

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO CONTRA SOLUCIONS VALENCIANES I NOVES TECNOLOGIES, S.L., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021

(SNC/DTSA/109/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D.^a María Ortiz Aguilar

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 15 de junio de 2023

Vista la Propuesta de resolución de la instructora, junto con las alegaciones presentadas y el resto de las actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición expresada y en virtud de la función establecida en el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), ha dictado la siguiente resolución basada en los siguientes:

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| I. ANTECEDENTES DE HECHO | 3 |
| PRIMERO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador | 3 |
| SEGUNDO.- Requerimiento de información a Telefónica | 4 |
| TERCERO.- Solicitud de acceso al expediente de SVINT | 4 |
| CUARTO.- Requerimiento de información a SVINT | 4 |
| QUINTO.- Solicitud de acceso al expediente de SVINT | 5 |
| SEXTO.- Declaraciones de confidencialidad | 5 |
| SÉPTIMO.- Incorporación de documentación al expediente | 5 |
| OCTAVO.- Declaración de confidencialidad | 5 |
| NOVENO.- Incorporación de documentación | 6 |
| DÉCIMO.- Declaración de confidencialidad | 6 |
| UNDÉCIMO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia | 6 |
| DUODÉCIMO.- Cierre de instrucción y elevación del procedimiento al órgano competente para su resolución | 7 |
| DÉCIMOTERCERO.- Reconocimiento de responsabilidad y pago anticipado de sanción | 7 |
| II. HECHOS PROBADOS | 7 |
| ÚNICO.- Entre el 31 de enero y el mes de octubre de 2022 SVINT estuvo ocupando catorce (14) postes de Telefónica sujetos a la oferta MARCo sin solicitar su uso compartido en NEON ni pagar los precios, conforme establece dicha oferta de referencia | 7 |
| III. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES | 11 |
| PRIMERO.- Habilitación competencial de la CNMC y normativa aplicable para resolver el presente procedimiento sancionador | 11 |
| SEGUNDO.- Sobre la ley que resulta aplicable al presente procedimiento | 14 |
| IV. Fundamentos JURÍDICOS MATERIALES | 14 |
| PRIMERO.- Tipificación del Hecho Probado | 14 |
| SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción | 18 |
| TERCERO.- Terminación del procedimiento y reducción de la sanción | 20 |
| RESUELVE | 21 |

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador

El 28 de julio de 2022 la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acordó incoar un procedimiento administrativo sancionador contra Solucions Valencianes I Noves Tecnologies, S.L. (SVINT), como presunto responsable directo de una infracción administrativa que puede ser calificada como grave, tipificada en los artículos 77.27 o 77.28 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014), consistente en el posible incumplimiento de las obligaciones relativas al acceso a infraestructuras físicas de Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) establecidas en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, de fecha 30 de noviembre de 2021, recaída en el expediente por la que se aprobaron 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 tipo (en adelante, Resolución IRM/DTSA/002/20) (folios 1 a 10). En el mismo acto también se acordó incorporar al presente procedimiento sancionador las actuaciones realizadas en el expediente IFP/DTSA/006/22¹ (folios 15 a 199).

Este acuerdo fue comunicado a la instructora del expediente y a SVINT el día 29 de julio de 2022, acusando esta operadora recibo de la notificación el 4 de agosto de 2022 (folios 11 a 14).

El 19 de septiembre de 2022 SVINT presentó su escrito de alegaciones a dicho acuerdo (folios 209 a 2019).

¹ Si bien con fecha 16 de junio de 2022 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó archivar el citado expediente de actuaciones previas tras concluir de que no era necesario “instar a Telefónica para que inicie frente a SVINT el procedimiento A, para la regularización de las infraestructuras ocupadas indebidamente por esta operadora, ya que lo ha iniciado la propia empresa el 10 de marzo de 2022, tras la comunicación que le envió Operadora Ibérica el 10 de febrero y la tramitación de su SUC el día 14 de ese mismo mes”, en el mismo acuerdo de archivo también se indica que “[e]l archivo de la solicitud se acuerda sin perjuicio del reproche que pueda merecer la actuación de SVINT y de la responsabilidad en la que pueda haber incurrido, que será depurada, en su caso, en el correspondiente procedimiento sancionador”.

SEGUNDO.- Requerimiento de información a Telefónica

El 12 de septiembre de 2022 esta Comisión realizó un requerimiento de información a Telefónica para que informara sobre el proceso de regularización de la ocupación indebida de los catorce postes sujetos a la oferta MARCo² por parte de SVINT (folios 200 a 208), ocupación que se había detectado en el expediente IFP/DTSA/006/22.

La operadora contestó al citado requerimiento de información el 5 de octubre de 2022, tras solicitar una ampliación del plazo inicialmente otorgado de 10 días para contestar el 27 de septiembre de 2022, lo que le fue concedido por tres días adicionales el 3 de octubre de 2022 (folios 237 a 267, 224 a 232 y 233 a 236).

