



Roj: **SAN 3782/2025 - ECLI:ES:AN:2025:3782**

Id Cendoj: **28079230082025100397**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **23/07/2025**

Nº de Recurso: **1959/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001959/2022

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 15933/2022

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U

Procurador: D^a. GLORIA TERESA ROBLEDÓ MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: JEYCA TECNOLOGIA Y MEDIO AMBIENTE SOCIEDAD LIMITADA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintitrés de julio de dos mil veinticinco.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **1959/22**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 21 de julio de 2022, sobre conflicto de acceso, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Se ha personado como **codemandada** la entidad mercantil **JEYCA TECNOLOGIA Y MEDIO AMBIENTE SOCIEDAD LIMITADA**, representada por el Procurador D. Alejandro Utrilla Palombi.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. Ana Isabel Gómez García, Magistrada de la Sección.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. (TESAU), contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 21 de julio de 2022, por la que se pone fin al conflicto de acceso a infraestructuras marco entre JEYCA TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE y TELEFÓNICA en relación con el rechazo de una solicitud de acceso a un tritubo enterrado.

SEGUNDO:Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello a la actora para que formalizara la demanda, la cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los trámites legales pertinentes, se dicte Sentencia por la que, con expresa imposición de costas a la Administración demandada, *"declare contraria a Derecho la Resolución de la CNMC de fecha 21 de julio de 2022, que se impugna en este proceso, y en este sentido:*

o anule la obligación de Telefónica de compartir el tritubo solicitado por JEYCA entre Alcalá del Río y San Ignacio del Viar (465SUCW39692021071200), por ser dicha obligación arbitraria y contraria al artículo 9.3 de la Constitución Española .

o anule las obligaciones recogidas en el apartado Cuarto G de la Resolución, por carecer de proporcionalidad y ser arbitraria, en contra de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución Española .

o declare que Telefónica no tiene obligación de compartir, en términos generales, tritubos enterrados por las características propias de este tipo de conducto.

o Subsidiariamente, que la CNMC declare que las obligaciones técnicas de subconductación impuestas garantizarán que cumplen con la normativa de prevención de riesgos laborales y que, no ponen en riesgo las infraestructuras ya existentes. Y, para el caso de que no cumplan dichas garantías, se deberá fijar un plazo para resolver tal incumplimiento, facultando, en caso de que no se resuelva, al titular de la infraestructura para ejercitar las acciones que a su derecho correspondan."

TERCERO:Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas a la actora.

CUARTO:La representación procesal de la codemandada, JEYCA TECNOLOGIA Y MEDIOAMBIENTE, contestó a la demanda, solicitando que se dicte sentencia desestimatoria del recurso, con expresa imposición de las costas a la mercantil recurrente.

QUINTO:Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 2 de julio del año en curso.

Con motivo de la huelga convocada por las asociaciones profesionales, dicho señalamiento se trasladó al día 21 de julio en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:Se dirige el presente recurso contencioso administrativo contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 21 de julio de 2022, en la que se **RESUELVE:**

"PRIMERO.- Estimar la solicitud de Jeyca de instar a Telefónica a desbloquear la SUC 465SUCW39692021071200.

SEGUNDO.- Telefónica debe facilitar a Jeyca el acceso a las infraestructuras de la SUC 465SUCW39692021071200 para el tendido del cable del operador. Para ello, en el plazo máximo de 10 días a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, Telefónica validará las SUC de Jeyca y continuará con el proceso de provisión dispuesto en la oferta MARCo, de acuerdo con lo concluido en el apartado Cuarto.G."

Se consigna en los antecedentes de hecho de la resolución, entre otros datos, que el 29 de septiembre de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión un escrito de Jeyca Tecnología y Medio Ambiente en el cual denuncia el rechazo por parte de Telefónica de España de una solicitud de uso compartido (SUC) del servicio MARCo. El rechazo de Telefónica viene motivado por el hecho de que el tramo solicitado está formado por un tritubo directamente enterrado (sin la protección de un prisma exterior de hormigón).

Que, mediante escritos de 5 de octubre de 2021, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) comunicó a Telefónica y Jeyca el inicio del procedimiento administrativo para evaluar los hechos denunciados. Asimismo, se requirió a Telefónica determinada información necesaria para la tramitación del mismo.

Que el 19 de mayo de 2022 la DTSA emitió informe en el presente procedimiento y se abrió el trámite de audiencia. El 3 de junio de 2022 tuvo entrada escrito de alegaciones de Telefónica.

En los Fundamentos Jurídicos de la resolución se expone que la CNMC, tras definir y analizar los mercados de acceso local y central al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso de alta calidad al por mayor facilitado en una ubicación fija, 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, 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).

