

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA EL EXPEDIENTE DE SEGUIMIENTO DE LAS REGULARIZACIONES DE LAS POSIBLES OCUPACIONES INDEBIDAS DE LAS INFRAESTRUCTURAS FÍSICAS SUJETAS A LA OFERTA MARCO DE TELEFÓNICA

IFP/DTSA/018/22

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 los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria acuerda:

1. ANTECEDENTES

Primero. Resolución de 30 de noviembre de 2021

El 30 de noviembre de 2021 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) aprobó mediante resolución tres procedimientos (A¹, B² y C³) para la regularización de las ocupaciones indebidas de las infraestructuras pasivas de Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) que pudieran realizar los operadores alternativos ([IRM/DTSA/002/20](#)).

Una de las fases que es común en los procedimientos A y B es la que debe cumplir Telefónica consistente en comunicar a la CNMC, con periodicidad mensual, la información relativa a las incidencias de mantenimiento por posible ocupación indebida que notifique a los operadores a través de NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales)⁴ o por burofax, así como las copias de las comunicaciones que mantenga con los operadores con el objeto de regularizar o desinstalar sus tendidos por cualquier medio (NEON, correos electrónicos, burofaxes, etc.).

Además, en los supuestos en que los operadores dentro de los 15 días siguientes a la apertura de la incidencia en NEON (i) muestren su disconformidad con la incidencia alegando que no se encuentra en situación irregular, pero no aporten prueba en contrario que lo acredite; (ii) confirmen la irregularidad de sus tendidos y acepten desinstalarlos, o bien (iii) no respondan en dicho plazo, Telefónica puede enviarles un burofax indicándoles que puede confirmar su ocupación indebida y regularizar sus tendidos en el plazo de (diez) 10 días, o en su defecto, de que dispone de un plazo de dos (2) meses 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 o fechas de su ocupación. Telefónica debe enviar a la CNMC tanto las copias de los burofaxes como la contestación que den los operadores a estos.

Segundo. Comunicaciones de Telefónica a la CNMC

El 29 de abril de 2022 Telefónica presentó ante la CNMC la primera comunicación con el listado de incidencias de mantenimiento por posible ocupación indebida notificadas a tres operadores⁵ a través de NEON, en cumplimiento de lo dispuesto

¹ Para operadores con contrato MARCo

² Para operadores identificados a través del etiquetado de sus cables, pero sin contrato MARCo

³ Para operadores no identificados a través del etiquetado de sus cables.

⁴ 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.

⁵

En relación con SVINT, con fecha 28 de julio de 2022 esta Comisión incoó un procedimiento sancionador contra este operador por incumplir la Resolución de 30 de noviembre de 2021 (SNC/DTSA/109/22), tras analizar una denuncia interpuesta por Operadora Ibérica de Redes y

en la Resolución de 30 de noviembre de 2021, indicando si dichos operadores habían o no tramitado una solicitud de uso compartido (SUC) para regularizar las ocupaciones. En ese momento, este organismo abrió un expediente de información previa para supervisar el cumplimiento de la citada Resolución de 30 de noviembre de 2021.

El 4 de mayo y el 1 de junio de 2022, Telefónica envió sendas subsanaciones de la primera comunicación de incidencias abiertas en NEON por supuesta ocupación indebida, ya que había detectado un error en la apertura de una incidencia a uno de los tres operadores, al corresponder los tendidos incluidos en dicha incidencia a otro operador.

Desde entonces y hasta el mes de abril de 2023 incluido, Telefónica ha presentado ante la CNMC un total de diecisiete (17) comunicaciones en las que aporta el listado de incidencias interpuestas a 119 operadores alternativos.

Además, mediante el envío a un buzón de correo electrónico habilitado al efecto⁶, desde el 19 de octubre de 2022 y hasta el 4 de mayo de 2023, Telefónica ha estado remitiendo a esta Comisión las comunicaciones que ha mantenido con los operadores alternativos, ya sea por correo electrónico, carta o burofax, sobre la regularización o desinstalación de sus tendidos, o sobre diversas cuestiones relacionadas con los tendidos involucrados en las incidencias o la tramitación de las SUC para su regularización. Dichos correos electrónicos han sido incorporados al expediente.

