

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA DE OBRA CIVIL

(SNC/DTSA/007/21)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULACIÓN

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 10 de febrero de 2022

Vista la Propuesta de resolución de la instructora, junto con las alegaciones presentadas y el resto de las actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Expediente de información previa IFP/DTSA/030/20

En el marco de su labor de supervisión de los mercados de comunicaciones electrónicas sometidos a regulación ex ante, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) detectó, a partir de la tramitación de una serie de procedimientos y del acceso en modo de consulta a la plataforma NEON-MARCo de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica), la existencia de unos supuestos en los que Telefónica podría haber procedido a denegar o dilatar injustificadamente el acceso a su oferta mayorista de acceso a registros y conductos (oferta MARCo). En concreto, Telefónica podría haber rechazado o retrasado las solicitudes de uso compartido (SUC) a la oferta MARCo efectuadas por una serie de operadores y que tenían por objeto prestar servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales.

Mediante escrito de 23 de julio de 2020 esta Comisión comunicó la apertura de un expediente de actuaciones previas a Telefónica, tramitado con número de referencia IFP/DTSA/030/20, con la finalidad de analizar los hechos puestos antes de manifiesto y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. (folios 17 a 21).

En el marco del mencionado expediente de información previa esta Comisión requirió a Telefónica y a Colt Technology Services, SAU, (en adelante, Colt) diversa información y documentación que fue efectivamente aportada en plazo. (folios 44 a 177 y 189 a 198)

Mediante escritos de fechas 11 de septiembre de 2020 y 7 de octubre de 2020 se declararon las confidencialidades de determinada información aportada por Telefónica y Colt, respectivamente. (folios 178 a 185 y 199 a 205)

Con fecha 5 de febrero de 2021 Telefónica solicitó acceder al expediente IFP/DTSA/030/20. En fecha 8 de febrero de 2021 le fue entregada a Telefónica una copia completa del expediente electrónico solicitado. (folios 206 a 2014)

SEGUNDO.- Acuerdo de incoación de procedimiento sancionador

En fecha 18 de febrero de 2021, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel). La presunta infracción consistiría en el

incumplimiento de la Resolución de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y 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, así como en el incumplimiento de la oferta MARCo (folios 1-11).

En fecha 19 de febrero de 2021, se procedió a notificar el citado acuerdo a la instructora del procedimiento sancionador (folio 12). El acuerdo de incoación fue asimismo notificado a Telefónica en fecha 24 de febrero de 2021 (folios 13-16).

TERCERO.- Incorporación de documentación del expediente IFP/DTSA/030/20

En fecha 24 de febrero de 2021, se comunicó a Telefónica la incorporación al procedimiento sancionador de referencia de los documentos obrantes en el expediente IFP/DTSA/030/20 relativo a la apertura de un periodo de información previa sobre el uso de la oferta MARCo por Telefónica (folios 17-214 y 215-218).

CUARTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

El 23 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Telefónica en el cual formulaba una serie de alegaciones contra la incoación del procedimiento sancionador (folios 219-245) que son, en síntesis, las siguientes.

- Que Telefónica ha cumplido en todo momento con la regulación vigente en relación con las obligaciones de acceso y no discriminación de terceros operadores a la infraestructura de obra civil, conforme los criterios expuestos por esta Comisión sobre usos indebidos de la oferta MARCo: que tanto en las Resoluciones de los mercados 3 y 4 como en la última modificación de 30 de abril de 2019 de la oferta MARCo se condiciona el acceso a las infraestructuras de obra civil al despliegue de redes NGA FTTH y DOCSIS 3.0.
- Que las SUC declaradas incorrectas e identificadas en este expediente por tener como finalidad un uso indebido de la oferta MARCo, requirieron de una previa interlocución aclaratoria con los operadores solicitantes.
- Que no fue hasta julio de 2020 cuando la CNMC cambió de criterio (con ocasión de la contestación a una consulta de Colt) cuando dejó de considerar como uso indebido de la oferta MARCo crear una red privada de uso exclusivo de un solo cliente empresarial.
- Que la conducta infractora atribuida a Telefónica no es punible ni antijurídica al tener las SUCs objeto del presente procedimiento sancionador por finalidad un uso indebido de la oferta MARCo.
- Que no caber apreciar el elemento de culpabilidad en la conducta calificada como infractora, ni tampoco falta de diligencia debida pues la

conducta se produce por un cambio de criterio de la CNMC que habría vulnerado la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima de Telefónica pues esta Comisión nunca reprochó a Telefónica la forma en la que venía aplicando la oferta MARCo.

