

RESOLUCIÓN 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

IRM/DTSA/002/20/OCUPACIONES IRREGULARES

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, 30 de noviembre de 2021

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

Índice

I ANTECEDENTES.....	3
II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES	5
ÚNICO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable	5
III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES	7
PRIMERO.- Objeto del procedimiento.....	7
SEGUNDO.- Sobre la regulación sectorial de telecomunicaciones aplicable al presente procedimiento	9
TERCERO.- Sobre la obligación de todos los operadores de actuar conforme a la regulación de la oferta MARCo.....	10
CUARTO.- Sobre los procedimientos a seguir en caso de que se detecte la ocupación irregular de las infraestructuras civiles sujetas a la oferta MARCo .	12

<i>A. Procedimiento A: aplicable a los operadores identificados que dispongan de un contrato MARCo con Telefónica</i>	13
<i>B. Procedimiento B: aplicable a los operadores identificados que no dispongan de un contrato MARCo con Telefónica.....</i>	20
<i>C. Procedimiento C: procedimiento aplicable sobre operadores que no han podido ser identificados por Telefónica.....</i>	22
QUINTO.- Sobre los criterios para la regularización de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras MARCo.....	25
SEXTO.- Sobre la consideración de Telefónica de las infraestructuras no “regularizables”.....	29
SÉPTIMO.- En relación con las comunicaciones mensuales que Telefónica propone realizar a esta Comisión sobre los operadores que decidan no seguir los procedimientos establecidos.....	32
OCTAVO.- Sobre las ocupaciones irregulares ya detectadas con anterioridad a la resolución del procedimiento	34
NOVENO.- Cuestiones adicionales sobre la modificación de la oferta MARCo y su contrato-tipo y la fijación de determinados costes asociados a la inspección de las infraestructuras y al desmontaje de los tendidos de red irregular	35
1. Incluir los procedimientos establecidos en la presente Resolución en la oferta MARCo	36
2. Repercutir los costes por desmontaje	38
3. Establecer el precio de las revisiones del desmontaje por parte del operador.....	39
4. Cobrar por las inspecciones para la detección de ocupaciones irregulares tomando en cuenta el precio del replanteo establecido en la oferta MARCo	39
5. Solicitar la retirada de la red si el estudio técnico de cargas determina que es inviable o no hay permiso.....	40
6. Rescindir el contrato MARCo	42
RESUELVE	43
ANEXO 1 Tablas-resumen de los tres procedimientos	45
ANEXO 2: Resumen y consideración sobre las alegaciones adicionales presentadas por los operadores.....	50

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución del procedimiento CFT/DTSA/041/19

En la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 26 de julio de 2019, por la que se puso fin al procedimiento CFT/DTSA/041/19, esta Comisión señaló que iniciaría:

“(...) un procedimiento en el que se analizará la procedencia de obligar a todos los operadores a hacer un uso correcto de la oferta MARCo (procedimientos y herramientas).

El incumplimiento de las obligaciones que se regulen en este procedimiento podrá dar lugar a la adopción de las medidas oportunas -básicamente, imposición de sanciones en el supuesto de que sea procedente, así como la adopción de medidas cautelares, e incluso, la imposición de multas coercitivas, en caso de que el operador en cuestión no regularizara voluntariamente dicha ocupación-.

Asimismo, en dicho procedimiento se determinarán las medidas que deberá adoptar la propia Telefónica ante el conocimiento de una ocupación indebida de sus infraestructuras por un operador y los requisitos que deberá cumplimentar al ponerlo en conocimiento de esta Comisión en un plazo razonable, para intentar solucionar esta situación lo antes posible y reducir los perjuicios que dicha ocupación indebida pueda ocasionar en el mercado y en las infraestructuras de Telefónica, así como en las personas, en caso de que también se esté incumpliendo la normativa PRL”.

SEGUNDO.- Solicitud de Telefónica de aprobación de un procedimiento de actuación ante las ocupaciones irregulares

El 3 de febrero de 2020 Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) presentó ante esta Comisión una propuesta sobre los procedimientos de actuación a aprobar ante las ocupaciones irregulares de sus infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo¹, que está sufriendo.

En líneas generales, Telefónica propuso dos procedimientos a seguir en caso de ocupaciones irregulares de sus infraestructuras civiles, dependiendo de si los operadores disponen de un contrato MARCo en vigor o no.

TERCERO.- Escrito adicional de Telefónica

El 11 de marzo de 2020 Telefónica presentó un nuevo escrito en el que puso en conocimiento de esta Comisión un supuesto nuevo, de ocupación irregular de sus infraestructuras físicas por operadores no identificados, detectado el 18 de noviembre de 2019.

¹ Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de Telefónica.

CUARTO.- Comunicación de incorporación del nuevo escrito de Telefónica en el expediente

Mediante notificación de 1 de abril de 2020, se comunicó a Telefónica que su escrito de 11 de marzo de 2020 sería analizado junto con las otras dos solicitudes presentadas por escrito de 3 de febrero de este mismo año, en el marco del procedimiento administrativo correspondiente.

QUINTO.- Declaración de confidencialidad

El 21 de octubre de 2020 se declaró la confidencialidad de algunos de los datos aportados por Telefónica en sus escritos de 3 de febrero y 11 de marzo de 2020.

SEXTO.- Accesos al expediente

El 20 de octubre y 26 de noviembre de 2020 Telefónica solicitó tener acceso al expediente de referencia y obtener copias de los documentos contenidos en el mismo. Mediante sendos escritos de 27 de octubre y 15 de diciembre de 2020 esta Comisión informó a Telefónica de los documentos obrantes en el expediente, dándole traslado de una copia de estos.

SÉPTIMO.- Acuerdo de inicio y trámite de audiencia

El 7 de abril de 2021, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se comunicó a todos los posibles interesados en el presente procedimiento el acuerdo de inicio. Asimismo, se notificó a estos operadores el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el plazo de 15 días, a contar desde el día siguiente a la publicación del citado acuerdo en el Boletín Oficial del Estado (BOE)², para que pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes sobre la propuesta adjunta al oficio.

Entre el 14 de abril y el 7 de junio de 2021 varios operadores y asociaciones de operadores han presentado sus escritos de alegaciones sobre los aspectos tratados en el informe de la DTSA (Comunidad de Bienes José Manuel Rayo Moreno, C.B -José Manuel Rayo Moreno-, Adamo Telecom Iberia, S.A.U. -Adamo-, Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones -ASTEL-, Iguana Comunicacions, S.L. -Iguana-, Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A.³ -Axent-, Euskaltel, S.A. -

² Este acuerdo se publicó en el BOE de 13 de abril de 2021 (BOE núm.88, Supl. N. Pág.1) https://www.boe.es/boe_n/dias/2021/04/13/index.php?l=N.

³ El 21 de abril de 2021 Axent solicitó a esta Comisión una ampliación del plazo para presentar su escrito de alegaciones, lo que se le denegó mediante acuerdo de la DTSA de 23 de abril de 2021. Asimismo, ese mismo día Axent también solicitó tener acceso al expediente. Mediante

Euskaltel-, Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet -AOTEC-, Soluciones Corporativas IP, S.L. -Soluciones Corporativas-, Asociación de Operadores de Telecomunicaciones Locales de Andalucía -ACUTEL-, Closeness, S.L. -Closeness-, Telefónica de España, S.A.U. -Telefónica- y Luxunit Group, S.L. -Luxunit-).

OCTAVO.- Declaraciones de confidencialidad

El 13 de septiembre de 2021 se declaró la confidencialidad de algunos datos aportados en los escritos de alegaciones de los operadores Closeness y Soluciones Corporativas.

NOVENO.- 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 (Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

A los anteriores Antecedentes de Hecho son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

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

La competencia de la CNMC para instruir y resolver este procedimiento resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. En este sentido, el artículo 6 de la LCNMC, señala que este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, correspondiéndole a estos efectos “*resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley*” y “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[4], y su normativa de desarrollo*”.

En este sentido, tal como se prevé en los artículos 12.5 y 70.2.g) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), la CNMC tiene competencias para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación

acuerdo de 28 de abril de 2021 se dio traslado a Axent de una copia de todos los documentos incorporados hasta el momento en el procedimiento.

⁴ En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

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. Esta competencia es sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse en relación con las empresas que tengan un poder significativo en el mercado (PSM), de acuerdo con lo previsto en los artículos 14 y 70.2.c) de la LGTel.

En ejercicio de su función de definición y análisis de los mercados, la CNMC aprobó, con fecha 24 de febrero de 2016, la Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de Telefónica como operador con poder significativo de mercado (PSM) y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (BEREC⁵) -en adelante, Resolución de los mercados de banda ancha-.

Entre las obligaciones impuestas, se encuentran las siguientes: (i) obligación de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil, a precios regulados en función de los costes (ii) obligación de transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil y, (iii) obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil. En concreto, las obligaciones de transparencia y no discriminación se concretaban en la obligación de presentar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a sus infraestructuras de obra civil (Oferta MARCo).

Por Resolución de la CNMC de 6 de octubre de 2021, se ha aprobado la nueva regulación de los mercados de banda ancha, manteniéndose las anteriores obligaciones⁶.

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

⁵ Por sus siglas en inglés.

⁶ Resolución por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas, la designación del operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas -Mercados 1 y 3b- (expediente ANME/DTSA/002/20).

Por otra parte, el artículo 14.4 de la LGTel establece que cuando la CNMC imponga obligaciones específicas a un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas para que facilite acceso, podrá establecer determinadas condiciones técnicas u operativas al citado operador o a los beneficiarios de dicho acceso siempre que ello sea necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red.

Por consiguiente, de conformidad con los preceptos citados y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud del artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

Desde la aprobación de la primera oferta de referencia MARCo de Telefónica, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 19 de noviembre de 2009 (MTZ 2009/1223), tanto dicho organismo como la CNMC han tenido conocimiento de la práctica irregular de algunos operadores consistente en ocupar sin autorización las infraestructuras civiles de Telefónica, siendo este tipo de conductas cada vez más recurrentes en los últimos años⁷.

El objeto del presente procedimiento es analizar la problemática apuntada y establecer los mecanismos apropiados para que Telefónica pueda resolver dichas situaciones en coordinación con los operadores que realizan dichas prácticas irregulares, ya sea a través de la MARCo o al margen de la oferta de referencia conforme se establece en esta Resolución, en aquellos casos en que los operadores no hacen uso de los procedimientos aprobados.

⁷ Sirvan de ejemplos los expedientes: (i) conflicto de compartición entre Telefónica y Euskaltel concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial del País Vasco (RO 2007/46), (ii) conflicto de compartición presentado por Telefónica frente a Lebrija TV por la ocupación de infraestructuras situadas en el municipio de Lebrija (RO 2011/2355), (iii) conflicto presentado por Telefónica frente a Canal Don Benito por la ocupación de infraestructuras situadas en el municipio de Don Benito (RO 2012/2109), (iv) conflicto de acceso a infraestructuras interpuesto por Dragonet, Closeness y Riotelecom contra Avatel (CFT/DTSA/041/18), por la ocupación irregular de diversos elementos de la oferta MARCo localizados en la provincia de Alicante, (v) conflicto de acceso MARCo entre Iguana Comunicaciones, S.L. y Telefónica, en las localidades de Igualada y Masquefa (CFT/DTSA/003/18), (vi) procedimiento relativo a la solicitud de Televisión Costa Blanca sobre que Telefónica inspeccione la ocupación de sus infraestructuras civiles del municipio de Torreveja (IRM/DTSA/002/19), y (vii) denuncia presentada por el Grupo Empresarial Peluche contra Telefónica y Telecolor-Cox por la ocupación indebida de infraestructuras en las provincias de Alicante y Murcia (IFP/DTSA/030/19).

Para ello, se han analizado las dos propuestas presentadas por Telefónica frente a este organismo, en las que solicita (i) la aprobación de varios procedimientos orientados a obligar a los operadores a regularizar las ocupaciones irregulares o a desinstalar sus redes de los elementos ocupados sin la oportuna autorización, y (ii) la modificación de algunas cláusulas del contrato-tipo de la oferta MARCo.

Asimismo, se han tomado en cuenta las alegaciones presentadas en trámite de audiencia, sobre los procedimientos propuestos por la DTSA en su informe, tanto por los operadores alternativos y las asociaciones de las que forman parte, como por Telefónica, que plantea ciertas cuestiones adicionales, relativas a la fijación de ciertos costes asociados a la inspección de las infraestructuras y el desmontaje de la red del operador.

Para la correcta delimitación del objeto de este procedimiento y con el objetivo de armonizar los conceptos utilizados hasta el momento para denominar las distintas ocupaciones conflictivas de las infraestructuras físicas de Telefónica, ha de precisarse que el concepto de “*ocupación irregular*” -también denominada en algún momento como ocupación indebida- hace referencia en esta resolución a los despliegues de los operadores sobre las infraestructuras MARCo de Telefónica sin solicitar su acceso en NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales)⁸ o sin seguir alguno de los procedimientos establecidos en la oferta de referencia, con independencia de si disponen o no de un contrato con esta operadora -esto es, actuando al margen de la regulación aprobada por esta Comisión-.

En cambio, no son objeto de análisis en el presente expediente las situaciones relativas a los tendidos que realizan los operadores que disponen de un contrato MARCo con Telefónica, que solicitan correctamente el acceso a sus infraestructuras a través del portal NEON y siguen todos los procedimientos establecidos en la oferta de referencia para la validación de sus solicitudes, pero que, a juicio de Telefónica, podrían haberse efectuado fuera de los límites que permite esta oferta. Nos referimos por ejemplo a tendidos de tramos troncales o de redes de cobre a través de la MARCo o a tramos de red que se han podido desplegar de modo incorrecto (ej. tendidos en postes sin respetar el estudio de cargas y refuerzos realizados durante el replanteo conjunto, o, en general, tendidos que incumplan las previsiones técnicas de la oferta).

Resulta más proporcional y oportuno evaluar este segundo tipo de ocupaciones o controversias con Telefónica de forma individual en sede de conflicto, teniendo en cuenta las modificaciones que se van implementando en las medidas aprobadas a través de la regulación de los mercados de banda ancha -incluida la oferta MARCo-.

⁸ 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.

SEGUNDO.- Sobre la regulación sectorial de telecomunicaciones aplicable al presente procedimiento

El 24 de febrero de 2016 esta Comisión aprobó la Resolución de los mercados de banda ancha⁹, previamente citada, estableciendo determinadas obligaciones para Telefónica. Por Resolución de la CNMC de 6 de octubre de 2021, se ha aprobado la nueva regulación de los mercados de banda ancha, manteniéndose las anteriores obligaciones.

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, incluyendo en particular el servicio de conexión mediante fibra oscura, en caso de falta de disponibilidad de infraestructuras para su compartición en un determinado trayecto.

Asimismo, Telefónica tiene impuesta una obligación de transparencia, consistente 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), 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.

Pues bien, en virtud de lo dispuesto en la actual oferta MARCo de Telefónica, esta operadora está obligada a poner a disposición de los operadores alternativos, que desplieguen redes de fibra óptica o cable coaxial (redes de nueva generación o NGA¹⁰) en el ámbito territorial definido en dicha Resolución, los diferentes tipos de conductos, registros¹¹, postes e infraestructuras de acceso a centrales cuyo uso gestione o sean de su titularidad -ya estén sitios en dominio público o privado-, indicando sus limitaciones de uso, la reserva de espacio que se debe dejar para su mantenimiento, sus posibles ampliaciones y las normas de actuación cuando hay escasez de espacio en las infraestructuras que le soliciten.

Para la gestión de esta obligación, Telefónica ha de proporcionar a través del sistema informático ESCAPEX¹² información relativa a las infraestructuras de obra civil, con independencia del tipo de central a la que pertenezcan, incluyendo entre otros aspectos información sobre las características técnicas y físicas de la infraestructura, así como sobre el espacio disponible en sus canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos o cualquier otra instalación relevante, de

⁹ Expediente ANME/DTSA/2154/14

¹⁰ Next Generation Access

¹¹ Cámaras y arquetas

¹² Sistema informático desde el que se accede al servicio de información de infraestructuras físicas de Telefónica.

conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del Procedimiento de Gestión de la oferta MARCo.

Esta información debe mantenerse actualizada sin necesidad de que los operadores lo soliciten. En cualquier caso, cuando un operador constata defectos o carencias en la información suministrada por Telefónica en relación con dichas infraestructuras, puede requerir a Telefónica su subsanación en un plazo no superior a un (1) mes, tal y como establece el apartado 4, referente al Servicio de información de infraestructuras, del documento dedicado al Procedimiento de Gestión, incluido en la oferta MARCo.

Para el adecuado cumplimiento de esta obligación, los operadores que pretendan acceder a las infraestructuras reguladas para el despliegue de sus redes NGA han de acogerse a la oferta MARCo de Telefónica, mediante la firma del correspondiente contrato, ajustarse a los procedimientos regulados y formular sus solicitudes a través del portal NEON, de modo que este operador pueda gestionarlas y así tener controlada la información que proporciona a través del sistema ESCAPEX¹³.

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 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.

TERCERO.- Sobre la obligación de todos los operadores de actuar conforme a la regulación de la oferta MARCo

Como ya se ha expuesto en el Fundamento Jurídico Material Primero, esta Comisión ha podido comprobar que, de forma cada vez más extendida, algunos operadores están realizando prácticas irregulares consistentes en utilizar las infraestructuras civiles de Telefónica para desplegar sus redes NGA, sin solicitar la autorización de este operador a través del portal NEON. Ello impide a Telefónica tener el debido conocimiento del uso que se hace de sus infraestructuras de obra civil, para así mantener su buen estado de conservación y garantizar la debida calidad de servicio, como se ha señalado en el anterior fundamento.

¹³ 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).

Además, cabe tener en cuenta que dichas situaciones suponen el impago de los precios establecidos por este organismo en la oferta MARCo por la ocupación de dichas infraestructuras. Tales precios no tienen por objeto proporcionar a Telefónica un beneficio económico por el alquiler de sus infraestructuras, ya que están orientados a los costes de producción, pero sí compensarle por los costes que le genera el mantenimiento de las infraestructuras existentes o la construcción de otras nuevas.

Por otro lado, el uso correcto de las infraestructuras civiles sujetas a la oferta MARCo y el correspondiente pago por ello, siguiendo los procedimientos y precios regulados en dicha oferta, es de significativa importancia, ya que se trata de una medida que tiene por objeto incentivar la competencia efectiva en el mercado en igualdad de condiciones entre los operadores, evitando la generación de ventajas competitivas de cualquier tipo.