Que, tras la firma del contrato del servicio MARCo entre el operador demandante de acceso y Telefónica, la provisión del servicio se materializa mediante el sistema de gestión de las solicitudes de los operadores desarrollado por Telefónica (plataforma NEON), a través del cual los operadores presentan sus solicitudes de uso compartido (SUC) y se siguen los procedimientos regulados para la atención de estas solicitudes.

Que Jeyca denuncia el rechazo por parte de Telefónica de una solicitud de uso compartido (SUC) a un tramo formado por un tritubo directamente enterrado en una zanja; es decir, únicamente cubierto por tierra, sin la protección de un prisma exterior de hormigón. El tritubo está ubicado entre las arquetas 58 y 84 de la SUC 465SUCW39692021071200, y se extiende a través de un total de 24 arquetas. Jeyca solicita que la CNMC determine si Telefónica debe facilitarle el acceso a los tubos que se encuentran vacantes en dicho tramo.

Que alega Telefónica que la normativa técnica de la oferta MARCo (documento NOTECO) detalla los tipos de infraestructuras que son objeto de compartición, y los tritubos enterrados no forman parte de las mismas. Que los tritubos enterrados presentan características muy distintas de las que poseen los conductos que forman parte de un prisma de hormigón que los protege; su uso conlleva dificultades importantes, generalmente relacionadas con el hecho de que se encuentran directamente enterrados y de que, al presentar menor protección, existe un mayor riesgo de rotura u obstrucción de los tubos. Por ello, Telefónica considera que los tritubos enterrados no son objeto de compartición a través de la oferta MARCo y que, en estos casos, Jeyca debería desplegar sus cables mediante zanjas o microzanjas de construcción propia. Que, como norma general, los tritubos enterrados se encuentran ubicados en zonas interurbanas, y que la CNMC ha reconocido que dicho ámbito está excluido de la oferta MARCo. Finalmente, Telefónica indica que, si se desestiman sus argumentos y se permite el uso del tritubo enterrado por parte de Jeyca, debe establecerse que cualquier avería que se produzca en el mismo ha de considerarse irreparable (eximiéndose a Telefónica de cualquier obligación de reparación), ya que, en la práctica, conllevaría rehacer todo el tramo de la canalización.

Se razona en la resolución, en síntesis, que el Anexo 3 (obligaciones en relación con el acceso a infraestructura de obra civil) de la Resolución de 6 de octubre de 2021 de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor para productos del mercado de masas, establece que Telefónica deberá atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a sus infraestructuras de obra civil, incluyendo entre otras las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes. En la misma resolución se indica que *"la obligación impuesta a Telefónica de dar acceso a sus infraestructuras pasivas ha de ser necesariamente de contenido genérico, incluyendo toda infraestructura en posesión de Telefónica o que pueda ser usada por Telefónica"*. Es decir, debe garantizarse el acceso a toda la infraestructura sobre la que tiene derecho de uso Telefónica con independencia de la localización en la que se encuentre la misma. La Resolución de 29 de marzo de 2022 incorpora estas consideraciones en relación con el mercado de acceso de alta calidad al por mayor facilitado en una ubicación fija, y establece las mismas medidas en su Anexo 3.

Que, según dispone el artículo 72.1 del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, las ANR podrán *"imponer a las empresas [con PSM] la obligación de satisfacer las solicitudes razonables de acceso y de uso de obra civil, incluidos, pero sin limitarse a ellos, edificios o accesos a edificios, hilos de edificios incluido el cableado,*

antenas, torres y otras estructuras de soporte, postes, mástiles, conductos, tuberías, cámaras de inspección, bocas de inspección y armarios, en situaciones en las que tras haber considerado el análisis del mercado, la autoridad nacional de reglamentación llegue a la conclusión de que la denegación de acceso o el acceso otorgado en virtud de términos y condiciones no razonables de efecto análogo obstaculizarían el desarrollo de un mercado competitivo sostenible y no responderían al interés del usuario final".

La introducción del capítulo Normativa técnica de compartición de infraestructuras para MARCo (NOTECó) establece lo siguiente: *"Esta oferta mayorista de infraestructura civil proporcionará a otros operadores (operadores entrantes) la posibilidad de utilizar galerías de cables, cámaras 0, conductos, cámaras de registro, arquetas y postes, sobre los que tiene derecho de uso Telefónica".* Además, no son objeto de exclusión, en ningún apartado de la oferta MARCo (ni en sus anexos), determinadas infraestructuras de Telefónica por su localización o su tipología. Todas sus infraestructuras, con independencia de su ubicación, pueden ser objeto de uso por parte de terceros operadores al amparo de la oferta MARCo.