Tercero. Requerimiento de información a Telefónica y contestación

Tras ocho comunicaciones enviadas por Telefónica sobre el listado de incidencias por ocupación irregular abiertas en NEON a ciertos operadores, conforme establece la Resolución de 30 de noviembre de 2021, el 17 de octubre de 2022 la CNMC realizó un requerimiento de información a dicha operadora, para conocer el estado en el que se encontraba cada una de las incidencias comunicadas desde el 29 de abril de 2022.

Entre otra información, se requirió a Telefónica que aportara la copia de todas las comunicaciones sobre las incidencias por supuesta ocupación irregular, mantenidas

Servicios de Telecomunicaciones, S.L.U. (Operadora Ibérica) en febrero de 2022 (IFP/DTSA/006/22). Por ello, las incidencias comunicadas por Telefónica el 29 de abril de 2022 que han sido abiertas a este operador no se han tomado en cuenta en el análisis realizado en este expediente al haber sido examinadas en el referido procedimiento sancionador.

⁶ Durante la tramitación del expediente [IFP/DTSA/006/22](#) Telefónica solicitó que se le habilitara un buzón de correo electrónico para que pudiera enviar las comunicaciones que se intercambiara con los operadores a los que interpusiera una incidencia. A través del acuerdo que archivó este expediente se puso a disposición de Telefónica el buzón de correo ocupacionesirregulares@cnmc.es.

con cada uno de los operadores por cualquier medio (NEON, correo electrónico, burofax, etc.).

Mediante sendos escritos de 4 y 14 de noviembre de 2022, Telefónica aportó la información requerida.

Cuarto. Comunicaciones de algunos operadores sobre la regularización o desinstalación de sus tendidos

Entre el 21 de octubre de 2022 y el 21 de abril de 2023, veintiocho (28) operadores alternativos han informado a esta Comisión -o presentado copia de la comunicación enviada a Telefónica- sobre (i) la regularización o desinstalación de sus redes o (ii) su disconformidad con la incidencia comunicada, por no ser suyos los tendidos o no ser de Telefónica las infraestructuras ocupadas.

Quinto. Otras actuaciones realizadas por este organismo

Se han realizado actuaciones de análisis y filtrado de toda la información aportada por Telefónica y por los 28 operadores alternativos sobre las posibles ocupaciones irregulares de las infraestructuras MARCo, que sucesivamente se ha ido incorporando a este expediente.

También se ha extraído y examinado la información que consta en la plataforma NEON sobre las incidencias de mantenimiento interpuestas por Telefónica, mediante el acceso periódico a dicha plataforma; con el objetivo de disponer de datos (i) tanto agregados como desagregados por operador sobre cada una de las incidencias comunicadas por Telefónica y (ii) lo más actualizados posibles sobre el estado de regularización en el que se encuentran dichas incidencias hasta el 4 de mayo de 2023.

Sexto. Declaración de confidencialidad

Mediante sendos escritos de 9 y 14 de junio de 2023, la DTSA declaró la confidencialidad genérica de toda la información incorporada al expediente (comunicaciones de Telefónica y de los operadores alternativos, así como los correos electrónicos o burofaxes comunicados por Telefónica al buzón de correo ocupacionesirregulares@cnmc.es).

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

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Único. Habilitación competencial de la CNMC

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), corresponde a este organismo la supervisión y control del correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas y, en concreto, la realización de las funciones atribuidas por la vigente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), y su normativa de desarrollo.

En el ejercicio de estas funciones, esta Comisión está habilitada para supervisar la actuación de los operadores y asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicta en el ámbito material de su actuación (artículo 114 de la LGTel), entre otras cuestiones para salvaguardar la protección de intereses generales, como es la promoción de la eficiencia, de la competencia sostenible, del despliegue de redes de muy alta capacidad, la innovación e inversión eficientes y el máximo beneficio para los usuarios finales 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.

Mediante la aprobación de la Resolución de 30 de noviembre de 2021, esta Comisión estableció una serie de procedimientos para que Telefónica pueda resolver la práctica irregular de algunos operadores consistente en ocupar sin autorización sus infraestructuras civiles, en coordinación con los operadores que realizan dichas prácticas, mediante la regularización o desinstalación de sus tendidos.

Además, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.7 de la LGTel, en esta Resolución se aprobó 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”.

También se indicó 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 resolución y, por tanto, la posible comisión de las*

infracciones tipificadas en los artículos 76.12⁷ y 77.27⁸ de la LGTel" (actuales artículos 106.14 y 107.38 de la vigente LGTel).

Por su parte, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone en su artículo 55 lo siguiente:

"1. Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

2. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento".