Sin embargo, el actuar al margen de lo dispuesto en la oferta MARCo produce el efecto contrario. Los operadores que realizan este tipo de actuaciones irregulares podrían obtener una ventaja competitiva respecto del resto de operadores, que respetan lo dispuesto en dicha oferta, al ahorrarse los costes que genera dicha ocupación, tanto recurrentes (cuotas mensuales) como no recurrentes (p.ej. por la tramitación y validación de solicitudes, la realización de replanteos conjuntos, los trabajos de sustitución o refuerzo de postes). Además, con dicha actuación se adquiere una ventaja “temporal” frente a otros operadores, derivada de la ocupación de la infraestructura sin esperar la debida autorización -que tiene un plazo determinado-.

Por último, este tipo de actuaciones pueden poner en peligro la seguridad de las personas, por los posibles incumplimientos que se pudieran cometer de las normas de Prevención de Riesgos Laborales (PRL) u otras normas técnicas asociadas a los despliegues de redes. Esto ocurriría, por ejemplo, con las instalaciones en postes de Telefónica que han de venir precedidas de los oportunos estudios técnicos de cargas, que determinen que se pueden soportar las tensiones ocasionadas por los cables y que, por tanto, no se sufren roturas o caídas.

En consecuencia, dada la relevancia que tiene el estricto cumplimiento de la regulación aprobada por esta Comisión, aplicable a Telefónica, en calidad de PSM, materializada en este caso en la oferta MARCo, a través de la presente resolución **se precisa la siguiente obligación específica:**

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

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 76.12¹⁴ y 77.27¹⁵ de la LGTel, sin perjuicio de otras infracciones que puedan derivarse por el incumplimiento de los requisitos y obligaciones impuestas en la normativa sectorial, de conformidad con lo establecido en la LGTel¹⁶.

La anterior obligación ha de entenderse, como no puede ser de otra forma, con independencia de la valoración de la conducta que haya podido adoptar Telefónica durante la tramitación de las solicitudes. Así, la existencia de indicios de un presunto incumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución, en la oferta MARCo o de alguna de las obligaciones regulatorias que tiene impuesta esta operadora (ej. obligación de no discriminación), podrá suponer también en su caso la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica.

CUARTO.- Sobre los procedimientos a seguir en caso de que se detecte la ocupación irregular de las infraestructuras civiles sujetas a la oferta MARCo

Telefónica indicó en su escrito de propuesta inicial, de 3 de febrero de 2020, que, cuando detecte una ocupación irregular de sus infraestructuras, tratará de averiguar quién es el operador responsable, *“obteniendo pruebas que le vinculen con la ocupación efectuada, por ejemplo, la rotulación de las fibras o cajas de empalme con el logotipo del operador, unidos al hecho de que el operador ofrezca servicios en esa localidad”*.

Una vez detectada la ocupación y documentada, Telefónica proponía una serie de acciones encaminadas a resolver la ocupación irregular de sus infraestructuras. Estas acciones dependerían de si el operador hubiera sido identificado y de si disponía de un acuerdo MARCo firmado con ella o no.

Asimismo, en su escrito de 11 de marzo de 2020, Telefónica propuso a esta Comisión que le autorizase a levantar los tendidos irregulares que desplieguen los operadores que no puedan ser identificados.

¹⁴ *“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.”*

¹⁵ *“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.”*

¹⁶ Como por ejemplo no comunicar el inicio de la actividad a esta Comisión y, por tanto, no constar inscrito en el Registro de operadores o incumplir cualquier otro requisito o condicionante exigible para la explotación de las redes y prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

En el informe de la DTSA sometido a trámite de audiencia se presentaron las conclusiones alcanzadas sobre el análisis de los tres procedimientos planteados por Telefónica, según la situación en la que se encontrara el operador irregular (con o sin contrato MARCo y no identificado), así como del resto de cuestiones propuestas por dicha operadora en su primera solicitud de 3 de febrero de 2020, principalmente, sobre la regularización o no de algunos despliegues indebidos realizados por sus infraestructuras reguladas.

En la presente Resolución se han revisado algunos de los puntos tratados en los tres procedimientos propuestos en trámite de audiencia, así como algunas de conclusiones alcanzadas en el informe de la DTSA, tras analizar las alegaciones presentadas tanto por Telefónica como por los citados operadores alternativos y las asociaciones de las que forman parte.

Los procedimientos que se aprueban en virtud de esta Resolución se muestran de forma sumaria en las tablas incluidas en el Anexo 1, para facilitar el conocimiento y ejecución de los procedimientos a seguir en cada situación.

A. Procedimiento A: aplicable a los operadores identificados que dispongan de un contrato MARCo con Telefónica

Telefónica alega que, una vez tenga conocimiento de la ocupación irregular, “(...) grabará la incidencia en NEON, que es el canal oficial de comunicación con los operadores establecido en el servicio MARCo (...)”.

Telefónica hace referencia a la incidencia de mantenimiento regulada en el apartado 9.3.2 del Procedimiento de Gestión de la oferta MARCo, que esta operadora tramita en caso de que detecte un incumplimiento del PRL, defectos de obra o averías provocadas por el operador que accede a sus infraestructuras (en la obra civil y cables), o bien una ocupación irregular de dichas infraestructuras.

En la grabación de esta incidencia, Telefónica propone informar de los siguientes datos (que son los contenidos en el apartado 9.3.2 indicado):

- Operador que ha causado la incidencia.
- Teléfono del Operador (puesto que no se ha modificado el nombre del campo en NEON, se va a utilizar para distinguir que la incidencia la ha abierto Telefónica, y se rellenará con todo "ceros").
- Nombre de contacto del Operador (por el mismo motivo se rellenará con la palabra "Telefónica").
- Apellido de contacto del Operador (por el mismo motivo se rellenará con la palabra "Telefónica").
- Provincia.
- Central (código MIGA).
- Registros en incidencia marcados.
- Observaciones (máximo 200 caracteres).
- Fichero de texto (opcional) para incluir explicaciones adicionales.
- Fichero con Fotos (opcional).
- Inicio y Fin Parada de reloj (si hay parada).
- Fichero de permisos (opcional).

En el campo "Observaciones" de la incidencia, Telefónica propone incluir *"un mensaje con los datos relativos a la ocupación en el que se informe que el operador debe actuar según figure en la resolución de CNMC sobre ocupaciones indebidas y, si no lo hace, Telefónica podrá desmontar la instalación en el plazo de dos meses y se añadirá cualquier información adicional"*. Además, esta operadora manifiesta que en un anexo "opcional" podría adjuntar la documentación sobre la ocupación.

Una vez grabada la incidencia en NEON, Telefónica indica que el operador recibiría automáticamente un mensaje por correo electrónico, que contendría todos los datos tanto de la incidencia como de los registros ocupados.

Telefónica propone otorgar a los operadores con contrato MARCo un plazo de dos (2) meses para resolver las incidencias abiertas en NEON, es decir, para regularizar las ocupaciones (pagando las cuotas debidas) o desmontar las instalaciones realizadas y, en caso de que el operador no cumpliera lo indicado en el citado plazo, que se permita a Telefónica desmontar las instalaciones realizadas por el operador de manera irregular.

El fin que persigue Telefónica con el procedimiento propuesto en esta situación es el de regularizar la ocupación irregular o restituir el estado de las infraestructuras civiles reguladas, mediante la desinstalación de los tendidos, lo antes posible.

Sin embargo, esta Comisión considera que, en aras de proteger a los usuarios finales que reciben servicios de comunicaciones electrónicas a través de las redes desplegadas de forma irregular por su operador, en el diseño de este procedimiento A (y en el del siguiente -B-) se ha de dar una mayor oportunidad a la regularización de los despliegues irregulares, previamente a la restitución de las infraestructuras civiles al estado anterior de la ocupación irregular, siempre que ello sea posible.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquier operador que ocupe irregularmente las infraestructuras MARCo estaría incumpliendo la obligación establecida en esta Resolución, tenga o no intención de regularizar sus ocupaciones.

Dicha regularización deberá desarrollarse de forma coordinada entre Telefónica y el operador que ha realizado la ocupación de forma indebida, mediante la adopción de acuerdos negociados de buena fe por ambas partes.

Con este objetivo, en primer lugar, cabe recordar que en el listado sobre la información que, con carácter general, deben contener las comunicaciones de incidencias en mantenimiento que se graben en NEON a través de GGCAN¹⁷, la aportación de este tipo de documentación acreditativa (ficheros de texto y de fotos) es opcional¹⁸.

Sin embargo, esta Comisión entiende que, para la problemática que nos ocupa, esta información es necesaria para que los operadores dispongan de toda la información sobre los hechos que Telefónica les atribuye (y puedan mostrar su disconformidad con la incidencia abierta) y así evitar posibles conflictos al respecto.

Por ello, se considera que Telefónica deberá recabar alguna prueba documental, como ficheros de texto que expliquen con mayor precisión y detalle los hechos descubiertos por sus técnicos y fotografías de los elementos de obra civil que le consten ocupados irregularmente por el operador, así como cualquier otro tipo de acreditación que considere oportuna.

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

En segundo lugar, esta Comisión considera proporcionado que, a falta de indicación de un plazo en la oferta MARCo, Telefónica deberá dejar al operador afectado quince (15) días¹⁹, a contar a partir del día siguiente a la comunicación de la incidencia de ocupación irregular, para garantizar que este pueda comprobar los hechos que Telefónica le atribuye y valorar si le interesa regularizar sus despliegues teniendo en cuenta los costes que ello le conlleve, conforme a los criterios y requisitos establecidos en esta Resolución

¹⁷ Grupo especializado de Operaciones en la gestión de MARCo

¹⁸ Ver apartado 9.2 del procedimiento de Gestión de la oferta MARCo.

¹⁹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la LPAC, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos.

(Fundamentos Jurídicos Materiales Quinto y Sexto) o desinstalar los tendidos por el mismo.

En consecuencia, a continuación, se muestran los pasos **que Telefónica y el operador con contrato MARCo deberán seguir en el procedimiento A:**

1. Comunicación de Telefónica al operador de la incidencia por ocupación irregular a través de NEON

Telefónica deberá abrir una incidencia de mantenimiento del tipo “ocupación irregular”, grabándola en GGCAN, que enviará al operador titular de la red, haciendo figurar en el apartado de “Observaciones” el mensaje siguiente:

“Detectada ocupación irregular en los registros indicados. Dispone de 15 días para contestar esta incidencia (Resolución de la CNMC de 30 de noviembre de 2021)”.

A dicha incidencia, Telefónica deberá adjuntar la información disponible al respecto, sobre las pruebas acreditativas de la ocupación irregular.

Además, Telefónica deberá asignar un código a las incidencias que abra por ocupación irregular, con el que identificará a cada operador a partir de ese momento, cuando envíe documentación a esta Comisión relativa a sus presuntas ocupaciones irregulares, conforme se indica más adelante.

2. Posible contestación del operador a la incidencia

Tras la comunicación de la incidencia por NEON, podrán darse las situaciones siguientes en el plazo indicado de 15 días, en virtud de la reacción del operador afectado:

- (i) Muestra su disconformidad con la incidencia, alegando que no se encuentra en situación irregular y lo acredita.
- (ii) Muestra su disconformidad con la incidencia alegando que no se encuentra en situación irregular, pero no aporta prueba en contrario que lo acredite.
- (iii) Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta regularizarlos.
- (iv) Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta desinstalarlos, lo que podrá hacer personalmente o bien solicitándoselo a Telefónica.
- (v) Señala que los tendidos no son de su propiedad.
- (vi) No responde en el plazo de 15 días desde que le llegó el mensaje de Telefónica sobre la incidencia en mantenimiento por ocupación irregular.

En relación con los supuestos (i), (ii) y (v), cabe precisar lo siguiente, antes de seguir con la siguiente fase del procedimiento, habiéndose tenido en cuenta las alegaciones presentadas en trámite de audiencia:

- Situación (i) y (ii)

En caso de que el operador responda en el sentido indicado como situación (i) - *Muestra su disconformidad con la incidencia*-, alegando que no se encuentra en situación irregular, para acreditarlo, el operador deberá aportar, al menos, una copia de la autorización o derecho de uso otorgado por la entidad supuestamente titular de la infraestructura. En este caso, Telefónica deberá revisar la información sobre la ocupación irregular por si se tratara de un error.

En el supuesto de que Telefónica siguiera manteniendo que el operador al que ha comunicado la incidencia se encuentra en situación irregular, no podrá continuar con el procedimiento A. Cualquiera de los dos operadores podrá plantear un conflicto ante la CNMC, quien resolverá sobre la ocupación correcta o indebida de las infraestructuras MARCo y el procedimiento de regularización en su caso.

No obstante, si el operador disconforme con la incidencia comunicada por Telefónica no acreditara, por algún medio como los citados, que ha ocupado las infraestructuras correctamente -situación (ii)-, Telefónica estará autorizada a seguir el procedimiento A que se establece en este apartado.

Si los operadores disconformes -situación (ii)- intentaran justificar su ocupación irregular argumentando cuestiones distintas a las relacionadas con su instalación (como el posible incumplimiento por parte de Telefónica de su oferta MARCo en materia de plazos, precios o elaboración de proyectos técnicos, etc.), no se tendrá por justificada la ocupación irregular y Telefónica podrá seguir el procedimiento A. El operador alternativo siempre puede comunicar este tipo de prácticas a esta Comisión, a efectos de supervisar la conducta de Telefónica, antes de decidir ocupar irregularmente las infraestructuras sujetas a la oferta MARCo.

Se recuerda a los operadores que cualquier ocupación irregular de las infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo que se realice tras la aprobación y notificación de esta Resolución, supondría el incumplimiento de esta, tal y como se ha indicado en el anterior Fundamento Jurídico Material.

- Situación (v)

En el supuesto de que el operador respondiera en el sentido (v) anterior -*Señala que los tendidos no son de su propiedad*-, y Telefónica no pudiera identificar al propietario de los despliegues realizados de forma irregular en sus infraestructuras MARCo y dirigir a este la incidencia, Telefónica deberá seguir el

procedimiento C regulado en la presente resolución, aplicable a los casos en los que el operador que haya realizado la ocupación irregular sea desconocido.

3. Primera remisión de información a la CNMC sobre la ocupación irregular por parte de Telefónica

Esta Comisión ha de poder supervisar el cumplimiento de este procedimiento, por lo que Telefónica deberá aportar a la CNMC toda la documentación relativa a la ocupación irregular de que disponga del operador (identificado por el código de la incidencia), según la situación en la que se encuentre. Esta información deberá remitirse en el plazo de un mes, a contar a partir del día siguiente al de la comunicación de la incidencia de ocupación irregular al operador.

En esta comunicación a la CNMC, Telefónica deberá aportar los ficheros de texto y las fotografías de los registros y postes de la ocupación irregular detectada, incluidos en la incidencia comunicada al operador, así como la copia de todas las comunicaciones mantenidas con este por cualquier medio (NEON, correo electrónico, burofax, etc.).

4. Envío de burofax al operador sobre el desmontaje de los tendidos

En los supuestos de los operadores (ii), (iv) y (vi) *-Muestra su disconformidad con la incidencia alegando que no se encuentra en situación irregular, pero no aporta prueba en contrario que lo acredite; Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta desinstalarlos o No responde en el plazo de 15 días-*, esta Comisión considera que está justificado que Telefónica proceda al desmontaje de los tendidos.

En esos supuestos, Telefónica podrá enviar un burofax al operador implicado, indicándole que **dispone de un plazo de dos (2) meses**, a contar desde el día siguiente al de su notificación **para desinstalar sus tendidos irregulares, e informar a Telefónica y a la CNMC** de todas las infraestructuras ocupadas, de su localización y de la fecha de su ocupación.

Telefónica deberá remitir a esta Comisión una copia de los burofaxes que envíe a los operadores y las posibles contestaciones de estos.

Tras el envío del citado burofax, los operadores que se encuentren en las situaciones (ii) o (vi) tendrán la oportunidad de reconocer la irregularidad en su ocupación y aceptar regularizarla -es decir, decidir pasar a la situación (iii), comunicándose a Telefónica y a esta Comisión en el plazo de 10 días desde que recibieron el citado burofax.

El referido plazo de dos meses se entiende suficiente y proporcionado para que los operadores puedan garantizar el cumplimiento de su obligación de comunicar la interrupción de los servicios que presten a los usuarios que dependan de dichos tendidos (modificación contractual) con, al menos, un (1) mes de

antelación, incluso si estos están diseminados en zonas rurales o remotas, tal y como dispone el artículo 9.3 de la Carta de derechos del usuario de comunicaciones electrónicas, aprobada por el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo (Carta de derechos del usuario).

Los operadores deberán permitir a estos usuarios que puedan ejercer su derecho a resolver anticipadamente los contratos sin penalización alguna y a cambiar de operador (con conservación de la numeración) antes de que se les corte el servicio y puedan perder sus números telefónicos (en su caso).

Al día siguiente a la desinstalación de sus tendidos irregulares, el operador deberá comunicar este hecho a Telefónica mediante burofax, y a la CNMC por sede electrónica.

5. Desmontaje de los tendidos irregulares por Telefónica

Si pasado el plazo de dos meses regulado en el apartado anterior, Telefónica comprobara que el operador no ha desinstalado sus tendidos, en línea con lo establecido en la cláusula 17 del contrato-tipo, relativa a la “Baja del Servicio”, Telefónica podrá levantar dichos tendidos irregulares y repercutir al operador alternativo los costes que procedan, conforme se establece en esta Resolución posteriormente, comunicándolo al día siguiente a la CNMC y al operador (a este último, mediante burofax).

En el burofax al operador, Telefónica deberá informarle de la repercusión de los costes que le haya conllevado levantar sus tendidos de las infraestructuras MARCo, según lo dispuesto en el Fundamento Jurídico Material Noveno, y de la fecha y lugar en la que puede ir a recoger sus redes y el resto de los elementos asociados retirados. Este burofax deberá ser también remitido a la CNMC en la anterior comunicación.

6. Regularización de los tendidos irregulares mediante acuerdo

Finalmente, cuando el operador acceda a la regularización de los tendidos desplegados irregularmente -supuesto (iii) (*Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta regularizarlos*), o supuestos (ii) y (vi) (*Muestra su disconformidad con la incidencia, pero no acredita que su ocupación es correcta y No contesta a la incidencia en el plazo de 15 días*), pese a lo cual decide regularizar bajo la situación (iii)-, Telefónica y el operador **deberán negociar de buena fe y llegar a un acuerdo sobre dicha regularización en un plazo máximo de cuatro meses²⁰ o en el que alternativamente hubieran fijado ambos operadores.**

²⁰ Dada la complejidad que puede suponer alcanzar estos acuerdos y por analogía con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que regula un plazo de cuatro meses para formalizar los acuerdos de interconexión.