En cuanto a los aspectos técnicos y operativos del uso de tramos constituidos por un tritubo enterrado, dando respuesta a las alegaciones de Telefónica, se expone que la CNMC dispone de información aportada por terceros operadores que evidencia la existencia de despliegues de gran extensión en tritubos enterrados de su propiedad (ajenos a Telefónica). Esa información confirma gran parte de lo señalado por Telefónica en relación con el carácter excepcional de este tipo de infraestructuras: existencia de grandes distancias entre arquetas, ausencia de protección de hormigón, mayor profundidad de los tubos, etc.; sin embargo, ninguna de estas particularidades ha representado un obstáculo para el desarrollo eficaz de las actividades de despliegue o de mantenimiento de esas redes enterradas, como demuestra el hecho de que existan tendidos de miles de kilómetros de extensión. De hecho, también Telefónica ha venido empleando con normalidad infraestructuras enterradas para el despliegue de sus redes, lo que a su vez evidencia que el uso de los tritubos es perfectamente viable y seguro. Además, no se cuestiona que deba procederse con cautela en la instalación de tendidos o en la reparación de averías en tramos de gran longitud, como los que describe Telefónica, al objeto de minimizar la posibilidad de que se produzcan roturas o averías. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el tramo denunciado por Jeyca no está afectado por esas circunstancias, ya que la distancia que separa las arquetas que forman parte del mismo (arquetas 58 a 84) es reducida (entre 100 y 200 metros), y, por tanto, comparable a la que es habitual en conductos que forman parte de un prisma de hormigón. Por tanto, debe concluirse que no existen restricciones insalvables, de tipo técnico u operativo, que justifiquen la negativa del acceso de Jeyca a los tritubos enterrados de Telefónica.

Que, en cuanto al despliegue de los operadores de tramos no urbanos al amparo de la oferta MARCo, la CNMC ya ha matizado las restricciones a tener en cuenta, al haber establecido que dichos despliegues pueden extenderse más allá del ámbito urbano, en particular, a zonas próximas al mismo, como polígonos industriales, urbanizaciones o localidades colindantes. Se ha constatado que la SUC de Jeyca tiene por objeto unir la población de Alcalá del Río (Sevilla) con su pedanía San Ignacio del Viar. Se trata de dos ubicaciones colindantes, separadas por solamente 3 km, por lo que cumplirían el citado requisito de proximidad, que constituye una de las situaciones previstas por la CNMC para justificar la extensión del ámbito de uso de la oferta MARCo más allá del urbano.

Que la Comisión coincide con Telefónica en que los tritubos enterrados no suelen presentar capacidad adicional disponible para otros tendidos, y está recogido en la oferta MARCo que parte de la capacidad de cada tramo debe permanecer vacante al objeto de que, ante futuras necesidades de mantenimiento o presencia de averías, pueda utilizarse para la instalación urgente de tendidos auxiliares, lo que se conoce como reserva operacional común (ROC). También en los tramos compuestos por tritubos enterrados está justificado que parte de la capacidad se destine a esta función. En la oferta se establece que, en tramos compuestos por 3 tubos, debe permanecer libre, como reserva operacional común, al menos la tercera parte de uno de ellos. Así, si en algún tramo quedase un único tubo libre de los tres que conforman el tritubo, dada la restricción prevista en la oferta MARCo, no podría cederse a Jeyca esa capacidad restante (un tubo), al menos en su totalidad, ya que un tercio de ella debe quedar reservada. Únicamente se le podría entregar una fracción de la capacidad del tubo. En los tritubos objeto de conflicto, Telefónica reconoce que únicamente ha ocupado uno de los tres tubos, por lo que el requisito de reserva operacional se cumple ampliamente. No obstante, dada la escasa capacidad que presentan estas infraestructuras (solamente tres tubos de pequeño tamaño), al objeto de garantizar la disponibilidad de espacio para futuras necesidades de despliegue, ya sea de las partes del conflicto o de terceros operadores, debe cederse a Jeyca no un tubo completo, sino una fracción del mismo.

La cesión o la reserva de una fracción de un tubo (la tercera parte, en este caso) se lleva a cabo mediante la técnica de subconductación, que consiste en introducir tubos más pequeños (los llamados subconductos) en el interior de un tubo de mayores dimensiones, lo que permite su división en espacios independientes. De esta forma, cada tubo puede albergar más de un cable (tantos como subconductos se introduzcan en

él), garantizándose la separación de las redes: los trabajos de instalación que se realicen dentro de un subducto no interfieren con los cables existentes en otros subductos. Y, dado el escaso tamaño de estos tubos (40 mm), debe recurrirse a soluciones de subductación mediante microductos (ductos de muy pequeño diámetro, típicamente entre 5 y 16mm). Esto requiere que, a su vez, se empleen microcables, que presentan cubiertas de menor espesor y diámetros muy reducidos, y que resultan idóneos para el tendido en microductos mediante la técnica de soplado, que consiste en el empleo de aire a presión para facilitar el paso del microcable a través de largas distancias. El cumplimiento de los márgenes que se establecen ofrece garantías de que la instalación de estos elementos en los ductos de 40mm de Telefónica sea segura. No obstante, Telefónica y Jeyca podrán inspeccionar en el replanteo el estado actual de las infraestructuras y determinar si es necesario extremar las precauciones incrementando el margen de seguridad mediante el uso de agrupaciones de microductos de menor tamaño. En tales circunstancias, resultarían adecuadas soluciones de subductación de sección muy reducida, como las siguientes:

- 3 microductos de 10mm de diámetro exterior. (Sección aproximada de 310mm²) Porcentaje de ocupación del 31%.
- 4 microductos de 8mm de diámetro exterior. (Sección aproximada de 260mm²) Porcentaje de ocupación del 25%.
- 7 microductos de 7mm de diámetro exterior. (Sección aproximada de 350mm²) Porcentaje de ocupación del 34%.

La capacidad de los cables de Telefónica que se encuentren en uso influirá también en la elección de la solución de subductación, ya que esta debe garantizar siempre el margen necesario de reserva operacional.

Frente a la alegación de Telefónica de que el tramo del tritubo enterrado comprendido entre las arquetas 59 y 60, solicitado por Jeyca, se encuentra obstruido al haber perdido la arqueta 59 su tapa y al haberse llenado de tierra, por lo que solicita que esta avería sea calificada como de gravedad o irreparable, que Telefónica quede eximida de cualquier obligación de reparación y que Jeyca deba cavar su propia zanja o microzanja para sortear el tramo averiado, resuelve la CNMC que dicha avería, acaecida en la arqueta 59, tiene un alcance menor al que podría considerarse avería de gravedad; que la presencia de tierra se limita a la propia arqueta, por lo que, puede retirarse para despejar el acceso a los tubos que parten de la misma, y que tampoco concurre la problemática de identificar en qué parte del tramo se encuentra la avería ni la necesidad de cavar una zanja de gran extensión y profundidad. Por tanto, la avería en la arqueta 59 no se considera de gravedad ni irreparable, por lo que Jeyca puede solicitar su reparación a Telefónica, o bien solventarla por sus propios medios, de acuerdo con los mecanismos dispuestos a este respecto en la oferta MARCo en el apartado 9.1.1 (Reparación por parte del operador) del documento "Procedimiento de Gestión."

Se concluye que Jeyca podrá subconductar uno de los tubos (el que se encuentre vacante) que forman parte del tritubo existente en la SUC 465SUCW39692021071200 (entre las arquetas 58 y 84), y podrá disponer de uno de los microductos para la instalación de su cable. Que, dado que estas infraestructuras presentan algunas características de carácter excepcional, ello justifica que deba extremarse la cautela al objeto de minimizar la posibilidad de que se produzcan roturas o averías. Por tanto, la instalación de los cables de Jeyca deberá estar sujeta a las previsiones siguientes:

- Jeyca debe emplear una solución de subductación que no suponga un riesgo para la integridad de la infraestructura existente. Para ello, además de respetarse el criterio general de que el porcentaje de sección ocupada en el tubo de 40mm no debe superar el límite recogido en la oferta MARCo, deben emplearse soluciones de subductación de sección muy reducida, para que garanticen la viabilidad de la ROC. La opción de 7 microductos es la que maximiza la capacidad que quedará vacante para nuevas instalaciones, por lo que deberá recurrirse a ella siempre que sea técnicamente viable.
- En todos los casos, Jeyca debe dejar sin ocupar al menos la tercera parte de la capacidad del tubo, para que pueda ser empleada en futuros trabajos de mantenimiento o reparación de averías (como ROC).
- La modalidad de replanteo autónomo, prevista en la oferta MARCo para operadores debidamente acreditados, no se aplicará a estos despliegues en los que se tiene menor experiencia.
- La instalación por parte de Jeyca podrá ser supervisada por Telefónica. A estos efectos, Telefónica podrá repercutir a Jeyca los correspondientes gastos de acompañamiento de acuerdo con las cuotas horarias previstas en la oferta MARCo.
- Jeyca podrá solicitar a Telefónica la reparación de la avería presente en la arqueta 59, o bien solventarla por sus propios medios, de acuerdo con los mecanismos dispuestos a este respecto en la oferta MARCo.

SEGUNDO: En el escrito de demanda la recurrente expone los antecedentes fácticos que consideró de interés, indicando que sus pretensiones se concretan en que *"la CNMC manifieste que Telefónica no tiene obligación de compartir el tritubo solicitado por JEYCA entre Alcalá del Río y San Ignacio del Viar (465SUCW39692021071200), por ser dicha obligación arbitraria y contraria al artículo 9.3 de la Constitución Española "; "se anulen las obligaciones recogidas en el apartado Cuarto G de la Resolución, por carecer de proporcionalidad y ser arbitraria, en contra de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución Española "; "la CNMC manifieste que Telefónica no tiene obligación de compartir, en términos generales, tritubos enterrados por las características propias de este tipo de conducto"; "Subsidiariamente, que la CNMC matice que las obligaciones técnicas de subconductación impuestas garantizarán que, cumplen con la normativa de prevención de riesgos laborales y que, no ponen en riesgo las infraestructuras ya existentes. Y, para el caso de que no cumplan dichas garantías, se deberá fijar un plazo para resolver tal incumplimiento, facultando, en caso de que no se resuelva, al titular de la infraestructura para ejercitar las acciones que a su derecho correspondan"*.