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer este expediente de seguimiento de la ejecución de la Resolución de 30 de noviembre de 2021 y de analizar la procedencia de incoar procedimientos sancionadores a los operadores que hayan incumplido dicha obligación, así como de modificar algunos aspectos de la citada resolución y de la oferta MARCo.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para el conocimiento de este expediente y la adopción del presente acuerdo es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

⁷ *"El incumplimiento 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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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."*

⁸ *"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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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."*

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Sobre la regulación sectorial en materia de ocupaciones indebidas de las infraestructuras físicas de Telefónica

El 6 de octubre de 2021 esta Comisión aprobó la Resolución de los mercados de banda ancha⁹, estableciendo determinadas obligaciones para Telefónica. Entre tales obligaciones, en relación con el acceso a sus infraestructuras de obra civil, se encuentra la de atender las solicitudes razonables de acceso o dar alternativas que permitan el enlace entre los puntos solicitados por un operador.

Asimismo, Telefónica tiene impuestas unas obligaciones de transparencia y no discriminación, consistentes en la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a las infraestructuras de obra civil (la oferta MARCo)¹⁰, que ha de ser suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido por el operador alternativo, y cuyos elementos mínimos están concretados en la Resolución de los mercados de banda ancha.

Los operadores que pretenden acceder a las infraestructuras físicas de Telefónica (canalizaciones, registros y postes) han de acogerse a la oferta MARCo mediante la firma del correspondiente contrato, ajustarse a los procedimientos establecidos y, por ello, formular sus solicitudes de acceso a dichas infraestructuras a través del portal NEON, de modo que este operador pueda gestionarlas y así tener controlada la información que proporciona a través del sistema ESCAPEX¹¹ sobre el estado de sus infraestructuras, para que los operadores puedan consultarla antes de solicitar el acceso a estas.

En cumplimiento del citado contrato MARCo firmado, estos operadores solicitantes han de respetar el resto de los procedimientos y normas técnicas establecidas en la oferta de referencia hasta que finalicen el despliegue de sus redes y asumir las

⁹ 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 (ANME/DTSA/002/20).

¹⁰ La última revisión de la Oferta MARCo ha sido aprobada por Resolución de la CNMC, de 18 de mayo de 2023, en relación con el proceso de variación de infraestructuras, la inclusión de nuevas tipologías de postes, la incorporación de precios para el tendido de acometidas en postes y la revisión de medidas de prevención de riesgos laborales (OFE/DTSA/001/22).

¹¹ Para el acceso a ESCAPEX a través de NEON los operadores disponen de un enlace que les permite navegar en dichos sistemas según la provincia seleccionada y con visibilidad de las centrales incluidas en el servicio.

Mediante este servicio los operadores pueden acceder a información sobre las redes de alimentación, distribución, salidas laterales y red de dispersión cuando se encuentre canalizada y en dominio público (ver apartado 3 del Procedimiento de Gestión de la oferta MARCo).

contraprestaciones que se devenguen de la ocupación de las infraestructuras civiles de Telefónica reguladas (conductos, registros, postes, arquetas, cámaras, y otras infraestructuras de acceso a centrales), según los precios establecidos en la oferta MARCo.

El apartado 9.3.2 del Procedimiento de Gestión de la oferta MARCo dispone que, en caso de que Telefónica detecte una ocupación irregular de sus infraestructuras civiles por parte de un operador alternativo debe comunicárselo a través de NEON mediante la interposición de una incidencia de mantenimiento, aportándole determinados datos, entre ellos, los registros involucrados en la incidencia y la central de la que dependan.

Como consecuencia de la constatación por parte de esta Comisión de un aumento de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras físicas reguladas a Telefónica, entre 2016 y 2021, mediante Resolución de 30 de noviembre de 2021 se decidió aprobar tres procedimientos (A, B y C) para la regularización de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras pasivas de Telefónica, así como otras medidas regulatorias, como establecer la obligación de los operadores alternativos de cumplir con los procedimientos y condicionantes técnicos, económicos y administrativos establecidos en la oferta MARCo.

A través de estos tres procedimientos se pretende incentivar la regularización de las ocupaciones realizadas, mediante la negociación con buena fe y la firma de un acuerdo entre Telefónica y el operador alternativo, antes de proceder a la desinstalación de los cables desplegados, salvo que el operador opte voluntariamente por esta opción.

