016 para la zona del municipio de Chiva, en el cual se encuentra la referida urbanización. Dado que Telefónica fue el primero en desplegar su red de fibra en la zona objeto de conflicto, se constituye como primer operador usuario de subconductación y, por consiguiente, se encuentra obligado a subconducir y obturar en los términos establecidos en la Oferta MARCo. Ello implica que aun cuando Telefónica ya tuviera cable de cobre desplegado en algunos conductos, tenía que subconducir y obturar los mismos, si procedía a desplegar fibra en conductos parcialmente ocupados por cobre.

Por consiguiente, se considera razonable que Telefónica regularice los costes en los que haya podido incurrir WIFI360 en el caso de que se haya visto obligado a efectuar labores de subconductación y obturación en las siete SUC analizadas anteriormente, para las cuales no se habían previsto estas actuaciones en sus Actas de Replanteo. Al mismo tiempo, se considera también razonable que, para los tramos correspondientes a las siete SUC de WIFI360 para las cuales no se previó subconductación alguna, Telefónica corrija cualquier falta de subconductación u obturación en el tendido de sus cables o sufrague los gastos incurridos por WIFI360.

- c) En este sentido, no es coherente que existan dos actas de replanteo (las que posee Telefónica y las que aportó WIFI360 a NEON, que tienen los dos operadores) con un contenido contradictorio y que todas hayan sido firmadas por los dos operadores. No obstante, ello no permite concluir que las Memorias Descriptivas aportadas por el Operador tengan más validez que las Actas de Replanteo, cuando según la Oferta MARCo las propias memorias deben ser elaboradas de conformidad con lo establecido en las Actas. Telefónica debería comprobar antes de confirmar las SUC (y por tanto de dar por buena la documentación) que los datos de la solicitud después del replanteo son correctos y coinciden con lo acordado con el operador solicitante del acceso en el replanteo. En lo que al presente caso se refiere, las alegaciones de Telefónica a este respecto no han conseguido desvirtuar la validez de las Actas aportadas por WIFI360 a NEON y adjuntadas al presente procedimiento en su escrito de 24 de diciembre de 2018.

- d) En lo que se refiere a los tramos que WIFI360 se vio obligado a desobstruir, hay que considerar que la Oferta MARCo establece un procedimiento específico a este respecto, mediante la apertura de una incidencia en NEON como paso previo a cualquier trabajo de desobstrucción. Dicho procedimiento da la oportunidad a Telefónica de personarse en el punto afectado al objeto de supervisar o colaborar en los trabajos efectuados, sin que su presencia pueda suponer un impedimento o retraso en los trabajos de reparación del operador. Puesto que, en el presente caso, se ha constatado que WIFI360 no dio de alta incidencia alguna a este respecto, no se considera razonable que Telefónica asuma los costes de las desobstrucciones. Sucede lo mismo con respecto al estado de las canalizaciones, puesto que, al no haber dado de alta incidencia en NEON con carácter previo a su reparación, WIFI360 no está facultado para reclamar la regularización de costes a Telefónica.
- e) Respecto al estado de las infraestructuras y de las dimensiones de las arquetas, hay que considerar que WIFI360 no hizo constar durante los replanteos conjuntos con Telefónica el mal estado de las infraestructuras y las inadecuadas dimensiones de las arquetas, firmando voluntariamente las actas en las que se indicaba que el estado de las infraestructuras era correcto (“bueno”). Ello implica que, en el caso de haber incurrido en costes de reparación de infraestructuras a la hora de hacer el despliegue, no se podría pedir a Telefónica que los regularizase.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Se considera acreditado el derecho de uso de Telefónica de España, S.A.U. sobre las infraestructuras presentes en la urbanización “El Bosque” del municipio de Chiva, Valencia. De conformidad con la Oferta MARCo, Telefónica de España, S.A.U. está facultada para reclamar a Nueva Wifi360, S.L. el cobro de las facturas impagadas por las SUC que formalizó para su despliegue desde el momento en que fueron confirmadas.

SEGUNDO.- En tanto que primer usuario de subconductación de las infraestructuras de la urbanización “El Bosque”, Telefónica de España, S.A.U. deberá regularizar los costes en los que Nueva Wifi360, S.L. haya podido incurrir en el caso de que esta última haya tenido que instalar subconductos, con las consiguientes obturaciones, en los tramos correspondientes a las siete SUC que no preveían subconductación en sus actas de replanteo, una vez le haya aportado las correspondientes facturas acreditativas de dichos costes.

TERCERO.- Se desestiman las restantes solicitudes de Nueva Wifi360, S.L.

CUARTO.- Dar traslado de la presente Resolución a la Secretaría de Estado para el Avance Digital, dependiente del Ministerio de Economía y Empresa.

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.