TERCERO.- Solicitud de acceso al expediente de SVINT

En virtud de la solicitud de acceso al expediente presentada por SVINT dentro de su escrito de alegaciones sobre el acuerdo de incoación del procedimiento de fecha 19 de septiembre de 2022, SVINT solicitó tener acceso al expediente, lo que se le concedió mediante acuerdo de 21 de septiembre de 2022 (folios 220 a 223).

CUARTO.- Requerimiento de información a SVINT

El 13 de octubre de 2022 se requirió a SVINT que aportara determinada información sobre el proceso de regularización de las ocupaciones indebidas de los catorce postes citados, sujetos a la oferta MARCo de Telefónica, las copias de las cuentas anuales auditadas y registradas correspondientes a los ejercicios 2020 y 2021, y otra información económica relevante para la posible determinación de las presuntas responsabilidades susceptibles de sanción (folios 268 a 292).

Mediante escrito de 11 de noviembre de 2022 SVINT presentó la información requerida, tras solicitar una ampliación del plazo inicialmente otorgado de 10 días para contestar el 2 de noviembre de 2022, lo que le fue concedido por cinco días adicionales el 4 de noviembre de 2022 (folios 293 a 297, 298 a 301 y 302 a 324).

² Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de Telefónica.

QUINTO.- Solicitud de acceso al expediente de SVINT

En el escrito de contestación al requerimiento de información, de 11 de noviembre de 2022, SVINT solicitó tener acceso al expediente, lo que se le concedió mediante acuerdo de 14 de noviembre de 2022 (folios 332 a 335).

En fecha 25 de febrero de 2022, la inspectora procedió a levantar acta de la inspección practicada los días 8 y 15 de febrero de 2022, incorporando el contenido de las llamadas telefónicas efectuadas y que fueron almacenadas en soporte digital (folios 153 a 163).

SEXTO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante sendos escritos de 14 y 28 de noviembre de 2022 se declaró la confidencialidad de algunos datos aportados por Telefónica y SVINT en sus escritos de 27 de septiembre, 5 y 23 de octubre de 2022, respectivamente, y de los documentos adjuntos a estos (folios 325 a 331 y 336 a 342).

SÉPTIMO.- Incorporación de documentación al expediente

El 5 de diciembre de 2022 se incorporó al expediente un archivo Excel extraído de la plataforma NEON³ de Telefónica, a través de la interfaz de supervisión que dispone esta Comisión, que contiene datos de todos los registros y postes solicitados por SVINT desde 2018 hasta el 11 de noviembre de 2022, lo que se comunicó a SVINT a través de un escrito de esa misma fecha (folios 343 a 347).

OCTAVO.- Declaración de confidencialidad

El 5 de diciembre de 2022 se declaró la confidencialidad de archivo Excel extraído de la plataforma NEON de Telefónica, sobre los registros y postes solicitados por SVINT desde 2018 hasta el 11 de noviembre de 2022 (folios 348 a 353).

³ Nuevo Entorno para Operadores Nacionales: Canal de comunicación que permite el diálogo e interacción directa entre los sistemas de Telefónica y los de los operadores, que soliciten servicios mayoristas regulados en las ofertas de referencia.

NOVENO.- Incorporación de documentación

El 3 de mayo de 2023 se incorporó al expediente información extraída de NEON sobre el estado de tramitación de una de las solicitudes de uso compartido (SUC) tramitadas por SVINT para regularizar uno de los postes ocupados, lo que se notificó a SVINT ese mismo día (folios 354 a 358).

DÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

El 4 de mayo de 2023 se declaró la confidencialidad de la información extraída de NEON incorporada al expediente ese mismo día (folios 359 a 363).

UNDÉCIMO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

De conformidad con los artículos 82, 89 y 90 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), con fecha 4 de mayo de 2023 se notificó a SVINT (folios 406 a 407) la propuesta de resolución del presente procedimiento sancionador junto a una relación de los documentos obrantes en el procedimiento tramitado a fin de que, si a su derecho interesa, pueda obtener copia de los que estime convenientes, se le otorgó un plazo de 15 días para formular las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes y se le informó de las reducciones de sanción previstas en el artículo 85 de la LPAC (folios 364 a 387). Asimismo, se le remitió un formulario de reconocimiento de responsabilidad y pago voluntario de sanciones por el que acogerse a las reducciones de sanción previstas en el mencionado artículo 85 de la LPAC (folio 405).

En la mencionada propuesta de resolución el órgano instructor propone lo siguiente:

*« **PRIMERO.-** Que se declare responsable directa a la entidad Solucions Valencianes I Noves Technologies, S.L. de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 107.38 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, por el cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.*

***SEGUNDO.-** Que se imponga a Solucions Valencianes I Noves Technologies, S.L. una sanción por importe de mil quinientos (1.500) euros.»*

DUODÉCIMO.- Cierre de instrucción y elevación del procedimiento al órgano competente para su resolución

Con fecha 4 de mayo de 2023, la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de los documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo (folio 408).