En caso de que ambos operadores llegasen a un acuerdo, al día siguiente de su firma Telefónica deberá remitir dicho acuerdo a la CNMC.

Si no lo consiguieran, Telefónica o el operador irregular podrán solicitar la intervención de este organismo para la resolución de las cuestiones objeto de controversia, en línea con lo dispuesto en el apartado 6.3.5 del Procedimiento de Gestión de la Oferta MARCo.

En tal caso, Telefónica o el operador deberán remitir a la CNMC toda la información de que disponga sobre las negociaciones mantenidas durante la regularización de sus tendidos irregulares.

B. Procedimiento B: aplicable a los operadores identificados que no dispongan de un contrato MARCo con Telefónica

En este supuesto, Telefónica propone enviar un burofax al operador para que, en un plazo de siete días naturales, este conteste bien retirando lo indebidamente instalado, bien solicitando la firma de un contrato MARCo para que, posteriormente, tramite las SUC correspondientes en caso de que la ocupación sea regularizable, con apercibimiento del ejercicio de las acciones judiciales o extrajudiciales pertinentes para el caso de que no proceda como se le indica en el citado burofax.

Según Telefónica, el plazo para adherirse a la oferta MARCo debe ser de un mes y los plazos anteriores comenzarían a computarse en el momento en que esta operadora envíe el burofax.

Además, Telefónica considera que el contrato firmado deberá serle enviado por el operador en el plazo de un mes, tras su envío por ella para su firma. Una vez formalizado el contrato, el operador deberá regularizar la instalación realizada irregularmente en el plazo de dos meses desde que se le provean las claves de acceso al portal NEON.

Al igual que se ha realizado en el procedimiento anterior, y con el mismo objetivo de permitir la regularización de las ocupaciones cuando sea posible -con anterioridad a la desinstalación de los tendidos-, las actuaciones concretas que Telefónica y los operadores sin contrato MARCo deberán realizar en este **procedimiento B** serán las siguientes:

1. Comunicación de Telefónica de la incidencia por ocupación irregular a través de un burofax

Una vez que Telefónica detecte las ocupaciones irregulares realizadas por un operador con el que no tiene suscrito el correspondiente contrato MARCo, deberá enviarle un burofax, informándole de la existencia de la ocupación

irregular, aportándole las explicaciones necesarias y las fotos que lo justifiquen²¹ y otorgándole un plazo de 15 días para que responda si opta por desinstalar sus tendidos de las infraestructuras que deben estar sujetas a la oferta MARCo o por adherirse a dicha oferta de referencia, firmando el oportuno contrato en el plazo de un (1) mes desde que le sea enviado y regularizando sus tendidos irregulares, siguiendo los criterios fijados en esta Resolución.

Telefónica deberá asignar un código a cada operador al que envíe el citado burofax, que servirá para identificar el supuesto cuando envíe documentación a esta Comisión, conforme se indica en el punto 3 del procedimiento A.

2. Según posible contestación del operador a la incidencia: Regularización o Desmontaje (pasos 2 a 5 del procedimiento A)

Los operadores podrán responder en alguno de los sentidos indicados en el procedimiento A, por lo que cabe remitirse a lo dispuesto en los puntos 2 a 6 de dicho procedimiento, sobre las actuaciones a seguir en cada caso y las precisiones realizadas en los apartados 2 y 4 sobre las situaciones (i), (ii), (v) y (vi) -*Muestra su disconformidad con la incidencia, alegando que no se encuentra en situación irregular y lo acredita; Muestra su disconformidad con la incidencia alegando que no se encuentra en situación irregular, pero no aporta prueba en contrario que lo acredite; Señala que los tendidos no son de su propiedad o No responde en el plazo de 15 días-*.

Además, se indica que si un operador que, habiendo accedido a la regularización de sus tendidos irregulares -supuesto (iii)²² o supuestos (ii) o (vi), en los que decide pasar a situación (iii)-, no llegara a adherirse a la oferta MARCo y a firmar el contrato con Telefónica en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a que esta operadora le envíe una copia del contrato, o si firmado este contrato no consiguieran ambos operadores pactar la regularización de los tendidos desplegados irregularmente, en el plazo de cuatro meses o en el que fijen alternativamente ambos operadores, cualquiera de ambas partes podrá interponer un conflicto ante este organismo sobre las cuestiones objeto de discrepancia.

En tal caso, Telefónica o el operador deberán remitir a la CNMC toda la información de que disponga sobre las negociaciones mantenidas durante la adhesión a la oferta MARCo y/o la regularización de sus tendidos irregulares.

No obstante, si la falta de adhesión al contrato MARCo enviado por Telefónica en el plazo establecido de un mes se debiera a la falta de contestación del operador irregular, Telefónica deberá realizar las mismas comunicaciones indicadas en el apartado 4 del procedimiento A, sobre la procedencia de

²¹ Al menos, seis fotos de registros o postes, o de todos los elementos ocupados indebidamente si estos fueran menos de seis.

²² Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta regularizarlos en el plazo de 4 meses, o en el plazo que pacte alternativamente con Telefónica.

desinstalar sus despliegues de red, y ambos operadores continuar con el procedimiento descrito en el apartado 5.

C. Procedimiento C: procedimiento aplicable sobre operadores que no han podido ser identificados por Telefónica

Telefónica propone que, en estos casos, la CNMC le ayude a identificar al operador que ha realizado la ocupación irregular, instándole a proceder a la retirada del tendido realizado por los registros cuyo uso no ha sido autorizado.

En este mismo sentido, AOTEC, Iguana y Closeness consideran que esta Comisión debe pronunciarse de forma expresa y hacer uso del servicio de notificaciones electrónicas de su web para comunicar esta incidencia a todos los operadores que figuren en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, para que el operador alternativo pueda manifestarse en los mismos términos que prevé el apartado 2 del procedimiento A.

En este supuesto, el operador que ha desplegado su red sin seguir los procedimientos regulados en la oferta MARCo no es conocido por Telefónica, debido a que no aporta su identificación en los cables, tal y como dispone su oferta de referencia²³.

La propuesta de que este organismo averigüe la identidad de los operadores notificando a los operadores del Registro que gestiona la CNMC es de difícil ejecución para esta Administración y puede no ser eficaz. En primer lugar, teniendo en cuenta solo redes fijas, actualmente existen alrededor de 1.400 operadores inscritos para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas de nueva generación²⁴ y puede que el operador irregular ni siquiera esté inscrito en dicho registro público. Una comunicación generalizada a un número tan elevado de operadores puede generar una confusión innecesaria a algunos de ellos, por el recibo de este tipo de comunicaciones. En segundo lugar, la CNMC solo podría notificar a las direcciones electrónicas a efectos de notificaciones, teniendo Telefónica los contactos por correo electrónico apropiados en el entorno MARCo y otras vías más acotadas o restringidas para contactar con los operadores que pudieran ser los ocupantes, por lo que la propuesta planteada se percibe como un uso ineficiente de los recursos de esta Comisión.

No obstante, este organismo es sensible con los problemas que esta situación concreta genera tanto a Telefónica, que estaría subvencionando al operador irregular el coste de ocupar sus propias infraestructuras, como al resto de operadores, que compiten en el mercado respetando la regulación establecida y

²³ Ver apartados 4.2 y 5 de la Normativa Técnica.

²⁴ Incluidos operadores explotadores de redes de fibra óptica, fibra oscura, cable coaxial, híbridas y soporte de radiodifusión y TV -de las que no siempre se conoce cuáles son redes de nueva generación y cuáles no-.

que pueden ver bloqueada su solicitud como consecuencia de la ocupación irregular realizada por este tipo de operadores no identificados.

Con el fin de desincentivar este tipo de conductas indebidas, tal y como se ha realizado en los anteriores procedimientos, procede regular en detalle los pasos que Telefónica deberá seguir para recuperar el correcto estado de sus infraestructuras y garantizar en la mayor medida posible el derecho de los usuarios afectados por la conducta indebida de su operador a contratar los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por otros operadores conservando su numeración telefónica.

Los **pasos que seguir en el procedimiento C** son los siguientes:

1. Intento de identificación del operador en situación irregular

Telefónica es la titular de las infraestructuras MARCo o tiene derechos de uso sobre ellas. Además, esta operadora está encargada de garantizar el correcto mantenimiento de estas. Por ello, resulta razonable que sea Telefónica quien realice las actuaciones oportunas para intentar identificar al operador en situación irregular, una vez haya detectado la ocupación indebida de sus infraestructuras MARCo.

Con este fin, Telefónica podrá seguir los tendidos de red por si algún tramo estuviera identificado y preguntar al Ayuntamiento del municipio en el que se encuentren las infraestructuras ocupadas, por si algún operador le hubiera comunicado su interés en desplegar redes en su municipio y solicitar los permisos de obra en vía pública próxima o cercana a las infraestructuras ocupadas irregularmente.

Asimismo, Telefónica deberá comunicar de forma masiva tal hecho a todos los operadores a través del buzón de Comunicados de Operadores previsto en el apartado 10 de la oferta MARCo²⁵, indicando:

- (i) los elementos de red ocupados irregularmente que se hayan detectado y la localidad donde se encuentran estos;
- (ii) que, en caso de ser dichos despliegues de algún operador, este lo comunique a Telefónica como máximo dentro del plazo de un mes, y;
- (iii) que, finalizado ese plazo, pondrá esta situación en conocimiento de la CNMC a los efectos de que le autorice a retirar los tendidos de red irregulares.

En caso de que a través de las anteriores vías no fuera posible obtener resultados sobre la identificación del operador irregular, como último recurso Telefónica podrá dirigirse a los usuarios dependientes del tendido del operador para tratar de averiguar quién es el operador que les da servicio.

²⁵ Buzón GGCAN: TE_OPERMARCO (opermarco@telefonica.com)

2. Si se identifica al operador: procedimiento A o B

En el caso de que Telefónica consiga identificar al operador por alguno de estos medios o cualquier otro adicional, esta operadora deberá seguir los procedimientos A o B, según el caso concreto.

3. Si no se consigue identificar al operador: petición de autorización a la CNMC para el desmontaje de los tendidos

Si Telefónica no consiguiera conocer la identidad del operador que ha ocupado irregularmente, podrá solicitar a esta Comisión autorización para el desmontaje de los tendidos irregulares del operador. En dichas solicitudes Telefónica deberá aportar la documentación acreditativa de todas las tareas realizadas para intentar identificar al operador, indicadas en esta Resolución y las que adicionalmente haya podido adoptar, la información concreta sobre la ocupación irregular, las fotografías de al menos seis registros o postes que le consten ocupados irregularmente por el operador, así como cualquier otro medio de prueba que acredite la ocupación irregular de sus elementos de red.

En el informe sometido a trámite de audiencia, se proponía que esta Comisión analizase la solicitud de Telefónica relativa al desmontaje de los tendidos de red desplegados por su infraestructura y demás elementos que el operador no identificado hubiera ocupado irregularmente. Además, se señalaba que, si en el plazo de 15 días este organismo no se hubiera pronunciado al respecto, se entendería que Telefónica estaría autorizada para desmontar los tendidos.

AOTEC, Iguana y Closeness consideran que el citado plazo de 15 días puede ser insuficiente para que esta Comisión se pronuncie y proponen elevar el periodo de análisis a, al menos, un mes. Closeness alega que en determinados momentos este tipo de solicitudes pueden llegar a ser masivas, lo que impediría analizar cada solicitud concreta y dar lugar a situaciones de perjuicios irreparables.

Esta Comisión considera razonable la propuesta de elevar a un mes el plazo para poder analizar las solicitudes que presente Telefónica tras desarrollar las actuaciones que se proponen en este procedimiento, para garantizar un análisis sosegado en todo tipo de situaciones, teniendo en cuenta que se está estableciendo un **sistema de autorización tácita**. Esto es, **tras el transcurso del mes, si la CNMC no se ha pronunciado o ha requerido a Telefónica, este operador podrá desmontar la red afectada**.

No obstante, no se aceptan los motivos alegados por Closeness. La autorización tácita por este organismo no originará perjuicios irreparables al operador irregular, porque esta Comisión supervisará las actuaciones de Telefónica, en cualquier caso. Al contrario, lo que se intenta eliminar con esta medida son los perjuicios que, como se ha indicado antes, provoca la conducta indebida de este tipo de ocupaciones irregulares tanto a Telefónica como al resto de operadores

que compiten en el mercado respetando la regulación vigente. El operador irregular, que no quiere ser identificado, no tiene en cuenta que con esta conducta perjudica a Telefónica, como gestor de infraestructura, ocasiona posibles perjuicios a otros operadores alternativos, sobre los que obtiene una ventaja competitiva temporal y, en última instancia, perjudica enormemente a sus propios usuarios finales, ante los riesgos en los que se encuentran sus redes, instaladas en precario.

Así, en algunos de estos casos es posible que el operador irregular no pueda garantizar la comunicación previa a los usuarios, conforme establece el artículo 9.3 de la Carta de derechos del usuario, antes de que se corten los servicios mayoristas sobre los que se basa su prestación del servicio minorista²⁶.

Para intentar garantizar la prestación de los servicios de telefonía fija y banda ancha a los usuarios que puedan verse afectados por el levantamiento de los tendidos del operador irregular no identificado, a través de un operador que opere correctamente en el mercado y conservando su numeración, el operador irregular deberá garantizar a estos usuarios la guarda de su número durante el plazo de un mes, fuera este portado o no, por si quisieran recuperarlo para tramitar un cambio de operador y recuperar así sus servicios.

Ello se establece en línea con lo establecido para los supuestos de baja voluntaria de la línea en la Resolución de 28 de noviembre de 2019, por la que se modificaron las Especificaciones Técnicas de la Portabilidad Fija²⁷, y lo dispuesto en el artículo 106.3 del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, aprobado por la Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre²⁸.

Por último, en caso de que esta Comisión autorice a Telefónica la desinstalación de los tendidos de red irregulares del operador no identificado, al día siguiente de acometer los trabajos de desmontaje esta operadora deberá comunicar este hecho a la CNMC.

QUINTO.- Sobre los criterios para la regularización de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras MARCo

Como ya se ha indicado, Telefónica y el operador irregular que se acoja a la regularización de sus tendidos de red por las infraestructuras sujetas a la oferta MARCo deberán llegar a un acuerdo en el plazo de cuatro meses o en el que alternativamente fijen de mutuo acuerdo entre ambos operadores.

²⁶ Si no se consigue identificar al operador que ha llevado a cabo la ocupación irregular y no le llega el aviso de desmontaje de Telefónica.

²⁷ https://www.cnmc.es/sites/default/files/2776256_6.pdf

²⁸ “Cuando un usuario final rescinda un contrato con un proveedor, los Estados miembros se asegurarán de que el usuario final pueda conservar el derecho a cambiar el número del plan nacional de numeración a otro proveedor durante, al menos, un mes después de la fecha de rescisión, a menos que el usuario final renuncie a ese derecho”.

Entre los criterios que, al menos, se deberían acordar en dicho acuerdo, el informe sometido a trámite de audiencia propuso seguir los criterios expuestos ya por esta Comisión en la Resolución de 25 de julio de 2019²⁹.

Tras tener en cuenta las alegaciones planteadas por los operadores y asociaciones interesadas, así como por Telefónica, se determinan a continuación los aspectos que se habrán de negociar e incluir en el acuerdo, en términos de procedimiento, costes recurrentes y no recurrentes ahorrados y de cumplimiento de las prescripciones técnicas vulneradas, con los costes que ello conlleve, sin perjuicio de otros criterios adicionales que puedan pactar las partes a través del citado acuerdo de regularización:

- (i) El acuerdo de regularización deberá incluir el detalle de la totalidad de las infraestructuras MARCo que efectivamente han sido ocupadas irregularmente por el operador, su localización y fecha de ocupación.

El operador irregular deberá proporcionar a Telefónica información acreditativa sobre las fechas de realización de las obras o instalaciones o sobre la contratación del primer cliente en cada una de las zonas afectadas por la ocupación irregular. No obstante, las partes podrán acordar las fechas de ocupación mediante la acreditación de cualquier otra información.

Con independencia de lo anterior, si el operador no hubiera aportado información sobre todas las fechas efectivas de ocupación y/o la totalidad de las infraestructuras ocupadas indebidamente y, posteriormente a la firma de este acuerdo, Telefónica detectara fechas de ocupación anteriores y/o mayor número de infraestructuras indebidamente ocupadas, esta operadora podrá aplicar lo dispuesto en esta Resolución y modificar este acuerdo, debido a la aparición de nuevos datos sobre la ocupación irregular existente previamente a la firma del acuerdo de regularización.

- (ii) Las ocupaciones irregulares se regularizarán mediante la tramitación de las correspondientes solicitudes en el portal NEON.
- (iii) Plazo de ejecución de los trabajos que sea necesario realizar para regularizar la ocupación de las infraestructuras y la previsión de paradas de reloj de este plazo, cuando deban realizarse actuaciones que no dependan directamente del operador irregular (como actuaciones de Telefónica o la necesidad de obtener permisos de obras) o por la existencia de causas de fuerza mayor.
- (iv) Costes devengados (recurrentes y no recurrentes) desde la fecha inicial de la ocupación irregular que acuerden los operadores, conforme se

²⁹ Resolución por la que se puso fin al conflicto de acceso a infraestructuras MARCo interpuesto por Dragonet, Closeness y Riotelecomm contra Avatel (CFT/DTSA/041/18)

establece el criterio (i), hasta la fecha de su efectiva regularización a través de la tramitación de las solicitudes en el portal NEON, teniendo en cuenta los precios de la oferta MARCo aplicables.

De este modo, el operador asumirá todos los costes que le hubiera conllevado desplegar su red correctamente a través de los distintos elementos sujetos a la oferta MARCo de Telefónica, en similares condiciones aplicables al resto de operadores que no actúan al margen de la regulación sectorial, incluidos los costes que en su momento debió pagar para cumplir con la normativa técnica y de PRL.

- (v) Pagos mensuales de los costes devengados.
- (vi) Plazo máximo para cumplir con el pago de las cantidades debidas.
- (vii) Intereses de demora que se hayan devengado por el impago de dichos costes hasta la efectiva regularización de las ocupaciones en su caso, conforme establece la cláusula 24 del contrato-tipo de la oferta MARCo.
- (viii) La constitución de un aval por parte del operador, con el objeto de asegurar el pago de las cantidades devengadas por su conducta irregular y el importe de las actuaciones que tenga que realizar Telefónica para valorar la situación de las infraestructuras ocupadas que serán objeto de regularización (como estudios de cargas y replanteos adicionales), de conformidad con lo dispuesto en esta Resolución.

