

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO INTERPUESTO POR TELEFÓNICA CONTRA GUIFI.NET POR EL USO DE LAS INFRAESTRUCTURAS FÍSICAS SUJETAS A LA OFERTA MARCO

(CFT/DTSA/063/20)

CONSEJO. 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. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de julio de 2022

De acuerdo con la función establecida en el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria resuelve:

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES.....	4
Primero. Escrito de interposición de conflicto por parte de Telefónica	4
Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento a los interesados y suspensión de plazos	4
Tercero. Requerimientos de información a los interesados	4
Cuarto. Contestación a los requerimientos formulados.....	4
Quinto. Remisión de documentación.....	5
Sexto. Acceso al expediente por Telefónica	5
Séptimo. Requerimiento de información adicional.....	5
Octavo. Declaraciones de confidencialidad	5
Noveno. Trámite de audiencia y nuevos interesados	5
Décimo. Alegaciones al trámite de audiencia.....	6
Undécimo. Nuevo interesado en el procedimiento	6
Duodécimo. Declaraciones de confidencialidad	6
Decimotercero. Informe de la Sala de Competencia	6
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.....	6
Primero. Objeto del procedimiento	6
Segundo. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable	7
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES	8
Primero. Regulación aplicable a las infraestructuras MARCo	8
A. Sobre las obligaciones de acceso de Telefónica como operador con poder significativo de mercado	8
B. Componentes y funcionamiento del servicio MARCo	10
1. Servicio de información de conductos y otras infraestructuras de obra civil (SICO).....	10
2. Solicitud de uso compartido.....	11
3. Ocupaciones irregulares.....	12
C. Infraestructuras incluidas en la Oferta MARCo	13
Segundo. Sobre los hechos que han dado lugar a la interposición del conflicto	17
Tercero. Sobre la inclusión de las infraestructuras analizadas en MARCo	19
Cuarto. Sobre la red de Guifi.net.....	20

Quinto. Identificación de las ocupaciones objeto de conflicto	21
A. Ocupaciones de infraestructuras revisadas por Telefónica y sobre las que se aportan informes técnicos.....	24
B. Ocupaciones de infraestructuras en las que Telefónica ha procedido a la apertura de incidencias en NEON (o ha enviado la comunicación oportuna) y aporta cierta documentación, pero que no han sido revisadas individualmente 24	
C. Ocupaciones derivadas de los restantes despliegues comunicados por Guifi.net, pero sin documentación asociada a las infraestructuras concretas ocupadas ni apertura de incidencia en NEON	25
Sexto. Detalle de las infraestructuras incluidas en cada tipología de ocupación	25
Séptimo. Conclusiones sobre las infraestructuras ocupadas y su regularización.....	29
Octavo. Alegaciones adicionales al trámite de audiencia	31
A. Sobre las infraestructuras no incluidas en el presente conflicto	31
B. Sobre la remisión del Acta de Replanteo y de la Memoria Descriptiva para la regularización de las ocupaciones.....	35
C. Otras alegaciones	40

I. ANTECEDENTES

Primero. Escrito de interposición de conflicto por parte de Telefónica

Con fecha 20 de marzo de 2020 se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) mediante el que plantea conflicto de acceso frente a la Fundació Privada per la Xarxa Oberta, Lliure i Neutral, Guifi.net (Guifi.net) y otros operadores colaboradores, asociados o al amparo de dicha fundación, respecto a la ocupación irregular, desde el año 2015, de determinadas infraestructuras de obra civil sobre las que Telefónica manifiesta que ostenta un derecho de uso.

Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento a los interesados y suspensión de plazos

Con fecha 7 de abril de 2020 se comunicó a los interesados el inicio del expediente administrativo para la resolución de la solicitud de conflicto presentada por Telefónica, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4 de la 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En dicha comunicación se informó a los interesados, asimismo, que, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, se suspendían los términos y se interrumpían los plazos para la tramitación del presente procedimiento.

El cómputo de los plazos quedó reanudado el 1 de junio de 2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo por el que se prorroga el estado de alarma, lo que fue puesto en conocimiento de los interesados mediante escrito de fecha 16 de junio de 2020.

Tercero. Requerimientos de información a los interesados

Mediante sendos escritos de fecha 26 de junio de 2020, se requirió a Telefónica y a Guifi.net determinada información adicional necesaria para el conocimiento de los hechos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la LPAC.

Cuarto. Contestación a los requerimientos formulados

Con fecha 7 de julio de 2020, tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito de Guifi.net solicitando una ampliación del plazo de respuesta del requerimiento de información efectuado.

Posteriormente, con fechas 14 y 22 de julio de 2020, tuvieron entrada en el registro de esta Comisión las respuestas de Telefónica y Guifi.net, respectivamente, a los requerimientos anteriores.

Quinto. Remisión de documentación

Mediante escrito de 12 de agosto de 2020, se trasladó a Guifi.net copia de la documentación aportada por Telefónica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1.a) de la LPAC.

Sexto. Acceso al expediente por Telefónica

Con fecha 20 de octubre de 2020, tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito de Telefónica solicitando acceso al expediente.

De conformidad con los artículos 13.d) y 53.1.a) de la LPAC, con fecha 30 de octubre de 2020 se dio traslado a Telefónica de la documentación obrante en el expediente.

Séptimo. Requerimiento de información adicional

El 18 de diciembre de 2020 se solicitó a Telefónica determinada información adicional sobre los despliegues y los posibles operadores implicados. El 22 de enero de 2021, Telefónica presentó la información requerida.

Octavo. Declaraciones de confidencialidad

Mediante escritos de fechas 28 de octubre de 2020 y 22 de julio de 2021, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) declaró, previa solicitud de Telefónica, la confidencialidad de determinados datos aportados en el marco del presente procedimiento, y en el segundo de ellos, además, se contestó a su segunda petición de acceso indicándole que no había nueva documentación a remitir desde el acceso al expediente distinta de la aportada por la propia Telefónica.

Asimismo, mediante escrito de fecha 22 de julio de 2021 se declaró la confidencialidad sobre determinados documentos y datos aportados por Guifi.net.

Noveno. Trámite de audiencia y nuevos interesados

El 24 de enero de 2022, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se comunicó a los interesados en el presente procedimiento el informe de la DTSA, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el plazo de 10 días para que pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4.1.b) y 8 de la LPAC, se reconoció la condición de interesados de las siguientes entidades, dándoseles traslado en el mismo acto del informe de audiencia: Centre Integral de Telecomunicacions i Tecnologies de Catalunya, S.L. (CITTEC), Connecta Comunicacions Integrals de Catalunya, S.L. (Connecta), Gurbtec Telecom, S.L. (Goufone), Xarxes de Telecomunicacions Alternatives, S.L. (Fibrapededès), Comunicacions Globals de Catalunya, S.L. (Globalcat), Del-Internet Telecom, S.L. (Del-Internet) y Meswifi, S.L. (Meswifi).

Décimo. Alegaciones al trámite de audiencia

Entre el 2 y el 9 de febrero de 2022 tuvieron entrada en el registro de la CNMC escritos de alegaciones al informe de audiencia de la DTSA de Meswifi, Goufone, CITTEC, Fibrapededès, Connecta, Del-Internet, Globalcat, Guifi.net y Telefónica.

Undécimo. Nuevo interesado en el procedimiento

Con fecha 29 de abril de 2022, se comunicó al operador Infraestructuras de Fibra Telecomunicacions del Vallès, S.L. (Fibra del Vallès), su condición de interesado, dándole traslado del trámite de audiencia emitido en el presente procedimiento.

Asimismo, el 16 de mayo de 2022, dicho operador remitió su escrito de alegaciones al mencionado informe de audiencia.

Duodécimo. Declaraciones de confidencialidad

Mediante escritos de fechas 30 de mayo y 6 de junio de 2022, la DTSA declaró la confidencialidad de determinados datos aportados por los interesados en sus escritos de alegaciones.

Decimotercero. Informe de la Sala de Competencia

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

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero. Objeto del procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene por objeto resolver el conflicto de acceso al Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (servicio

MARCo) interpuesto por Telefónica contra Guifi.net y distintos operadores colaboradores, asociados o que prestan servicios al amparo de dicha fundación.

En su solicitud, Telefónica solicita el reconocimiento de su derecho de uso sobre las infraestructuras incluidas en la oferta MARCo, que Guifi.net está utilizando irregularmente a través de los despliegues de red de fibra efectuados en distintos municipios, tanto directamente como a través de sus colaboradores, así como la regularización o, en su caso, la desocupación de dichas infraestructuras y la retirada del equipamiento instalado.

El resto de las cuestiones planteadas por Telefónica sobre la apertura de procedimientos sancionadores tanto a Guifi.net como a sus operadores colaboradores y asociados, por su conducta reiterada y su falta de voluntad para identificar y regularizar las ocupaciones irregulares de las infraestructuras MARCo, no serán objeto de análisis o decisión en esta resolución, puesto que exceden del ámbito objetivo de este procedimiento de conflicto.

No obstante, las alegaciones e información aportadas al respecto serán tenidas en cuenta en el ejercicio de la supervisión que realiza este organismo sobre el cumplimiento de las obligaciones de acceso impuestas a Telefónica y sobre el uso de las infraestructuras de obra civil sujetas a la oferta MARCo¹ que hacen los operadores alternativos.

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

Las competencias de la CNMC para intervenir en este procedimiento resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. En este sentido, el artículo 6 de la LCNMC señala que este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, correspondiéndole a estos efectos “*resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley*” y “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[2], y su normativa de desarrollo*”.

Tal como se prevé en los artículos 14.5, 28 y 100.2.j), de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (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

¹ Ver Resolución de 30 de noviembre de 2021 (IRM/DTSA/002/20).

² En la actualidad, la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

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 legal³.

Atendiendo a los preceptos citados y a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud de lo dispuesto en el 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.

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

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Regulación aplicable a las infraestructuras MARCo

A. Sobre las obligaciones de acceso de Telefónica como operador con poder significativo de mercado

Telefónica tiene la obligación de facilitar el acceso a su infraestructura de obra civil, al considerarse dicha infraestructura un elemento esencial para que los operadores alternativos puedan proceder al despliegue de redes de nueva generación o NGA⁴.