DÉCIMOTERCERO.- Reconocimiento de responsabilidad y pago anticipado de sanción

Con fecha 11 de mayo de 2023 SVINT remitió escrito por el que reconoce expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción grave en los términos de la propuesta de resolución y su voluntad de pagar anticipadamente la sanción, por lo que solicita la emisión del correspondiente modelo de ingresos no tributarios acogiéndose de esta forma a los descuentos previstos en el artículo 85 de la LPAC (folios 409 a 413).

Con fecha 24 de mayo de 2023 el Secretario del Consejo de la CNMC remitió carta de pago Modelo de Ingresos no Tributarios (069) correspondiente a la multa propuesta reducida en un 40% (folios 414 a 419).

Con fecha 26 de mayo de 2023 ha tenido entrada en el Registro electrónico de esta Comisión un escrito por el que SVINT comunica haber realizado el pago de novecientos (900) euros, lo que supone el importe de la sanción propuesta reducida en un 40%. Asimismo, aporta un justificante del pago realizado. (folios 420 a 423)

II. HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones practicadas han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

ÚNICO.- Entre el 31 de enero y el mes de octubre de 2022 SVINT estuvo ocupando catorce (14) postes de Telefónica sujetos a la oferta MARCo sin solicitar su uso compartido en NEON ni pagar los precios, conforme establece dicha oferta de referencia

Este hecho probado se desprende de la siguiente información que consta en la CNMC: (i) la información obrante en el expediente de actuaciones previas IFP/DTSA/006/22 (folios 1 a 199), que se archivó mediante el Acuerdo de 16 de

junio de 2022 y (ii) los datos sobre la regularización de las ocupaciones realizadas por SVINT de los postes de Telefónica aportados tanto por esta última operadora como por la propia SVINT, en sus respectivos escritos de contestación a los requerimientos de información realizados por la instructora en el marco de este procedimiento sancionador.

El expediente IFP/DTSA/006/22 tuvo por objeto analizar la denuncia interpuesta por Operadora Ibérica de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, S.L.U. (Operadora Ibérica) contra Telefónica, como consecuencia de la supuesta ocupación indebida realizada por SVINT en cinco postes localizados en la urbanización Colinas de Venta Cabrera, en el municipio de Montserrat (Valencia), en los que Operadora Ibérica estaba interesada para desplegar su red de fibra óptica. Al tramitar SVINT las solicitudes de uso compartido (SUC) en NEON los días 10 y 23 de marzo de 2022, esta operadora confirmó que había ocupado un total de 14 postes⁴ de Telefónica sujetos a la oferta MARCo sin que hubiera previamente tramitado su SUC y obtenido la autorización de Telefónica al efecto.

Sobre la fecha exacta de la ocupación indebida de los 14 postes sujetos a la oferta MARCo, de la documentación aportada en este procedimiento a través de su escrito de 11 de noviembre de 2022, SVINT ha acreditado que esta ocupación se produjo entre los días 31 de enero y 4 de febrero de 2022. Para su acreditación SVINT ha presentado la copia de catorce (14) contratos firmados con clientes, entre el 22 de febrero y el 14 de julio de 2022, que estarían recibiendo los servicios que les presta a través de los tendidos de red realizados en los referidos 14 postes (folios 320 y 321).

En su escrito de 5 de octubre de 2022, Telefónica manifestó que iba a tomar como fecha inicial de ocupación efectiva el 31 de enero de 2022, a efectos de regularizar la ocupación de sus postes por parte de SVINT. En su escrito de 11 de noviembre de 2022, SVINT mostró su conformidad con la aplicación de esa fecha como la de inicio de su ocupación indebida.

En consecuencia, a efectos de la determinación del presente Hecho Probado, se considera que el 31 de enero de 2022 se produjo la primera ocupación indebida de los postes de Telefónica por parte de SVINT.

Por otra parte, SVINT está regularizando la ocupación indebida de los citados 14 postes. A este respecto, Telefónica acreditó en el marco del expediente IFP/DTSA/006/22, a través de su escrito de 17 de marzo de 2022 (folios 42 a

⁴ **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**

123), que el 10 de febrero Operadora Ibérica le envió un correo electrónico comunicándole la ocupación indebida de cinco postes localizados en la urbanización Colinas de Venta Cabrera por parte de SVINT (folio 65).

El 14 de febrero Operadora Ibérica tramitó su SUC en NEON, tal y como acreditó esta operadora en su escrito de 15 de febrero de 2022, aportado en el marco del citado expediente de actuaciones previas (folios 18 y 19).

En su escrito de 17 de marzo de 2022 Telefónica alegó que durante el replanteo de las infraestructuras objeto de la SUC de Operadora Ibérica, realizado el 8 de marzo de 2022, observó que las ocupaciones irregulares realizadas por SVINT afectaban a 14 postes en total y no únicamente los cinco postes incluidos en la SUC de Operadora Ibérica (folios 46 a 64).