En concreto, se considera que el importe del aval no debe ser superior al 50% del importe total que resulte de la regularización de las ocupaciones irregulares. Además, en línea con lo dispuesto en la cláusula Vigésimo Sexta del contrato-tipo incluido en la oferta MARCo, el aval no deberá tener una duración superior a 18 meses. El importe del aval y de los informes de solvencia deberán revisarse cada seis meses, teniendo en cuenta el importe total que le reste por pagar al operador.

Transcurrido el plazo máximo de 18 meses, sin producirse demora alguna en los pagos pactados, desaparecerá la obligación de tener constituido el aval, produciéndose la cancelación de este. Transcurrido el citado plazo, Telefónica procederá a la devolución de la garantía al operador dentro del mes siguiente.

En caso de impago de más de dos facturas, Telefónica podrá comunicar al operador su intención de proceder a la ejecución de la garantía en el plazo de cinco días, indicando la cuantía proporcional al impago generado a ejecutar.

No obstante lo anterior, las partes de mutuo acuerdo podrán fijar reglas de cantidad, duración, revisión, ejecución y devolución del aval distintas a las indicadas.

Asimismo, en los acuerdos deberán tenerse en cuenta los aspectos siguientes relativos a las condiciones de la regularización de los tendidos de los operadores:

a) Valoración de soluciones alternativas

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

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

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

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

Se podrá contemplar asimismo acudir a un acceso a infraestructuras de agentes terceros, por ejemplo, mediante la invocación del derecho de acceso a infraestructuras que reconoce el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste de despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (Real Decreto 330/2016), facilitándose el traspaso de los servicios a las nuevas infraestructuras -por ejemplo, no imponiéndose el desalojo inmediato de las infraestructuras de Telefónica-.

b) Desmontaje de la red de cobre

Teniendo en cuenta que la red de cobre de Telefónica se encuentra inmersa en un procedimiento de desmontaje, está justificado que cuando el proyecto técnico resulte inviable, Telefónica deba estudiar la posibilidad de desmontar cables de

cobre que se encuentren en desuso. El coste de esta actuación será asumido por el operador ocupante de las infraestructuras o solicitante del acceso.

c) Reparto de los costes entre los operadores

Cuando la necesidad de reemplazar o reforzar un poste o cualquier otra infraestructura de Telefónica venga causada por la presencia de varios operadores en situación irregular, los costes asociados a dicha actuación serán asumidos por todos ellos, de forma proporcional al número de cables que tengan instalados. Este criterio es coherente con el dispuesto en la oferta MARCo³⁰, en la que se establece que, si el operador causante de la sobrecarga del poste (irregularidad) fuera la propia Telefónica, esta también deberá participar en el reparto de los costes.

Finalmente, se señala que en caso de que Telefónica y el operador alternativo no llegaran a un acuerdo sobre la regularización de las ocupaciones irregulares en el plazo establecido de cuatro meses o que alternativamente pacten entre ambos, cualquiera de las dos partes podrá acudir a esta Comisión para resolver el conflicto que pueda existir o solicitar una ampliación del plazo si así lo necesitaran para poner fin a las negociaciones.

SEXTO.- Sobre la consideración de Telefónica de las infraestructuras no “regularizables”

Telefónica aporta en el Anexo I de su escrito de 3 de febrero de 2020 una lista de ocupaciones irregulares de planta que considera como no “regularizables” a través del servicio MARCo:

- “1. Instalaciones de redes por parte de una entidad no inscrita en el Registro de Operadores de la CNMC.*
- 2. Instalaciones para autoprestación no destinadas a la prestación de servicios de telecomunicaciones a clientes minoristas.*
- 3. Instalaciones no asociadas a despliegues FTTH o que no se ajusten a los usos permitidos del servicio MARCo.*
- 4. Instalaciones de red de cobre (MARCo sólo ampara redes de acceso de nueva generación, fibra óptica o coaxial).*
- 5. Ocupación de la reserva operacional común o de la reserva operacional para posibles ampliaciones para garantizar la prestación del servicio universal.*
- 6. Instalaciones en redes troncales.*
- 7. Instalación de elementos activos, con alimentación de energía eléctrica o que supongan un riesgo eléctrico.*
- 8. Instalaciones que se hayan realizado retirando, dañando o modificando elementos de red de otro operador.*
- 9. Instalaciones en elementos no sujetos a compartición (tritubos enterrados, pasos aéreos, fachadas, etc.).*

³⁰ Punto 2 (Análisis de viabilidad -Presupuesto de adecuación-) del apartado 6.2.4.4. sobre “Actividades durante el replanteo de postes y asociadas al mismo” del Procedimiento de Gestión.

10. *Instalaciones en galerías de cables no objeto de compartición a las que se haya podido acceder desde la CR0.*
11. *Instalaciones en CR0 y CRMO realizadas sin cumplir los requisitos establecidos en MARCo.*
12. *Instalaciones en postes sin cálculo de cargas y, en su caso, refuerzos.*
13. *Instalaciones incursas en un procedimiento administrativo o sancionador por parte de cualquier Administración Pública (Ayuntamiento, Comunidad Autónoma, Ministerio de Fomento, Demarcación de costas, carreteras, etc.). En este caso debe autorizarse el desmontaje en cuanto llegue la comunicación de propuesta de sanción por parte de la Administración por una ocupación irregular de un tercero en una infraestructura de Telefónica.*
14. *Instalaciones realizadas causando daños a las redes o infraestructuras de Telefónica o que causen averías o interrupción del servicio a clientes de Telefónica. En este caso debe autorizarse por parte de la CNMC el desmontaje inmediato de las instalaciones de terceros sin necesidad de esperar a la conclusión de los plazos previstos para la retirada”.*

Analizadas las casuísticas aportadas por Telefónica y las alegaciones presentadas en trámite de audiencia, se constata que los motivos de esta operadora para considerar la mayoría de las ocupaciones descritas como no regularizables no están basados en criterios objetivos o técnicos. No pueden considerarse como no regularizables aquellas ocupaciones en las que existe la posibilidad de solventar las irregularidades cometidas por los operadores.

Es más, incluso en las situaciones 4, 5 y 7³¹, que a priori no serían regularizables, durante la negociación de los acuerdos Telefónica deberá ofrecer a los operadores soluciones alternativas para regularizar los tramos de red instalados indebidamente y, si ello no fuera posible conforme establece la oferta MARCo, los operadores también podrán plantear sus propias soluciones conforme se indica en el fundamento anterior de esta Resolución.

En particular, en relación con el caso descrito en el punto 1, sobre la ocupación indebida realizada por un operador no inscrito en el Registro de Operadores, se señala que si bien este operador podría estar cometiendo, al menos, dos infracciones, por no comunicar el inicio de su actividad como operador a esta Comisión o modificar los datos inscritos en el Registro de operadores e incumplir lo dispuesto en esta Resolución (ver Fundamento Jurídico Tercero), ello no implica que su despliegue no pueda ser objeto de regularización, si se comprometiera a seguir el procedimiento descrito para ello.

De hecho, para regularizar su situación el operador deberá inscribirse en el Registro de operadores de la CNMC para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, dentro del mes de que dispondrá para suscribir el acuerdo MARCo con Telefónica (ver apartado B del Fundamento Jurídico Material Cuarto -Procedimiento B para operadores que no disponen de

³¹ Instalaciones de red de cobre, de la reserva operacional y de elementos activos, con alimentación de energía eléctrica o que supongan un riesgo eléctrico.

un contrato MARCo con Telefónica-), y seguir las actuaciones dispuestas en dicho procedimiento.

En la situación 13 mencionada por Telefónica, relacionada con instalaciones incursas en un procedimiento administrativo o sancionador por parte de cualquier Administración Pública, esta operadora solicita que se le autorice el desmontaje en cuanto llegue la comunicación de propuesta de sanción por parte de la Administración. Esta solicitud no atiende a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Telefónica persigue que se le autorice a imponer al operador, al que tan solo se le haya propuesto sancionar por la presunta comisión de cualquier infracción, una medida que constituiría una sanción adicional (el desmontaje de los tendidos de red irregulares) a la principal que pueda recaer.

Sin embargo, se entiende que habrá infracciones que nada tendrán que ver con la ocupación irregular y que la Administración competente en cada caso (según la infracción que se cometa), que puede serlo incluso este organismo, ha de resolver sobre la proporcionalidad de esta sanción junto con la sanción principal, las infracciones imputadas, los perjuicios causados, que pueden haberse provocado -no solo a Telefónica-, y otras circunstancias concurrentes. Además, en cualquier caso, habría que esperar a la resolución definitiva.

Se considera que la aplicación generalizada de esta medida podría vulnerar los principios a los que está sujeta la Administración, de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional, mínima intervención y proporcionalidad, establecidos en los artículos 3, 4 y 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), por lo que no se admite esta solicitud de Telefónica.

No obstante, si la infracción por la que esté incurso en un expediente el operador alternativo puede afectar a los tendidos desplegados, se podrá condicionar la regularización al resultado de dicho expediente administrativo.

De las situaciones planteadas por Telefónica, a juicio de esta Comisión, solo podrían tener la consideración de no regularizables -en el procedimiento oportuno- aquellas ocupaciones que de forma clara y objetiva exceden del ámbito y usos de la oferta MARCo, como ocurriría en las siguientes situaciones:

- Instalaciones para autoprestación (uso interno) no destinadas a la prestación de servicios destinados al público en general (punto 2),
- Instalaciones no asociadas a despliegues FTTH (entendidas como no asociadas a despliegues de nueva generación³²) o que no se ajusten a los usos permitidos del servicio MARCo (punto 3),
- Instalaciones en redes troncales (punto 6).

³² La red FTTH es un tipo de red de nueva generación, sin embargo, existen otras categorías de redes de nueva generación (por ejemplo, de líneas Ethernet o de cable coaxial).

Sin embargo, la determinación de la presunta invalidez de estas instalaciones requiere de un análisis exhaustivo previo, siendo en algunas ocasiones muy compleja su valoración, por lo que, en los últimos años, este organismo ha venido resolviendo situaciones similares a estas, caso a caso, en el marco de procedimientos de conflictos de acceso³³.

Por consiguiente, en caso de que concurra alguna de estas situaciones en fase de regularización, ya sea en el procedimiento A o B, Telefónica y/o el operador titular de la red podrán plantear un conflicto ante este organismo, al objeto de determinar si estas ocupaciones exceden del ámbito de la oferta MARCo o no, siendo en este último caso ocupaciones regularizables.

Finalmente, se recuerda que, tal y como se ha mencionado en el Fundamento Jurídico Material Primero, dedicado al Objeto del procedimiento, si las situaciones (regularizables y no regularizables) no vinieran precedidas de una conducta irregular del operador, consistente en instalar las redes sin solicitar el acceso a Telefónica a través del portal NEON y sin seguir alguno de los procedimientos establecidos en la oferta MARCo hasta la fase de ejecución de sus tendidos, no se podrán aplicar los procedimientos y reglas que se aprueben en esta Resolución, salvo que esta Comisión lo establezca en el procedimiento administrativo correspondiente, previa petición de Telefónica y/o del operador titular de la red.

SÉPTIMO.- En relación con las comunicaciones mensuales que Telefónica propone realizar a esta Comisión sobre los operadores que decidan no seguir los procedimientos establecidos

En su escrito de solicitud presentado a esta Comisión, Telefónica propone enviar a la CNMC un informe mensual con la siguiente información:

- a) En relación con los operadores con contrato MARCo: lista de las incidencias por ocupación irregular abiertas en NEON el mes anterior, que no hayan sido resueltas por el operador o se hayan cerrado de manera incorrecta.

Telefónica alega que en dicha comunicación *“incluirá la fecha de apertura, tipo de incidencia, información grabada en NEON en el campo “Observaciones” sobre cada ocupación detectada, así como cualquier información que se considere relevante, por ejemplo, si se trata de una ocupación masiva”*.

³³ Sirvan de ejemplo (i) el conflicto de acceso interpuesto por Magtel contra Telefónica por denegaciones de uso compartido sobre canalizaciones incluidas en la oferta MARCo, resuelto el 28 de julio de 2016 (CFT/DTSA/008/15), y (ii) el conflicto interpuesto por Telefónica contra MasMovil por el uso de la oferta MARCo para entrega de señal, que finalmente concluyó por desistimiento mediante Resolución de 13 de noviembre de 2019, previo acuerdo entre las partes sobre las discrepancias existentes entre ambas (CFT/DTSA/022/19).

- b) En relación con los operadores sin contrato MARCO: la lista de aquellos que, a pesar de habérseles comunicado la ocupación vía burofax, no hayan solicitado su adhesión al servicio MARCO y de aquellos que, aun habiéndolo solicitado, no hayan concluido los trámites de la formalización en el plazo de un mes desde su envío a la firma. En esta comunicación Telefónica aportaría *“un breve resumen sobre la ocupación detectada y cualquier información que pueda considerarse relevante”*.

Esta operadora manifiesta que *“[E]ste informe mensual incluirá igualmente aquellas incidencias no resueltas de los meses anteriores”* y *“las ocupaciones realizadas por los operadores que no hayan solicitado la firma del contrato o no hayan finalizado los trámites de formalización del contrato”*. Es decir, Telefónica enviaría en el mes n+3 no solo los listados a) y b) sino también un listado c) sobre el estado de aquellas incidencias NEON y ocupaciones irregulares *“con una antigüedad mayor de dos meses, (...), que se hayan comunicado a la CNMC en el informe mensual del mes n-3”*.

Finalmente, Telefónica señala que *“[D]ado el gran volumen de información registrado en NEON, el informe elaborado será un informe resumen de las ocupaciones³⁴”*. No obstante, la CNMC podrá requerir a Telefónica los informes detallados de ocupación registrados en NEON o realizados para las ocupaciones de operadores sin contrato MARCO de aquellas ocupaciones que considere conveniente”.

Como se indicó en el informe sometido a audiencia la cuestión sobre los datos y comunicaciones que Telefónica deberá reportar a esta Comisión ha sido tratada al analizar los diferentes procedimientos de regularización detallados en el Fundamento Jurídico Cuarto, por lo que Telefónica y los operadores deberán aportar la documentación que se les indica en cada una de las fases, según el procedimiento que haya que aplicar, en función de la situación en la que se encuentren los operadores que puedan haber incumplido la obligación propuesta en el Fundamento Jurídico Tercero.

Si bien dichas comunicaciones podrían requerir a Telefónica una actividad más intensiva que los reportes mensuales y trimestrales que propone en su escrito de 3 de febrero de 2020, según sea el número de casos de ocupaciones irregulares que surjan tras la aprobación de este procedimiento, los datos y documentos que reporte en cada una de estas comunicaciones permitirán a esta Comisión tener un acceso constante y actualizado del cumplimiento de las

³⁴ Este informe c), según Telefónica, *“contendrá, al menos, 6 registros que se haya detectado que se encuentran ocupados de manera irregular por parte del operador. No necesariamente existirá prueba documental de la ocupación de todos estos registros. Así, por ejemplo, en el caso de ocupaciones de postes, si se prueba la ocupación de los postes de inicio, ángulo y final de la línea, observándose cables del operador, se puede deducir que todos los postes de dicha línea están ocupados. De igual manera, en caso de arquetas en tramos de canalizaciones sin bifurcaciones, con un único posible recorrido del cable, con recoger prueba documental de la ocupación de las arquetas que se encuentran en los extremos del tramo es suficiente, pues, evidentemente, las arquetas intermedias han de encontrarse ocupadas”*.

medidas que se impongan en el marco de este procedimiento, y, por tanto, de las posibles conductas infractoras que comentan los operadores que ocupen irregularmente las infraestructuras de Telefónica.

OCTAVO.- Sobre las ocupaciones irregulares ya detectadas con anterioridad a la resolución del procedimiento

En su solicitud inicial, Telefónica solicita que se apliquen a las ocupaciones irregulares que hayan sido detectadas hace meses o años, con anterioridad al cierre de este expediente, los procedimientos propuestos en su escrito de 3 de febrero de 2020 o los resultantes de este procedimiento.

En concreto, Telefónica indica que volverá a mandar burofaxes y correos de forma masiva a través del buzón de Comunicados de Operadores, a los operadores que no tienen contrato MARCo o que ya tenían abierta una incidencia en NEON hace meses, según el caso, junto con la copia de la Resolución que ponga fin a este procedimiento, para que apliquen los procedimientos que se aprueben y resuelvan su situación irregular.

Además, esta operadora también alega que, como consecuencia de la cantidad de ocupaciones detectadas antes de la entrada en vigor de este procedimiento, su intención es enviar a esta Comisión informes sucesivos, repartidos en varios meses sobre las incidencias grabadas en NEON y las ocupaciones realizadas por operadores sin contrato del servicio MARCo.

De hecho, esta operadora alega que si, tras el envío de estos informes mensuales, la CNMC no le informara de la apertura de un conflicto en el plazo de tres meses, considerará que las instalaciones de los operadores podrán ser desmontadas.

Como ya se indicó en el informe sometido a audiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.3 de la LPAC, los actos que dicten las Administraciones Públicas solo podrán tener efectos retroactivos, con carácter excepcional, cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

En el presente caso, se entiende que concurren los criterios del artículo 39.3 de la LPAC: los supuestos de hecho sobre los que retrotraer los efectos de la presente resolución existirían con anterioridad. Además, su posible efecto retroactivo no solo beneficiaría a Telefónica, que dispondría de medios más ágiles para recuperar el espacio de sus infraestructuras y/o cobrar los costes de su ocupación, sino también a los operadores en situación irregular, que dispondrían de procedimientos claros sobre la regularización de sus ocupaciones irregulares, sin que ello suponga una lesión de sus derechos

legítimos, teniendo en cuenta que se encuentran en situación irregular (en precario o sin autorización para ocupar).

De hecho, se aportará mayor seguridad jurídica sobre las actuaciones que tanto ellos como Telefónica deberán realizar para ordenar sus despliegues de red, según establece la regulación y de conformidad con lo acordado por esta Comisión en el ejercicio de su función mediadora de las relaciones mayoristas³⁵.

En consecuencia, se estima la solicitud de Telefónica de permitirle aplicar los procedimientos que se aprueben en este procedimiento sobre los casos de ocupaciones irregulares que se hubieran producido con anterioridad a la aprobación de esta Resolución y que no hubieran sido ya comunicados por esta operadora a esta Comisión.

En relación con la propuesta de enviar a esta Comisión información sucesiva durante varios meses sobre estos casos de ocupación irregular realizados con anterioridad a esta Resolución, esta Comisión se remite a lo señalado anteriormente. En el supuesto de que Telefónica decida iniciar algunos de los procedimientos de regularización establecidos en esta Resolución sobre dichos operadores, Telefónica deberá aportar a este organismo la información indicada en cada uno de los procedimientos, a los efectos de que esta Comisión vaya disponiendo de la información que fuera necesaria en caso de producirse un conflicto entre los operadores durante las negociaciones de regularización y para autorizar o no las actuaciones de desmontaje.