Esta obligación está configurada en la regulación de los mercados de banda ancha, cuya última revisión ha sido aprobada mediante Resolución de la CNMC de 6 de octubre de 2021, pero asimismo estaba impuesta en la Resolución

³ Entre los objetivos y principios del artículo 3 de la LGTel cuya consecución debe procurar este organismo es de interés señalar los siguientes:

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

c) promover, en aras a la consecución del fin de interés general que supone, el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad, el acceso a las redes de muy alta capacidad, incluidas las redes fijas, móviles e inalámbricas y la interoperabilidad de extremo a extremo, en condiciones de igualdad y no discriminación (...)”.

⁴ Next Generation Access

anterior de 26 de febrero de 2016⁵ -durante la vigencia de esta regulación se han producido los hechos analizados- (véase en particular el Anexo 3 de ambas resoluciones)⁶.

De conformidad con lo dispuesto en la citada Resolución, y entre otras, Telefónica debe asumir las siguientes obligaciones:

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

La Resolución de mercados de banda ancha establece la obligación de acceso a las infraestructuras de obra civil, tales como las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes y demás elementos de los que hace uso Telefónica en su planta externa, incluyendo los recursos asociados a dichos servicios, para que dichos operadores puedan llevar a cabo el despliegue de sus redes de acceso NGA, ya estén basadas en portadores de fibra óptica o de cable coaxial.

La implementación práctica de las obligaciones de transparencia y no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil de Telefónica se concreta en la oferta mayorista de acceso a registros y conductos de Telefónica (Oferta MARCo), inicialmente aprobada en noviembre de 2009⁷, y cuya última modificación ha tenido lugar por Resolución de 10 de marzo de 2022⁸.

⁵ 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 y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) (ANME/DTSA/2154/14).

⁶ Esta obligación fue impuesta anteriormente por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) a través de la Resolución de 22 de enero de 2009, que establecía la anterior revisión de mercados de banda ancha (MTZ 2008/626).

⁷ Resolución de 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (MTZ 2009/1223).

⁸ Resolución, de 10 de marzo de 2022, sobre la modificación de la oferta MARCo en relación con los procedimientos de acceso a los postes de Telefónica de España S.A.U. (expediente OFE/DTSA/004/20).

A tal efecto, la Oferta MARCo recoge el conjunto de servicios que Telefónica debe prestar para facilitar dicho acceso, sus condiciones técnicas, económicas, así como los procedimientos asociados, siendo el paso inicial, para acceder a tales infraestructuras, la firma del contrato del servicio MARCo entre el operador demandante de acceso y Telefónica.

Por su parte, la provisión del servicio se gestiona mediante un sistema de gestión de las solicitudes de los operadores desarrollado por Telefónica (plataforma NEON)⁹. 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).

B. Componentes y funcionamiento del servicio MARCo

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 el sistema informático ESCAPEX¹⁰, que contiene la información sobre las características técnicas y físicas de las infraestructuras de obra civil, con independencia del tipo de central a la que pertenezcan, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del Procedimiento de Gestión para Operadores de la Oferta MARCo (PROGECO).

En ESCAPEX se muestra el espacio disponible en sus canalizaciones, así como la ubicación de los conductos, los elementos de registro -como cámaras, arquetas o conductos- y los postes, sobre una representación cartográfica de calles y edificios. Los distintos elementos de registro se identifican con un código para facilitar su referenciación.

Esta información debe mantenerse actualizada sin necesidad de que los operadores lo soliciten. En cualquier caso, cuando un operador constata defectos o carencias en la información suministrada por Telefónica en relación

⁹ La plataforma NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales) es un sistema informático de Telefónica que permite a los operadores alternativos gestionar las solicitudes de los servicios mayoristas definidos en las diferentes ofertas reguladas (MARCo, NEBA, OBA, etc.).

¹⁰ Sistema informático desde el que se accede al servicio de información de infraestructuras físicas de Telefónica. Para su acceso, existe un enlace implementado en la plataforma NEON desde abril de 2011.

con dichas infraestructuras, puede requerir a Telefónica su subsanación en un plazo no superior a un (1) mes, tal y como establece el apartado 4 del PROGECO.

El único requisito para acceder al sistema es haber firmado el contrato MARCo, lo que no conlleva coste alguno para el operador alternativo.

2. Solicitud de uso compartido (SUC)

Una vez identificadas por parte de los operadores alternativos aquellas infraestructuras que pudieran resultar de su interés para la ejecución de un despliegue concreto, éstos deben presentar, a través de NEON, las correspondientes Solicitudes de Uso Compartido (SUC) en relación con los tramos concretos a los que quieran acceder.

Tras el registro de la solicitud, Telefónica debe proceder a su validación, fase en la que se comprueba si los datos del formulario están correctamente cumplimentados, así como si la información facilitada es coherente y permite identificar con exactitud los tramos para los que se solicita acceso¹¹.

Validada la SUC por parte de Telefónica, se llevará a cabo una actividad de replanteo¹², a fin de concretar los elementos sobre los que efectivamente se podrá llevar a cabo un uso compartido de las infraestructuras concretas. Durante el desarrollo de esta tarea se establece con certeza qué elementos podrán ser utilizados por el operador en régimen de uso compartido y si existen limitaciones prácticas de alguna índole. En el replanteo se visitan las cámaras y arquetas que puedan presentar problemas por falta de espacio vacante, así como aquellos postes que se estime necesario.

A la vista de lo observado durante la visita se asignan recursos físicos (por ejemplo, uno o varios subconductos) a la solicitud, asignación que se formaliza en la denominada “*acta de replanteo*”, quedando una copia digitalizada almacenada en el sistema MARCo.

Cabe resaltar, asimismo, que la normativa técnica establecida en la Oferta MARCo es más estricta en el caso de la ocupación de los postes, puesto que, en estos casos, además del replanteo se realiza un estudio de cargas al objeto

¹¹ Así, si en el análisis no se detectan errores, la solicitud pasa al estado “validada” y sigue su curso normal de provisión; en caso contrario, es rechazada y pasa al estado “incorrecta”, indicándose el motivo en el campo de observaciones para que el operador pueda corregir la SUC.

¹² La Resolución de 18 de octubre de 2016 (OFE/DTSA/1242/15) introdujo la posibilidad para los operadores alternativos de adherirse a la modalidad de replanteo autónomo (sin intervención de Telefónica).

de comprobar el tipo de cables y elementos instalados sobre los mismos, y la compatibilidad de las nuevas solicitudes que se formulen con los autorizados con anterioridad.

Por último, se obliga, en todos los casos, a identificar claramente los cables en cada uno de los postes y los elementos pasivos instalados, de una forma duradera y legible a simple vista con el logo/marca o la identificación del operador entrante (debiendo los cables marcarse con cinta de color que no sea roja, amarilla, verde o blanca).

3. Ocupaciones irregulares

En el apartado 9.3.2 del PROGEC_o de la Oferta MARCo se dispone que, cuando Telefónica detecte la ocupación irregular de infraestructuras, debe comunicarlo al GGCAN¹³ para que abra una incidencia de mantenimiento al operador causante de la misma, del tipo ocupación irregular.

El procedimiento de la utilización de esta incidencia en caso de ocupaciones irregulares ha sido modificado por la Resolución de 30 de noviembre de 2021, por la que se aprueban los procedimientos para la regularización de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras pasivas de Telefónica y se introducen modificaciones en la oferta de referencia marco y su contrato tipo¹⁴.

En la apertura de la incidencia se informará de los siguientes datos:

- Operador que ha causado la incidencia.
- Teléfono del operador (puesto que no se ha modificado el nombre del campo en NEON, se va a utilizar para distinguir que la incidencia la ha abierto Telefónica, y se rellenará con todo “ceros”).
- Nombre de contacto del operador (por el mismo motivo se rellenará con la palabra “Telefónica”).
- Apellido de contacto del operador (por el mismo motivo se rellenará con la palabra “Telefónica”).
- Provincia.
- Central (Código MIGA^[15]).
- Registro en incidencias marcados.
- Observaciones (máximo 200 caracteres).
- Fichero de texto (opcional, salvo si es de tipo Ocupación irregular donde será obligatorio) para incluir explicaciones adicionales.
- Fichero con fotos (opcional, salvo si es de tipo Ocupación irregular donde será obligatorio).

¹³ Grupo de Gestión de Canalizaciones de Telefónica.

¹⁴ Expediente IRM/DTSA/002/20; publicada en el BOE el 16 de diciembre de 2021.

¹⁵ El código MIGA identifica la central de Telefónica asociada a la infraestructura afectada.

- Inicio y fin parada de reloj (si hay parada).
- Fichero de permisos (opcional).

El operador al que se abra la incidencia podrá reflejar su posible disconformidad y sus motivos, así como formalizar las observaciones que considere oportunas. Si la incidencia es por ocupación irregular, el operador deberá cerrar la incidencia sólo cuando regularice la ocupación mediante una nueva SUC que ya se encuentre en estado SUC CONFIRMADA, informando en el cierre de la incidencia del nº de SUC de regularización.

Se recuerdan las observaciones realizadas en la Resolución de 30 de noviembre de 2021 y que, como se ha concretado en dicho pronunciamiento:

“Todos los operadores interesados en desplegar sus redes de comunicaciones electrónicas haciendo uso de los elementos de obra civil sujetos a la oferta MARCo de Telefónica están obligados a solicitar el acceso a dichos elementos y a realizar su ocupación siguiendo los procedimientos administrativos y los condicionantes técnicos y económicos regulados en esta oferta de referencia.”

De forma adicional, se recogen en el Fundamento Jurídico Material Cuarto de la citada resolución, así como en las tablas incluidas en su Anexo 1, los procedimientos a seguir en función de la situación del operador¹⁶.

C. Infraestructuras incluidas en la Oferta MARCo

El aspecto fundamental del presente conflicto consiste en la determinación de las infraestructuras incluidas dentro de la Oferta MARCo, cuestión ampliamente debatida por esta Comisión a lo largo de las distintas resoluciones en las que se ha venido delimitando su contenido.

Debe partirse, a tal efecto, de lo dispuesto en la propia Oferta MARCo, de conformidad con la cual 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

¹⁶ Procedimiento A: aplicable a los operadores identificados que dispongan de un contrato MARCo con Telefónica; procedimiento B: aplicable a los operadores identificados que no dispongan de un contrato MARCo con Telefónica; procedimiento C: aplicable a los operadores que no han podido ser identificados por Telefónica.

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.

También son objeto del presente Contrato los procedimientos de acceso online a la información indicada en el párrafo anterior, las licencias de acceso a dicha información y la gestión de los perfiles de usuario, así como el servicio de información de vacancia de la infraestructura que TELEFÓNICA DE ESPAÑA pone a disposición de #OPERADOR# en los términos que se describen en el presente Contrato.