Como motivos de impugnación invoca la recurrente los siguientes:

1º- Sobre la obligación de dar acceso a las infraestructuras de obra civil de TELEFÓNICA y la compartición de los tritubos enterrados.

Frente a los razonamientos de la resolución al respecto, se alega que en la Normativa Técnica de Compartición de Infraestructuras que conforma la oferta MARCo (NoTeCo) sí se regula expresamente el marco de compartición de las infraestructuras, haciendo referencia al ámbito urbano y especificando los tipos de conductos susceptibles de ser compartidos, entre los que no se hace mención de los tritubos objeto de este recurso.

Se afirma que la Comisión ha ignorado los argumentos de Telefónica relativos a las especiales características de los tritubos directamente enterrados, que hacen que la compartición de este tipo de infraestructura sea muy compleja. Que la Oferta MARCo circunscribe las infraestructuras a compartir con los operadores al ámbito urbano, quedando exentas las de los tramos interurbanos, al margen de la excepción reconocida por la CNMC; la excepción hace referencia a la proximidad siempre que las infraestructuras no presenten dificultades estructurales ni de carácter operativo. Que las infraestructuras del conflicto instado por JEYCA, así como el resto de los tritubos, no se diseñaron en origen para un entorno de compartición con otros operadores por lo que no están dimensionadas ni concebidas para tal efecto, no disponiendo, en la mayoría de los casos, de subconductos libres aparte de los ya utilizados ni de características que favorezcan la compartición. Que la solución de subconductación planteada por la CNMC imposibilita la instalación de los cables actualmente homologados por Telefónica en caso de que sea necesario considerar la Reserva Operacional para reponer el servicio por temas de avería, ya que la sección interior que presentan estos microductos es más reducida que el menor de los cables homologados por Telefónica.

2º- Sobre la propuesta de subconductación de tritubos realizada por la CNMC.

Afirma la recurrente que las soluciones de subconductación planteadas por la CNMC suponen que la instalación de los cables actualmente homologados por Telefónica y recogidos en la normativa técnica interna de Telefónica sea imposible, en la medida que ninguno de estos cables podría instalarse (por diámetro) dentro de los subconductos que plantea la CNMC, motivo por el cual considera Telefónica que la propuesta de CNMC resulta arbitraria y desproporcionada. Que la solución planteada por CNMC obstaculiza la estrategia de despliegue de Telefónica, en cuanto a la forma de proveer el servicio a sus propios clientes ya que implícitamente estaría obligando a Telefónica a homologar nuevos cables con especificaciones técnicas mucho más deficientes que las recogidas actualmente en la normativa técnica interna de Telefónica.

3º- La medida de CNMC tiene un gran impacto en materia de obturación de conductos y de subconductación.

Se alega que de las acciones que se han realizado para tender o sustituir un cable de fibra óptica en estas infraestructuras se desprende que la solución de la subconductación no presenta fiabilidad frente al paso del tiempo.

4º- La resolución recurrida incurre en la arbitrariedad prohibida en el artículo 9.3 de la Constitución, al imponer la compartición de una infraestructura de Telefónica mediante una técnica específica que limita la utilización de los cables homologados por la normativa técnica.

Se reitera que la resolución recurrida incurre en arbitrariedad al imponer unas medidas técnicas incompatibles con la normativa técnica aplicable. La normativa técnica interna de Telefónica no permite la instalación de los cables propuestos por razones de seguridad técnicas y operativas.

Invoca los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

TERCERO:El Abogado del Estado se opone a los motivos de impugnación, alegando, en síntesis, que en la oferta MARCo se plasma la obligación de Telefónica de dar acceso a toda la infraestructura en su posesión o sobre la que ostente un derecho de uso, sin que sean objeto de exclusión, en ningún apartado de la oferta MARCo (ni en sus anexos), determinadas infraestructuras de Telefónica por su localización o su tipología; todas sus infraestructuras, con independencia de su ubicación, pueden ser objeto de uso por parte de terceros operadores al amparo de la oferta MARCo. Que, si bien, el capítulo NOTECO enumera diversos tipos de conductos que forman parte de su red, esa información es de carácter meramente descriptivo, y no pretende reflejar un inventario exhaustivo.