Telefónica y SVINT tienen firmado un contrato MARCo desde el 25 de mayo de 2016, tal y como acreditó Telefónica en su escrito de 17 de marzo de 2022. En este escrito, Telefónica también probó, mediante una captura de pantalla de NEON, que el 10 de marzo de 2022 interpuso una incidencia a SVINT por la ocupación irregular de ocho (8) postes, aunque indicó que en el fichero de fotos adjunto a dicha incidencia se identificaron un total de 14 postes (entre los que estaban los 8 incluidos en la incidencia) en los que Telefónica había detectado la ocupación irregular de SVINT.

A través de la interposición de dicha incidencia en NEON Telefónica puso en marcha el proceso de regularización aprobado en la Resolución IRM/DTSA/002/20.

En el citado escrito de 17 de marzo de 2022, Telefónica también acreditó, mediante otra captura de pantalla de NEON, que el mismo día 10 de marzo SVINT tramitó la SUC [**CONFIDENCIAL TERCEROS**] sobre 32 postes, entre los que estaban incluidos trece (13) de los 14 ocupados.

En el escrito de 5 de octubre de 2022, de nuevo a través de capturas de pantalla de NEON, Telefónica acreditó que el 23 de marzo de 2022 SVINT tramitó la SUC [**CONFIDENCIAL TERCEROS**], en la que se encontraba incluido el poste ocupado, cuyo acceso no solicitó dicha operadora en la SUC tramitada el 10 de marzo⁵.

Sobre el estado de estas dos SUC presentadas por SVINT para la regularización de sus despliegues en los 14 postes ocupados con anterioridad, en su escrito de 5 de octubre de 2022 Telefónica acreditó a través de NEON que la SUC

⁵ [**CONFIDENCIAL TERCERO**]

[CONFIDENCIAL TERCEROS] se encontraba en estado “CONFIRMADA”, por lo que 13 de los 14 postes ya estarían regularizados o a punto de terminar su regularización. El poste incluido en la SUC **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** se encontraba aún en estado “AR Y MD INCORRECTA”.

Respecto a este poste, Telefónica alegó y acreditó, a través de una copia del proyecto técnico realizado durante la tramitación de esta SUC (Anexo 1) (folio 267), que existía un error en el tipo de poste ocupado indebidamente por SVINT, al ser un poste 8-E y no 8-C u 8H como había solicitado SVINT, por lo que debía modificarlo.

En su escrito de 11 de noviembre de 2022, SVINT confirmó estos datos de Telefónica sobre el estado de sus dos SUC.

De acuerdo con los datos que constan en NEON, la SUC **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** se encuentra en estado confirmada desde el 11 de octubre. No obstante, dicha solicitud ha sido dada de baja por SVINT por no ocupación el 11 de abril de 2023 (folio 355).

Por último, tal y como se requirió durante la instrucción de este procedimiento, en su escrito de 5 de octubre de 2022 Telefónica aportó también los importes estimados de la regularización total de la ocupación de los 14 postes realizada por SVINT, que había comunicado a dicha operadora, para su pago. En su escrito de 11 de noviembre de 2022, SVINT mostró su acuerdo con las cifras calculadas por Telefónica alegando que *“[L]as negociaciones entre Telefónica y SVINT han finalizado habiéndose aceptado todo lo indicado por parte de Telefónica. Si bien no se ha firmado acuerdo de regularización, sí que se han regularizado y acordado todo lo planteado por Telefónica. Respecto a la fecha y al coste recurrente y fijo planteado por Telefónica^[6], SVINT muestra su conformidad”*.

Conclusión del Hecho Probado

Del análisis de las pruebas descritas en el Hecho Probado se concluye que, entre el 31 de enero y el mes de octubre de 2022, SVINT estuvo ocupando de forma irregular 14 postes de Telefónica al haber desplegado su red sin solicitar el uso compartido de esas infraestructuras pasivas y pagar los precios, de acuerdo con lo dispuesto en la oferta MARCo y en su contrato suscrito con Telefónica.

Además, se ha confirmado que, en el mes de octubre de 2022, las dos SUC tramitadas para regularizar su ocupación irregular se encontraban confirmadas

⁶ **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**

y que las negociaciones con Telefónica ya habrían finalizado, aceptando SVINT todo lo propuesto por Telefónica (modificación del poste ocupado pendiente de terminar su regularización y costes recurrentes y fijos devengados desde el inicio de su ocupación).

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados resultan de aplicación los siguientes

III. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Habilitación competencial de la CNMC y normativa aplicable para resolver el presente procedimiento sancionador

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[7], y su normativa de desarrollo”*.

En ejercicio de su función de definición y análisis de los mercados, la CNMC aprobó, con fecha 6 de octubre de 2021, la Resolución de los mercados de banda ancha⁸. Entre las obligaciones impuestas a Telefónica, se encuentran las siguientes: (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. En concreto, las obligaciones de transparencia y no discriminación se concretaban en la obligación de presentar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a sus infraestructuras de obra civil (Oferta MARCo)⁹.

⁷ Referencia que ha de entenderse actualmente a la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones y antes a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁸ Resolución por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas, la designación del operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas -Mercados 1 y 3b- (expediente ANME/DTSA/002/20).