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.”

En este sentido, y de conformidad con lo señalado en la Resolución de los mercados de banda ancha, la obligación impuesta a Telefónica de acceso a infraestructuras de obra civil ha de ser necesariamente de contenido genérico, incluyendo en principio toda infraestructura que se encuentre en posesión de Telefónica.

Esta doctrina ha sido puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones, entre otras, en la Resolución de 5 de septiembre de 2019¹⁷, en la que expresamente se señala la existencia de una presunción posesoria de buena fe en favor de Telefónica sobre las infraestructuras incluidas en la Oferta MARCO. En concreto, se manifiesta lo siguiente:

“Resulta procedente en el marco del presente procedimiento, por último, 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. 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,

¹⁷ 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/DTSA/003/18).

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 (...).”

Por su parte, y de conformidad con la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, la Resolución de 30 de abril de 2019¹⁸ incide en el contenido genérico de la obligación de acceso de la Oferta MARCo sin diferenciar el título jurídico ostentado por Telefónica sobre sus infraestructuras, indicando que:

“(...) 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

¹⁸ 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).

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

La necesidad y oportunidad de emitir una decisión regulatoria en la materia queda claramente puesta de manifiesto en la resolución de 1 de octubre, resolutoria del conflicto, en la que se indicaba: «No es baladí la cuestión relativa a la contraprestación económica que los operadores alternativos entrantes, que soliciten acceso las infraestructuras, han de satisfacer al operador que sufragó los gastos para la construcción de éstas, ya que como se ha señalado por esta Comisión, por la Comisión Europea y el ERG, los costes de las infraestructuras de obra civil suponen entre el 50% y el 80% de los costes totales del despliegue de una red de comunicaciones electrónicas.»

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.»

Con anterioridad a dicha resolución, procede resaltar lo dispuesto en la Resolución aprobada por la CMT el 5 de julio de 2012, sobre la revisión de la Oferta MARCo¹⁹, en la que 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 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.”

¹⁹ Expediente MTZ 2011/1477.

Esto es, desde otro punto de vista, el título jurídico concreto que ostenta Telefónica sobre las infraestructuras no puede oponerse a la exigibilidad de la obligación del acceso.

En el mismo sentido se han pronunciado la Resolución de 18 de octubre de 2016²⁰, la Resolución sobre el análisis de la misma oferta MARCo, de 19 de noviembre de 2009²¹, la Resolución del conflicto de compartición entre Telefónica y Euskaltel, S.A., de 14 de mayo de 2009²², y la Resolución de 1 de octubre de 2009, relativa al recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del anterior conflicto²³. Todos estos pronunciamientos han sido analizados en la Resolución citada anteriormente de 5 de septiembre de 2019, a la cual nos remitimos.

Segundo. Sobre los hechos que han dado lugar a la interposición del conflicto

Telefónica y Guifi.net²⁴ tienen suscrito un contrato de prestación del servicio mayorista MARCo de Acceso a Registros, firmado el 17 de mayo de 2013, cuyo objeto consiste en la puesta a disposición, a cambio de un precio, del uso compartido de las infraestructuras de obra civil sobre las que Telefónica ostenta un derecho de uso.

Sin embargo, de conformidad con lo manifestado por Telefónica, a la fecha de interposición del conflicto, Guifi.net había formulado escasas SUC sobre sus infraestructuras a través de NEON, si bien aprovecharía su acceso a la plataforma ESCAPEX para acceder a la información de las infraestructuras disponibles y programar así sus despliegues. Por consiguiente, Telefónica afirma que se está produciendo la ocupación irregular de determinadas infraestructuras MARCo por parte de Guifi.net y sus operadores colaboradores, asociados o al amparo de dicha fundación.

²⁰ Expediente OFE/DTSA/1242/15.

²¹ Expediente MTZ 2009/1223.

²² Expediente RO 2007/46.

²³ Expediente AJ 2009/1018.

²⁴ Guifi.net figura inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización de frecuencias de uso común (red híbrida con fibra óptica), la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas (red de fibra óptica) y la prestación de los servicios de suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos y de proveedor de acceso a Internet (Resoluciones de 22 de octubre de 2009 y 12 de mayo de 2020, dictadas en los expedientes RO 2009/468 y RO/DTSA/0231/20, respectivamente).

En concreto, Telefónica señala que Güifi.net ha solicitado un total de 50 SUC desde 2013 (solo 8 de ellas fueron solicitadas con anterioridad a la interposición del presente conflicto).

Por otra parte, desde mayo de 2015, Guifi.net ha venido enviando a Telefónica una serie de burofaxes²⁵ en los que informa de que va a proceder al despliegue de redes NGA en diferentes municipios de Cataluña en su mayor parte (aunque también en Alicante y Navarra).

Así, Telefónica manifiesta que Guifi.net ha llegado a comunicar, a través de esta modalidad de notificación, un total de 197 despliegues ubicados en 120 municipios, estando todos los burofaxes firmados por el representante legal de Guifi.net.

En los burofaxes remitidos a tal efecto, se repiten esencialmente una serie de premisas consistentes en que:

- Guifi.net comunica que van a utilizar infraestructuras en las que se encuentra presente Telefónica,
- Se indica a Telefónica que no es propietaria de las canalizaciones afectadas ni ha financiado la obra civil,
- Se concluye que no corresponde la aplicación de la oferta MARCo y aclara que las comunicaciones remitidas a Telefónica son realizadas únicamente a título informativo, salvo que esa entidad acredite documentalmente la propiedad o financiación de la obra civil afectada por dichos despliegues.

Por otra parte, Telefónica señala que los burofaxes adjuntan un plano con el trazado de los despliegues, y aunque no siempre resultan legibles, ha detectado que afectan tanto a canalizaciones como a postes incluidos en la Oferta MARCo.

En respuesta a estos escritos, Telefónica instó formalmente a Guifi.net para que regularizase esta situación de conformidad con los procedimientos establecidos en la Oferta MARCo, pero no hubo respuesta satisfactoria a juicio de Telefónica.

Esta forma de actuar por parte de Guifi.net conlleva, según Telefónica, que Guifi.net se esté aprovechando de los recursos asociados al servicio MARCo de forma irregular, incumpliendo las prescripciones técnicas y económicas previstas en la referida Oferta y sin tomar en consideración:

- Las normas de Prevención de Riesgos Laborales (PRL)

²⁵ Telefónica remite copia escaneada de todos los burofaxes recibidos y de las respuestas remitidas, así como diversas tablas resumiendo las mismas en los Anexos 4 a 9 de su escrito de 20 de marzo de 2020, actualizados mediante el segundo escrito de dicho operador del 14 de julio de 2020.

- Los usos permitidos del servicio, dado que está ocupando tanto zonas urbanas como interurbanas para la unión de localidades.

Tercero. Sobre la inclusión de las infraestructuras analizadas en MARCo

Guifi.net afirmó en sus alegaciones iniciales que las comunicaciones a Telefónica de los despliegues fueron realizadas por esa fundación con carácter meramente informativo, al afectar a infraestructuras en las que Telefónica estaba presente, pero no a través de los procedimientos previstos en la Oferta MARCo, por considerar Guifi.net que Telefónica no es propietaria de dichas infraestructuras ni ha asumido coste alguno durante su construcción.

En su escrito de 22 de junio de 2020, Guifi.net alega que *“nunca ha negado el derecho de uso de Telefónica sobre las infraestructuras ocupadas para el despliegue de redes de telecomunicaciones por parte de Fundació Guifi.net y/o sus operadores participantes”*, incluyendo los despliegues de redes de telecomunicaciones del presente conflicto.

Sin embargo, a continuación, discrepa del hecho de que las infraestructuras objeto de los despliegues se encuentren incluidas en la oferta MARCo manifestando que *“no puede presumirse que Telefónica ostente un derecho de uso sobre todas las infraestructuras que consten recogidas en el aplicativo NEON y que ello le faculte a cobrar un precio al resto de operadores.”*

Asimismo, añade que *“muchos de los ayuntamientos de los municipios en los que se disponían a realizar los despliegues informaron a Fundació guifi.net y/o al operador participante correspondiente del hecho de que, a pesar de que Telefónica hubiera realizado la obra, habían sido los ayuntamientos los que habían sufragado la totalidad de la obra civil, así como de las propias arquetas en distintas fases de urbanización de los concejos que componen el Municipio, obrando documentación acreditativa al respecto, en algunos casos,”* por lo que Guifi.net considera que *“el uso sobre dichas infraestructuras lo seguía ostentando el Ayuntamiento, al no haber realizado ninguna cesión, donación o concesión de las mismas a favor de Telefónica.”*

Así, para Guifi.net, los ayuntamientos de dichos municipios tendrían todos los derechos de uso como propietarios de las infraestructuras, y Guifi.net defiende, en este sentido, la ausencia de obligación de pagar a Telefónica por el uso de unas infraestructuras que no serían propiedad de esa operadora, sino que habrían pasado a titularidad pública municipal (por cesión urbanística obligatoria) y respecto de las cuales, se abonarían las oportunas tasas a los respectivos Ayuntamientos.

No obstante, a pesar de dichas manifestaciones, dicha fundación no ha presentado documentación alguna procedente de los ayuntamientos que sustente dichas afirmaciones. De hecho, en la documentación aportada por Guifi.net²⁶, obran únicamente algunas comunicaciones de Guifi.net a los ayuntamientos de las localidades afectadas en las que esa fundación califica como de dominio público las infraestructuras a ocupar, pero no consta documento público alguno de los Ayuntamientos que avale dicha calificación.

Finalmente, en su último escrito de alegaciones, Guifi.net pasa a considerar que la cuestión de la titularidad de la red de Telefónica no es objeto principal de este conflicto y manifiesta que, aun manteniendo dudas sobre la titularidad de la red de Telefónica en muchos de los municipios en cuestión, igualmente *“ha procedido, o está procediendo, a la inclusión de toda su red desplegada en su contrato MARCo, cumpliendo con el fin del conflicto, y dando satisfacción a Telefónica”*.

Ante estas declaraciones, procede señalar que Guifi.net no ha desvirtuado la presunción posesoria de Telefónica de las infraestructuras analizadas en el presente procedimiento, mediante la aportación de documento alguno. Asimismo, tampoco ha aportado documentación que pueda inducir a la CNMC a estimar que un operador o empresa distinta de Telefónica o una Administración pública hayan incurrido en los costes de la construcción de las infraestructuras afectadas.