Por último, procede aclarar que los conflictos de acceso entre operadores se abren a instancia de parte -no por la CNMC de oficio en virtud de un informe que remita Telefónica-, pudiendo haberlos presentado esta operadora en su momento al detectar las ocupaciones irregulares. Por consiguiente, Telefónica podrá seguir los procedimientos establecidos en esta Resolución, poner una denuncia o interponer un conflicto, si lo estima conveniente. Esta Comisión abrirá los procedimientos administrativos que considere convenientes en virtud de lo establecido en la normativa sectorial, tal y como ha venido realizando hasta el momento.

NOVENO.- Cuestiones adicionales sobre la modificación de la oferta MARCo y su contrato-tipo y la fijación de determinados costes asociados a la inspección de las infraestructuras y al desmontaje de los tendidos de red irregular

Telefónica en su escrito inicial de 3 de febrero de 2020 y en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia plantea las siguientes propuestas adicionales:

³⁵ De conformidad con lo ya apuntado en el Fundamento Jurídico Procedimental Único.

1. Incluir los procedimientos establecidos en la presente Resolución en la oferta MARCo

Telefónica solicita en su escrito de 3 de febrero de 2020 que se incluyan, en el contrato MARCo, los procedimientos que se aprueben, como un anexo adicional, a los efectos de que los operadores no adheridos inicialmente al servicio MARCo tengan conocimiento del presente procedimiento.

Además, Telefónica manifiesta que, “[p]ara asegurar que todos los operadores conocen el presente procedimiento, una vez aprobado por la CNMC, (...) hará una comunicación masiva a todos los operadores con contrato del servicio MARCo sobre el nuevo procedimiento a aplicar para su conocimiento y actuación, en el caso de hayan tenido incidencias en el pasado”.

La propuesta de Telefónica es apropiada, ya que la inclusión en el contrato-tipo de los procedimientos de regularización de las ocupaciones irregulares aprobados por la presente Resolución permitirá su difusión a todos los operadores, ya dispongan en ese momento de un contrato MARCo o estén interesados en firmarlo, y, en definitiva, proporcionará a estos la información necesaria sobre las consecuencias que se pueden derivar del incumplimiento de esta Resolución.

También se comparte la propuesta de que Telefónica, de forma complementaria, comunique los procedimientos que se aprueben a todos los operadores de forma masiva, para garantizar su conocimiento. No obstante, esta Comisión notificará la Resolución a través del B.O.E. y la comunicará en su página Web para garantizar su conocimiento.

Como los tres procedimientos de regularización han sido resumidos en el Anexo 1 adjunto a la presente Resolución a través de tres tablas, se incluirá como Anexo en el contrato-tipo la primera tabla dedicada al “*Procedimiento A: operadores identificados con contrato MARCo*”, precedida de la siguiente frase:

“Los OPERADORES AUTORIZADOS que realicen despliegues irregulares de red en las infraestructuras de obra civil sujetas a la oferta MARCo, prescindiendo de los trámites y procedimientos recogidos en el capítulo relativo al Procedimiento de Gestión de la Oferta, así como de lo previsto en el capítulo sobre Precios y Condiciones de Facturación, y que no regularicen su situación de conformidad con los procedimientos regulados por la CNMC, estarán incumpliendo sus obligaciones esenciales pactadas en el contrato MARCo firmado con Telefónica (cláusula Vigésima).”

Ello sin perjuicio de otros posibles incumplimientos que puedan realizar los OPERADORES AUTORIZADOS como consecuencia de sus despliegues irregulares en las infraestructuras de obra civil sujetas a la oferta MARCo, según lo dispuesto en la regulación sectorial y por la CNMC mediante Resolución.

En la siguiente tabla se resume el procedimiento por el que los OPERADORES AUTORIZADOS podrán regularizar dichos despliegues de red irregulares o desinstalar sus tendidos. No obstante, tanto los OPERADORES AUTORIZADOS como Telefónica deberán cumplir con el resto de las obligaciones establecidas por la CNMC en la Resolución de 30 de noviembre de 2021, en relación con la aplicación de este procedimiento”.

Con esta misma finalidad, de incorporar este procedimiento de regularización A en la oferta MARCo, esta Comisión también considera necesario incluir en el apartado 9.3.2 del Procedimiento de Gestión, en relación con la incidencia de mantenimiento por ocupación irregular, las precisiones ya apuntadas en el procedimiento A, sobre la obligación de Telefónica de aportar fichero de texto adicional y fotos sobre los registros y postes que le consten ocupados irregularmente -actualmente consta como opcional- y una frase tipo en el campo de observaciones, así como la necesidad de que tanto Telefónica como el operador sigan el procedimiento que se anexe en el contrato-tipo.

De esta forma, los datos a incluir en la incidencia “Fichero de texto” y “Fichero con fotos” tendrán el siguiente literal:

*“- Fichero de texto (opcional, **salvo si es de tipo Ocupación irregular donde será obligatorio**) para incluir explicaciones adicionales*

*- Fichero con Fotos (opcional, **salvo si es de tipo Ocupación irregular donde será obligatorio**)”*

Además, el último párrafo del citado apartado 9.3.2 del Procedimiento de Gestión quedará redactado del siguiente modo:

“Si la Incidencia de Mantenimiento es de tipo OCUPACION IRREGULAR, Telefónica deberá informar al Operador en el campo de “Observaciones” de lo siguiente:

Detectada ocupación irregular en los registros indicados. Dispone de 15 días para contestar esta incidencia (Resolución de la CNMC de 30 de noviembre de 2021)

*El Operador deberá cerrar la incidencia sólo cuando regularice la ocupación mediante una nueva SUC que ya se encuentre en estado SUC CONFIRMADA, informando en el cierre de la incidencia el nº de SUC de regularización. **Para ello, el Operador y Telefónica deberán seguir el procedimiento de regularización incluido en el Anexo del Contrato-tipo**”.*

Finalmente, esta Comisión considera que, para que la oferta MARCo sea consonante con lo dispuesto en esta Resolución, procede incluir en su apartado 6.3.5 del Procedimiento de Gestión, titulado “Responsabilidad de los Operadores”, algunas precisiones (marcadas a continuación en negrita):

“Toda actuación llevada a cabo en el marco del servicio mayorista deberá ser acorde con las prescripciones técnicas recogidas en la oferta y con lo dispuesto en ella en

*materia de prevención de riesgos laborales. A este respecto, cuando Telefónica detecte la violación de dichas prescripciones por parte de un operador tendrá la potestad de requerirle **la regularización de sus instalaciones o, en su defecto, la restitución del estado anterior de la red, lo que podrá incluir, entre otras, tareas de retirada de cables, sustitución de conductos o subconductos y reparación de elementos de obra civil, de conformidad con lo dispuesto en esta oferta y las medidas específicas que establezca la CNMC mediante Resolución.** Estas actuaciones de **regularización**, restitución o reparación también podrá exigir las Telefónica a aquellas entidades que lleven a cabo la ocupación de infraestructuras de Telefónica sin haber formalizado de forma previa su derecho de ocupación mediante la firma del correspondiente acuerdo de acceso MARCo. Para ello Telefónica dará de alta Incidencias de mantenimiento al operador según se describe en el apartado 9.3 y conforme se determine por Resolución de la CNMC. Cualquier desacuerdo en relación con estas cuestiones podrá ponerse en conocimiento de la CNMC y solicitar su intervención”.*

2. Repercutir los costes por desmontaje

En su solicitud inicial Telefónica considera que, vencido el plazo sin regularizar, se debería permitirle repercutir -al operador ocupante- los costes de desmontaje de la red o instalación si el operador no lo realiza por sí mismo.

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica añade que el desmontaje de los tendidos irregulares requiere de unas actividades específicas que conllevan ciertas horas de trabajo y personal. Por ello considera que la referencia a usar para la determinación del precio de estas actividades debe ser un coste horario por cada hora de trabajo. En particular, Telefónica solicita que se recurra al coste por hora de acompañamiento recogido en la oferta MARCo.

Además, esta operadora solicita que se incluya el coste de todas las tareas adicionales que sean necesarias para llevar a cabo el desmontaje de los tendidos, como pueden ser tareas de desbroce, utilización de plumas, servicios de pocería, etc.

Esta Comisión está de acuerdo con que debe compensarse adecuadamente a Telefónica por todos los gastos en los que incurra por llevar a cabo unas actividades que, en un principio, no debería haber tenido que acometer de haber actuado el operador cumpliendo los procedimientos regulados. No obstante, tal y como se propone en los procedimientos A y B descritos en el Fundamento Jurídico Material Cuarto, Telefónica siempre debe ofrecer al operador la posibilidad de llevar a cabo esta actuación por medios propios.

La casuística y dificultad de cada desmontaje será muy variada ante las múltiples situaciones que pueden darse en las infraestructuras ocupadas irregularmente. Por ello está justificado que se establezca, caso a caso, un precio calculado en función de las horas de trabajo necesarias, en lugar de recurrir a un coste que no guarda relación con las horas efectivamente trabajadas, como es el del replanteo, tal como se indicó en el informe sometido a trámite de audiencia.

Además, deben contabilizarse tanto las horas invertidas en los trabajos que se realicen in-situ como las correspondientes al desplazamiento del personal y a la preparación y traslado del material necesario.

Por tanto, se considera razonable que Telefónica emplee el coste por hora de acompañamiento recogido en la oferta MARCo, actualmente establecido en 118,83 € + 47,53 €/hora.

Asimismo, Telefónica podrá facturar los trabajos adicionales de carácter auxiliar que sea necesario llevar a cabo (desbroce, plumas, pocería, etc.), cuyo precio será el que las empresas responsables de dichos servicios efectivamente facturen a Telefónica.

3. Establecer el precio de las revisiones del desmontaje por parte del operador

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica considera que deben repercutirse al operador los gastos relativos a las inspecciones necesarias para confirmar el correcto desmontaje de los tendidos, y señala que los costes de esta inspección deberían ser los mismos que los establecidos para el replanteo.

Se considera que está justificado que, cuando sea el operador el que lleve a cabo el desmontaje, Telefónica pueda inspeccionar que la tarea se ha llevado a cabo de forma adecuada, y que el coste asociado a esa actuación se repercuta al operador.

A tal fin, el precio previsto para la tarea de replanteo conjunto en la oferta MARCo constituye una referencia útil, al incorporar componentes de coste asociados, tanto a tareas generales de preparación de la intervención y desplazamiento a la ubicación como a tareas específicas por cada elemento inspeccionado (cámara, arqueta o postes objeto de revisión).

Por consiguiente, se estima razonable establecer un precio por la revisión del desmontaje del operador, y que sea el mismo que actualmente incluye la oferta MARCo para la realización de las tareas de replanteo conjunto. Así, se facturará un precio fijo de 175,13 euros por intervención y un precio variable por cada elemento revisado: 50,04 euros por cámara, 17,52 euros por arqueta y 6,24 euros por poste.

4. Cobrar por las inspecciones para la detección de ocupaciones irregulares tomando en cuenta el precio del replanteo establecido en la oferta MARCo

La revisión del estado de las infraestructuras forma parte de los trabajos habituales que ha de realizar Telefónica en el marco de la explotación de su red

y para su compartición conforme establece la oferta MARCo. Es por ello por lo que la detección de ocupaciones irregulares se da, habitualmente, durante actuaciones cotidianas de instalación o de mantenimiento de la red, e incluso durante la provisión de los servicios mayoristas. La propia oferta MARCo incluye un coste destinado a la revisión de las instalaciones que llevan a cabo los operadores mediante la modalidad de replanteo autónomo.

Además, debe tenerse en cuenta que los precios del servicio MARCo se determinan considerando, entre otros componentes, costes de operación y mantenimiento de la red de Telefónica, al objeto de que todos los trabajos de mantenimiento que Telefónica lleve a cabo en su red se vean compensados económicamente mediante las cuotas mensuales que vienen sufragando los operadores por el uso de las infraestructuras sujetas a la oferta MARCo de Telefónica.

Es por ello por lo que no se considera necesario establecer un precio adicional para repercutir a los operadores otros costes añadidos para la inspección del estado de la red o la búsqueda de ocupantes no autorizados.

5. Solicitar la retirada de la red si el estudio técnico de cargas determina que es inviable o no hay permiso

En relación con esta propuesta de Telefónica, es de interés analizar lo que dispone la oferta MARCo sobre los análisis de viabilidad de los postes que se realizan tras su replanteo, que por razones análogas resultaría asimismo de aplicación en los supuestos en que los operadores hayan realizado tendidos y colocado elementos pasivos o CTO de forma irregular en dichos postes.

Si atendemos al apartado 6.2.4.4 del Procedimiento de Gestión, relativo a las “*Actividades durante el replanteo de postes y asociadas al mismo*”, en relación con el análisis de viabilidad (punto 2) se indica lo siguiente:

“Tras el replanteo de postes, 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 la cantidad de postes que requieren actuaciones de refuerzo o sustitución, así como informar al operador del presupuesto correspondiente a la ejecución de dichas actuaciones.

(...)

“Cuando la sobrecarga ocasionada por el nuevo tendido del Operador exceda la tolerancia del poste, pero sin embargo pueda solventarse mediante la ubicación de elementos de refuerzo, Telefónica no debe requerir al Operador su sustitución.”

De este párrafo se desprende que la oferta MARCo prevé la posibilidad de que haya postes que pueden ser reforzados o sustituidos para que puedan asumir mayores cargas.

A continuación, en el subpunto dedicado al “*Estudio de cargas (cálculo mecánico)*”, se señala al respecto que:

*“La utilización de los postes para el tendido de nuevos cables puede requerir la elaboración de un **nuevo cálculo mecánico** del tramo de línea que vaya a ser utilizado. Este trabajo se realiza con posterioridad al replanteo por Ingeniería (unidades provinciales).*

(...)

Cuando la sobrecarga ocasionada por el nuevo tendido del Operador exceda la tolerancia del poste, pero sin embargo pueda solventarse mediante la ubicación de elementos de refuerzo, Telefónica no debe requerir al Operador su sustitución.

No se debe llevar a cabo la sustitución de todo poste de inicio y fin de línea y en ángulo. Su sustitución, como en el resto de postes de la línea, debe estar supeditada exclusivamente al resultado del estudio de cargas.

Cada poste solicitado por el Operador podrá concluir con los 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 los postes (resultado viable), podrá procederse con la instalación de los cables del Operador.”

Por tanto, del estudio de cargas puede resultar que el tendido del operador en un poste sea inviable, dado que este no admita su sustitución o refuerzo. No obstante, tal y como se indica en el subpunto dedicado al “*Presupuesto de adecuación*”, Telefónica deberá documentar adecuadamente las causas por las que resulta inviable el tendido, y aportar soluciones alternativas a su sustitución.

Además, a este respecto también se dispone que “*(...) cuando en una SUC se constate que la suma de las tensiones de los cables instalados por Telefónica en uno o varios postes excede la tensión nominal del poste, la sustitución de los mismos será asumida también por Telefónica, en la proporción que corresponda según las instalaciones previstas (el coste se repartirá de forma ponderada según el número de tendidos de cada operador)*”.

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

No obstante, si la inviabilidad del tendido irregular deviniera de la existencia de una sobretensión previamente existente en el poste por los cables instalados por la propia Telefónica y fuera posible la sustitución o refuerzo del poste, el coste

de estas actuaciones, conforme indica la oferta MARCo, deberá ser asumido también proporcionalmente por Telefónica, según el número de tendidos que haya por cada operador, incluido el del operador irregular.

Si lo que faltara para poder regularizar los tendidos fueran los permisos necesarios para realizar obras y estos no pudieran ser conseguidos por el operador, una vez tramitadas las SUC para regularizar sus despliegues, siguiendo lo dispuesto en la oferta MARCo (apartado 6.2.7 sobre “*Ocupación por el operador de las infraestructuras según solicitud*”), Telefónica podrá anular dicha solicitud y considerar el despliegue no regularizable, siguiendo el procedimiento oportuno y actuando según lo indicado en el anterior supuesto de tendidos inviables en postes.

6. Rescindir el contrato MARCo

Telefónica pide en su solicitud inicial que se incluya una causa de resolución del contrato, en caso de que no se regularicen las ocupaciones irregulares, obligando al operador a desmontar sus instalaciones.

Además, en su escrito de alegaciones esta operadora manifiesta que es necesario que se establezcan unos requisitos mínimos en los acuerdos, que permitan evitar la intervención de la CNMC, relativos a los plazos de desmontaje y la fecha origen de facturación.

Telefónica añade que *“[E]sto no sería óbice para que mi representada, de buena fe y en acuerdo con el operador estableciera unas condiciones más favorables aun para los intereses del operador”*.

Como ya se señaló en el informe sometido a audiencia, el contrato-tipo de la oferta MARCo establece en su cláusula 20 los derechos y obligaciones del operador autorizado. Además, la cláusula 34.1 del contrato-tipo de la oferta MARCo establece como causa de extinción del contrato la *“(…) resolución fundada en grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones esenciales contenidas en este Acuerdo, una vez transcurridos 2 meses desde que la parte cumplidora haya requerido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. La apreciación de la concurrencia del incumplimiento podrá efectuarse por las partes de mutuo acuerdo”*.

Por último, el apartado 3 de esta misma cláusula dispone que *“En cualquier caso, la extinción del contrato no exonerará a las partes del cumplimiento de las obligaciones pendientes”*.

Por tanto, la citada causa de extinción prevista en la cláusula 34 operará en las situaciones en las que los operadores con contrato MARCo hagan un uso no autorizado de las infraestructuras físicas de Telefónica y no regularicen conforme al procedimiento A, puesto que, en ese caso, estarían incumpliendo sus obligaciones esenciales dispuestas en la cláusula 20, pudiendo Telefónica

rescindirles el contrato sin la necesidad de que intervenga esta Comisión, salvo que el operador así lo solicite, en línea con lo dispuesto el punto 3 de la citada cláusula 34.

En consecuencia, esta Comisión no ve la necesidad de incluir una nueva causa de extinción de los contratos, tal y como solicita Telefónica.

Sin embargo, este organismo, sí que considera necesario incluir en la cláusula 34.1 del contrato tipo, la matización mencionada en el párrafo anterior, a los efectos de aportar mayor seguridad jurídica a los operadores contratantes:

*“• Por resolución fundada en grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones esenciales contenidas en este Acuerdo, una vez transcurridos 2 meses desde que la parte cumplidora haya requerido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones, **salvo que la CNMC establezca medidas distintas por Resolución en caso de ocupaciones irregulares de las infraestructuras de obra civil objeto de este Acuerdo.** La apreciación de la concurrencia del incumplimiento podrá efectuarse por las partes de mutuo acuerdo”.*

Por último, se recuerda a Telefónica que el apartado 2 de la cláusula 17 del contrato-tipo, dedicado a la “*Baja del Servicio*”, ya prevé que el operador que solicita la baja del servicio ha de retirar a su cargo la totalidad de los elementos de su titularidad que hubiera instalado, sin que haya sido necesario que esta Comisión regule las condiciones concretas de la desinstalación y de facturación.