En el procedimiento A (cuando afecta a un operador identificado con contrato MARCo), Telefónica, tras detectar la ocupación indebida de sus infraestructuras, debe comunicar al operador a través de NEON una incidencia de mantenimiento por ocupación irregular. La Resolución de 30 de noviembre de 2021 amplió los campos de información obligatorios que tenía que comunicar Telefónica al operador en dicha incidencia (registros ocupados, fotos, explicación de la situación detectada), lo que dio lugar a la modificación del apartado 9.3.2 del Procedimiento de Gestión de la oferta MARCo.

En el procedimiento B (el operador es conocido, pero no dispone de un contrato MARCo firmado), Telefónica debe comunicar la incidencia al operador a través de un burofax. Por último, si el operador que hubiera desplegado sus cables indebidamente no pudiera ser identificado por ningún medio proporcionado para Telefónica, se ha de aplicar el procedimiento C, en el que esta operadora podría solicitar a esta Comisión la autorización para desinstalar los cables tendidos indebidamente.

El inicio de alguno de estos tres procedimientos de regularización da lugar a la entrega a este organismo de las copias de las comunicaciones que Telefónica y el operador intercambien, conforme establece la Resolución de 30 de noviembre de 2021 (incidencia abierta en NEON, burofax, contestación al burofax, acuerdos de regularización o desinstalación, ...), con el objeto de regularizar la o las ocupaciones indebidas realizadas por el operador de las infraestructuras físicas de Telefónica (ver Antecedente Primero).

Segundo. Valoración de las actuaciones practicadas

El 29 de abril de 2022 Telefónica presentó ante esta Comisión la primera comunicación mensual de incidencias por supuesta ocupación irregular realizada por tres operadoras, tras la aprobación de la Resolución de 30 de noviembre de 2021.

Hasta abril de 2023, Telefónica ha presentado diecisiete (17) comunicaciones de incidencias por supuestas ocupaciones irregulares abiertas a 119 operadores, entre abril de 2022 y abril de 2023, todos ellos identificados y con contrato MARCo, lo que ha dado lugar a la aplicación del procedimiento de regularización A en todos los casos comunicados.

En estas comunicaciones Telefónica indica si los operadores han presentado una SUC o no para su regularización. Además, Telefónica alega que la situación que se encuentra con más frecuencia es aquella en la que los operadores ocupan las infraestructuras tras presentar la SUC, sin esperar a que se tramite el procedimiento establecido en la oferta MARCo para el acceso a las infraestructuras, esto es, antes de realizar su replanteo o el análisis de viabilidad (estudio de cargas y presupuesto de adecuación) o el proyecto de ejecución.

Desde el 19 de octubre de 2022 y hasta el 4 de mayo de 2023, a través del buzón de correo habilitado, esta operadora ha estado reenviando a este organismo no solo los burofaxes enviados a los operadores para instarles a la regularización o desinstalación de los tendidos¹², sino también las comunicaciones que en cadena mantenía con cada uno de los operadores por cada una las incidencias abiertas en NEON.

Esta Comisión ha analizado la prolífica cantidad de información proporcionada por Telefónica, junto con los datos obtenidos por este organismo de la plataforma NEON, y la información proporcionada también por algunos de los operadores involucrados en las incidencias abiertas en NEON.

¹² Si se ha producido alguna desinstalación de tendidos ha sido siempre por el propio operador. No se tiene conocimiento de que Telefónica haya desinstalado los cables de algún operador, a pesar de haber comunicado a esta Comisión su intención de hacerlo en relación con los tendidos de dos de los operadores denunciados ().

De este análisis se han extraído una serie de conclusiones que, en general, proporcionan una aproximación sobre el número de incidencias abiertas correctamente en NEON por Telefónica por ocupaciones indebidas de las infraestructuras MARCo, el número de operadores implicados y el estado de regularización o no en el que se encuentran cada una de las incidencias abiertas a dichos operadores hasta el 4 de mayo de 2023.

1. Sobre el número de incidencias abiertas correctamente en NEON y las infraestructuras ocupadas indebidamente

El total de incidencias abiertas en NEON por ocupación irregular comunicadas por Telefónica a este organismo ascienden a mil ciento cuarenta y siete (1.147), aunque trece (13) han sido eliminadas en NEON, por haberse comunicado con código incorrecto de operador o no abrirse al verdadero operador titular de los tendidos, otras cincuenta y tres (53) de estas incidencias podrían haberse abierto por error por varios motivos (p.ej. cables de una operadora comprados por otra operadora, tendidos ya tramitados en una SUC anterior, la no existencia de tendidos del operador en los postes indicados en la incidencia, entre otros)¹³, y, como se ha explicado en la nota al pie 5, la incidencia abierta a SVINT en marzo de 2022, ya ha sido analizada en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/109/22, por lo que se excluye del análisis de este expediente¹⁴.