Que la CNMC ha establecido muy claramente con anterioridad que los operadores pueden realizar el despliegue de tramos no urbanos al amparo de la oferta MARCo; señalando determinadas restricciones a tener en cuenta, al haberse establecido que esa extensión más allá del ámbito urbano incluye zonas próximas al mismo, como polígonos industriales, urbanizaciones o zonas colindantes. En la resolución recurrida se ha constatado que la SUC de Jeyca tiene por objeto unir la población de Alcalá del Río (Sevilla) con su pedanía San Ignacio del Viar. Se trata de dos ubicaciones colindantes, separadas por solamente 3 kms, por lo que cumplirían el citado requisito de proximidad, que constituye una de las situaciones previstas por la CNMC para justificar la extensión del ámbito de uso de la oferta MARCo más allá del urbano.

Que la afirmación de Telefónica acerca del uso de un solo tipo de cable en planta exterior contradice las evidencias presentadas por ese operador en anteriores ocasiones. En la Resolución de la CNMC de 10 de marzo de 2022 se obligó a Telefónica a proporcionar un listado actualizado representativo de los distintos tipos de cables que emplea en sus despliegues de fibra; en dicho listado, que fue incorporado a la herramienta NEON para la provisión del servicio MARCo, puede comprobarse la presencia de varias tipologías de cables, con características físicas distintas; no solamente se encuentra el tipo de cable señalado por Telefónica en su escrito de denuncia (el cable de tipo KP), sino también otros tipos denominados PKP y PKCP. Que no resulta desproporcionado que Telefónica deba homologar una nueva tipología de microcables aptos para ser instalados en las soluciones de subconductación planteadas por la CNMC.

Que, en relación con las prestaciones mecánicas de estos microcables (su resistencia o su dureza), es cierto, tal como afirma Telefónica, que son más bajas que las que presentan otros cables de mucho mayor grosor. Esto es así porque en el proceso de fabricación de los microcables se prescinde de algunos elementos de protección al objeto de reducir en todo lo posible el grosor de los cables; pero esto no disminuye sus prestaciones mecánicas, ya que los microcables están diseñados para instalarse dentro de microductos, que actúan como capa protectora, aportando protección mecánica adicional. Además, para la instalación de este tipo de cables existen técnicas específicas de instalación (técnica de soplado), que garantizan su integridad.

Que, en cuanto a la disponibilidad de espacio en los tritubos, la oferta MARCo especifica que, para que la ocupación de un conducto sea segura, no debe superarse el 50% de su sección transversal. Las agrupaciones de microductos recogidas en la resolución suponen un porcentaje de ocupación, dentro de los ductos de 40 mm de diámetro que forman parte del tritubo, de entre el 25% y el 34%, y, por tanto, se encuentran dentro del margen de seguridad comúnmente empleado por los operadores y del establecido en la oferta MARCo. En la resolución recurrida se proponen diversas alternativas de subconductación que presentan distintas secciones transversales, y se establece que en cada instalación, a la vista de las circunstancias particulares que concurren, podrá adoptarse la solución que resulte más adecuada. Y se establecen mecanismos preventivos adicionales, como la obligación de que Telefónica participe en el replanteo y supervise la instalación del operador. Además, tal como se establece en la oferta MARCo, el operador solicitante es responsable de cualquier daño que sus actuaciones puedan acarrear, y Telefónica tiene el derecho a exigirle las debidas reparaciones. Telefónica no presenta ninguna evidencia de que las soluciones establecidas por la CNMC vulneren la normativa técnica ni las normas de estandarización.

En cuanto a la obligación de que toda instalación de los operadores deba quedar obturada, la resolución recurrida no lo cuestiona, tal como se establece en la oferta MARCo, en su capítulo NOTECO, que recoge claramente la obligación de los operadores de aplicar métodos de obturación en las infraestructuras de Telefónica.

CUARTO:La representación de la codemandada se opone al recurso, alegando que la solución al conflicto resuelta por la CNMC en modo alguno conculca los derechos y capacidades técnicas de Telefónica, ya que como se detalla en la resolución impugnada, la operatividad de los conductos y cableados dispuestos en modo alguno impide o compromete el buen uso por las instalaciones de las que resulta usuaria. Que, como se destaca por la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, la Sentencia dictada por esta misma Sala el pasado 1 de diciembre del 2022, resolvió de modo análogo al supuesto que ahora nos ocupa, la inexistencia de obturación que pudiera justificar la revocación de la solución técnica propuesta por la CNMC.

Que Telefónica en su demanda, omite toda referencia a norma, precepto o jurisprudencia que avale la tesis defendida en relación con el carácter exclusivo y excluyente de los conductos enumerados en el capítulo NOTECO. Por el contrario, el carácter generalista de la oferta MARCo, obliga a Telefónica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, a dar acceso a cuantas infraestructuras de telecomunicaciones mantenga en servicio, en clara promoción de un mercado de las telecomunicaciones competitivamente sostenible. Que la resolución no incurre en infracción en la motivación jurídica y técnica ofrecida.