Además, en los procedimientos A y B anteriores se indica que los operadores disponen de un plazo de dos meses para desinstalar sus tendidos irregulares, a contar desde que Telefónica les comunique el burofax, y que a su finalización deberán informar a Telefónica y a la CNMC de todas las infraestructuras ocupadas, de su localización y de la fecha de su ocupación, precisamente para que esta operadora le pueda facturar los costes que haya devengado el operador por su ocupación irregular y los que se le reconocen en los puntos 2 y 3 de este fundamento, por el desmontaje de los tendidos del operador o la revisión del desmontaje efectuado por el operador, para lo que puede seguir lo dispuesto en el anexo 4 de la Oferta MARCo, sobre “*Precios y condiciones de facturación*”, en relación con las “*Retarificaciones*”.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Todos los operadores interesados en desplegar sus redes de comunicaciones electrónicas haciendo uso de los elementos de obra civil sujetos a la oferta MARCo de Telefónica de España, S.A.U. están obligados a solicitar el acceso a dichos elementos y a realizar su ocupación siguiendo los

procedimientos administrativos y los condicionantes técnicos y económicos regulados en esta oferta de referencia.

SEGUNDO.- Aprobar los tres procedimientos de regularización (A, B y C) de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras de obra civil de Telefónica de España, S.A.U. reguladas en la oferta de referencia MARCo, dispuestos en el Fundamento Jurídico Material Cuarto y que figuran como Anexo 1 de esta Resolución.

TERCERO.- Aprobar los criterios para regularizar las ocupaciones irregulares establecidos en el Fundamento Jurídico Material Quinto.

CUARTO.- Aprobar las modificaciones de la oferta de referencia MARCo de Telefónica de España, S.A.U y de su contrato-tipo establecidas en el Fundamento Jurídico Material Noveno.

El texto consolidado tras incluir estas modificaciones será publicado por la CNMC en su página web y se facilitará igualmente a Telefónica en formato electrónico para que proceda a publicarlo en su página web en el plazo de diez días a partir de que le sea comunicado.

QUINTO.- La presente Resolución surtirá efectos a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

ANEXO 1 Tablas-resumen de los tres procedimientos

A continuación, se muestran tres tablas-resumen de los tres procedimientos de regularización aprobados en este procedimiento.

PROCEDIMIENTO A: Operadores identificados con contrato MARCo	
TELEFÓNICA	OPERADORES
<p>1. Comunica a los operadores incidencias en NEON por ocupaciones irregulares, dándoles 15 días de plazo para contestar.</p>	<p>1. Recibirán una comunicación de la incidencia en el correo electrónico sobre la ocupación irregular de las infraestructuras MARCo de Telefónica y dispondrán de 15 días para contestar. Posibles situaciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Muestra su disconformidad alegando que no se encuentra en situación irregular y lo acredita (posible conflicto). (ii) Muestra su disconformidad alegando que no se encuentra en situación irregular, pero no aporta prueba alguna que lo demuestre. (iii) Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta regularizarlos, (iv) Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta desinstalarlos. (v) No son de su propiedad (posible procedimiento C). (vi) No responde.
<p>2. Enviar burofaxes a los operadores que se encuentren en las situaciones (ii), (iv) y (vi), comunicándoles de que disponen de 2 meses para desinstalar sus tendidos y para comunicar a la CNMC y a Telefónica todas las infraestructuras ocupadas, de su localización y de la fecha de su ocupación.</p> <p>Los operadores en situaciones (ii y vi) que, tras recibir el burofax, en el plazo máximo de 10 días comunicarán a Telefónica el reconocimiento de la irregularidad de sus tendidos y aceptarán regularizar, serán tratados como operadores en situación (iii).</p>	<p>2. Operadores en situación (ii), (iv) y (vi) recibirán un burofax de Telefónica comunicándoles de que disponen de 2 meses para desinstalar sus tendidos e informar a Telefónica y a la CNMC de todas las infraestructuras ocupadas, de su localización y de la fecha de su ocupación.</p> <p>Los operadores en situaciones (ii y vi), tras recibir el burofax, en el plazo máximo de 10 días podrán reconocer la irregularidad de sus tendidos y aceptar regularizarlos (situación iii), lo que deberán comunicar a Telefónica y a esta Comisión.</p>
<p>3. Informar a la CNMC en plazo de 1 mes desde que comunicó las incidencias a los operadores a través de NEON, aportando lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Toda la documentación relativa a las ocupaciones irregulares de que disponga sobre cada uno de los operadores, 	<p>3. Si los operadores proceden voluntariamente a levantar sus tendidos de red irregulares de las infraestructuras de Telefónica ocupadas, deberán comunicar este hecho tanto a Telefónica, mediante burofax, como a la CNMC, al día siguiente.</p>

<ul style="list-style-type: none"> • Copia de todas las comunicaciones mantenidas con el operador por cualquier medio (NEON, correo electrónico, burofax, etc.). <p>Telefónica también deberá aportar a la CNMC una copia del burofax que envía a los operadores en el punto 2.</p>	
<p>4. Si los operadores de las situaciones (ii), (iv) y (vi) no levantaran sus tendidos de red irregulares en el plazo de 2 meses, Telefónica estará autorizada para desinstalar ella misma sus tendidos de red y el resto de los elementos asociados a estas que hubieran instalado irregularmente.</p>	<p>4. Si los operadores en situaciones (ii), (iv) y (vi) no levantaran sus tendidos de red irregulares en el plazo de 2 meses, Telefónica podrá desinstalarlos.</p>
<p>5. Al día siguiente del levantamiento de los tendidos de red irregulares de sus infraestructuras, comunicar a la CNMC y a los operadores mediante burofax, informando de los costes que deberán pagar por ello y de la fecha y lugar donde pueden ir a recoger sus redes y equipos.</p> <p>En la comunicación a la CNMC se deberá adjuntar el burofax enviado a los operadores.</p>	<p>5. Recibirán un burofax de Telefónica comunicándoles que ha procedido a levantar sus tendidos de red irregulares, los costes que deberán pagar por ello a Telefónica y la fecha y lugar donde pueden ir a recoger sus redes y equipos.</p>
<p>6. Negociar de buena fe con los operadores en situación (iii) un acuerdo sobre la regularización de las ocupaciones irregulares en el plazo de 4 meses o en el que alternativamente fijen de mutuo acuerdo entre ambos operadores.</p> <p>En caso de que ambos operadores llegasen a un acuerdo, remitir a la CNMC una copia de dicho acuerdo al día siguiente de su firma.</p> <p>En cambio, si sugieran discrepancias sobre alguno de los criterios a pactar durante la regularización, Telefónica podrá solicitar la intervención de la CNMC para su resolución.</p>	<p>6. Operadores en situación (iii) deberán negociar de buena fe con Telefónica un acuerdo sobre la regularización de sus ocupaciones irregulares en el plazo de 4 meses o en el que alternativamente fijen de mutuo acuerdo entre ambos operadores.</p> <p>En caso de que sugieran discrepancias sobre alguno de los criterios a pactar durante la regularización, los operadores en situación (iii) podrán solicitar la intervención de la CNMC para su resolución.</p>

PROCEDIMIENTO B: Operadores identificados sin contrato MARCo	
TELEFÓNICA	OPERADORES
<p>1. Comunica a los operadores mediante burofax que ha detectado tendidos irregulares de sus redes en sus infraestructuras, dándoles 15 días de plazo para contestar.</p>	<p>1. Recibirán un burofax sobre la ocupación irregular de las infraestructuras MARCo de Telefónica y dispondrán de 15 días para contestar. Posibles contestaciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Muestra su disconformidad alegando que no se encuentra en situación irregular y lo acredita (posible conflicto). (ii) Muestra su disconformidad alegando que no se encuentra en situación irregular, pero no aporta prueba alguna que lo demuestre. (iii) Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta regularizarlos (iv) Confirma la irregularidad de sus tendidos y acepta desinstalarlos. (v) No son de su propiedad (posible procedimiento C). (vi) No responde.
<p>2. Enviar un nuevo burofax a los operadores que se encuentren en las situaciones (ii), (iv) y (vi), comunicándoles de que disponen de 2 meses para desinstalar sus tendidos e informar a Telefónica y a la CNMC de todas las infraestructuras ocupadas, de su localización y de la fecha de su ocupación.</p> <p>Los operadores en situaciones (ii y vi) que, tras recibir el burofax, en el plazo máximo de 10 días comunicarán a Telefónica el reconocimiento de la irregularidad de sus tendidos y aceptarán regularizar, serán tratados como operadores en situación (iii).</p>	<p>2. Operadores en situación (ii), (iv) y (vi) recibirán otro burofax de Telefónica comunicándoles de que disponen de 2 meses para desinstalar sus tendidos e informar a Telefónica y a la CNMC de todas las infraestructuras ocupadas, de su localización y de la fecha de su ocupación.</p> <p>Los operadores en situaciones (ii y vi), tras recibir el burofax, en el plazo máximo de 10 días podrán reconocer la irregularidad de sus tendidos y aceptar regularizarlos (situación iii), lo que deberán comunicar a Telefónica y a esta Comisión</p>
<p>3. Comunicar a la CNMC en el plazo de 1 mes de las comunicaciones enviadas a los operadores sobre sus ocupaciones irregulares, aportando lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Toda la documentación relativa a la ocupación irregular de que disponga, Copia de todas las comunicaciones mantenidas con el operador por cualquier medio (NEON, correo electrónico, burofax, etc.). <p>Telefónica también deberá aportar a la CNMC una copia del burofax que envía a los operadores en el punto 2.</p>	<p>3. Si los operadores proceden voluntariamente a levantar sus tendidos de red irregulares de las infraestructuras de Telefónica ocupadas, deberán comunicar este hecho a Telefónica, mediante burofax, y a la CNMC, al día siguiente.</p>

<p>4. Si los operadores de las situaciones (ii), (iv) y (vi) no levantaran sus tendidos irregulares en el plazo de 2 meses, Telefónica estará autorizada para desinstalar ella misma sus tendidos de red y el resto de los elementos asociados a estas que hubieran instalado irregularmente.</p>	<p>4. Si los operadores en situaciones (ii), (iv) y (vi) no levantaran sus tendidos de red irregulares en el plazo de 2 meses, Telefónica podrá desinstalar sus tendidos de red.</p>
<p>5. Al día siguiente del levantamiento de los tendidos de red irregulares comunicar a la CNMC y a los operadores mediante burofax, informando de los costes que deberán pagar por ello a Telefónica y de la fecha y lugar donde pueden ir a recoger sus redes y equipos.</p> <p>En la comunicación a la CNMC se deberá adjuntar el burofax enviado a los operadores.</p>	<p>5. Recibirán burofax de Telefónica comunicándoles que ha procedido a levantar sus tendidos de red irregulares, comunicando los costes que deberán pagar por ello a Telefónica y la fecha y lugar donde pueden ir a recoger sus redes y equipos.</p>
<p>6. Enviar a los operadores en situación (iii) una copia del contrato MARCo.</p> <p>Negociar de buena fe con los operadores en situación (iii) los acuerdos sobre la adhesión a la oferta MARCo (en el plazo de 1 mes desde que les envíe el contrato para su firma) y la regularización de las ocupaciones irregulares, en el plazo de 4 meses o en el que alternativamente fijen de mutuo acuerdo entre ambos operadores.</p> <p>En caso de que ambos operadores llegasen a un acuerdo, remitir a la CNMC una copia de dichos acuerdos al día siguiente a su firma.</p> <p>En cambio, si sugieran discrepancias sobre durante la negociación de contrato MARCo o sobre alguno de los criterios a pactar durante la regularización, Telefónica podrá solicitar la intervención de la CNMC para su resolución.</p> <p>Si la falta de adhesión al contrato MARCo enviado por Telefónica se debiera a la falta de contestación del operador irregular en el plazo de 1 mes, podrá enviar el burofax indicado en el punto (2) y aplicar lo dispuesto en los puntos 4 y 5, en función de la conducta que tome cada operador.</p>	<p>6. Operadores en situación (iii) negociar de buena fe con Telefónica los acuerdos de adhesión a la oferta MARCo (en el plazo de 1 mes desde que se les envíe el contrato para su firma), así como la regularización de sus ocupaciones irregulares, en el plazo de 4 meses o en el que alternativamente fijen de mutuo acuerdo entre ambos operadores.</p> <p>En caso de que sugieran discrepancias durante la negociación del contrato MARCo o sobre alguno de los criterios a pactar durante la regularización, los operadores en situación (iii) podrán solicitar la intervención de la CNMC para su resolución.</p> <p>Si la falta de adhesión al contrato MARCo enviado por Telefónica se debiera a la falta de contestación de los operadores en situación irregular en el plazo de 1 mes, estos podrán recibir el burofax indicado en el punto 2, y a continuación serles de aplicación lo dispuesto en los puntos 3, 4 y 5, según la conducta que tome cada operador.</p>

PROCEDIMIENTO C: Operadores NO identificados	
TELEFÓNICA	OPERADORES
<p>1. Realizar las actuaciones oportunas para conocer la identificación del operador irregular. En concreto, seguir los tendidos de red, por si algún tramo estuviera identificado, y preguntar al Ayuntamiento del municipio, por si algún operador hubiera solicitado permisos de obra en vía pública próxima a las infraestructuras ocupadas irregularmente. También, comunicar tal hecho de forma masiva a todos los operadores en el buzón de Comunicados de Operadores, informándoles de:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) los elementos de red ocupados irregularmente que se hayan detectado y la localidad donde se encuentran estos, (ii) que, en caso de ser dichos despliegues de alguno de los operadores, lo comunique como máximo dentro del plazo de 1 mes, y (iii) que, al finalizar dicho plazo, pondrá esta situación en conocimiento de la CNMC a los efectos de que le autorice a retirar los tendidos de red irregulares. <p>Si no se obtuviera la identificación del operador irregular por estas vías, Telefónica podrá dirigirse a los clientes dependientes del tendido irregular.</p>	<p>1. Telefónica realizará diversas actuaciones dirigidas a identificarles.</p>
<p>2. Si consiguiera identificar al operador irregular, Telefónica deberá seguir los procedimientos A o B según el caso concreto (operador con o sin contrato MARCo).</p>	<p>2. En caso de que el operador sea identificado, se pondrán en marcha los procedimientos A y B según el caso concreto (operador con o sin contrato MARCo)</p>
<p>3. En caso de que Telefónica no consiguiera identificar al operador irregular, deberá comunicar este hecho a la CNMC aportando:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fotografías de hasta 6 registros, que le consten ocupados irregularmente por el operador. • Toda la documentación relativa a la ocupación irregular de que disponga. <p>y solicitar la autorización para levantar los tendidos de red y el resto de los elementos desplegados irregularmente en sus infraestructuras.</p> <p>Si en el plazo de 1 mes esta Comisión no se hubiera pronunciado al respecto, se entenderá que Telefónica está autorizada para desmontar los tendidos de red de los operadores no identificados, así como el resto de los elementos asociados a estas que hubieran instalado irregularmente.</p> <p>Si la CNMC autorizara la desinstalación de los tendidos de red irregulares, al día siguiente de acometer los trabajos de desmontaje Telefónica deberá comunicar este hecho a la CNMC.</p>	<p>3. Si el operador no fuera identificado, Telefónica pondrá esta situación en conocimiento de la CNMC. Si en el plazo de 1 mes esta Comisión no se hubiera pronunciado al respecto, Telefónica podrá desmontar los tendidos de red irregulares de los operadores no identificados.</p>

ANEXO 2: Resumen y consideración sobre las alegaciones adicionales presentadas por los operadores

Las alegaciones que no han sido tenidas en cuenta o valoradas en los fundamentos jurídicos materiales de la resolución se han agrupado de acuerdo con el aspecto principal abordado, siguiendo en la medida de lo posible la estructura de la presente resolución.

I. Objeto del procedimiento

- Alegaciones

Por una parte, Axent alega que no deberían ser objeto de este procedimiento los despliegues efectuados por operadores que disponen de un contrato MARCo con Telefónica, que hayan sido tramitados y autorizados por este operador a través de la herramienta NEON, y que, a posteriori y de forma unilateral, Telefónica considera que están fuera de los límites que permite la Oferta MARCo. En este supuesto, esta operadora entiende que Telefónica debería plantear y justificar esta situación concreta ante la CNMC para que se evalúe de forma individual.

Closeness también manifiesta que no deben ser objeto de este expediente las ocupaciones que, previa solicitud en NEON, se efectúen en casos en los que los proyectos técnicos están siendo objeto de discusión entre los operadores alternativos y Telefónica. En este supuesto, esta operadora entiende que no se puede imponer al operador alternativo la regularización de infraestructuras, y mucho menos su desmontaje, hasta que no se alcance acuerdo sobre estos proyectos técnicos.

Asimismo, Iguana considera que las ocupaciones llevadas a cabo tras la presentación de las SUC no pueden ser calificadas como irregulares.

Por otra parte, ACUTEL, AOTEC y Closeness solicitan que se incluyan en este procedimiento los mecanismos para los casos en los que es la propia Telefónica quien realiza las ocupaciones irregulares de infraestructuras de otros operadores³⁶ e incluso de sus propias infraestructuras (sobrecarga de postes que no sustituye o refuerza, sustitución de postes por razones de mantenimiento -cuando previamente había negado esa sustitución al operador-, y desplegar infraestructuras sin permiso de las corporaciones locales), así como sus consecuencias.

³⁶ACUTEL cita, entre otros procedimientos de conflicto compartición de infraestructuras públicas resueltos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entre 2009 y 2012, el expediente CFT/DTSA/004/17, sobre el procedimiento de conflicto de compartición de infraestructuras presentado por A2Z frente a Telefónica, por la ocupación de un tramo de canalización ubicado en la localidad murciana de Torre Pacheco de titularidad de A2Z.

En este mismo sentido, AOTEC, Closeness e Iguana piden que también se analicen en este procedimiento los posibles incumplimientos de la oferta MARCo por parte de Telefónica.

Finalmente, Luxunit alega que ha ocupado infraestructuras de una urbanización del municipio de Chiva que entiende que es de titularidad de esta entidad local. No obstante, concluye que, *“a la vista de la reclamación realizada por Telefónica a esta Comisión, y si ésta da certeza de la titularidad de la propiedad de las infraestructuras a las que se hacen mención, Luxunit Group iniciará de forma urgente los trámites de solicitud para la regulación de la misma”*.

