

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES DE GRUPO EMPRESARIAL PELUCHE S.L. EN EL CONFLICTO DE ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS FÍSICAS DE I-DE REDES ELÉCTRICAS INTELIGENTES, S.A.U. EN EL MUNICIPIO DE COX

CFT/DTSA/187/20

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 25 de febrero de 2021

Vista la solicitud de medidas provisionales formulada por Grupo Empresarial Peluche S.L. en el procedimiento con número de referencia CFT/DTSA/187/20, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escritos de Grupo Empresarial Peluche S.L. interponiendo un conflicto de acceso

El 24 de noviembre de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Grupo Empresarial Peluche S.L. (Grupo Empresarial Peluche), en virtud del cual interponía un conflicto frente a i-DE Redes Eléctricas Inteligentes, S.A.U. (Iberdrola¹), relativo al acceso a las infraestructuras físicas de Iberdrola en el municipio de Cox (Alicante).

En su escrito, Grupo Empresarial Peluche señala que, con fecha 20 de octubre de 2020, intentó regularizar la ocupación que previamente había llevado a cabo de determinadas infraestructuras titularidad de Iberdrola, en particular

¹ i-DE Redes Eléctricas Inteligentes, S.A.U., sociedad participada al 100% por Iberdrola, S.A., es la empresa del Grupo Iberdrola encargada de las actividades de distribución de energía eléctrica previamente desarrolladas por Iberdrola Distribución Eléctrica.

abrazaderas y anclajes de la red de distribución aérea de baja tensión situados en diversos cruces aéreos de calles del municipio de Cox (Alicante).

Dicha solicitud de acceso, formulada conforme a los requisitos establecidos en el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste de despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta capacidad, fue, sin embargo, rechazada por Iberdrola. En concreto, mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 2020, Iberdrola comunicó a Grupo Empresarial Peluche la inviabilidad del despliegue planteado, al infringir, la instalación efectuada por el operador de comunicaciones electrónicas, la normativa técnica aplicable en la materia, incluyendo, en particular, el Reglamento Electrotécnico para baja tensión, aprobado por el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto. Iberdrola instó, asimismo, a Grupo Empresarial Peluche a proceder con carácter inmediato a la retirada de las instalaciones efectuadas de manera irregular.

En su escrito de interposición del conflicto, Grupo Empresarial Peluche solicita, asimismo, la adopción por la CNMC de una medida provisional, tal y como se detalla a continuación.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escritos de 11 de diciembre de 2020, se comunicó a Grupo Empresarial Peluche e Iberdrola el inicio del procedimiento administrativo para resolver el presente conflicto de acceso, con arreglo a la normativa sectorial y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Asimismo, en los citados escritos, se requirió de Grupo Empresarial Peluche e Iberdrola determinada información adicional, necesaria para el conocimiento y comprobación de los hechos objeto del procedimiento.

TERCERO.- Alegaciones de Iberdrola y contestación de los interesados al requerimiento de información

Grupo Empresarial Peluche dio contestación al requerimiento de información de la CNMC mencionado en el antecedente de hecho segundo en fecha 29 de diciembre de 2020.

El 8 de enero de 2021, Iberdrola dio contestación al requerimiento de información de la CNMC, efectuando, asimismo, este operador una serie de observaciones en relación con el escrito de Grupo Empresarial Peluche mencionado en el antecedente de hecho segundo.

CUARTO.- Declaración de confidencialidad

En fecha 12 de enero de 2021, se procedió a declarar como confidencial determinada información contenida en el escrito de Grupo Empresarial Peluche mencionado en el antecedente de hecho anterior, por contener información que podría afectar a su secreto empresarial e industrial.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

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

El artículo 37.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) regula el acceso a las infraestructuras de las empresas y operadores de otros sectores distintos al de las comunicaciones electrónicas (incluyendo entre otras las empresas activas en la distribución de gas y electricidad) que sean susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Según recoge el apartado 6 del citado artículo 37, *“las partes negociarán libremente los acuerdos del acceso a que se refiere este artículo y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas. Cualquiera de las partes podrá presentar un conflicto sobre el acceso y sus condiciones ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”*.

En similares términos, el artículo 70.2.d) de la referida Ley señala que corresponde a la CNMC *“resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley”*, incluyendo, en particular, la resolución de los *“conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de*

*competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley*².

Por su parte, el anteriormente citado Real Decreto 330/2016 desarrolla el contenido de las obligaciones que deben asumir los sujetos obligados (incluyendo los operadores de redes que proporcionen una infraestructura física destinada a prestar un servicio de producción, transporte o distribución de gas, electricidad o calefacción) para facilitar el acceso a infraestructuras físicas de su titularidad susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, así como a la información mínima que permitirá instrumentalizar el acceso a dichas infraestructuras. La citada norma establece en su artículo 4.8 que *“cualquiera de las partes podrá plantear el conflicto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando se deniegue el acceso o cuando transcurrido el plazo de dos meses mencionado en el apartado 7, no se llegue a un acuerdo sobre las condiciones en las que debe producirse el mismo, incluidos los precios, sin perjuicio del posible sometimiento de la cuestión ante los tribunales”*.

Por consiguiente, atendiendo a los preceptos anteriores y a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud del artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

SEGUNDO.- Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en el artículo 37.6 de la LGTel así como en el artículo 56 de la LPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la LCNMC y la LGTel le atribuyen para la resolución del procedimiento de referencia.

Así, de conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, la CNMC puede adoptar medidas provisionales en los siguientes términos:

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.