En cerca del 76% de las 1.080 incidencias que se entienden correctamente abiertas y han sido examinadas hay algún poste implicado en las supuestas ocupaciones indebidas. De hecho, a lo largo de este año de supervisión, se estima que se han podido ocupar indebidamente cinco mil seiscientos noventa y ocho (5.698) registros, de los cuales tres mil seiscientos noventa y cinco (3.695) son postes (esto es, el 64.84% de las infraestructuras ocupadas indebidamente). Es más, en quinientas cincuenta y cuatro (554) incidencias (el 51,29%), los tendidos irregulares se han realizado solo en postes.

De estos datos se concluye que los postes son la infraestructura física de Telefónica más afectada por la práctica irregular de un número significativo de operadores, al tender sus cables sin seguir los procedimientos y condicionantes de la oferta de referencia y de su contrato MARCo.

Otro dato de interés es que las ocupaciones irregulares de infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo varían considerablemente según la provincia en la que se

¹³ A la vista de los comentarios aportados por los operadores en NEON y de los correos intercambiados con Telefónica.

¹⁴ Para el cálculo de todas las cifras y elaboración de las gráficas incluidas en este Acuerdo el total de incidencias utilizado ha sido de 1.080 (no se ha tenido en cuenta las 53 incidencias comunicadas por error, las 13 eliminadas en NEON, así como la incidencia abierta a SVINT).

Total de incidencias comunicadas 1.147 -13 eliminadas -53 erróneas -1 de SVINT= 1.080

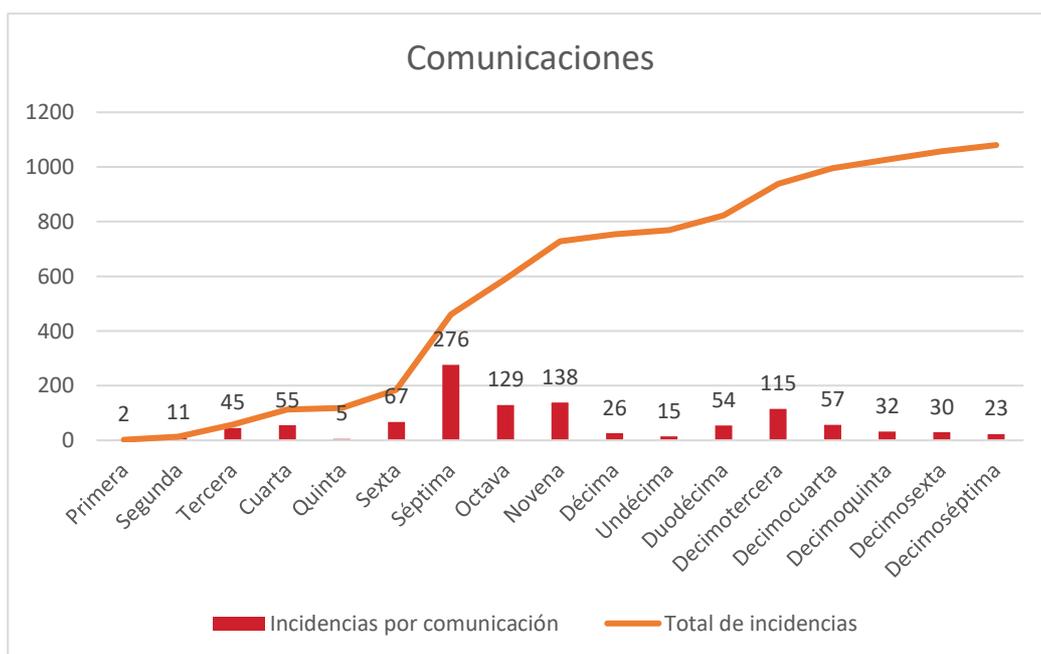
encuentren dichas infraestructuras, siendo las infraestructuras localizadas en la provincia de Murcia las más afectadas por dicha práctica irregular como se observa en la siguiente gráfica.