- Valoración:

En línea con lo indicado en esta Resolución, que ya señalaba el informe sometido a trámite de audiencia, efectivamente no es objeto de este procedimiento el supuesto planteado por Axent. Por el contrario, no se considera razonable excluir de este procedimiento las ocupaciones indebidas que realice un operador solo porque con anterioridad haya solicitado su acceso por NEON, como solicita Iguana, o como consecuencia de que haya una disputa en relación con el proyecto técnico, como propone Closeness.

En caso de discrepancias sobre los proyectos técnicos, tanto Telefónica como el operador deberán analizar la viabilidad de alternativas en línea con lo indicado en el Fundamento Jurídico Quinto punto (i) de esta Resolución o plantear conflicto ante esta Comisión si no consiguen solucionar sus discrepancias. Lo que no puede justificar esta Comisión es que el operador ocupe de forma irregular las infraestructuras MARCo porque no se llegue a un consenso con Telefónica, para evitar retrasar los despliegues. El operador tiene la posibilidad de solicitar a la CNMC en sede de conflicto la adopción de medidas cautelares antes de resolver la disputa relacionada con el proyecto técnico, en vez de proceder a la ocupación irregular de las infraestructuras.

Respecto de las solicitudes planteadas por ACUTEL, AOTEC, Iguana y Closeness, se indica que esta Comisión no tiene habilitación competencial para regular el acceso a infraestructuras públicas o de operadores no declarados con PSM, salvo que en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas sea necesario establecer medidas simétricas a todos los operadores para promover la competencia efectiva en algún mercado de acceso regulado, en virtud de lo dispuesto art. 14.2 de la LGTel³⁷, circunstancias que no concurren en el presente caso.

³⁷ Sirva de ejemplo la Resolución de 12 de febrero de 2009, por la que se reguló la obligación simétrica de dar acceso a las redes de fibra desplegadas en el interior de los edificios (MTZ 2008/965).

No obstante, la legislación sectorial (LGTel, Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración³⁸ y el Real Decreto 330/2016) sí reconocen a esta Comisión la competencia genérica para intervenir en las relaciones entre operadores y para resolver los conflictos de acceso que surjan entre ellos; por lo que no se acepta la solicitud planteada por estos operadores y asociaciones.

Asimismo, tampoco procede valorar en este procedimiento los posibles incumplimientos que Telefónica pueda realizar de su oferta MARCo. Si los operadores tuvieran conocimiento de este tipo de conductas por parte de Telefónica, lo pueden comunicar a esta Comisión, aportando la documentación de la que se desprendan los hechos que denuncian.

Por último, se aclara a Luxunit que ni la solicitud de Telefónica ni este procedimiento va dirigido en particular a su empresa y a sus despliegues realizados en la localidad de Chivas, sino que se trata de un procedimiento general que se ha sometido a trámite de audiencia de todos los operadores que pudieran estar interesados en aportar sus alegaciones, sobre los mecanismos propuestos y el resto de las cuestiones analizadas en el informe de la DTSA, a los que, al igual que a Luxunit, les fue notificado este informe.

No obstante, tal y como comenta en su escrito, si tiene dudas sobre la titularidad de las infraestructuras ocupadas se le aconseja que dilucide esa cuestión lo antes posible, ya que en el caso de que la titularidad o derechos de gestión de las infraestructuras fueran de Telefónica deberá regularizar esta situación conforme se indica en el Fundamento Jurídico Quinto de esta Resolución.

II. Sobre la obligación de todos los operadores de respetar la oferta MARCo y no ocupar las infraestructuras sujetas a dicha oferta sin la autorización de esta operadora para el despliegue de sus redes de acceso

- Alegaciones:

Telefónica considera que la CNMC debe ser más proactiva en la apertura de procedimientos sancionadores a los operadores que ocupen irregularmente sus infraestructuras MARCo, por lo que solicita que se abran expedientes sancionadores de forma automática cuando se demuestre que un operador ha ocupado dichas infraestructuras de forma indebida.

Asimismo, esta operadora alega que, además de las infracciones indicadas en el informe sometido a trámite de audiencia en caso de que se incumpla la obligación que se regula en esta Resolución como consecuencia de realizar ocupaciones irregulares, se deberían prever también la comisión de las infracciones previstas en los artículos 76.15, 77.21 y 28 y 78.8 y 9 de la LGTel.

³⁸ Aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

Finalmente, Telefónica manifiesta que en el análisis de la incoación de procedimientos sancionadores deberían considerarse algunos aspectos como criterios agravantes como: (i) no proporcionar de forma fidedigna la información sobre todas sus ocupaciones indebidas, (ii) no proporcionar de forma fidedigna la información sobre las fechas de ocupación y (iii) ocupar irregularmente las infraestructuras de mi representada de forma reincidente. Esta operadora entiende que “[S]ólo así se podrá incentivar a este tipo de operadores a actuar de forma correcta y no utilizar de forma permanente el engaño para ahorrar costes”.

Closeness en cambio propone que en los casos en los que el operador alternativo confirme la irregularidad de sus tendidos, este no sea sancionado. Esta operadora entiende que con esta medida se incentivará a los operadores alternativos a comuniquen esta situación.

- Valoración:

Esta Comisión será todo lo diligente posible en analizar las ocupaciones irregulares de las infraestructuras MARCo que se le comuniquen a partir de que tenga efectos esta Resolución, pero garantizando en todo momento el derecho de defensa del operador que presuntamente haya llevado a cabo la ocupación irregular. Esta Comisión no puede solo basarse en la información que aporte Telefónica, debiendo tener en cuenta las alegaciones y datos que aporte el operador en su defensa, ante los hechos que Telefónica denuncie.

Además, a la vista de las alegaciones presentadas por varios operadores y asociaciones al respecto (ver punto I de este Anexo), esta Comisión procurará ser igualmente proactiva en la supervisión del cumplimiento por parte de Telefónica de los plazos de tramitación de las solicitudes y de otros condicionantes técnicos de la oferta MARCo, así como de su obligación de no discriminación impuesta en los vigentes mercados 1 y 3b y 4 y 6³⁹, ante un supuesto trato desigual que pudiera aplicar entre operadores que ocupen indebidamente sus infraestructuras civiles.

Por otra parte, la posibilidad de que Telefónica lleve a cabo conductas que presuntamente pudieran implicar una infracción del ordenamiento jurídico no justifica que los operadores puedan ocupar indebidamente las infraestructuras civiles reguladas o que sus ocupaciones irregulares queden eximidas de la aplicación de lo dispuesto en esta Resolución.

Asimismo, se indica a Telefónica que no es objeto de este procedimiento ni la determinación de las posibles infracciones en las que puedan incurrir los

³⁹ Mercados 4 y 6, de banda ancha empresarial y líneas alquiladas terminales, que están siendo revisados en la actualidad, de conformidad con lo dispuesto en la Recomendación de 18 de diciembre de 2020, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas susceptibles de regulación ex ante, pasarán a estar regulados en el mercado 2, de capacidad dedicada al por mayor, pero ampliado.

operadores que vulneren la obligación que establece esta Resolución, ni los posibles agravantes de la sanción derivados de la conducta infractora, que deberán analizarse en el oportuno procedimiento sancionador que se incoe, en su caso. De hecho, ninguno de los tipos infractores señalados en el escrito de Telefónica sería aplicable a las conductas que realicen los operadores consistentes en ocupar indebidamente sus infraestructuras MARCo, siendo algunos tipos de infracción sobre los que esta Comisión no tiene atribuida la competencia sancionadora (art. 84 de la LGTel), como se ha señalado en diversas resoluciones de conflictos⁴⁰.

Por último, respecto a lo alegado por Closenness, se indica que el objetivo principal que esta Comisión persigue con este procedimiento es precisamente desincentivar a los operadores que realicen ocupaciones irregulares de las infraestructuras MARCo. El hecho de que un operador acepte su irregularidad y decida corregirla será una circunstancia que podrá valorarse en el potencial procedimiento administrativo sancionador que se pueda incoar por parte de este organismo, por incumplir la presente Resolución.

III. Sobre los procedimientos propuestos por Telefónica, a seguir en caso de que se detecte la ocupación irregular de sus infraestructuras civiles

1. Procedimiento A y B: Operadores identificados con o sin contrato MARCo

- Alegaciones

Closenness propone que se obligue a Telefónica a enviar al operador alternativo copia de todas las comunicaciones que le remita a esta Comisión, para confirmar la veracidad de la información que traslade.

- Valoración

Esta Comisión no estima justificada la propuesta de Closenness, ya que no hay motivos para presumir que Telefónica enviará información errónea o incompleta sobre las ocupaciones indebidas y las comunicaciones que mantenga con el operador. En caso contrario, Telefónica sabe que podría incurrir en el incumplimiento de esta Resolución, al estar obligada a enviar a este organismo la misma información que envíe al operador a través de la interposición de la incidencia en NEON o mediante burofax, así como sobre las comunicaciones que mantengan ambas operadoras a efectos de la regularización o la desinstalación de los tendidos.

No obstante, en caso de que este organismo lo considerase conveniente, para la comprobación de los hechos comunicados por Telefónica en cualquiera de las

⁴⁰ Sirva de ejemplo la Resolución de 25 de julio de 2019, por la que se puso fin al conflicto de acceso irregular a infraestructuras MARCo interpuesto por Dragonet, Closenness y Riotelecomm contra Avatel (CFT/DTSA/041/18).

fases de los tres procedimientos, se podrá recabar más información, así como la confirmación de los datos al operador alternativo.

2. Procedimiento C: Operadores no identificados

- Alegaciones

ACUTEL alega que si la CNMC conoce la pretensión de Telefónica de desinstalar por sí misma las redes de otro operador no puede autorizar dicha actuación, sin el previo consentimiento expreso de éste, ni por silencio ni de ningún otro modo, sin haber concedido audiencia a dicho operador en un procedimiento contradictorio con igualdad de derechos.

- Valoración

Como ya se ha indicado al regular el procedimiento C, el operador que se encuentre incurso en dicho procedimiento ha desplegado sus redes de forma indebida sin intención de ser identificado, al no etiquetar sus despliegues y no seguir los procedimientos determinados en la oferta MARCo.

No cabe olvidar que el acceso a las infraestructuras MARCo de Telefónica es un derecho reconocido a los operadores por parte de esta Comisión para fomentar la competencia efectiva en el mercado de banda ancha rápida y ultrarrápida y potenciar un entorno de inversión en este mercado. Por lo que en aras de salvaguardar la igualdad de oportunidades entre competidores, este organismo está habilitado para adoptar las medidas que sean necesarias para eliminar las ventajas competitivas que un operador pretenda obtener indebidamente -como en este caso, que no quiere ser identificado ni tiene interés en regularizar sus infraestructuras-, en perjuicio de los operadores, que quieren competir en el mercado siguiendo los procedimientos regulados, y de Telefónica, que le estaría subvencionando el coste de ocupar sus propias infraestructuras de forma irregular.

En esta Resolución ya se han previsto las medidas que Telefónica deberá adoptar para intentar identificar a este tipo de operadores, en cuanto titular y gestora de sus infraestructuras civiles, por lo que si con ellas no fuera posible conocer quién es el operador irregular, esta Comisión no puede adoptar otra medida que la de autorizar el levantamiento de sus tendidos, para desincentivar el uso de este tipo de prácticas perjudiciales para el fomento de la competencia efectiva.

IV. Sobre el procedimiento de regularización de las ocupaciones indebidas de las infraestructuras MARCo

1. Regularización preliminar de la ocupación

- Alegaciones

Telefónica solicita que, cuando un operador ocupe de manera irregular sus infraestructuras, este debería pagar el importe correspondiente al proyecto propuesto por ella, con el objetivo de completar lo antes posible el procedimiento de regularización y evitar así el posible riesgo generado por las sobretensiones de los postes. Esta operadora indica que una vez regularizadas las ocupaciones y sufragados los importes correspondientes, el operador podría presentar las discrepancias que considere oportunas, lo que, si está justificado, motivaría el ajuste de los costes.

- Valoración

La negociación de las condiciones exactas de la regularización de las ocupaciones indebidas de las infraestructuras MARCo es necesaria para que el operador pueda decidir si quiere llevarla a cabo o desinstalar sus tendidos. La propuesta de Telefónica obligaría al operador a tomar la decisión de regularizar sin saber cuáles serán las condiciones y los costes reales que tendrá que asumir. Además, el período establecido para la negociación de la regularización es suficiente para que puedan identificarse y acordarse las soluciones adecuadas entre ambos operadores.

2. Determinación del tramo irregular

- Alegaciones

AOTEC, Iguana e Euskaltel indican que, en las ocupaciones irregulares de postes, no puede consentirse que Telefónica dé por ocupados unos tramos solo porque los postes de inicio de línea, ángulo y final de línea estén ocupados.

- Valoración

La presunción de Telefónica de que todos los tramos de la instalación puedan ser irregulares será meramente provisional y solo tendrá por objeto simplificar el procedimiento de detección. El operador tendrá la oportunidad de rebatir las detecciones observadas por Telefónica en su respuesta a la comunicación de la irregularidad que esta le envíe, así como durante la fase de negociación de la regularización de sus infraestructuras.

3. Reparto de costes

- Alegaciones

Closeness está en contra de que, en caso de que sea Telefónica la que sobrecargue el poste, el coste de sustitución deba repartirse según el número de tendidos que tenga cada operador. Esta operadora señala que, al tratarse de una ocupación irregular por parte de Telefónica, los operadores no deberían tener que asumir ningún coste.

- Valoración

La modificación de dicho criterio de reparto de costes excede del ámbito de este procedimiento. Como ya se ha señalado en esta Resolución, la oferta MARCo establece que cuando la sobrecarga en postes (irregularidad) se deba a los despliegues efectuados por Telefónica, los costes de adaptación de los postes deben repartirse entre el nuevo operador y Telefónica.

Además, este criterio de la oferta MARCo se ha considerado coherente aplicarlo también en este procedimiento (Fundamento Jurídico Material Quinto), ya que, cuando existan varios operadores ocupando indebidamente un poste, los costes necesarios para la adaptación de este deberán repartirse entre todos ellos.

4. Replanteo autónomo

- Alegaciones

Soluciones Corporativas indica que, con el fin de agilizar la regularización, debería permitirse a los operadores alternativos llevar a cabo replanteos autónomos para aquellas SUC donde esta modalidad de replanteo sea posible en atención a la tipología del despliegue afectado (por ejemplo, cuando se utilice exclusivamente canalización, y no postes, que requiera un proyecto técnico específico).

- Valoración

A este respecto, la oferta MARCo ya recoge debidamente que pueden realizarse replanteos autónomos en instalaciones como la que indica Soluciones Corporativas.

V. Sobre las infraestructuras no “regularizables”

1. Elementos no sujetos a compartición

- Alegaciones

Iguana y AOTEC indican que en este procedimiento no deben considerarse como no regularizables las instalaciones en elementos no sujetos a compartición (punto número 9 indicado por Telefónica, Fundamento Jurídico Material Sexto). Los interesados manifiestan que lo que se está tratando aquí es la adaptación de la oferta MARCo, y que Telefónica no puede obtener autorización de la CNMC para retirar despliegues que deben ser tratados por la jurisdicción ordinaria.

Soluciones Corporativas también alega que debe suprimirse el término “etcétera” del punto 9 referido o bien, alternativamente, señalarse un “númerus clausus” de este tipo de infraestructuras no sujetas a compartición. Además, esta operadora señala que deberían considerarse las instalaciones de tipo “tritubo enterrado” como sujetas a compartición y plenamente regularizables, por lo que deberían ser excluidas del listado abierto de infraestructuras citadas en el referido punto 9.

- Valoración

Como ya se ha señalado en el Fundamento Jurídico Material Sexto, solo podrán tener la consideración de no regularizables aquellas ocupaciones que de forma clara y objetiva exceden del ámbito y usos de la oferta MARCo, entre las que no se encuentran las instalaciones descritas en el punto 9. También se ha indicado que, incluso cuando concorra alguna de estas situaciones, tanto Telefónica como el operador podrán plantear un conflicto ante la CNMC al objeto de determinar si estas ocupaciones realmente exceden del ámbito de la oferta MARCo.

VI. Sobre las ocupaciones irregulares ya detectadas con anterioridad a la resolución del procedimiento

- Alegaciones

Closeness señala “*que no puede resultar de aplicación el contenido y alcance de esta resolución en ningún caso a infraestructuras que estén siendo objeto de conflicto ante la CNMC desde un momento anterior a la resolución que ponga fin al presente expediente*”.

- Valoración

Efectivamente, como ya se indica en el Fundamento Jurídico Material Octavo, Telefónica podrá aplicar los procedimientos de regularización que se aprueban sobre los operadores que hayan ocupado indebidamente las infraestructuras con anterioridad a la aprobación de esta Resolución, siempre que estas ocupaciones

irregulares no se hubieran comunicado con anterioridad a esta Comisión a través de la interposición de denuncias o conflictos.

VII. Modificación de la oferta MARCo

1. Constitución de un aval

- Alegaciones

En el escrito inicial Telefónica propuso la posibilidad de solicitar un aval al operador que haya llevado a cabo ocupaciones irregulares, para desincentivar las ocupaciones indebidas de sus infraestructuras civiles. En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia esta operadora solicita además que la cuantía del aval sea de 100.000 euros, ya que los precios de la MARCo han bajado y las infraestructuras ocupadas suelen ser más que las que se detectan.

AOTEC, Closeness e Iguana proponen que el aval solo sea aplicable en caso de que el operador irregular firme el acuerdo de regularización. Además, Closeness entiende que no debería ser exigible el aval antes de que se llegue a un acuerdo sobre los proyectos técnicos.

- Valoración

Como se indica en el Fundamento Jurídico Material Quinto de esta Resolución, dedicado al procedimiento de regularización, uno de los extremos que podrá pactar Telefónica con el operador irregular que opte por regularizar sus ocupaciones indebidas es la constitución de un aval. No se prevé la constitución de un aval en caso de que el operador opte por el desmontaje de los tendidos a través de Telefónica, ni la necesidad de modificar el contrato-tipo incluido en la oferta MARCo, como se propuso en el informe sometido a audiencia.

De hecho, en la determinación del importe del aval indicado por esta Comisión (50% del importe total a pagar) se habrán de tener en cuenta los criterios establecidos en esta Resolución. En concreto, los costes objeto de facturación por las ocupaciones indebidas realizadas deberán fijarse teniendo en cuenta los precios de la oferta MARCo aplicables según la fecha de cada ocupación que se pacte, de acuerdo con la información que deberá acreditar el operador. Por tanto, las facturaciones no tienen por qué estar relacionadas con la fecha de detección de la ocupación y, por tanto, con la aplicación de los precios de la oferta MARCo existentes en ese momento.

