

RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO A INFRAESTRUCTURAS MARCO ENTRE INDALECCIUS BROADCASTING Y TELEFÓNICA EN RELACIÓN CON LA INVIABILIDAD DEL USO COMPARTIDO DE DETERMINADOS POSTES

(CFT/DTSA/011/23 POSTES INDALECCIUS)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Xabier Ormaetxea Garai

Consejeros

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretaria

D^a. María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 20 de julio de 2023

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	3
Primero. Escrito de Indaleccius Broadcasting	3
Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento	3
Tercero. Trámite de audiencia	3
Cuarto. Informe de la Sala de Competencia	3
II. Fundamentos jurídicos.....	4
Primero. Objeto del procedimiento	4
Segundo. Habilitación competencial	4
Tercero. Obligaciones de Telefónica en materia de acceso a la infraestructura de obra civil	4
Cuarto. La oferta MARCo: procedimiento para el acceso a los postes	5
Quinto. Análisis de los hechos puestos de manifiesto	6
A. Resumen de los señalado por los operadores	6
B. Estado de la SUC de Indaleccius	7
C. Ocupaciones irregulares	9

I. ANTECEDENTES

Primero. Escrito de Indaleccius Broadcasting

El 27 de enero de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de Indaleccius Broadcasting, S.L. (en adelante, Indaleccius) en el que denuncia el incumplimiento de la normativa técnica de la oferta MARCo por parte de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en una solicitud de acceso a postes. En su escrito, Indaleccius solicita a la CNMC que compruebe el incumplimiento por parte de Telefónica del Procedimiento de Gestión para Operadores del servicio MARCo y asimismo imponga las condiciones necesarias para que la compartición de las infraestructuras de esta solicitud sea viable.

Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escrito de la DTSA de fecha 10 de febrero de 2023 se notificó a Telefónica y a Indaleccius el inicio de un procedimiento administrativo para evaluar los hechos denunciados por Indaleccius.

La respuesta a este trámite por parte de Telefónica se recibió con fecha 28 de febrero de 2023.

Tercero. Trámite de audiencia

El 19 de mayo de 2023 la DTSA emitió informe en el presente procedimiento y se abrió el trámite de audiencia.

El 25 de mayo tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de respuesta al trámite de audiencia de Telefónica. En su respuesta Telefónica indica su conformidad.

Indaleccius no ha presentado alegaciones.

Cuarto. 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.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Objeto del procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene por objeto resolver el conflicto interpuesto por Indaleccius contra Telefónica, sobre el tratamiento dado por esta última a su solicitud de acceso a una línea de postes al amparo de la oferta MARCo.

Segundo. Habilitación competencial

Según lo dispuesto en los artículos 14 apartados 5 y 7; 28; 46; 52 apartados 8 y 12; 53 apartados 5 y 9; 54.3; y 100.2, letras e) y j), de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), este organismo es competente para resolver los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo, entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

Por ello, de conformidad con los preceptos citados y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), y de conformidad con 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.

Tercero. Obligaciones de Telefónica en materia de acceso a la infraestructura de obra civil

La CNMC, tras definir y analizar los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija¹, y acceso de alta calidad al por mayor facilitado

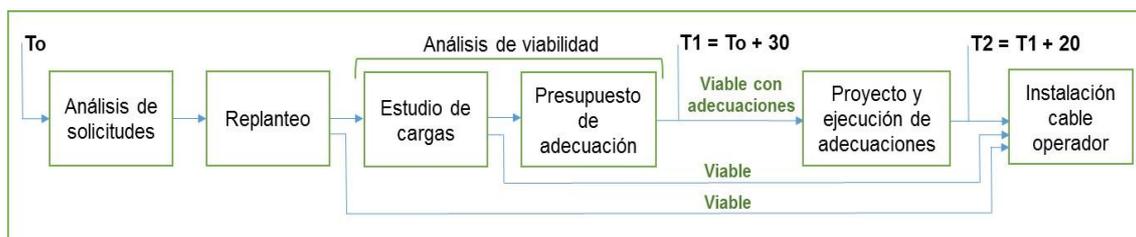
¹ Resolución, de 6 de octubre de 2021, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas, la designación del operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas.

en una ubicación fija², concluyó imponiéndole a Telefónica una serie de obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes: (i) obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso a las 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.