⁹ Obligaciones que ya eran aplicables de conformidad con la regulación de los mercados de banda ancha anterior -Resolución de 24 de febrero de 2016-.

El artículo 7.3 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento de Mercados)¹⁰, dispone que el organismo regulador podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones. En ejercicio de esta competencia, la CNMC ha aprobado diversas revisiones de la oferta MARCo, siendo aplicable al presente procedimiento la oferta aprobada por la Resolución de 30 de abril de 2019 (OFE/DTSA/012/17), modificada en materia de precios por la Resolución de 10 de junio de 2021 (OFE/DTSA/009/20).

Mediante la Resolución IRM/DTSA/002/20, la CNMC aprobó los mecanismos apropiados para que Telefónica pudiera resolver la práctica irregular de algunos operadores consistente en ocupar sin autorización sus infraestructuras civiles, en coordinación con los operadores que realizaran dichas prácticas. En el resuelve primero de esta Resolución se estableció la siguiente obligación:

“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 de España, S.A.U. 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”.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 84 de la LGTel 2014 (artículo 114 LGTel 2022), así como los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, la CNMC tiene atribuido el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por la LGTel.

En particular, el artículo 84.2 de la LGTel 2014 establecía que la potestad sancionadora correspondía:

“A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”.

Asimismo, el artículo 114.1 a) de la LGTel 2022 señala que corresponde la potestad sancionadora:

”a) a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas

¹⁰ En vigor en virtud de la disposición transitoria primera de la LGTel.

en los apartados 3, 10, 11 y 14 del artículo 106, infracciones graves tipificadas en los apartados 19, 20, 24, 25, 27, 28, 34, 35, 36, 38, 39 y 41 del artículo 107 e infracciones leves tipificadas en los apartados 6 y 12 del artículo 108”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer la conducta de SVINT determinada en el hecho probado y resolver sobre el posible incumplimiento de su obligación de ocupar las infraestructuras físicas de Telefónica siguiendo lo dispuesto en la oferta MARCo, conforme estableció la Resolución IRM/DTSA/002/20. De conformidad con el acuerdo de incoación, esta conducta pudiera suponer la infracción de los artículos 77.27¹¹ y 77.28¹² de la LGTel 2014 (tipos que están contenidos en los artículos 107.25 y 107.38 de la nueva LGTel).

Por otra parte, según el artículo 63 de la LPAC y el artículo 29.2 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.

En virtud de las anteriores competencias, de conformidad con los preceptos citados y atendiendo a lo previsto en el artículo 25.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC y los artículos 14.1.b) y 21.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la instrucción corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, habiendo sido la instructora nombrada a través del acuerdo de incoación del presente expediente, y a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución del procedimiento.

En cuanto a la norma procedimental aplicable con carácter general, resultan de aplicación los artículos 2.2 y 6.5 de la LCNMC. En virtud del referido artículo 2.2, en lo no previsto en estas normas regirán de forma supletoria las precitadas LPAC y LRJSP.

¹¹ El cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

¹² El incumplimiento de las obligaciones en materia de acceso a redes o infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas, interconexión e interoperabilidad de los servicios.

SEGUNDO.- Sobre la ley que resulta aplicable al presente procedimiento

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1 de la LRJSP, serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

Los hechos analizados en el presente expediente se han producido entre el 31 de enero y el mes de octubre de 2022. En este período era de aplicación la LGTel 2014 y, a partir del 30 de junio de 2022, la LGTel vigente actualmente. La normativa que regía en el momento de la incoación del presente expediente sancionador también es la LGTel 2022:

De conformidad con el artículo 9.3 de la Constitución española, el artículo 26.2 de la LRJSP establece que *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición”*.

En el presente caso, ni el tipo de infracción objeto de sanción (en ambas leyes el tipo es grave) ni los plazos de prescripción varían de forma favorable para el presunto infractor en la nueva LGTel. No obstante, a la hora de valorar y calcular la sanción a imponer, la LGTel 2022 es la más beneficiosa para el infractor, por lo que se estará a lo dispuesto en esta ley en esta cuestión.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO- Tipificación del Hecho Probado

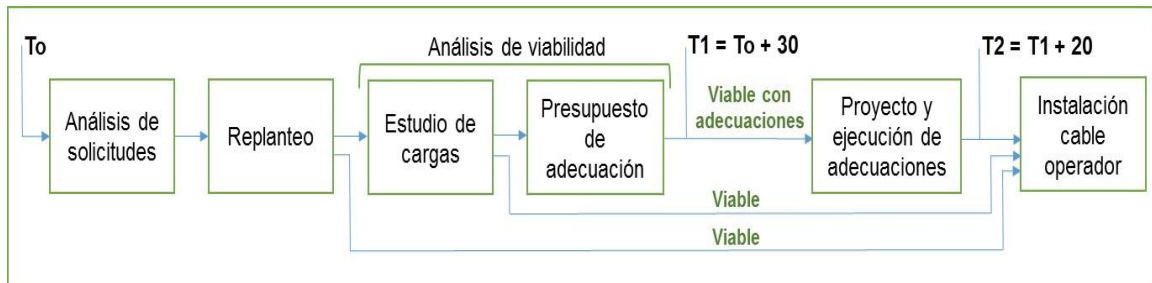
El artículo 64 de la LPAC establece que en el acuerdo de incoación del procedimiento han de constar los hechos que lo motivan, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, *“sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción”*.