² El artículo 15.1 de la LGTel determina que *“la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”*.

Conforme a esa misma disposición, el órgano administrativo competente para dictar las mencionadas medidas provisionales es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.e), en relación con el artículo 14, del Estatuto Orgánico de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Medidas provisionales solicitadas por Grupo Empresarial Peluche

El objeto de la presente resolución es el análisis de la solicitud de medidas provisionales formulada por Grupo Empresarial Peluche. Este operador considera necesario que la CNMC inste a Iberdrola a cesar en su exigencia de dismantelar la red de fibra óptica de Grupo Empresarial Peluche en el municipio de Cox, en tanto no se dicte resolución definitiva resolviendo el conflicto de referencia.

Según manifiesta Grupo Empresarial Peluche, la denegación por parte de esta Comisión de las medidas provisionales solicitadas conllevaría un grave perjuicio no sólo a este operador, sino también a los clientes a los que está actualmente prestando servicios de comunicaciones electrónicas en Cox, al no poderse garantizar la continuidad en la prestación de los servicios a partir de los tramos de red afectados, en caso de que se procediera al dismantelamiento de su red de fibra óptica.

SEGUNDO.- Requisitos necesarios para la adopción de medidas provisionales

De conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 4 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional. Tales requisitos son los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (*“periculum in mora”*) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.

- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

Se examina a continuación la concurrencia de los requisitos anteriores, en relación con las medidas provisionales planteadas por Grupo Empresarial Peluche.

TERCERO.- Valoración de la concurrencia de los requisitos en el presente procedimiento

Analizados los hechos expuestos por Grupo Empresarial Peluche, se considera que, en el estado actual del procedimiento, no resulta apropiado atender la solicitud formulada en base a las siguientes razones:

- En primer lugar, resulta importante poner de manifiesto que la exigencia de que Grupo Empresarial Peluche proceda con carácter inmediato a retirar sus instalaciones de fibra óptica tiene como causa una situación de ocupación irregular, dado que este operador ha procedido a ocupar, sin las debidas autorizaciones, la red de distribución aérea de baja tensión titularidad de Iberdrola en el municipio de Cox. Imponer, a través de la adopción de una medida cautelar, la pervivencia de esta situación mientras se tramita el presente conflicto supondría en consecuencia amparar, aun cuando fuera de manera temporal, una situación irregular que ha sido generada por el propio operador de comunicaciones electrónicas solicitante de la medida.
- Unido a lo anterior, que, por sí mismo, parece apoyar la no concurrencia del requisito necesario de la apariencia de buen derecho, Iberdrola ha puesto de manifiesto la existencia de incidencias de naturaleza técnica en el despliegue de la red de fibra óptica de Grupo Empresarial Peluche por su infraestructura física, que pueden tener importantes implicaciones desde el punto de vista de la seguridad.

En particular, en lo que se refiere al uso de los apoyos de Iberdrola, el tendido de la red FTTH podría no resultar compatible con las distancias mínimas de seguridad establecidas en la instrucción técnica complementaria ITC-BT-06 (Redes aéreas para distribución en baja tensión) del Reglamento Electrotécnico para baja tensión, aprobado por el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto³. Iberdrola aporta, asimismo, un informe pericial, en el que se

³ Según el apartado 3.9.2.2 de la citada instrucción técnica, cuando en las proximidades y paralelismos se instalen líneas de baja tensión y líneas de telecomunicaciones, la distancia mínima será de 0,10 metros cuando ambas líneas sean de conductores aislados.

pone de relieve que Grupo Empresarial Peluche podría haber ocupado los propios cables de baja tensión titularidad de Iberdrola, y no meramente las abrazaderas y anclajes a partir de los cuales se despliega la red eléctrica.

En estas circunstancias, y a falta de un análisis en mayor profundidad de los hechos objeto del procedimiento, no existen en la actualidad elementos de juicio suficientes que permitan a esta Comisión asumir una apariencia de derecho favorable a la pretensión principal de Grupo Empresarial Peluche en el presente conflicto, en virtud de la cual pueda procederse a adoptar la medida provisional solicitada.

- En el mismo sentido, mantener la situación de hecho creada por Grupo Empresarial Peluche podría ocasionar importantes perjuicios a Iberdrola. A este respecto, en sus escritos, Iberdrola señala que la red de telecomunicaciones del Grupo Empresarial Peluche podría comprometer la calidad, seguridad y continuidad del suministro eléctrico que se presta a través de la infraestructura ocupada, no pudiendo, en particular, efectuarse el mantenimiento de los cables de baja tensión titularidad de Iberdrola con normalidad. Como se desprende de los documentos obrantes en el expediente, la situación de ocupación irregular detectada en el municipio de Cox podría además tener un carácter más generalizado, y afectar a otros municipios colindantes.

Dado lo que antecede, se concluye que no existen en la presente fase del procedimiento elementos de juicio suficientes que permitan, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.1 de la LPAC, la adopción de la medida provisional solicitada.

En todo caso, debe subrayarse que Grupo Empresarial Peluche deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de sus clientes y, en particular, las derivadas de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada mediante el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo.

Así, en caso de que se vaya a producir el cese del servicio, Grupo Empresarial Peluche debe comunicar a sus clientes dicha circunstancia -como una modificación contractual- con una antelación mínima de un mes, para que los clientes puedan ejercer su derecho a la portabilidad del número en un plazo razonable.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la solicitud de medidas provisionales formulada por Grupo Empresarial Peluche S.L. en el seno del procedimiento de referencia.

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.