Las obligaciones de transparencia y no discriminación se concretan en la obligación de publicar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a sus infraestructuras de obra civil. Dicha oferta de referencia es la oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo).

Cuarto. La oferta MARCo: procedimiento para el acceso a los postes

La figura siguiente recoge las fases que conforman el proceso de provisión de acceso a los postes de Telefónica:



Como puede observarse, después de aceptarse la solicitud de uso compartido (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) 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** (estudio de cargas y presupuesto de adecuación), consistente en llevar a cabo 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 los mismos por otros de mayor

² Resolución, de 29 de marzo de 2022, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso de alta calidad al por mayor facilitado en una ubicación fija, la designación del operador 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.

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.

Si el operador no está conforme con los resultados del análisis de viabilidad efectuado por Telefónica, puede solicitarle la **revisión de los cálculos** incluidos en el análisis, justificando debidamente qué motiva esa discrepancia. Para facilitar esta labor, la oferta recoge la descripción del método que debe emplearse para calcular las cargas a las que están sometidos los postes, y determinar la viabilidad de los tendidos. Asimismo, en NEON puede encontrarse más información aportada por Telefónica para la realización de los cálculos.

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.

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 la consecución de 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 podrá instalar sus tendidos.

Quinto. Análisis de los hechos puestos de manifiesto

A. Resumen de los señalado por los operadores

Según Indaleccius, Telefónica ha incumplido lo recogido en el Procedimiento de Gestión para Operadores (PROGECO) del servicio MARCo, al no haberle permitido solicitar la revisión del análisis de viabilidad realizado por Telefónica, con el que no está conforme. De acuerdo con ese análisis, la SUC 395SUCW78052021072300 de Indaleccius, que contiene 11 postes, presenta 2 postes viables, 2 que deben ser reforzados y 7 que deben ser sustituidos por otros de mayor capacidad. Por tanto, ha sido declarada viable con adaptaciones.

Telefónica señala que proporcionó a Indaleccius el estudio de cargas que recoge los cálculos utilizados. Asimismo, declara que la acusación de Indaleccius es infundada, pues el procedimiento al que hace referencia (la revisión del análisis

de viabilidad) se incorporó a la oferta MARCo en una fecha posterior a la de la SUC objeto de reclamación.

Indaleccius solicita a la CNMC que imponga las condiciones necesarias para que la SUC pueda ser viable, y que compruebe el incumplimiento por parte de Telefónica de la oferta MARCo, al no haber aportado la información mínima a proporcionar en el estudio de viabilidad de esta SUC. Es decir, Indaleccius solicita que se le admita su petición de que se revise el análisis de viabilidad de dicha SUC.

B. Estado de la SUC de Indaleccius

Indaleccius declara que no se encuentra conforme con los criterios de cálculo empleados por Telefónica en su análisis de viabilidad. Sin embargo, indica que su solicitud de fecha 28 de diciembre de 2022 de revisión del estudio fue rechazada por Telefónica mediante burofax de fecha 23 de enero de 2023, lo que es contrario, según Indaleccius, a la Resolución de 10 de marzo de 2022³. Según lo previsto en dicha Resolución y como ha indicado Telefónica, esa posibilidad de solicitar la revisión del estudio está disponible desde septiembre de 2022.

Efectivamente, esa Resolución establece que el operador puede solicitar la revisión del estudio de viabilidad, siempre y cuando su solicitud vaya acompañada de información que detalle, para cada poste, la causa exacta de la disconformidad. Sin embargo, es preciso mencionar que Indaleccius no ha aportado esa información, es decir, no ha acreditado, tal como se establece en la oferta MARCo, los motivos exactos de su discrepancia, acompañados de los cálculos correspondientes.

También cabe tener en cuenta que Indaleccius ya había aceptado con anterioridad el estudio de Telefónica, lo que motivó que la SUC progresase, con fecha 4 de marzo de 2022, desde el estado “Replanteo realizado. Viable” al estado “AR y MD⁴ facilitadas”⁵. Actualmente el estado de la SUC es el de “AR y MD incorrectas”, después de varios intentos de Indaleccius de aportar la documentación necesaria y de no ser aceptada por Telefónica, por la presencia de incorrecciones.