Gráfica 1



Finalmente, en la siguiente gráfica se muestra la evolución que ha tenido el número de incidencias por supuesta ocupación indebida comunicadas por Telefónica a lo largo del año analizado:

Gráfica 2



De dichos datos se extrae que las incidencias por presuntas ocupaciones indebidas han ido disminuyendo en los últimos meses analizados. Ello se debe a la intensa actividad que ha realizado Telefónica para localizarlas e intentar regularizarlas.

A la vista de estos datos, se espera que a corto-medio plazo Telefónica consiga regularizar el estado de sus infraestructuras haciendo uso de los procedimientos establecidos en la Resolución de 30 de noviembre de 2021.

2. Sobre los operadores con incidencias por ocupación indebida abiertas en NEON

Telefónica ha abierto incidencias en NEON a 111 operadores. De los 119 operadores involucrados en incidencias abiertas en NEON, se excluye a SVINT, así como a otros siete (7) operadores sobre los que se ha detectado que las incidencias se abrieron por Telefónica por error ().

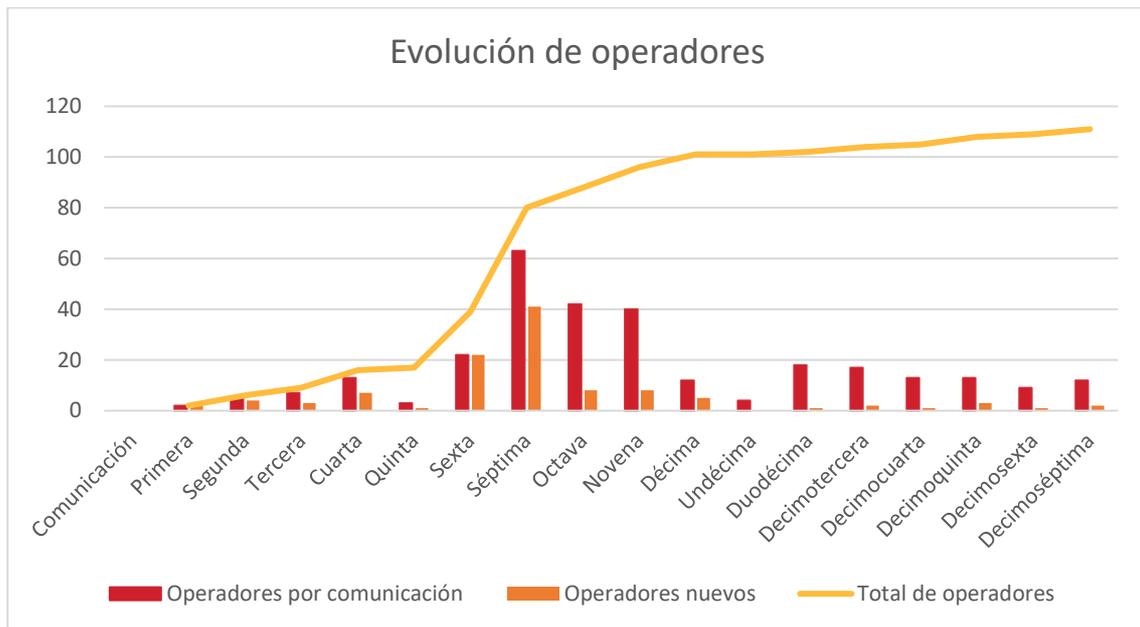
En primer lugar, se observa que en los 111 operadores mencionados constan tanto operadores de ámbito nacional () como de ámbito regional o local ().

En segundo lugar, algunos de estos 111 operadores ya han sido parte en conflictos de acceso como consecuencia de haber realizado ocupaciones indebidas con anterioridad y posterioridad a la Resolución de 30 de noviembre de 2021, pero parece que tras la resolución de dichos conflictos Telefónica ha encontrado más ocupaciones irregulares realizadas por estos operadores ().

En tercer lugar, es de interés indicar que algunos de los operadores con incidencias abiertas han alegado a Telefónica que ciertos tendidos o todos los tendidos irregulares habrían sido comprados por otras operadoras, alegando que serían esas operadoras las que se harían cargo de la regularización de sus ocupaciones irregulares. En la mayoría de los casos, las operadoras adquirientes han mostrado a Telefónica su conformidad con la regularización de esas ocupaciones indebidas.

Por último, se muestra cómo ha ido evolucionando el número de operadores a los que Telefónica ha ido abriendo incidencias a lo largo de este año.