Cuarto. Sobre la red de Guifi.net

Guifi.net basa el modelo de funcionamiento de su red en la economía colaborativa. Según la fundación, su objetivo es facilitar que los interesados en hacer uso de la red común puedan dotarse de una infraestructura de red de comunicaciones en autoprestación, interconectarla con las de los demás participantes y transmitir libremente contenidos²⁷.

La red de Guifi.net se constituye por consiguiente como una gran red mallada de comunicaciones electrónicas formada con las aportaciones realizadas por los interesados en adherirse a la misma. Dichos interesados (personas físicas o empresas) no podrán restringir el uso de la capacidad excedentaria de su tramo de red por terceros.

²⁶ Tanto en sus documentos 10 a 30 para los despliegues propios de Guifi.net, como en la documentación incluida en su documento 31 para varios de los restantes despliegues que afirma que realizan otros operadores.

²⁷ Para más información, ver también la Resolución del conflicto entre el Ayuntamiento de Torelló y Guifi.net sobre las condiciones de acceso a infraestructuras susceptibles de alojar una red pública de comunicaciones electrónicas (CFT/DTSA/009/16).

La red de Guifi.net es el resultado de conectar las redes y equipos de titularidad individual de cada participante, por lo que la red en su conjunto no tiene un propietario único.

En el mismo sentido se ha manifestado Guifi.net en el presente conflicto, informando que, *“a pesar de que la red forma una unidad global, ésta está formada a partir de unos activos que son las infraestructuras que incorporan sus participantes”* añadiendo que *“los participantes retienen la titularidad de cada una de estas infraestructuras que ellos han incorporado. Por tanto, la red siempre tendrá múltiples titulares.”*

Además, Guifi.net indica que *“una infraestructura concreta puede tener uno o diversos titulares al mismo tiempo, siempre que se pacte de esa forma. Esta titularidad se mantiene de forma proporcional y en relación con el monto de la inversión de cada participante en el total de la infraestructura”* matizando que *“aunque en la red pueden existir diferentes niveles de participación de los titulares, los derechos y deberes son los mismos para todo aquel que forme parte de ésta.”*

Sin perjuicio de este régimen de propiedad compartida de la red conjunta, Guifi.net figura inscrita en el Registro de Operadores desde octubre de 2009²⁸ como entidad explotadora de una red de comunicaciones electrónicas, en tanto que este operador controla y gestiona el aprovechamiento de la red descrita en su integridad²⁹.

Quinto. Identificación de las ocupaciones objeto de conflicto

La determinación del ámbito material del presente procedimiento, es decir, de las infraestructuras objeto de análisis, ha constituido uno de los aspectos más complejos de la instrucción del presente expediente y, de hecho, a pesar de los requerimientos de información efectuados a los interesados, no ha sido posible su delimitación exacta.

En este sentido, Telefónica solicita incluir dentro del presente conflicto todas las ocupaciones irregulares realizadas, tanto por Guifi.net como por sus operadores asociados, pero dicha entidad solo ha concretado algunas de ellas, ya que, según sus propias manifestaciones, la única información de la que ha dispuesto a este respecto ha sido la facilitada por la propia Guifi.net en las comunicaciones

²⁸ Véase nota al pie 25.

²⁹ Según el Anexo II, apartado 78, de la LGTel, el suministro de una red de comunicación electrónica consiste en la *“la instalación, la explotación, el control o la puesta a disposición de dicha red”*.

y planos de los despliegues enviados mediante burofax, información que, según esa entidad, tiene un carácter genérico y no permite conocer el nivel real de ocupación de sus infraestructuras.

Telefónica manifiesta, en este sentido, la dificultad e ingentes recursos que resultarían necesarios para proceder a la comprobación de las infraestructuras ocupadas por Guifi.net mediante los despliegues comunicados, habiendo constatado únicamente la ocupación en 13 de las 120 localizaciones denunciadas (y que son las que se reflejan en el anexo 12 de su escrito).

Como consecuencia de ello, Telefónica ha procedido a la apertura de varias incidencias en NEON (recogidas en sus Anexos 14 y 15 de su primer escrito) tanto a Guifi.net como a algunos de los operadores colaboradores de la fundación, en las que se comunican con detalle ocupaciones irregulares en las trece localizaciones sujetas a revisión. Asimismo, ha procedido a la apertura de incidencias en NEON en otros nueve municipios en los que también se han constatado ocupaciones irregulares.

Por su parte, Guifi.net señala en sus alegaciones que, de los 197 despliegues mencionados por Telefónica, 161 fueron realizados por operadores miembros de la fundación, y que seis de éstos estarían tratando sus despliegues directamente con Telefónica. Sin embargo, Telefónica en su respuesta al segundo de requerimiento de información de la CNMC, negó que cualquiera de esos operadores se haya puesto en contacto con ella para la regularización de los despliegues mencionados, si bien es cierto que informa de la solicitud de 867 SUC por parte de Guifi.net o sus asociados en los municipios analizados.

En concreto, en los Anexos 3 y 4 al escrito de Telefónica de 22 de enero de 2021 se contabilizan 842 SUC (42 de ellas solicitadas directamente por Guifi.net), pero dichas solicitudes tienen poca incidencia en el presente conflicto dado que en su mayoría no afectan a los municipios incluidos en los burofaxes de Guifi.net³⁰.

En ese sentido, Guifi.net aporta en el Documento nº1 adjunto a su escrito de 22 de julio de 2020, un listado basado en el Anexo 4 de Telefónica -con la relación de burofaxes recibidos comunicando despliegues en 120 municipios- en el que

³⁰ Por ejemplo, en los Anexos 3 y 4 aportados por Telefónica el 22 de enero de 2021, figuran 42 SUC solicitadas directamente por Guifi.net, siendo únicamente 17 de esas 42 para los municipios de los despliegues comunicados mediante burofaxes.

señala, entre otra información³¹, la identidad del operador que considera responsable de cada uno de los despliegues.

Por ese motivo, Guifi.net indica que ha podido facilitar información únicamente de 33 de los despliegues referenciados por Telefónica, listados en su Documento nº2, aportando (documentos 10 a 30) las comunicaciones y documentos relativos a los despliegues efectuados, a excepción de su identificación específica -es decir, sin concretar el tipo de infraestructura ocupada (cámara, arqueta, poste o canalización).

Finalmente, tras el informe de audiencia de la DTSA, Telefónica ha confirmado que determinados operadores –**[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**- están pidiendo SUC en los municipios en los que se han notificado despliegues, circunstancia que podría indicar que están regularizando sus ocupaciones irregulares.

Asimismo, Telefónica también ha remitido un nuevo listado como actualización del Anexo 14 a su escrito inicial, conteniendo todas las incidencias abiertas en NEON a los operadores en cuestión (ascendiendo a 116 en total), así como otras incidencias en NEON cerradas por los operadores e incidencias sobre ocupaciones no abiertas en NEON (por tener origen en operadores que no han suscrito la Oferta MARCo).

Por su parte, en su escrito de alegaciones al informe de audiencia, Guifi.net ha identificado a los operadores que han realizado las distintas ocupaciones y aporta un documento actualizado en el cual aparece la relación de municipios indicados por Telefónica junto al operador ocupante en cada caso (Documento 1 adjunto al escrito de Guifi.net de 9 de febrero de 2022).

Además, aporta los números de referencia de las SUC presentadas por Guifi.net para las ocupaciones realizadas por dicha fundación y por algunos operadores miembros de la fundación.

En concreto, indica que ha revisado la existencia de red de Guifi.net y presentado las correspondientes SUC³² en 17 de las 20 poblaciones en las que reconoce expresamente su obligación de regularizar la red desplegada a través de MARCO –poblaciones de las tipologías A, B y C indistintamente- y afirma que la mayoría

³¹ En concreto, Guifi.net incluye las siguientes columnas: 1. Municipio afectado 2. Provincia 3. Identificación 4. Archivo entrada 5. Fecha carta 6. Fecha burofax 7. Archivo Salida 8. Plan de despliegue y solicitud de autorización (PdiSA) 9. Comunicación BUROFAX 10. Operador.

³² En el listado aportado por Guifi.net se relacionan un total de 58 SUC (Documento 1 adjunto al escrito de Guifi.net de 9 de febrero de 2022)

de esas SUC se encuentran aprobadas (o en dos casos incursas en incidencias) y que está estudiando soluciones para la única SUC que se ha dado por inviable.

Asimismo, comunica que está preparando las SUC para regularizar la red desplegada en otras 3 de las poblaciones objeto del conflicto (en proceso de estudio y elaboración), mientras que el resto de las ocupaciones serían responsabilidad de otros operadores, según su propio conocimiento.

Examinada la documentación remitida por ambas partes en apoyo de sus alegaciones, cabe diferenciar tres situaciones en función del distinto nivel de detalle aportado por Telefónica respecto a las ocupaciones sobre las infraestructuras civiles sobre las que afirma tener derechos de uso:

A. Ocupaciones de infraestructuras revisadas por Telefónica y sobre las que se aportan informes técnicos

Este grupo de ocupaciones comprende los despliegues realizados por Guifi.net en 13 localizaciones (incluidas en el Anexo 12 del escrito de Telefónica), detallándose exhaustivamente cada infraestructura ocupada a través de informes técnicos y listados (que incluyen datos como su código identificativo, la dirección o la latitud, entre otros), complementados con fotografías de las ocupaciones e información adicional sobre posibles incidencias en NEON (Anexos 14 y 15) y, en ocasiones, otras comunicaciones y revisiones (Anexos 10 y 15).

B. Ocupaciones de infraestructuras en las que Telefónica ha procedido a la apertura de incidencias en NEON (o ha enviado la comunicación oportuna) y aporta cierta documentación, pero que no han sido revisadas individualmente

En este grupo de ocupaciones no se llega al nivel de detalle del grupo anterior, pero se incluye información suficiente sobre las ocupaciones comunicadas por Guifi.net mediante su identificación expresa, incluyendo las incidencias abiertas en NEON³³ (Anexo 14) que hayan sido acompañadas de documentación suficiente para identificar las infraestructuras afectadas por dichas incidencias (Anexo 15).

³³ Salvo en el caso en que la información se haya tenido que enviar al principio fuera de NEON, por no estar suscrito a MARCo el operador alternativo (en este expediente, esto ocurre en un caso).