Que Telefónica supedita la obturación de conductos a la utilización de un solo tipo de cable. Sin embargo, y como expresamente es resuelto por la CNMC, la utilización llegado el caso de microcables de fibra óptica, evitará los taponamientos a los que se hace referencia en la demanda. Que Telefónica posee en la actualidad debidamente homologados diferentes tipos de cable, lo que impide considerar desproporcionada o injusta la propuesta técnica incorporada a la resolución aquí impugnada.

Que la denuncia de arbitrariedad de la resolución parte de un antecedente manifiestamente erróneo; no es procedente identificar el ordenamiento jurídico al que se debe toda Administración, con la "normativa interna de Telefónica". Por el contrario, la coherencia interna y externa de lo resuelto, ofreciendo argumentos de naturaleza jurídica y técnica en orden a compatibilizar los derechos y obligaciones de Telefónica y Jeyca en la promoción de los despliegues de fibra óptica, no son más que la expresión del cumplimiento de los objetivos dispuestos en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones, a los que se debe en sus resoluciones la CNMC.

QUINTO: Antes de entrar en el análisis de los concretos motivos de impugnación de la resolución de la CNMC objeto de este recurso, dados los términos del suplico de la demanda, hemos de precisar que este recurso se limita exclusivamente al juicio de legalidad de la citada resolución, la cual resuelve un concreto conflicto de acceso a infraestructuras MARCo entre Jeyca y Telefónica, en relación con una concreta infraestructura - tramo de tritubo directamente enterrado-; es decir, no se impugna aquí la Oferta MARCo, la Resolución de la CNMC de 6 de octubre de 2021, ni ninguna norma de carácter general.

Por ello, las pretensiones que se deducen en la demanda de que este tribunal declare que *"Telefónica no tiene obligación de compartir, en términos generales, tritubos enterrados por las características propias de este tipo de conducto, o que la CNMC declare que las obligaciones técnicas de subconductación impuestas garantizarán que cumplen con la normativa de prevención de riesgos laborales y que, no ponen en riesgo las infraestructuras ya existentes. Y, para el caso de que no cumplan dichas garantías, se deberá fijar un plazo para resolver tal incumplimiento, facultando, en caso de que no se resuelva, al titular de la infraestructura para ejercitar las acciones que a su derecho correspondan"*, exceden y se apartan de los que es el objeto de este recurso, pretendiendo una declaración genérica sobre las obligaciones de Telefónica de dar acceso a la infraestructura consistente en tritubos enterrados, y que se obligue al regulador a hacer una determinada declaración genérica sobre prevención de "riesgos laborales" y "riesgo de las infraestructuras existentes". Pretensiones que constituye una clara desviación de lo que es objeto de este procedimiento, en el que, como decimo, no se impugna la mencionada resolución de 6 de octubre de 2021 de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor para productos del mercado de masas, ni tampoco la resolución de 29 de marzo de 2022 del mercado de acceso de alta calidad al por mayor facilitado en una ubicación fija, que son las que establecen con carácter general las obligaciones de Telefónica en relación con el acceso a su infraestructura de obra civil.

Los motivos de impugnación invocados en la demanda gravitan, principalmente, sobre la denunciada arbitrariedad de la resolución recurrida, es decir, la arbitrariedad de la CNMC al resolver el conflicto de acceso planteado por Jeyca frente a Telefónica; y ello desde la perspectiva de la Normativa Técnica de la propia entidad recurrente. Sin identificar norma alguna legal o reglamentaria que se infrinja en la resolución de la Comisión.

Una vez más, dada la reiteración por Telefónica de este tipo de alegaciones, hemos de recordar que la CNMC interviene en los conflictos de acceso planteados por los operadores ante Telefónica o viceversa, en ejercicio de sus propias competencias, conforme con lo establecido en los artículos 12.5, 15, 37.6 y 70 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, y en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones acerca del alcance de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamada en el art. 9.3 CE que la recurrente invoca, estableciendo que la arbitrariedad prohibida en el mencionado art. 9.3 CE consiste en la adopción de una medida normativa o en el dictado de una sentencia o resolución que carece de toda justificación, esto es, que es el resultado del puro voluntarismo de quien la emite. Ahora bien, también se extrae de esta misma doctrina constitucional que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos no es incompatible con el margen de apreciación que al poder público se le reconoce en el ámbito de actuación que a cada uno corresponde.