De conformidad con lo anterior, el presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción administrativa que podría ser calificada como grave y estar tipificada en los artículos 107.25 y 107.38 de la LGTel actual consistentes en (i) el incumplimiento de las obligaciones en materia de acceso a redes, de acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y obras civiles y su coordinación, y en (ii) el cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa

dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, respectivamente.

En virtud de lo establecido en el artículo 27 de la LRJSP que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si de la conducta de SVINT de desplegar su red sin solicitar el uso compartido de esas infraestructuras pasivas y pagar los precios de acuerdo con lo dispuesto en la oferta MARCo puede ser constitutiva de alguno de los citados tipos infractores.

Entre los procedimientos y condicionantes técnicos establecidos en la oferta MARCo, se encuentra el procedimiento de acceso a postes, que se muestra a continuación.



Para que este procedimiento pueda iniciarse es necesario que el operador tramite la SUC a través de NEON, con indicación de los postes en los que está interesado desplegar su red. Con carácter previo, el operador puede acceder al sistema informático ESCAPEX, que Telefónica pone a disposición de los operadores, y conocer la infraestructura de obra civil y los postes en las zonas de cobertura que están definidas en la oferta, así como las características técnicas y físicas de esta infraestructura, sus limitaciones de uso, la reserva de espacio que se debe dejar para su mantenimiento, sus posibles ampliaciones y las normas de actuación cuando hay escasez de espacio en las infraestructuras que le soliciten.

Como puede observarse, después de aceptarse la SUC del operador mediante un análisis teórico de la misma, se lleva a cabo un replanteo conjunto (en el procedimiento de acceso a los postes no está prevista la modalidad de replanteo autónomo, es decir, sin presencia de Telefónica), al objeto de verificar el estado en que se encuentran los postes solicitados.

Una vez completado el replanteo, Telefónica lleva a cabo el **análisis de viabilidad** o proyecto técnico (estudio de cargas y presupuesto de adecuación), consistente en realizar los cálculos mecánicos que permitan determinar los postes que pueden ya admitir el tendido y los que requieren **actuaciones de adaptación** (refuerzo de los postes existentes o sustitución de estos por otros

de mayor resistencia). Asimismo, **se informa al operador del presupuesto** correspondiente a la ejecución de dichas actuaciones.

De esta forma, cada poste solicitado por el operador puede concluir en uno de los siguientes estados: viable, viable condicionado (requiere refuerzo o bien sustitución) o inviable. Si en el estudio de cargas se concluye que no es necesaria la adaptación de ninguno de los postes (resultado viable), puede procederse con la instalación de los cables del operador.

Todas las tareas previas a la ejecución de los trabajos de acondicionamiento de los postes -validación de solicitudes, replanteo y análisis de viabilidad (estudio de cargas y presupuesto de adecuación)- deben llevarse a cabo en el plazo máximo de 30 días laborables desde que se registra la solicitud del operador en NEON.

Una vez aceptado el presupuesto de adecuación por parte del operador, la SUC progresa al estado “**SUC confirmada**” y, si es necesario, Telefónica tramita ante la Administración Pública los **permisos** necesarios para llevar a cabo los trabajos de adaptación de los postes. Tras obtener dichos permisos, Telefónica puede iniciar los trabajos de adaptación, lo que debe completar en el plazo máximo de 20 días laborables, tras lo cual las infraestructuras quedarán a disposición del operador solicitante, que en ese momento podrá instalar sus tendidos.

Los precios y condiciones de facturación de uso de los postes y de las actuaciones desarrolladas por Telefónica en cada una de las fases del procedimiento de acceso a los postes se encuentran reguladas en el Anexo 4 de la oferta MARCo y se aplican en virtud de lo dispuesto en el contrato de adhesión a dicha oferta, que los operadores firman con Telefónica.

No obstante lo anterior, en el ejercicio de las funciones de la CNMC previstas en el artículo 6 de la LCNC relativas a la supervisión y control del mercado de las comunicaciones electrónicas, esta Comisión detectó que, prácticamente desde la vigencia de la primera oferta de referencia MARCo de Telefónica aprobada mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 19 de noviembre de 2009 (MTZ 2009/1223), algunos operadores alternativos estaban adoptando la práctica de ocupar de forma irregular las infraestructuras civiles de Telefónica¹³, es decir, sin observar el procedimiento

¹³ Sirvan de ejemplos los siguientes expedientes: (i) conflicto de compartición entre Telefónica y Euskaltel concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial del País Vasco (RO 2007/46), (ii) conflicto de compartición presentado por Telefónica frente a Lebrija TV por la ocupación de infraestructuras situadas en el municipio de Lebrija (RO 2011/2355), (iii) conflicto presentado por Telefónica frente a Canal Don Benito por la ocupación de infraestructuras situadas en el municipio de Don Benito

antes descrito por el que solicitar acceso o disponer de la confirmación para efectuar los despliegues, en contra de lo dispuesto en dicha oferta de referencia y en sus propios contratos MARCo.