³ Resolución sobre la modificación de la oferta MARCo en relación con los procedimientos de acceso a los postes de Telefónica (expediente OFE/DTSA/004/20 Viabilidad de Postes).

⁴ Acta de Replanteo y Memoria Descriptiva, que deben ser facilitadas por el operador a Telefónica.

⁵ De forma previa, se produjo, el 5 de octubre de 2021, el aviso automático “Aviso para recibir AR y MD”, cuyo objeto es avisar al operador de que Telefónica está esperando esa información.

Indaleccius cuestiona que Telefónica haya cumplido con la oferta MARCo, al no haberle permitido solicitar la revisión del análisis de viabilidad. Pero como ha alegado Telefónica, el procedimiento de revisión del análisis de viabilidad se implantó en una fecha posterior a las fechas de los cambios de estado mencionados de la SUC objeto del expediente.

Debido a dicha circunstancia, pero sobre todo a la aceptación anterior del estudio por parte de Indaleccius, la solicitud de revisión del proyecto no resulta procedente. Esa revisión, en la manera en la que ha sido implementada por Telefónica, debe solicitarse de forma previa a la aceptación del operador, es decir, cuando la SUC se encuentra en los estados “Replanteo realizado. Viable” o bien “Pendiente, replanteo realizado. Inviabile” (estados anteriores al de “AR y MD facilitadas”). La entrega de esa documentación (AR y MD) por parte del operador denota su conformidad con el estudio realizado por Telefónica, y, por lo tanto, su interés en continuar progresando la SUC para la ejecución de las adaptaciones necesarias en los postes y, finalmente, la instalación del tendido.

La existencia de un estado límite, a partir del cual no pueda aceptarse la revisión del estudio de la SUC, es necesaria para el buen funcionamiento del servicio MARCo, ya que debe asegurarse que Telefónica pueda iniciar las tareas de preparación de los trabajos de adaptación (gestión de los permisos necesarios, acopio de material, etc.) sobre la base de un proyecto acordado y cerrado.

Es por ello por lo que, en estados posteriores a la aceptación por parte del operador, el sistema mayorista NEON solo admite la cancelación de la SUC y de los trabajos asociados, pero no la revisión del estudio.

Debido a dicha circunstancia, solo puede concluirse que Telefónica no incumplió la oferta MARCo, ya que tramitó la SUC conforme a los procedimientos vigentes en su momento.

En todo caso, Indaleccius puede dar de baja la SUC y solicitar otra nueva que incluya los mismos elementos, aunque en tal caso tendrá que asumir los costes derivados del nuevo estudio y, de ser necesario, de un nuevo replanteo.

C. Ocupaciones irregulares

Telefónica indica que en los postes incluidos en la SUC de Indaleccius se encuentran cables ya instalados por un operador de forma irregular⁶, lo que supondría un incumplimiento grave de lo establecido en la oferta MARCo.

Asimismo, indica que ha supuesto que esos cables pertenecen a Indaleccius, y que procederá a analizarlos para, en caso de confirmar su propiedad, abrir en NEON la correspondiente incidencia por ocupación irregular.

A este respecto cabe indicar que, en virtud de lo dispuesto por la CNMC en su Resolución de 30 de noviembre de 2021⁷, Telefónica puede hacer uso de los procedimientos en ella recogidos para exigir al propietario de los cables instalados de forma irregular su desmontaje o regularización.

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

RESUELVE

Único.- Desestimar la solicitud de Indaleccius de que se obligue a Telefónica a revisar el estudio de viabilidad realizado para la SUC395SUCW78052021072300.

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

INDALECCIUS BROADCASTING, S.L.

TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

⁶ Algún operador ya habría instalado sus tendidos en los postes, prescindiendo del proceso de instalación previsto en la oferta MARCo (replanteos, estudios de viabilidad, etc.).

⁷ 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 tipo (Expediente IRM/DTSA/002/20).

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.