La STS 167/2016, de 6 de octubre, enjuiciando una medida normativa adoptada respecto del sector eléctrico, recuerda el cuidado con el que ha de procederse *"cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad"* y fiscalizarse la adecuación de una medida normativa a este principio, así como que *"no es pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias"* [STC 136/2011, FJ 12 b), con cita de las SSTC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7; 13/2007, de 18 de enero, FJ 4; 49/2008, de 9 de abril, FJ 5, y 90/2009, de 20 de abril, FJ 6]. Todo ello le lleva a concluir que *"no es suficiente la mera discrepancia [política] para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales"* [SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 4 a); 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 5; 239/1992, de 17 de diciembre, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 12, y 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4].

Del mismo modo, al enjuiciar resoluciones judiciales, ha señalado en la STC 30/2017, de 17 de febrero, que *"la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo"* (STC 101/2015, de 25 de mayo, FJ 4)".

En el supuesto enjuiciado, planteado por Jeyca el conflicto frente a Telefónica, como consecuencia del rechazo de una SUC a un tritubo enterrado, al amparo de la oferta MARCo, la Comisión inició y tramitó el oportuno procedimiento, dando trámite de alegaciones a las parte y ha resuelto de forma ampliamente motivada, dando respuesta a las cuestiones planteadas en el conflicto, analizando las características de la infraestructura en cuestión y tomando en consideración, además, anteriores resoluciones de la propia Comisión en las que se establece el marco general de obligaciones de Telefónica en relación con el acceso a sus infraestructuras civiles.

La resolución viene precedida por el Informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, 19 de mayo de 2022, así como de informe de la Sala de Competencia; contiene un cumplido argumentario de los razonamientos que fundamentan el *"resuelve"* resolución; quedando enervado cualquier viso de arbitrariedad en la actuación de la CNMC, pues es evidente que la resolución no adolece de *"falta de justificación razonable y objetiva"*. Cuestión distinta es que tales razonamientos no sean compartidos por Telefónica, pero la disparidad de criterio no justifica la denuncia de arbitrariedad.

SEXTO: Como ya se ha expuesto, se señala en la resolución que el Anexo 3 (obligaciones en relación con el acceso a infraestructura de obra civil) de la Resolución de 6 de octubre de 2021 de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor para productos del mercado de masas, establece que Telefónica deberá atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a sus infraestructuras de obra civil, incluyendo entre otras las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes; que la Resolución de 29 de marzo de 2022 incorpora estas consideraciones en relación con el mercado de acceso de alta calidad al por mayor facilitado en una ubicación fija, y establece las mismas medidas en su Anexo 3. Que, por otra parte, no son objeto de exclusión, en ningún apartado de la oferta MARCo (ni en sus anexos), determinadas infraestructuras de Telefónica por su localización o su tipología; todas sus infraestructuras, con independencia de su ubicación, pueden ser objeto de uso por parte de terceros operadores al amparo de la oferta MARCo; que no se aprecian restricciones específicas en la normativa de referencia que justifiquen que las infraestructuras de tipo tritubo enterrado deban quedar excluidas del ámbito de aplicación de la oferta MARCo.

En cuanto a los tramos interurbanos, se recuerda que la Comisión ya se ha pronunciado sobre el ámbito de aplicación de la oferta MARCo, resolviendo que la referida Oferta no contempla como causa de rechazo de las solicitudes el que las mismas se efectúen para desplegar infraestructuras situadas fuera de las zonas urbanas; matizando las restricciones a tener en cuenta, al haber establecido que dichos despliegues pueden extenderse más allá del ámbito urbano, en particular, a zonas próximas al mismo, como polígonos industriales, urbanizaciones o localidades colindantes. Y, en el presente caso, se trata de unir la población de Alcalá del Río (Sevilla) con su pedanía San Ignacio del Viar, que se encuentran a una distancia de 3 km.

Por lo que respecta a las cuestiones técnicas, en el apartado G, tras rechazar la existencia de restricciones específicas que permitan excluir del ámbito de la oferta MARCo las infraestructuras consistentes en tritubo enterrado y concluir que no existen relevantes restricciones de tipo técnico u operativo, sí se ocupa de establecer prescripciones para la subconductación en uno de los tubos que se encuentre vacante en la SUC objeto del conflicto de acceso -entre las arquetas 58 y 84-, obligando a extremar la cautela para minimizar la posibilidad de que se produzcan roturas o averías. Entre las concretas prescripciones que se establecen, se encuentra la de que Jeyca debe dejar sin ocupar al menos la tercera parte de la capacidad del tubo, para



que pueda ser empleada en futuros trabajos de mantenimiento o reparación de averías (como ROC), y que la instalación por parte de Jeyca podrá ser supervisada por Telefónica.

Procede, en consecuencia, la íntegra desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la parte recurrente. Limitando su importe máximo a 6.000 €, por todos los conceptos, 3000 € para cada una de las partes demandadas-.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 21 de julio de 2022, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos.

Con condena en costas a la recurrente, hasta el límite máximo de 6000 € -3000 € por cada una de las partes demandadas-.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.