Este tipo de conductas pueden llegar a distorsionar la competencia en el mercado de los servicios de banda ancha al generar ventajas competitivas indebidas (ahorro de costes y reducción de plazos para desplegar) y obstáculos para el cumplimiento de las obligaciones regulatorias ex ante impuestas a Telefónica -como mantener actualizado el estado de las infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo a través del sistema informático ESCAPEX¹⁴- además del peligro que ello puede conllevar para la seguridad de las personas que ocasionan estas conductas por los posibles incumplimientos que se pudieran cometer de las normas de Prevención de Riesgos Laborales (PRL) u otras normas técnicas asociadas a los despliegues de redes. Por ello, en virtud de lo previsto en el artículo 14.5 de la LGTel de 2022, esta Comisión buscó evitar que se continuaran produciendo ocupaciones irregulares de infraestructura de obra civil de Telefónica estableciendo, de manera taxativa¹⁵ en su Resolución IRM/DTSA/002/20 y de conformidad con lo previsto por el artículo 18.7 de la LGTel de 2022, la obligación exigible a todos los operadores beneficiarios de la oferta MARCo de “(...) 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” y añadió que “El no seguimiento de alguno de los procedimientos contenidos en la oferta MARCo por los operadores alternativos podrá suponer el incumplimiento de la presente

(RO 2012/2109), (iv) conflicto de acceso a infraestructuras interpuesto por Dragonet, Closeness y Riotelecom contra Avatel (CFT/DTSA/041/18), por la ocupación irregular de diversos elementos de la oferta MARCo localizados en la provincia de Alicante, (v) conflicto de acceso MARCo entre Iguana Comunicaciones, S.L. y Telefónica, en las localidades de Igualada y Masquefa (CFT/DTSA/003/18), (vi) procedimiento relativo a la solicitud de Televisión Costa Blanca sobre que Telefónica inspeccione la ocupación de sus infraestructuras civiles del municipio de Torrevieja (IRM/DTSA/002/19), y (vii) denuncia presentada por el Grupo Empresarial Peluche contra Telefónica y Telecolor-Cox por la ocupación indebida de infraestructuras en las provincias de Alicante y Murcia (IFP/DTSA/030/19).

¹⁴ Sistema informático desde el que se accede al servicio de información de infraestructuras físicas de Telefónica.

¹⁵ Resuelve PRIMERO de la Resolución IRM/DTSA/002/20: “PRIMERO.- 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 de España, S.A.U. 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.”

resolución y, por tanto, la posible comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 76.12¹⁶ y 77.27¹⁷ de la LGTel (...)”

Asimismo, en la Resolución IRM/DTSA/002/20, la CNMC también incluyó una serie de procedimientos para regularizar aquellas ocupaciones indebidas de infraestructura de obra civil de Telefónica que no habían observado el procedimiento específico previsto al efecto en la oferta MARCo antes detallado.

Los procedimientos de regularización incluidos en la Resolución IRM/DTSA/002/20 se diferencian en función de la situación en la que se encuentren dichos operadores -(procedimiento A -operadores conocidos con contrato MARCo-, procedimiento B -operadores conocidos sin contrato MARCo- y procedimiento C -operadores desconocidos-), para poner en orden sus despliegues de red, con las consecuencias económicas y cambios técnicos que ello conlleve, o desinstalar dichos tendidos irregulares, en última instancia.

Pues bien, como se ha determinado en el Hecho Probado Único, entre el 31 de enero y octubre de 2022 SVINT ocupó un total de 14 postes de Telefónica sujetos a la oferta MARCo sin solicitar su acceso a través de NEON y pagar los precios, conforme se establece en el procedimiento de acceso a postes previsto en dicha oferta. Cuando el 10 de marzo de 2022 Telefónica le interpuso una incidencia en NEON, comunicándole la ocupación indebida de dichos postes, ese mismo día SVINT comenzó a tramitar las SUC con el objetivo de regularizar sus despliegues de red, observando los procedimientos previstos al efecto en la Resolución IRM/DTSA/002/20, lo que se ha producido durante el mes de octubre de 2022.

En consecuencia, analizada la conducta infractora llevada a cabo por SVINT entre el 31 de enero y el mes de octubre de 2022, acreditada a través de los antecedentes y el Hecho Probado Único y concretada en el presente fundamento jurídico material, se concluye que este operador incumplió tardíamente con la Resolución IRM/DTSA/002/20 por lo que, en los hechos probados, concurren los elementos del tipo infractor previsto como infracción grave en el artículo 107.38 de la LGTel de 2022, anterior artículo 77.27 LGTel de 2014.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

En derecho administrativo sancionador, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea

¹⁶ En la LGTel de 2022 está prevista como infracción muy grave en el artículo 106.14.