Además, como ya se indica en dicho fundamento, en caso de que, con posterioridad a la firma del acuerdo de regularización con el operador, Telefónica detectara la existencia de más ocupaciones irregulares, podrá modificar el acuerdo debido a la existencia de nuevas circunstancias, e incluir dichas ocupaciones con las consecuencias económicas que ello conlleve, conforme lo dispuesto en el citado acuerdo, lo que puede dar lugar a una revisión del aval.

Por último, se indica a esta operadora que no aporta justificación alguna sobre la metodología utilizada para determinar la cuantía del aval que propone, resultando esta cifra aleatoria o carente de motivación. En consecuencia, no se acepta su solicitud.

Finalmente, se indica a Closenness que no tiene sentido su propuesta, ya que el proyecto técnico deberá ser objeto de negociación en el marco del acuerdo, al abordar la regularización de los despliegues de red, al igual que la constitución del aval, una vez se determine el importe total a pagar por el operador a Telefónica. A falta de acuerdo en alguno de los extremos a pactar en dicho acuerdo cualquiera de los operadores podrá acudir a esta Comisión.

2. Deshabilitar el replanteo autónomo

- Alegación

Telefónica entiende que el replanteo autónomo puede facilitar las ocupaciones irregulares, al no participar Telefónica en él, por lo que solicita que pueda retirarse esta facilidad a los operadores. Esta operadora considera que los operadores que llevan a cabo el replanteo autónomo gozan de una discrecionalidad extra, al acudir a este sin la debida vigilancia de su empresa, que les estaría permitiendo llevar a cabo ocupaciones irregulares.

- Valoración

La realización del replanteo autónomo solamente es posible si el operador cursa sus solicitudes de ocupación por medio del procedimiento de provisión, que se encuentra debidamente recogido en la oferta MARCo (apartado 6.3 del Procedimiento de Gestión), y previa firma de un Acuerdo de Buenas Prácticas (apartado 6.3.3), lo que denota la voluntad del operador de acogerse al procedimiento reglado.

Además, se da la circunstancia de que este tipo de replanteo no aporta en realidad una mayor discrecionalidad al operador que lo lleva a cabo. Esto es así porque los operadores que recurren al replanteo conjunto (el que se desarrolla con presencia de personal de Telefónica) disponen también de la misma discrecionalidad en el momento de llevar a cabo la instalación de sus cables (lo que hacen después del replanteo). Las actuaciones irregulares objeto de la presente resolución las hacen todos los operadores, siempre, de forma autónoma, es decir, sin supervisión por parte de Telefónica.

Por tanto, suprimir la facilidad de llevar a cabo replanteos autónomos no evitaría de ningún modo la realización de ocupaciones irregulares, por lo que se desestima esta solicitud de Telefónica.

VIII. Otras cuestiones adicionales

1. La creación de mesas técnicas entre Telefónica y algunos operadores

- Alegaciones

En su escrito de 3 de febrero de 2020 Telefónica solicita que los procedimientos que se aprueben no sean aplicables sobre operadores como “Orange, Vodafone y MásMóvil, puesto que, en el caso de estos operadores, las incidencias (de PRL, defectos y ocupaciones irregulares), se comunican en las mesas técnicas periódicas y se hace seguimiento de su resolución”.

ASTEL, Axent están de acuerdo con la propuesta. Adamo también considera que se deberían sustituir los procedimientos que se aprueban en esta Resolución por grupos de trabajo, para buscar soluciones consensuadas y no tener solo en cuenta el criterio de Telefónica.

En cambio, Iguana y AOTEC solicitan que esta Comisión requiera a cada una de las cuatro grandes operadoras los acuerdos alcanzados con Telefónica en supuestos de ocupaciones irregulares.

- Valoración

Esta Comisión no puede eximir a ningún operador de la aplicación de estos procedimientos y aplicar tratos diferenciados en la aplicación de las medidas que se adoptan en este procedimiento, debiendo recordarse que este organismo está sujeto a lo dispuesto en el artículo 12.6 de la LGTel, que dispone que las obligaciones y condiciones de acceso, interconexión e interoperabilidad que se impongan a los operadores deben ser “objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias”, y a los “Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad” establecidos en el artículo 4.1 de la LRJSP⁴¹.

También cabe recordar que Telefónica está obligada a no discriminar y a aplicar a todos los operadores condiciones equivalentes en circunstancias semejantes. Por lo que, si decidiera tratar las ocupaciones irregulares de sus infraestructuras en mesas técnicas o grupos de trabajo, deberá ofrecer esta solución a todos los operadores que ocupen irregularmente sus infraestructuras y no solo a los

⁴¹ Artículo 4: “1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, **sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias**. Asimismo, deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos”.

operadores que menciona en su escrito o que hacen despliegues más intensivos, como proponen ASTEL y Adamo.

Además, se indica a Adamo que en la determinación de los procedimientos que se aprueban en esta Resolución se han tenido en cuenta no solo las propuestas de Telefónica, sino también las del resto de operadores que han presentado alegaciones y que se han considerado razonables y oportunas para garantizar los derechos e intereses que pueden resultar afectados, así como la regulación existente en la materia. Por lo que, a la vista de lo ya indicado, no se acepta su propuesta.

Finalmente, se indica a AOTEC e Iguana, que, si esta Comisión lo cree conveniente, realizará las actuaciones oportunas para la supervisión de la obligación de no discriminación que tiene impuesta Telefónica, como solicitar los acuerdos que haya podido firmar esta operadora con los operadores que cita en relación con las ocupaciones irregulares, tal y como estas operadoras solicitan.

2. Instar a los operadores a firmar contratos MARCo

- Alegaciones

Telefónica considera que, “[E]n el caso de que el operador no se haya adherido al servicio MARCo, la CNMC le instará a hacerlo. (...)”.

- Valoración

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil los contratos se perfeccionan con el mero consentimiento, debiendo ser este emitido sin error, intimidación o violencia, tal y como prescriben los artículos 1.265 y siguientes de dicho Código.

Esta Comisión no puede obligar a los operadores a firmar contratos. Telefónica dispondrá del procedimiento B propuesto para promover que el operador opte por contratar la oferta MARCo y regularizar sus despliegues o por levantar sus tendidos. A través del procedimiento aprobado, se obliga al operador a adherirse a la oferta MARCo y a regularizar y pagar los servicios prestados, o alternativamente a retirar sus tendidos, suponiendo este mandato una instrucción clara que permite al operador alternativo elegir por una u otra opción.

3. Responsabilidad de Telefónica por daños y perjuicios

- Alegaciones

Telefónica solicita a esta Comisión que se le exima expresamente de cualquier responsabilidad, daño o perjuicio causado, directa o indirectamente, al operador, sus clientes, suministradores y/o terceros, por la interrupción de los servicios prestados o por el desmontaje de las instalaciones realizadas irregularmente.

- Valoración

Los procedimientos propuestos en esta Resolución prevén medidas razonables para asegurar que los clientes son informados y que se les da la oportunidad de cambiar de operador, salvo que el operador decida incumplir lo previsto en el artículo 9.3 de la Carta de derechos del usuario o no garantice la guarda de la numeración a los usuarios durante el plazo de 1 mes. Si este fuera el caso, solo el operador irregular sería el responsable de los perjuicios que se les puedan originar a sus clientes.

En este sentido, lo que puede hacer esta Comisión en el marco de sus competencias es establecer un procedimiento como el de la presente Resolución, que asegure la buena gestión de las infraestructuras civiles sujetas a regulación ex ante, con la finalidad de garantizar el ejercicio correcto de los derechos de acceso a las infraestructuras de Telefónica y promover la competencia en el mercado.

Sin embargo, si se produjeran otro tipo de daños y perjuicios por el levantamiento de las redes, esta Comisión no tiene la habilitación para eximir a Telefónica de sus responsabilidades civiles, mercantiles o penales siendo la jurisdicción civil la competente en la materia, a falta de acuerdo entre las partes.

4. Sanciones económicas adicionales si el operador no tiene intención de regularizar las ocupaciones a pesar de haber tramitado las SUC

- Alegaciones

En su escrito inicial Telefónica solicita que se le autorice a cobrar al operador irregular sanciones adicionales proporcionales al coste establecido en la oferta MARCO multiplicado por un coeficiente, así como sanciones no económicas.

- Valoración

A este respecto, se señala que esta Comisión analizará la procedencia de imponer sanciones económicas y no económicas a los operadores que incumplan esta Resolución, en el posible procedimiento administrativo sancionador que se pueda incoar contra ellos, no estimándose proporcionado conferir a Telefónica en la regulación la posibilidad de imponer a estos operadores sanciones adicionales a las que pueda establecer este organismo.

5. Requerir información a los operadores sobre la extensión real de las ocupaciones irregulares

- Alegaciones

Telefónica pide que, *“dado que la detección de ocupaciones indebidas de infraestructuras es una labor extremadamente compleja para Telefónica y exige*

utilizar unos recursos limitados”, la CNMC haga un requerimiento de información a los operadores ocupantes irregularmente, para conocer la extensión real de las ocupaciones realizadas, así como la fecha de la ocupación. Esta operadora entiende que es razonable pensar que, “si un operador ha ocupado indebidamente algunas infraestructuras de Telefónica, ha podido ocupar otras que mi representada no haya sido capaz de detectar”.

- Valoración

A este respecto, se señala que, tanto a través de los procedimientos A y B como durante el procedimiento de regularización indicado en el Fundamento Jurídico Material Quinto, el operador irregular deberá comunicar a Telefónica y a esta Comisión de todas las infraestructuras (postes, arquetas, cámaras de registro, ...) ocupadas irregularmente, así como su localización y la fecha de su ocupación.

No obstante, si estas cuestiones fueran objeto de conflicto durante los procedimientos de regularización, Telefónica y/o el operador irregular podrán plantear esta cuestión ante la CNMC, quien en el oportuno procedimiento podrá requerir al operador que aporte dicha información sobre sus ocupaciones irregulares.

6. Sobre la modificación de la oferta MARCo y la necesidad de haber recabado la audiencia previa de los operadores a la emisión del informe de la DTSA

- Alegaciones

ACUTEL alega que el objeto de este procedimiento va más allá de lo indicado en el informe sometido a audiencia y que no sólo se prevé una modificación de la Oferta MARCo, «*estableciendo procedimientos para gestionar en dicho ámbito las incidencias relacionadas con supuestas “ocupaciones irregulares” de infraestructuras por operadores distintos a Telefónica*», “[S]ino que también pretende regular casos no sujetos a la Oferta MARCo».

Además, esta asociación indica que, a diferencia de otros procedimientos de revisión de la oferta MARCo, no se ha oído a los operadores antes de emitir el informe sometido a trámite de audiencia. Por ello considera, que a la vista de los cambios que plantea en su escrito de alegaciones sobre los procedimientos propuestos, esta Comisión debería darles un segundo trámite de audiencia.

- Valoración

Se aclara a ACUTEL que, si bien esta Comisión está apoyándose en la incidencia de mantenimiento prevista en la oferta MARCo para casos de ocupaciones irregulares, el presente expediente tiene por objeto regular los procedimientos que se iniciarán tras la grabación de la citada incidencia por parte

de Telefónica en NEON, sin tener que acometer una reforma de la oferta de referencia en esta materia.

De hecho, los procedimientos aprobados solo suponen las siguientes modificaciones menores de dicha oferta: (i) la revisión de la última frase del apartado 6.5.3 del Proyecto de Gestión, relativo a la “Responsabilidad de los Operadores”, para correlacionar lo dispuesto en este apartado con lo establecido en la presente Resolución, (ii) la modificación del texto de la cláusula 34.1 del contrato-tipo, para prever la regulación que se establece en esta Resolución en relación con las causas de extinción del contrato, y (iii) la inclusión en el contrato-tipo de una tabla-resumen del procedimiento A, para garantizar su conocimiento por parte de los operadores adheridos o que se adhieran a la citada oferta.

Respecto a la falta de audiencia a los interesados con carácter previo a la elaboración del informe de la DTSA, se indica a esta asociación que no se trata de una fase del procedimiento administrativo que la LPAC obligue a tramitar cuando los procedimientos se inician de oficio, como ocurre en el presente. Es más, de acuerdo con el principio de simplificación administrativa, el artículo 72 de esta Ley permite acordar en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.

El artículo 75.4 de esa misma Ley dispone que “*el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento*”, lo que se ha garantizado mediante la notificación y publicación en el BOE del acuerdo de inicio y de trámite de audiencia del informe de la DTSA, habiendo podido todos los operadores interesados aportar las alegaciones y los documentos que han considerado oportunos.

Finalmente, se indica a ACUTEL que ninguna de las propuestas planteadas en el marco de este procedimiento motiva la necesidad de dar un nuevo un trámite de audiencia, ya que en esta Resolución no se incluye ninguna cuestión nueva sobre la que los operadores no hayan podido alegar; solo se ha modificado lo propuesto en el citado informe de la DTSA, precisamente a la vista de las alegaciones presentadas por todos los interesados en el procedimiento.

7. Sobre el bloqueo de SUC realizadas sobre infraestructuras en las que exista una ocupación indebida hasta que ésta se regularice o desmonte

- Alegación

Telefónica solicita que la CNMC se pronuncie sobre los casos en que, habiéndose llevado a cabo una ocupación indebida no regularizada, otro operador realice una solicitud sobre la misma infraestructura. En este supuesto, Telefónica entiende que hasta que no se regularice o desmonte la ocupación

indebida no debería tramitarse la SUC de otro operador sobre la misma infraestructura.

Esta operadora considera que con esta medida se incentivará al operador a regularizar o desmontar la ocupación indebida lo más ágilmente posible.

- Valoración

No es posible aceptar esta propuesta de Telefónica, que supondría un obstáculo para el desarrollo a la competencia y un perjuicio directo para el nuevo operador que pide acceso sobre la citada infraestructura. Por tanto, Telefónica no podrá paralizar la SUC que tramite un nuevo operador sobre la infraestructura afectada por la ocupación indebida realizada por un operador que se encuentre incurso en alguno de los procedimientos de regularización establecidos en esta Resolución, si la ocupación del nuevo operador fuera viable. Telefónica deberá tener en cuenta la ocupación indebida cuando realice el estudio técnico de cargas para el nuevo operador.

Incluso el caso que plantea Telefónica podría afectar a solicitudes presentadas con anterioridad a la ocupación irregular, pero pendientes de tramitación, que tendrían que analizarse con especial cuidado porque aquellos operadores que cumplen la regulación y procedimientos en vigor no pueden resultar perjudicados por las ocupaciones irregulares. Por lo que en este supuesto la solicitud formulada con anterioridad tendrá que ser tenida en consideración en el proceso de la regularización de la ocupación indebida y en caso de existir una dificultad en el acceso a las infraestructuras, los operadores podrán plantear la controversia ante la CNMC.

IX. Cuestiones planteadas que no son objeto de este procedimiento

- Alegaciones

1. En relación con los estudios de cargas, los proyectos técnicos y los premisos de obras:

AOTEC e Iguana solicitan que en el Procedimiento de Gestión de la oferta MARCo se establezca que el estudio de cargas y el presupuesto de adecuación se han de llevar a cabo de forma previa al replanteo. Además, estas entidades piden que se establezca la obligación de Telefónica de aceptar la revisión de los estudios mecánicos cuando el operador así lo requiera. Ambos interesados entienden que la denegación por parte de Telefónica a la realización de esta revisión debería considerarse como un incumplimiento de la oferta MARCo.

AOTEC, Iguana y Closeness también solicitan que los permisos para realizar obras a los efectos de regularizar las instalaciones sean presentados por Telefónica. Estas entidades alegan que Telefónica desatiende con frecuencia las solicitudes de permisos que afectan a las SUC de los operadores.

En concreto, Closeness indica que Telefónica no adopta las actuaciones necesarias para obtener los permisos o conseguir que se aprueben sus proyectos por parte de los Ayuntamientos. Por ello, esta operadora solicita que se obligue a Telefónica a realizar todas las actuaciones que sean necesarias para lograr la aprobación de los proyectos técnicos que afectan a los despliegues de los operadores, igual que hace para sus propios despliegues (por ejemplo, acudiendo con el operador a tres reuniones con el consistorio y acreditando las actuaciones ante la CNMC).

Closeness solicita que se describa la forma y el canal a través del cual los operadores deben solicitar a Telefónica la revisión de los estudios de cargas, y que se establezca que estas revisiones no pueden denegarse ni verse condicionadas por Telefónica.

Soluciones Corporativas también solicita acceso a la normativa interna de Telefónica, con el fin de tener toda la información necesaria sobre los cálculos que se realizan en los estudios de cargas y así poder reproducirlos, incluso de forma previa a la tramitación de la SUC. Asimismo, este operador solicita acceso al aplicativo de cálculo de fuerzas utilizado por Telefónica a través de la plataforma NEON. De este modo, según indica, los operadores tendrían la posibilidad de calcular la carga del nuevo cable y de los ya existentes, para así conocer previamente si existe la necesidad de adecuar la línea de postes.

Soluciones Corporativas también solicita que se detalle en la oferta cuándo Telefónica debe recalcular el estudio técnico debido a situaciones imprevistas, como por ejemplo la denegación de permisos, la imposibilidad de instalar riostras, etc.

Por último, Soluciones Corporativas considera que los presupuestos de adecuación deben basarse en partidas entendibles y detalladas en base a los elementos a modificar o sustituir, y que estos deben incorporar un desglose de los precios para cada una de las partidas.

2. En relación con uso de la Cámara 0:

AOTEC e Iguana también solicitan que se incluya el uso de la cámara 0 con acceso a Galería en la oferta MARCo, al objeto de conseguir un mayor uso de las canalizaciones subterráneas y propiciar con ello un menor uso de los postes. Asimismo, solicitan que se establezca un procedimiento que determine las condiciones relativas a la utilización de armarios en pedestal y de salidas laterales.

- Valoración

Los aspectos señalados por los operadores en relación con los estudios de cargas, los proyectos técnicos y los permisos de obras están siendo tratados en el procedimiento de revisión de la oferta MARCo, acerca de los criterios técnicos

relativos al uso compartido de los postes de Telefónica (expediente OFE/DTSA/004/20), por lo que no son objeto de este procedimiento.

Respecto al uso de la Cámara 0 solicitado por AOTEC e Iguana, se indica que esta cuestión tampoco guarda relación con el objeto de este expediente. Esta cuestión podrá ser analizada en el próximo expediente de revisión de la oferta MARCo que se abra en materia de canalizaciones.