C. Ocupaciones derivadas de los restantes despliegues comunicados por Guifi.net, pero sin documentación asociada a las infraestructuras concretas ocupadas ni apertura de incidencia en NEON

Este tercer grupo de ocupaciones denunciadas se refiere al resto de despliegues comunicados por Guifi.net a Telefónica, y en los que la información aportada por Telefónica no permite delimitar las infraestructuras concretas ocupadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objeto del presente conflicto se centrará en las dos primeras situaciones, excluyéndose las ocupaciones mencionadas en el tercer grupo, dada la imposibilidad de identificar las infraestructuras concretas objeto de ocupación.

Sexto. Detalle de las infraestructuras incluidas en cada tipología de ocupación

Antes de proceder al análisis de las ocupaciones comprendidas en cada grupo, como se señaló anteriormente, se ha declarado como interesados a los operadores (colaboradores y/o asociados a Guifi.net) cuya participación en los despliegues se ha detectado a partir de la información recabada en el expediente, tratándose de los siguientes: CITTEC³⁴, Connecta³⁵, Goufone³⁶,

³⁴ CITTEC figura inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (el Registro) como persona autorizada, entre otras actividades, para la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas (red de fibra óptica) con ámbito geográfico correspondiente a la Comunidad Autónoma de Cataluña (Resolución de 4 de agosto de 2020, expediente RO/DTSA/0482/20).

³⁵ Connecta figura inscrita en el Registro como persona autorizada, entre otras actividades, para la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas, red de fibra óptica y red de fibra oscura (Resolución de 21 de diciembre de 2016, expediente RO/DTSA/1292/16).

³⁶ Goufone figura inscrita en el Registro como persona autorizada, entre otras actividades, para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común, la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas, red de fibra óptica y red de fibra oscura (Resoluciones de 13 de febrero de 2014 y 23 de febrero de 2016, dictadas en los expedientes RO 2014/237 y RO/DTSA/0125/16, respectivamente).

Fibrapenedès³⁷, Globalcat³⁸, Del-Internet³⁹, Meswifi⁴⁰ e Infraestructures de Fibra Telecomunicacions del Vallès, S.L. (Fibra del Vallès)⁴¹.

A continuación, se relacionan los despliegues que afectan a dichos operadores considerando además de la información aportada por Telefónica y Güifi.net, lo manifestado por esos operadores tras el informe de audiencia:

[INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS]

[FIN CONFIDENCIAL]

³⁷ Fibrapenedès figura inscrita en el Registro como persona autorizada, entre otras actividades, para la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas, red de fibra óptica (Resolución de 7 de abril de 2016, expediente RO/DTSA/0300/16).

³⁸ Globalcat figura inscrita en el Registro como persona autorizada, entre otras actividades, para la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas, red de fibra óptica y para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (Resolución de 21 de marzo de 2019, expediente RO/DTSA/0214/19).

³⁹ Del-Internet figura inscrita en el Registro como persona autorizada, entre otras actividades, para la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas (red de fibra óptica) con ámbito geográfico correspondiente a la provincia de Tarragona (Resolución de 15 de diciembre de 2016, expediente RO/DTSA/1275/16).

⁴⁰ Meswifi figura inscrita en el Registro como persona autorizada, entre otras actividades, para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (Resolución de 17 de enero de 2018, expediente RO/DTSA/0036/18).

⁴¹ Fibra del Vallès figura inscrita en el Registro como persona autorizada, entre otras actividades, para la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas, red de fibra óptica y red de fibra oscura (Resolución de 18 de junio de 2020, expediente RO/DTSA/0392/20).

De conformidad con las tipologías expuestas en el Fundamento anterior, se analizan las ocupaciones mencionadas:

A) Por lo que respecta al primer grupo, se trata de los despliegues realizados por Guifi.net descritos en el Anexo 12 de Telefónica⁴²

Las ocupaciones incluidas dentro de este grupo se ubican en 13 de las 120 localizaciones señaladas por Telefónica⁴³. En concreto, se refieren a los despliegues siguientes: **[INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS**

[FIN CONFIDENCIAL]

En total, las revisiones de Telefónica describen la ocupación de **[INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS**

FIN CONFIDENCIAL].

Asimismo, en la distinta documentación aportada por dicho operador (principalmente en los informes técnicos y en algunas fotografías) se menciona junto a Guifi.net a otros cuatro operadores colaboradores de dicha fundación como participantes en algunas de estas ocupaciones (CITTEC, Connecta, Goufone y Fibrapenedès), todos ellos con contratos MARCo firmados con Telefónica, si bien no se distingue suficientemente entre los elementos e infraestructuras ocupadas por Guifi.net respecto a las de estos operadores.

Por su parte, en la información aportada por Telefónica en su escrito de 22 de enero de 2021 y en sus Anexos 3 y 4, consta que, entre Guifi.net, CITTEC, Goufone y Fibrapenedès, se han solicitado SUC en cinco de los municipios revisados **[INICIO CONFIDENCIAL**

⁴² En el Anexo 12 a su primer escrito, figuran las siguientes revisiones realizadas en las 13 localizaciones inspeccionadas por Telefónica:

- Informe técnico, que incluye:
 - Detalle de los registros, canalizaciones y postes ocupados
 - Fotografías de la revisión realizada donde se constata la ocupación de las infraestructuras
- Informe Excel, incluyendo en distintas hojas los registros y las canalizaciones y una dirección aproximada
- Planos de ocupación en los que se señalan los registros, canalizaciones y postes ocupados

⁴³ **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

FIN CONFIDENCIAL], existiendo ciertas coincidencias con las infraestructuras ocupadas. Asimismo, con posterioridad a la emisión del informe de audiencia de la DTSA, han sido solicitadas SUC adicionales por parte de los anteriores operadores ocupantes.

Analizando con más detenimiento la información aportada, se llega al desglose siguiente:

[INICIO CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

B) Sobre los despliegues en los restantes municipios

Finalmente, cabe señalar que en los restantes despliegues comunicados por Guifi.net y denunciados por Telefónica en el marco del presente conflicto no existe constancia suficiente de las infraestructuras supuestamente ocupadas.

En relación con estos despliegues, Telefónica únicamente ha aportado copia de los burofaxes remitidos por Guifi.net durante el periodo comprendido entre mayo de 2015 y mayo de 2020, así como las respuestas de Telefónica a los mismos, en las que básicamente se solicita la identificación de las infraestructuras ocupadas y su regularización de conformidad con la oferta MARCo o, en su caso, la retirada del equipamiento instalado.

En algunos casos Telefónica ha añadido información sobre algunas SUC presentadas por Guifi.net y los operadores asociados a la fundación en dichos municipios⁴⁴. Además, con posterioridad a la emisión del informe de audiencia de la DTSA, también ha remitido información sobre la apertura de nuevas incidencias en NEON que guardarían relación con estos despliegues, si bien no va acompañada de documentación adicional.

⁴⁴ Anexos 3 y 4 al escrito de Telefónica de 22 de enero de 2021.

Del análisis de la documentación aportada por las partes no puede dilucidarse la ubicación concreta de las infraestructuras afectadas, por lo que se excluyen del marco del presente conflicto.

Sin perjuicio de lo anterior, Telefónica podrá aplicar los procedimientos previstos en la Resolución de 30 de noviembre de 2021 (IRM/DTSA/002/20) y en la Oferta MARCo para la regularización de las ocupaciones en dichas infraestructuras cuando lo estime oportuno.

Séptimo. Conclusiones sobre las infraestructuras ocupadas y su regularización

Del análisis de la documentación obrante en el presente procedimiento y de lo expuesto en el Fundamento Jurídico Material anterior, se deduce claramente que tanto Guifi.net como el resto de los operadores declarados como interesados (CITTEC, Connecta, Goufone, Fibra de Vallès, Fibrapenedès, Globalcat, Del-Internet y Meswifi) han procedido a la ocupación de las infraestructuras que le han resultado de interés para sus planes de despliegue, al margen de las estipulaciones establecidas en la Oferta MARCo. Por ello, procede estimar la solicitud de Telefónica.

Tal como se analizó en detalle en la citada Resolución de 30 de noviembre de 2021, esta Comisión considera que es extremadamente pernicioso para la seguridad jurídica y para el mercado que cualquier operador utilice las infraestructuras de la oferta MARCo sin seguir los procedimientos establecidos, amparándose en una declaración de que Telefónica no ostenta la propiedad o el uso de las mismas, sin que aporte ningún elemento indiciario de tales argumentos a la operadora afectada o a esta Comisión.

Estos hechos constituyen, en efecto, un grave perjuicio no solo para Telefónica, sino también para el resto de los operadores que hacen un uso debido de la referida Oferta. En efecto, la ocupación irregular de las infraestructuras MARCo por parte de Guifi.net y del resto de operadores ocupantes está suponiéndoles un claro ahorro económico, tanto en relación con los costes recurrentes (cuotas mensuales) como no recurrentes (p.ej. por la solicitud de información de vacantes, replanteo conjunto, trabajos de alta o sustitución de postes). Esto permite a dichos operadores desplegar su red de fibra óptica en condiciones más ventajosas que las del resto de operadores, lo que podría afectar a la competencia en el mercado en el que opera.

Como consecuencia de lo expuesto, Guifi.net y los operadores afectados deberán proceder a la regularización de las ocupaciones irregulares recogidas en los apartados A y B del Fundamento Jurídico Material Quinto, siempre y cuando las mismas resulten viables.

Dicha regularización habrá de realizarse de conformidad con el procedimiento establecido en PROGECO y en la Resolución de 30 de noviembre de 2021, antes citada, debiendo, a tal efecto, presentar las correspondientes SUC de las infraestructuras ocupadas en el plazo indicado en la citada Resolución, a partir de la notificación de la presente resolución. En dichos casos, Telefónica ha fundamentado suficientemente la existencia de la ocupación irregular a través de la documentación aportada y de las incidencias abiertas en NEON.

Estas SUC seguirán su curso en los términos descritos en dicha resolución, en función del tipo de infraestructura ocupada (cámaras/arquetas o postes) y deberán progresarse hasta llegar al estado "Ocupación" conforme a lo previsto en PROGECO. Asimismo, dichas ocupaciones darán lugar al pago de los precios que en la Oferta se establecen.

Como se ha señalado anteriormente, hay supuestos en los que, de conformidad con la documentación obrante en el expediente, Telefónica ha informado, con posterioridad a la interposición del conflicto, de SUC presentadas por Guifi.net o los operadores participantes, referidas a infraestructuras parcialmente coincidentes con los despliegues denunciados en el escrito de interposición del conflicto. En estos casos, el estado de dichas SUC deberá ser analizado caso por caso por los interesados, siguiéndose los procedimientos previstos en la Resolución de 30 de noviembre de 2021 referenciada, para todas aquellas infraestructuras que no hayan sido regularizadas aún.