Gráfica 3



De los datos anteriores se extrae que la cantidad de operadores implicados aumentó de forma similar a la cantidad de incidencias comunicadas por Telefónica¹⁵.

En este punto, se indica que, en los listados de incidencias abiertas en NEON y enviados por Telefónica a la CNMC, hay seis (6) operadores a los que se les habría abierto 1 o 2 incidencias, pero no se encontrarían en situación irregular¹⁶, ya que no serían suyos los tendidos incluidos en la incidencia, sino de otros operadores. Por ello, **en total serían 105 los operadores denunciados durante este año que habrían realizado ocupaciones irregulares.**

De estos datos, se extrae que, mientras que hay operadores con un número muy elevado de incidencias por ocupación irregular (), hay operadores a los que solo se les ha abierto una o muy pocas incidencias ().

3. Sobre el estado de regularización o desinstalación en el que se encuentran las incidencias abiertas en NEON entre el 29 de abril de 2022 y el 4 de mayo de 2023

Como ya se ha indicado, con toda la información incorporada a este expediente se han podido obtener unos datos muy aproximados sobre el estado de regularización en el que se encuentran las incidencias abiertas a cada operador por ocupación irregular.

¹⁵ En septiembre y octubre de 2022, Telefónica envió la séptima y octava comunicación en la que identificó un mayor número de nuevos operadores ocupantes.

¹⁶

En términos generales es posible concluir que hasta el 29 de abril de 2022 Telefónica no empezó a poner en marcha los procedimientos aprobados por esta Comisión cuatro meses antes (30 de noviembre de 2021). Para todas las incidencias comunicadas, el procedimiento de regularización utilizado por Telefónica ha sido el "A", al disponer todos los operadores involucrados de un acuerdo MARCo y haber sido identificados como posibles titulares de los cables supuestamente tendidos indebidamente a través de sus infraestructuras físicas.

Además, Telefónica también ha necesitado tiempo para comenzar a mandar los burofaxes que, de conformidad con la Resolución de 30 noviembre de 2021 debe enviar 15 días después de comunicar la incidencia en NEON¹⁷. En concreto, a mediados de octubre de 2022 Telefónica comenzó a mandar los primeros burofaxes a cuarenta y seis (46) operadores de los noventa y cinco (95) a los que ya había comunicado incidencias por ocupación irregular en NEON hasta ese mes de octubre de 2022.

Respecto al estado en el que se encuentran las 1.080 incidencias que se entienden correctamente abiertas en NEON hasta abril de 2023, es posible indicar lo siguiente:

- Es relevante indicar que en ciento diecisiete (117) incidencias por ocupación irregular (un 11% de las 1.080 incidencias tomadas en cuenta en este análisis) los operadores han alegado que los tendidos comunicados por Telefónica en NEON no son suyos sino de otro operador.

Ciento tres (103) de estas 117 incidencias ya se encuentran cerradas en NEON.

- El 51,6% de las incidencias correctamente abiertas en NEON y no eliminadas (558 de 1.080) se encuentran en regularización, es decir, que Telefónica y el operador están en vías de llegar a un acuerdo, o el operador ha optado por retirar sus cables voluntariamente tras reconocer su irregularidad (7 operadores en relación con 10 incidencias).

Además, otro 17,5% de las incidencias correctamente abiertas en NEON (189) se estarían comenzando a regularizar por los operadores, tras haber confirmado la irregularidad a Telefónica y aceptar someterse al procedimiento A fijado en la Resolución de 30 de noviembre de 2021.

Por tanto, un 69,1% de las incidencias abiertas en NEON durante el año de análisis se encontrarían regularizadas o regularizando hoy en día.

¹⁷A los operadores que no contestan a la incidencia, muestran su disconformidad con la incidencia, pero sin aportar pruebas en contrario, o reconocen la irregularidad y muestran su intención de desinstalar los tendidos.