¹⁷ En la LGTel de 2022 está prevista como infracción grave en el artículo 107.38.

imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la LRJSP, establece que *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, [...], que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*.

Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración de lo dispuesto por el artículo 28 de la LRJSP lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004 (RJ, 2005, 20)) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción¹⁸. Es decir, el primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción, así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos. El tipo de infracción ahora considerado no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en cumplir de forma tardía o defectuosa el Resuelve Primero de la Resolución IRM/DTSA/002/20.

De la información adjuntada por SVINT a su escrito de 11 de noviembre de 2022, de contestación a un requerimiento de información, se constata en el Documento 2 un archivo Excel en el que constan todas las SUC que SVINT ha tramitado entre el mes de noviembre de 2018 y el mes de noviembre de 2022. Durante estos cuatro años SVINT ha solicitado sesenta y ocho (68) SUC, entre las que se encuentran las dos a través de las cuales esta operadora está regularizando

¹⁸ En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

los tendidos realizados sobre los 14 postes ocupados de Telefónica en el municipio de Monserrat.

Procede valorar que el número de postes ocupados indebidamente es reducido en comparación con el total de registros y postes que ha solicitado SVINT desde 2018 a través de las 68 SUC tramitadas en NEON **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**, según los datos extraídos de dicha plataforma que se incorporaron al expediente el 5 de diciembre de 2022 -folio 344-), sin que se haya tenido conocimiento de una conducta similar a la analizada en este procedimiento y que, tal y como señala SVINT en sus alegaciones de 19 de septiembre de 2022, que *“tan pronto como se tuvo conocimiento de la situación, SVINT ha actuado para solventar el problema y proceder a solicitar las correspondientes SUCs a través de la herramienta de NEON”*. Por lo tanto, la responsabilidad por la infracción le corresponde a SVINT por ser la persona jurídica responsable del cumplimiento tardío o defectuoso de la Resolución IRM/DTSA/002/20.

Como se ha señalado en el Antecedente decimotercero de la presente resolución, SVINT ha reconocido expresa y voluntariamente su responsabilidad en los hechos imputados (folios 412 a 413).

TERCERO.- Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

Al final de la propuesta de resolución (folio 386 y 387) se aludía al hecho de que SVINT, como responsable de la infracción, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, en los términos establecidos en el artículo 85, y así se ha producido en su escrito fechado el día 11 de mayo de 2023, presentados en el Registro de la CNMC en mismas fechas (folios 409 a 413).

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción que proceda, aplicando una reducción del 20% sobre el importe total de la sanción propuesta.

Asimismo, de acuerdo con el apartado dos del mismo precepto legal, teniendo la sanción únicamente carácter pecuniario, también puede el presunto infractor realizar el pago voluntario de la sanción en cualquier momento anterior a la resolución. El pago voluntario conlleva la aplicación de una reducción del 20% sobre el importe total de la sanción propuesta (artículo 85, apartado tercero). Asimismo, este tercer precepto del artículo 85 condiciona la efectividad de las reducciones a la renuncia a la interposición de cualquier acción o recurso ulteriores en vía administrativa.

Así, la acumulación de las dos reducciones antes señaladas conlleva una reducción del 40% sobre el importe de la sanción propuesta de mil quinientos (1500) euros, que tras la rectificación efectuada en el Modelo de Ingresos no Tributarios (069) remitido a SVINT se redujo al importe de novecientos (900) euros.

Asimismo, de acuerdo con el precitado segundo apartado, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

Al haberse reconocido expresamente la responsabilidad en la comisión de la infracción por parte de SVINT, y haberse asimismo realizado el ingreso del importe de la sanción propuesta, según se indicaba en la propuesta de resolución, ello determina la aplicación de las reducciones antes señaladas en la cuantía de la multa, y asimismo implica la terminación del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 85 de la Ley 39/2015, habiendo efectuado también SVINT su renuncia a la interposición de cualquier acción o recurso ulteriores según exige el apartado 3 del mismo artículo 85 de la Ley 39/2015.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los términos de la propuesta del instructor a la que se refiere el antecedente de hecho Undécimo, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se propone imponer la sanción pecuniaria a la entidad Soluciones Valencianes I Noves Technologies, S.L.

SEGUNDO.- Aprobar las dos reducciones del 20% sobre el importe de la sanción de mil quinientos (1.500) euros contenido en el Antecedentes de Hecho Undécimo, reducciones establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la suma de la sanción en un 40% a la cuantía de novecientos (900) euros, suma que ya

ha sido abonada por la entidad Solucions Valencianes I Noves Technologies, S.L., según consta en el Antecedente Decimotercero.

TERCERO.- Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector audiovisual y notifíquese a los interesados:

Solucions Valencianes I Noves Technologies, S.L.

Con esta Resolución se agota la vía administrativa, si bien cabe interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.