Por otro lado, y aunque Guifi.net indique que los distintos operadores miembros de la fundación son los responsables de la mayoría de los despliegues, por un lado, la propiedad de la red resultante es compartida por todos los miembros de la fundación, y por otro, esa entidad es la que ha efectuado las distintas comunicaciones a Telefónica mediante el envío de los burofaxes referenciados, en su calidad de representante legal de los miembros de la fundación, por lo que resulta lógico que Telefónica imputase dichos despliegues a Guifi.net hasta que la fundación ha procedido, en el presente conflicto, a identificar a los operadores que han participado efectivamente en los despliegues.

No obstante, tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de la presente Resolución, esta Comisión ha reconocido la condición de interesados a los operadores implicados en los despliegues incluidos en los Anexos 10, 12 y 15 de Telefónica, por lo que dichos operadores también deberán cumplir la Resolución de 30 de noviembre de 2021, advirtiéndose de que, en caso contrario se podrá producir el desmantelamiento de la red, siguiendo los procedimientos establecidos en la resolución señalada.

En cualquier caso, Guifi.net deberá abstenerse de presentar las SUC en nombre de otros operadores, si la red es de otros operadores y finalmente la

responsabilidad de la tramitación de las SUC y de los despliegues va a recaer en dichos operadores.

Octavo. Alegaciones adicionales al trámite de audiencia

A. Sobre las infraestructuras no incluidas en el presente conflicto

Respecto a las ocupaciones incluidas en el objeto del conflicto, Guifi.net manifiesta su conformidad con la declaración de nuevos interesados realizada por la Comisión en su informe de audiencia y señala que va a limitar sus alegaciones a las ocupaciones que realizó esa fundación, pues considera que la tramitación de las restantes les corresponde a los operadores ocupantes con Telefónica.

En ese sentido, Guifi.net ha identificado a los operadores que han realizado las distintas ocupaciones y aporta un documento actualizado en el cual aparece la relación de municipios indicados por Telefónica junto al operador ocupante en cada caso (Documento 1 adjunto al escrito de Guifi.net de 9 de febrero de 2022).

Además, aporta la información relativa a las SUC presentadas por Guifi.net para las ocupaciones realizadas por dicha fundación, incluyendo, en algunas ocasiones, las ocupaciones de otros operadores colaboradores o miembros de la fundación de cuya presentación de SUC se ha encargado Guifi.net.

En concreto, indica que ha revisado la existencia de red de Guifi.net y presentado las correspondientes SUC⁴⁵ en 17 de las 20 poblaciones en las que reconoce expresamente su obligación de regularizar la red desplegada a través de MARCO –poblaciones de las tipologías A, B y C indistintamente- y afirma que la mayoría de esas SUC se encuentran aprobadas (o en dos casos incursas en incidencias) y que está estudiando soluciones para la única SUC que se ha dado por inviable.

Asimismo, Guifi.net comunica que está preparando las SUC para regularizar la red desplegada en otras 3 de las poblaciones objeto del conflicto (en proceso de estudio y elaboración), mientras que el resto de las ocupaciones serían responsabilidad de otros operadores, según su propio conocimiento.

De forma similar, Meswifi, Goufone, CITTEC, Fibrapenedès, Fibra del Vallès, Connecta y Globalcat afirman que han iniciado la presentación de SUC en las distintas localidades mencionadas en los Fundamentos Jurídicos Materiales Quinto y Sexto para completar su regularización durante los próximos meses.

⁴⁵ En el listado aportado por Guifi.net se relacionan un total de 58 SUC (Documento 1 adjunto al escrito de Guifi.net de 9 de febrero de 2022)

Por su parte, Telefónica solicita que se incluyan, dentro de las ocupaciones clasificadas como tipología B con anterioridad, a todas las ocupaciones irregulares afectadas por las nuevas incidencias abiertas por ese operador en NEON sobre las ocupaciones irregulares de Guifi.net y de sus colaboradores relacionadas en la actualización de su Anexo 14, que remite junto a sus alegaciones al informe de audiencia.

Asimismo, Telefónica también solicita que se incorporen las ocupaciones asociadas a incidencias no abiertas en NEON incluidas en el Anexo 15. Aclara que, como norma general, son incidencias que no se han podido abrir en NEON por afectar a operadores no adscritos a la oferta MARCo en el momento de detección de la ocupación y que, al menos, deberían formar parte de esta tipología las ocupaciones detectadas en **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, ya que están documentadas en **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

En consecuencia, solicita que se incluya en la tipología B a todas las incidencias incluidas en los anexos 14 y 15 y que se modifique el título de la tipología B eliminando la necesidad de que las incidencias hayan sido abiertas en NEON, para llamarse *“B) Ocupaciones de infraestructuras en las que Telefónica ha procedido a la apertura de incidencias en NEON, pero que no han sido revisadas individualmente.”*

Telefónica tiene razón en que en esa categoría B pueden entrar situaciones que no han sido tratadas a través de una incidencia en NEON, cuando el operador no está suscrito a MARCo -y así se ha corregido en la presente resolución-. No obstante, esta Comisión ha podido apreciar que, mientras que para las primeras incidencias abiertas en NEON Telefónica aportaba en su Anexo 15 documentación específica asociada a las mismas, en la actualización y ampliación de las incidencias que comunica en el Anexo de su último escrito, no figura documentación adicional que facilite su identificación.

De este modo, la última versión del Anexo 14 se limita a relacionar un total de 116 incidencias junto a la información sobre la central, el número de SUC, el tipo de incumplimiento, el nombre del operador, la fecha de inicio, observaciones y los anexos anteriores en los que figuraba la documentación adicional ya aportada.

Por otra parte, en relación con la inclusión de las ocupaciones asociadas a otras incidencias no abiertas en NEON (relacionadas por Telefónica en la versión actualizada del Anexo 14 y descritas en su Anexo 15), esta Comisión observa que las ocupaciones relativas a los municipios de **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL] ya fueron tenidas en cuenta en las tipologías A y B del informe de audiencia de la DTSA. Igualmente, para las restantes ocupaciones se observa que, o bien no han sido identificadas con suficiente precisión por Telefónica, o el municipio no se encuentra entre los incluidos por Telefónica en su Anexo 4 ni forma parte de los 120 municipios que se incluyeron en la solicitud inicial de Telefónica que dio lugar al conflicto. Sin embargo, sí que se aprecia suficiente documentación para identificar la ocupación en el municipio de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, por lo que se ha estimado incorporar esa ocupación en la tipología B, a pesar de no tener una incidencia abierta en NEON.

Respecto a las infraestructuras ocupadas de la tipología C, frente a la propuesta del informe de audiencia de la DTSA de excluir estas ocupaciones por la indefinición de la ubicación concreta de las infraestructuras afectadas, Telefónica solicita a la CNMC que reitere su requerimiento de información adicional a Guifi.net y lo traslade también a sus operadores asociados.

Así, Telefónica insiste en la dificultad de las labores de detección de ocupaciones irregulares y considera desproporcionado que, siendo Güifi.net y sus operadores asociados quienes comunicaron inicialmente los despliegues e incurrieron en irregularidades, tenga que ser Telefónica la responsable de localizar y documentar toda esta infraestructura instalada al margen de la normativa existente.

Asimismo, Telefónica destaca que el Fundamento Jurídico Material Octavo de la Resolución de 30 de noviembre de 2021 (IRM/DTSA/002/20) permite a Telefónica aplicar los procedimientos previstos en la Resolución a aquellas ocupaciones irregulares que se hubieran producido con anterioridad a la aprobación de esta Resolución y que no hubieran sido ya comunicados por esta operadora a esta Comisión, pero como las ocupaciones del presente conflicto fueron comunicadas por Telefónica a la CNMC antes de la publicación de esa Resolución de 30 de noviembre de 2021, ese operador considera que la CNMC puede resolver sobre las mismas sin necesidad de remitir a aquellos procedimientos.

En respuesta a estas alegaciones, efectivamente el Fundamento Jurídico Material Octavo de la Resolución de 30 de noviembre de 2021 prevé la posibilidad de que Telefónica aplique los procedimientos previstos en aquella resolución a los operadores que hayan ocupado indebidamente las infraestructuras con anterioridad a su aprobación siempre que estas ocupaciones irregulares no se hubieran comunicado con anterioridad a esta Comisión a través de la interposición de denuncias o conflictos.

No obstante, a juicio de esta Comisión, dicho fundamento no impide a esta Comisión que, en el ejercicio de sus facultades, aplique los procedimientos allí establecidos por ser los más adecuados para solucionar las situaciones derivadas de otras ocupaciones irregulares comunicadas a la CNMC con anterioridad a la aprobación de la Resolución de 30 de noviembre de 2021, y en consecuencia, autorice o remita a Telefónica a su aplicación, como en el presente conflicto.

Por otra parte, Guifi.net ha identificado -en el Documento número 1 adjunto a su escrito de 9 de febrero- a los operadores responsables de las ocupaciones en cada municipio (incluidos los de las ocupaciones de la categoría C), que además coinciden con los interesados en el presente conflicto, añadiendo que se encuentran regularizando los despliegues en cuestión con la tramitación de las SUC correspondientes.

En consecuencia, teniendo en cuenta la gran cantidad de ocupaciones ya contempladas en el presente conflicto y las dificultades que plantea la identificación de ocupaciones adicionales a partir de la información aportada para las distintas incidencias por Telefónica, esta Comisión no estima oportuno ampliar el objeto del procedimiento con ocupaciones adicionales a las mencionadas en el informe de audiencia de la DTSA.

Asimismo, teniendo en cuenta que se han identificado los operadores responsables de cada despliegue y que estos han iniciado los trámites para su regularización, tampoco se considera necesario que se formule un requerimiento adicional a Guifi.net o específico al resto de operadores interesados.

Sin perjuicio de lo anterior, se recuerda a los operadores declarados interesados en el presente conflicto su obligación de regularizar todas las ocupaciones irregulares que hayan realizado en el despliegue de sus redes -y no solo las identificadas en las categorías A y B- conforme a la regulación establecida en la oferta MARCo y a lo establecido en la Resolución de 30 de noviembre de 2021.

Asimismo, como ya se indicaba en el informe de audiencia, Telefónica podrá acudir los procedimientos de regularización previstos en dicha Resolución, para los que deberá recabar alguna prueba documental que detalle los elementos de obra civil que le consten ocupados irregularmente por el operador en caso de haberse producido.