- Telefónica aún no ha remitido a esta Comisión la copia de los acuerdos de regularización que haya podido firmar con algunos operadores.
- Solo dos operadores () habrían mostrado a Telefónica su disconformidad con las incidencias abiertas en NEON al considerar (i) que las infraestructuras ocupadas no son suyas o (ii) por entender que no se encuentran en situación irregular (). Sin embargo, ninguno de estos dos operadores ha aportado pruebas en contrario, que justifiquen sus motivos de disconformidad con la incidencia, o, al menos, a esta Comisión no le constan.
- No se conoce si Telefónica ha llevado a cabo la desinstalación de los tendidos irregulares de algún operador. Sin embargo, a través de la información que consta en el expediente, se ha podido comprobar que algunos operadores sí han aceptado desinstalar sus tendidos tras conocer la incidencia abierta en NEON o recibir el burofax de Telefónica ().
- Hay todavía 195 incidencias (18%) pendientes de conocer si se van a regularizar o no, ya que (i) no se conoce si el operador tiene intención de regularizar o desinstalar sus tendidos tras el envío del burofax de Telefónica (126 incidencias) o (ii) no se dispone de ningún dato adicional (69).
- En algunas incidencias () el operador pide a Telefónica que aporte datos que permitan identificar los tendidos, sin que se tenga conocimiento de que se haya aportado más información.

Tercero. Conclusiones

En primer lugar, se ha observado que Telefónica ha necesitado varios meses para ultimar la puesta en marcha de los procedimientos de regularización aprobados en la Resolución de 30 de noviembre de 2021. También se ha advertido que, con la aprobación de dichos procedimientos, Telefónica ha mejorado o intensificado las actuaciones para detectar ocupaciones irregulares de sus infraestructuras físicas.

De hecho, sorprende el elevado número de operadores y de infraestructuras físicas que Telefónica ha detectado como ocupadas indebidamente en todo el territorio nacional durante este año de análisis, en comparación con el número de conflictos y denuncias presentadas contra operadores ante esta Comisión, por la presunta ocupación irregular de las infraestructuras sujetas a la oferta MARCo, desde la aprobación de la primera oferta de referencia en 2009 hasta la aprobación de la citada Resolución en 2021 (unos 17 expedientes).

En segundo lugar, los datos analizados muestran que, con carácter general, existe en el mercado un problema sobre el mal uso de las infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo, generado por un número significativo de operadores. No obstante, también se ha comprobado la eficacia de los procedimientos de regularización

aprobados por la Resolución de 30 de noviembre de 2021 para corregir esta situación.

En este sentido, la mayoría de dichos operadores han aceptado la irregularidad de todos o casi todos sus tendidos incluidos en las incidencias comunicadas por Telefónica en NEON y los han regularizado o están en proceso de regularización. De modo que, es posible concluir que los procedimientos de regularización aprobados en la citada Resolución estarían permitiendo que Telefónica consiga restablecer el correcto uso de sus infraestructuras físicas, cobrando los precios regulados para su acceso y poniendo en orden la información que debe figurar en ESCAPEX.

No obstante lo anterior, durante este año de seguimiento, Telefónica no ha comunicado a esta Comisión la copia de ningún acuerdo de regularización firmado con algún operador. Tampoco se conoce si Telefónica ha desinstalado los cables de algún operador.

También es importante indicar que aún queda un número significativo de incidencias sin resolver (195 incidencias).

En tercer lugar, cabe recordar que la Resolución de 30 de noviembre de 2021, aprobó imponer a todos los operadores interesados en desplegar sus redes de comunicaciones electrónicas haciendo uso de los elementos de obra civil sujetos a la oferta MARCo, la obligación de solicitar el acceso a dichos elementos y a realizar su ocupación siguiendo los procedimientos administrativos y los condicionantes técnicos y económicos regulados en esa oferta de referencia.

En consecuencia, esta Comisión valorará la necesidad de incoar los correspondientes procedimientos administrativos sancionadores contra los operadores que supuestamente hayan infringido dicha obligación de acceso aprobada en la Resolución de 30 de noviembre de 2021.

Por último, a la vista de la elevada cantidad de información enviada por Telefónica, incluso adicional a la establecida en la precitada Resolución, y de los datos expuestos en este expediente, esta Comisión valorará la procedencia de revisar algunos aspectos de la Resolución de 30 de noviembre de 2021 (como podría ser flexibilizar la entrega de dicha información y endurecer las obligaciones impuestas a los operadores que actúen indebidamente), así como de la oferta MARCo.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

ACUERDA

ÚNICO. Archivar el presente expediente de información previa, de análisis de los procedimientos de regularización de las ocupaciones indebidas de las infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo de Telefónica de España, S.A.U., aprobados en la Resolución de 30 de noviembre de 2021, con número de referencia IFP/DTSA/018/22.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a Telefónica de España, S.A.U. y al resto de operadores interesados, haciéndole saber que el mismo pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra él recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.