En ese sentido, se recuerda a Telefónica que, conforme al procedimiento A establecido en esa resolución:

“(...) Telefónica deberá recabar alguna prueba documental, como ficheros de texto que expliquen con mayor precisión y detalle los hechos descubiertos por sus técnicos y fotografías de los elementos de obra civil

que le consten ocupados irregularmente por el operador, así como cualquier otro tipo de acreditación que considere oportuna.

*En particular, en línea con lo propuesto por Telefónica en su escrito de 3 de febrero de 2020, esta operadora deberá aportar al operador implicado las pruebas acreditativas sobre las ocupaciones irregulares de, al menos, seis (6) registros o postes, o de todos los elementos ocupados indebidamente si estos fueran menos de 6, por ejemplo, a través del correspondiente fichero de fotos, en la comunicación de la incidencia que abra en NEON.*⁴⁶

B. Sobre la remisión del Acta de Replanteo y de la Memoria Descriptiva para la regularización de las ocupaciones

Telefónica considera que debe aclararse que la efectiva regularización de las ocupaciones no se hará efectiva hasta que las SUC presentadas por Guifi.net y sus operadores asociados para regularizar las ocupaciones de las tipologías A y B no alcancen el estado de “SUC confirmada” (y con las obras de adaptación ejecutada en el caso de los postes que así lo requieran), necesario para que el operador pueda ocupar. Por ello, solicita a la CNMC que se exija en la resolución a los operadores cargar en NEON el acta de replanteo (AR) y la memoria descriptiva (MD) en tiempo y forma.

Así, Telefónica expone que la regularización no consiste únicamente en presentar las correspondientes SUC, sino que, además, el operador debe progresarlas y manifiesta que es una práctica habitual por parte de determinados operadores pedir SUC y no cargar el AR y la MD en los 10 días posteriores al replanteo (de manera que al final la SUC se anularía), o bien cargar de manera reiterada AR y MD incorrectas, de manera que la SUC nunca llega a estar confirmada ni se inicia la facturación.

Telefónica señala que, si esto sucede, no se conseguirá el fin último que tanto la CNMC como Telefónica persiguen con la resolución del conflicto, pues estos operadores podrían “resolver” sus ocupaciones con una simple SUC que no avance y las ocupaciones irregulares persistirían.

Para solucionar este posible problema, solicita a la CNMC que modifique la redacción del segundo resuelve para exigir a los operadores presentar y progresar las SUC:

“SEGUNDO.- *La Fundació Privada per la Xarxa Oberta, Lliure i Neutral, Guifi.net, y los operadores Centre Integral de Telecomunicacions i Tecnologies de Catalunya, S.L., Connecta Comunicacions Integrals de Catalunya, S.L., Gurbtec Telecom, S.L., Xarxes de Telecomunicacions Alternatives, S.L., Comunicacions Globals de Catalunya, S.L., Del-Internet Telecom, S.L. y Meswifi, S.L. deberán, conforme a lo establecido en los*

⁴⁶ Los subrayados son nuestros.

procedimientos para la regularización de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras pasivas de Telefónica previstos en la Resolución de 30 de noviembre de 2021 (IRM/DTSA/002/20) y en la Oferta MARCo, presentar las SUC correspondientes relativas a las ocupaciones indebidas de las infraestructuras determinadas en los apartados A y B del Fundamento Jurídico Material Cuarto anterior, en un plazo máximo de 15 días a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución. Además, deberán progresarlas en tiempo y forma, tal como establece el procedimiento de gestión de la oferta MARCo (PROGECó), cargando correctamente AR y MD en NEON en un plazo de 10 días laborables desde la fecha de replanteo realizado viable. En caso contrario, Telefónica podrá proceder al desmontaje de la red desplegada sobre las infraestructuras señaladas, de conformidad con la Resolución de 30 de noviembre de 2021. En caso de que el operador cargue de manera incorrecta AR y MD más de una vez, se considerará también que no ha cumplido la presente resolución, lo cual facultará a Telefónica igualmente para proceder al desmontaje de la red desplegada sobre las infraestructuras señaladas, de conformidad con la Resolución de 30 de noviembre de 2021.⁴⁷

Esta Comisión comparte la preocupación de Telefónica respecto a la efectividad de las regularizaciones en los casos en los que, tras la presentación de la SUC, esta no progresa por la inacción imputable al operador en situación irregular.

Por una parte, esta Comisión ha podido comprobar que algunas de las SUC presentadas por Guifi.net y sus operadores colaboradores para la regularización de las ocupaciones irregulares efectivamente se encuentran en los estados mencionados por Telefónica (“Aviso para recibir AR y MD” y “AR y MD Incorrecta”).

Por otra parte, esta Comisión también ha podido observar que el estado general de las SUC presentadas es muy heterogéneo, encontrándose varias SUC definitivamente ocupadas tras la confirmación de Telefónica o en distintos estadios intermedios de su tramitación (desde las presentadas por los operadores que todavía se encuentran pendientes de validación por Telefónica hasta las confirmadas o las que se encuentran en fase de ejecución de obras), por lo que no puede inferirse una conducta generalizada ni por parte de Guifi.net ni de los operadores colaboradores tendente a pretender tramitar sus ocupaciones únicamente presentando SUC sin luego progresarlas, si bien no se ha revisado la totalidad de las SUC presentadas durante la tramitación del presente conflicto debido a su gran volumen, al diferente momento de su presentación en el expediente y a la cantidad de municipios afectados.

⁴⁷ Subrayados los añadidos propuestos por Telefónica.

De todas formas, en aras a clarificar estas situaciones en las que los operadores ocupantes han accedido a regularizar las ocupaciones presentando SUC, pero que permanecen paralizadas tras el replanteo, resulta necesario acudir a los pronunciamientos formulados previamente por esta Comisión sobre las solicitudes de revisión de estudios de viabilidad en la reciente modificación de la Oferta MARCo en relación con los procedimientos de acceso a los postes de Telefónica (OFE/DTSA/004/20).

Tal y como se indica en la mencionada oferta respecto a los postes:

“De acuerdo con lo dispuesto en la oferta MARCo, una vez completado el replanteo y realizado el análisis de viabilidad, el operador solicitante registra en NEON el acta de replanteo (AR) y la memoria descriptiva (MD). Esta última se debe elaborar según lo observado en el replanteo. No obstante, si Telefónica observa una incorrección en la memoria descriptiva, la notifica al operador para que este la pueda subsanar (pasando la SUC al estado “AR y MD Incorrecta”). Una vez subsanada, Telefónica confirma la SUC, que progresa al estado “SUC Confirmada”.

De conformidad con los apartados 6.2.5 y 6.2.6 del PROGECO, el operador solicitante dispone de 10 días laborables para registrar en NEON el AR y la MD, pasando la SUC al estado “AR y MD facilitadas, Fecha MD recibida”. Asimismo, si a los 7 días el operador solicitante no hubiese enviado el AR y la MD, NEON manda un mensaje automático al operador, activándose el estado “Aviso para recibir AR y MD”.

En lo referente a la revisión de los estudios de viabilidad en los que se cuestiona la información aportada por Telefónica, esta Comisión expuso en la misma resolución de modificación de la Oferta MARCo que:

“Durante el replanteo, el operador y Telefónica confirman el uso que se pretende dar a los postes, identifican los tipos existentes, si se encuentran en mal estado y la posible existencia de refuerzos (por ejemplo, cables de riostra). La información recabada durante el replanteo es esencial, dado que se basa en la inspección presencial de las infraestructuras, y además es validada por el operador mediante la firma del acta de replanteo.

Por tanto, es razonable que, tal como solicita Telefónica, esta información constituya la referencia fundamental para los cálculos del estudio técnico. No está justificado que el operador cuestione la validez de dicho estudio alterando lo ya observado y aceptado por ambas partes en el replanteo conjunto. De existir discrepancias, debe prevalecer la información recogida en el acta de replanteo.

Ahora bien, si la información obtenida durante el replanteo ha de ser una referencia fundamental, tiene que ser fiel a la realidad y suficientemente detallada para su uso en cálculos posteriores. Para ello, debe quedar constancia no solamente del estado de los postes, sino también del número y tipo de cables presentes, su orientación, existencia de elementos de

refuerzo y demás características que resulten de utilidad para el posterior cálculo de cargas.

Por otra parte, tal como indica R Cable, no es correcto considerar que todas las actividades posteriores al replanteo conjunto se basen en la información recabada durante el mismo. En particular, la realización del estudio de cargas se basa también en la aplicación de criterios de cálculo propios de Telefónica, que se emplean en la determinación de las actuaciones de adecuación (refuerzo o sustitución) que será necesario aplicar a los postes solicitados por el operador, y cuyo coste éste deberá asumir. Por ello, no puede rechazarse una reclamación del operador (una solicitud de revisión del estudio técnico elaborado por Telefónica) si el origen de la misma no es lo objetivamente observado en el replanteo, sino las adecuaciones propuestas como resultado del estudio de cargas (y los costes asociados a las mismas) y los criterios de cálculo empleados por Telefónica en esa tarea.

No obstante, respecto a las ocupaciones irregulares, la mencionada resolución (OFE/DTSA/004/20), establece que:

“la gestión de las ocupaciones irregulares de los operadores se ajustará a lo dispuesto en el procedimiento específico relativo a la gestión (regularización o desmontaje) de las mismas, recogido en la Resolución de 30 de noviembre de 2021, por lo que no se debe modificar la oferta a este respecto en el presente expediente.

Si el operador solicita nuevos tendidos (nuevas SUC) sobre los mismos postes que anteriormente ha ocupado de forma irregular, Telefónica puede exigir que, con carácter previo, el operador deba desmontar o regularizar dichos tendidos de acuerdo con lo establecido en el procedimiento de gestión de ocupaciones irregulares.”

Así, debe acudir al mencionado procedimiento de la Resolución de 30 de noviembre de 2021 que, en su Fundamento jurídico material Noveno, apartado cinco, establece que:

“De todo lo expuesto se concluye que, si del estudio de cargas resultara que algún tendido irregular del operador en los postes es inviable, Telefónica deberá justificar dicha inviabilidad y ofrecer al operador soluciones alternativas para que el tendido irregular pueda ser regularizable. Si el operador no admitiera dichas soluciones, Telefónica podrá considerar que dicha infraestructura no es regularizable y seguir los procedimientos descritos en el Fundamento Jurídico Cuarto, según el caso, considerando que el operador se encuentra en la situación (iv) -Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta desinstalarlos, lo que podrá hacer personalmente o bien solicitándoselo a Telefónica-”

En consonancia con dichas previsiones, el 6.2.4.4 del PROGECó de la oferta MARCo dispone que:

“Telefónica no está obligada admitir solicitudes del Operador de revisión de análisis de viabilidad de postes en las situaciones siguientes:

- Cuando los postes objeto de la solicitud de revisión se encuentren afectados por ocupaciones irregulares del mismo Operador que solicita la revisión (Telefónica podrá exigir que, con carácter previo, el Operador deba desmontar o regularizar dichos tendidos).”

Finalmente, respecto al procedimiento para el desmontaje establecido en el Fundamento Cuarto de la Resolución de 30 de noviembre de 2021, se establece que:

“En esos supuestos, Telefónica podrá enviar un burofax al operador implicado, indicándole que **dispone de un plazo de dos (2) meses**, a contar desde el día siguiente al de su notificación **para desinstalar sus tendidos irregulares, e informar a Telefónica y a la CNMC** de todas las infraestructuras ocupadas, de su localización y de la fecha de su ocupación. Telefónica deberá remitir a esta Comisión una copia de los burofaxes que envíe a los operadores y las posibles contestaciones de estos. Tras el envío del citado burofax, los operadores que se encuentren en las situaciones (ii) o (vi) tendrán la oportunidad de reconocer la irregularidad en su ocupación y aceptar regularizarla -es decir, decidir pasar a la situación (iii), comunicándoselo a Telefónica y a esta Comisión en el plazo de 10 días desde que recibieron el citado burofax.”

Teniendo en cuenta toda la regulación mencionada, y si bien la situación alertada por Telefónica respecto a las SUC pendientes de remisión del AR y MD o cuya remisión es incorrecta no resulta generalizada entre las SUC presentadas por los operadores interesados en el presente conflicto, esta Comisión considera razonable permitir a Telefónica proceder al desmontaje de la red desplegada sobre las infraestructuras señaladas en las tipologías A y B del presente conflicto, cuando hayan transcurrido 10 días hábiles desde que la SUC se encuentre en el estado “Aviso para recibir AR y MD” así como cuando una misma SUC figure en estado “AR y MD Incorrecta” por más de una vez, siempre y cuando Telefónica actúe de conformidad con el procedimiento establecido para el desmontaje en el Fundamento Cuarto de la Resolución de 30 de noviembre de 2021.

En todo caso, Guifi.net y los restantes operadores indicados en la presente Resolución podrán remitir a través de NEON el AR y la MD correctas para la confirmación de la SUC en los 10 días hábiles desde que reciban el burofax de Telefónica solicitando la desinstalación.

Asimismo, se recuerda a Telefónica que, sin perjuicio de lo indicado en el apartado 6.2.4.4 del PROGECó y en el Fundamento Noveno de la Resolución de 30 de noviembre de 2021, se ha de procurar en primer término la regularización de las ocupaciones irregulares, si es posible y se puede evitar la desinstalación de las redes, que repercutiría sobre los usuarios finales del operador. Así, especialmente cuando la SUC se encuentre en el estado de “AR y MD Incorrecta”, Telefónica debe haber ofrecido a Guifi.net y al resto de

operadores del presente conflicto soluciones alternativas conforme a lo establecido en el Fundamento Quinto, letra a) de la Resolución de 30 de noviembre de 2021:

“Cuando Telefónica acredite que no es viable el tendido instalado por el operador conforme establece la oferta MARCO, ambos operadores deberán estudiar conjuntamente posibles soluciones alternativas, recalculando los estudios técnicos con distintos parámetros (tensiones de los cables, altura en el poste, posicionamiento de las riostras, etc.) así como valorando la posible sustitución del tendido por otro que pueda ser viable (por ejemplo, un cable de menor tamaño).

Cuando no pueda regularizarse un tramo de red, ya sea por motivos técnicos o por falta de permisos, Telefónica deberá justificar dicha inviabilidad y procurar acordar con los operadores soluciones alternativas que permitan evitar la afectación a los servicios del operador alternativo (por ejemplo, desplegando otro tramo de red mediante rutas alternativas).

Estas soluciones pueden consistir en tramitar nuevas SUC, en las que se prescindiera de pedir acceso a los postes o canalizaciones inviables (debe permitirse que el operador pueda modificar su SUC original), o bien en el mantenimiento de la infraestructura hasta poder desplegarse la red a través de recursos distintos a los de Telefónica.

Podrán acordarse soluciones mixtas, con tramos que discurren tanto por infraestructura aérea o canalizaciones de Telefónica como por nueva infraestructura de obra civil a construir por el operador.

Se podrá contemplar asimismo acudir a un acceso a infraestructuras de agentes terceros, por ejemplo, mediante la invocación del derecho de acceso a infraestructuras que reconoce 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 velocidad (Real Decreto 330/2016), facilitándose el traspaso de los servicios a las nuevas infraestructuras -por ejemplo, no imponiéndose el desalojo inmediato de las infraestructuras de Telefónica-.”

C. Otras alegaciones

Connecta y Globalcat comunican en sus escritos que ambas entidades pertenecen al mismo grupo y que, aunque utilizan indistintamente la marca “Connecta”, la encargada de gestionar la regularización de las ocupaciones en la localidad de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** está siendo Globalcat, y solicitan una ampliación del plazo para poder regularizar esa ocupación.

En relación con su solicitud, el plazo de 15 días hábiles concedido para presentar las correspondientes SUC, en caso de no haberlas solicitado previamente, computará a partir de la presente Resolución, no estimándose oportuna ninguna ampliación del plazo, toda vez que las empresas deberían estar ya regularizando sus despliegues.

Por su parte, Del-Internet subraya que, tal y como se expone en el informe de audiencia, todavía no ha suscrito un contrato MARCo con Telefónica. Por ese motivo, considera que no puede serle de aplicación el mismo plazo de 15 días propuesto a los restantes operadores para la presentación de las SUC correspondientes a las ocupaciones indebidas en las localidades de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** y solicita aclaración del plazo del que disponen para presentar sus SUC.

Sobre esta cuestión, de conformidad con el procedimiento B previsto en la Resolución de 30 de noviembre de 2021, los operadores identificados que no dispongan de un contrato MARCo con Telefónica disponen de un plazo de 15 días para comunicar a Telefónica si optan por desinstalar sus tendidos de las infraestructuras que deben estar sujetas a la oferta MARCo o por adherirse a dicha oferta de referencia, firmando el oportuno contrato en el plazo de un (1) mes desde la resolución que pone fin al presente conflicto y regularizando sus tendidos irregulares, siguiendo los criterios fijados en la citada resolución, así como lo establecido en el apartado anterior respecto a la progresión de las SUC.

Finalmente, respecto a las alegaciones de Telefónica calificando como “no regularizables”, hasta catorce tipologías de ocupaciones descritas en su Anexo 13 al escrito de interposición del conflicto, cabe destacar que dichas situaciones también fueron planteadas por Telefónica en el marco del expediente IRM/DTSA/002/20, por lo que de forma general se remite a dicho operador a lo indicado en el Fundamento Jurídico Material Sexto de la mencionada Resolución de 30 de noviembre de 2021, y en particular, al Fundamento Jurídico Material Noveno de la misma resolución en lo referente a los postes.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar la solicitud de Telefónica de España, S.A.U., reconociendo la inclusión de las infraestructuras recogidas en los apartados A y B del Fundamento Jurídico Material Sexto en el ámbito de la oferta MARCo y la necesidad de regularización de las ocupaciones indebidas de Güifi.net y sus operadores asociados, descritas en dicho fundamento.

SEGUNDO.- La Fundació Privada per la Xarxa Oberta, Lliure i Neutral, Guifi.net, y los operadores Centre Integral de Telecomunicacions i Tecnologies de

Catalunya, S.L., Gurbtec Telecom, S.L., Xarxes de Telecomunicacions Alternatives, S.L., Comunicacions Globals de Catalunya, S.L., Meswifi, S.L. e Infraestructures de Fibra Telecomunicacions del Vallès, S.L. deberán, conforme a los procedimientos previstos en la Resolución de 30 de noviembre de 2021 (IRM/DTSA/002/20) y en la Oferta MARCo, presentar las SUC correspondientes relativas a las ocupaciones indebidas de las infraestructuras determinadas en los apartados A y B del Fundamento Jurídico Material Sexto anterior, en un plazo máximo de 15 días a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.

De conformidad con el Fundamento Jurídico Material Octavo de la presente Resolución, los anteriores operadores deberán progresar las SUC en tiempo y forma, tal como establece el procedimiento de gestión de la oferta MARCo (PROGECó), cargando correctamente el acta de replanteo y la memoria descriptiva en NEON en un plazo de 10 días laborables desde la fecha de replanteo realizado viable, sin que dicha carga pueda encontrarse en estado incorrecta más de una ocasión.

En caso contrario, Telefónica de España, S.A.U. podrá proceder al desmontaje de la red desplegada sobre las infraestructuras señaladas, de conformidad con la Resolución de 30 de noviembre de 2021 así como respetando lo establecido en el Fundamento Jurídico Material Octavo de la presente resolución.

TERCERO.- Del-Internet Telecom, S.L. deberá, conforme a lo establecido en los procedimientos previstos en la Resolución de 30 de noviembre de 2021 (IRM/DTSA/002/20), comunicar a Telefónica de España, S.A.U. en un plazo de 15 días a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, si opta por desinstalar sus tendidos de las infraestructuras mencionadas en el Fundamento Jurídico Material Sexto o por adherirse a la oferta MARCo, firmando el oportuno contrato en el plazo de un (1) mes a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.

En caso de su adhesión al contrato MARCo, Del-Internet Telecom, S.L. deberá presentar las SUC correspondientes, progresándolas en tiempo y forma, tal como establece el procedimiento de gestión de la oferta MARCo (PROGECó) y conforme a lo establecido en el Resuelve Segundo de la presente resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a Telefónica de España, S.A.U., Fundació Privada per la Xarxa Oberta, Lliure i Neutral, Guifi.net, Centre Integral de Telecomunicacions i Tecnologies de Catalunya, S.L., Gurbtec Telecom, S.L., Xarxes de Telecomunicacions Alternatives, S.L., Comunicacions Globals de Catalunya, S.L., Connecta Comunicacions Integrals de Catalunya, S.L., Meswifi,

S.L., Infraestructuras de Fibra Telecomunicaciones del Vallès, S.L. y Del-Internet Telecom, S.L., 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.