QUINTO.- Declaración de confidencialidad

En fecha 24 de marzo de 2021, se procedió a declarar como confidencial determinada información contenida en el escrito de Telefónica mencionado en el anterior antecedente que podría afectar al secreto comercial e industrial de dicho agente (folios 246-252).

SEXTO.- Requerimientos de información

Mediante escritos de fecha 13 de abril de 2021 se requirió de Telefónica, Aire Networks del Mediterráneo, S.L.U. (Aire Networks), Carcon Networks, S.L. (Carcon), CenturyLink Communications España, S.A.U. (CenturyLink¹), Colt, Evolutio Cloud Enabler, S.A. (Evolutio), Idecnet, S.A. (Idecnet) e Iguana Comunicacions, S.L. (Iguana), determinada información relativa a la tramitación por parte de Telefónica de las SUC objeto del procedimiento, así como sobre los usos previstos para las citadas SUC (folios 253-316).

En fecha 14 de abril de 2021, Colt solicitó la ampliación del plazo inicialmente concedido para dar contestación al requerimiento de información (folios 317-321), concediéndose a tal efecto a dicho operador un plazo adicional de cinco días mediante escrito de 15 de abril de 2021 (folios 322-325). CenturyLink solicitó la ampliación del plazo inicialmente concedido para dar contestación al requerimiento de información en fecha 26 de abril de 2021 (folios 385-390), concediéndose asimismo a dicho operador un plazo adicional de cinco días mediante escrito de 27 de abril de 2021 (folios 391-394).

Los operadores precitados dieron respuesta a los requerimientos practicados por la instructora mediante escritos de fechas 23 y 28 de abril de 2021 (Iguana); 28 de abril de 2021 (Evolutio, Aire Networks); 5 de mayo de 2021 (CenturyLink); 6 y 7 de mayo de 2021 (Colt) y 10 de mayo de 2021 (Telefónica e Idecnet) (folios 326-368 y 395-1209).

En relación con los operadores Carcon e Idecnet, habiéndose producido el rechazo tácito de la primera notificación practicada por la instructora, en los términos previstos en el artículo 43.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

¹ Actualmente, Lumen Technologies Iberia S.A.

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en fecha 26 de abril de 2021 volvió a formularse a estos operadores el requerimiento de información precitado (folios 369-384). En el caso de Carcon, la solicitud de información fue nuevamente reiterada en fecha 14 de mayo de 2021 (folios 1262-1270).

SÉPTIMO.- Declaraciones de confidencialidad

En fecha 14 de mayo de 2021, se procedió a declarar como confidencial determinada información contenida en los escritos de Aire Networks, CenturyLink, Colt, Evolutio, Idecnet, Iguana y Telefónica mencionados en el antecedente de hecho anterior, porque podría afectar al secreto comercial e industrial de dichos operadores (folios 1210-1261).

OCTAVO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 9 de noviembre de 2021 fue notificada a Telefónica la propuesta de resolución formulada por la instructora del procedimiento (folios 6351 a 6394), concediéndole el plazo de un mes para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes y, asimismo, informándole de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC (folios 1271 a 1387). En fecha 10 de noviembre de 2021, Telefónica accedió a la notificación (folio 1388).

En la propuesta de resolución, la instructora califica la conducta descrita como una infracción muy grave del artículo 76.12 de la LGTel, por haber incumplido las obligaciones contenidas en la Resolución de 24 de febrero de 2016² por la que se aprueba la definición y 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, así como en la oferta MARCo vigente³.

Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), así como los específicamente indicados en el artículo 80 de la LGTel, se propone imponer a dicho operador una sanción por importe de tres millones euros (3.000.000€) por la anterior conducta.

² Expediente ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4

³ Oferta que ha sido objeto de múltiples revisiones y que fue aprobada por primera vez por Resolución de fecha 19 noviembre de 2009 (MTZ 2009/1223).

NOVENO.- Elevación de expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 10 de noviembre de 2021, la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de los documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo (folio 1389).

DECIMO.- Solicitud de acceso y de ampliación de plazo para realizar alegaciones

Tras acceder Telefónica el día 15 de noviembre de 2021 a una copia completa de la documentación no confidencial para la solicitante obrante en el expediente de referencia (folios 1390 a 1398), Telefónica alegó que el expediente remitido y su índice estaban incompletos por lo que solicitó la compleción del expediente y la ampliación del plazo para presentar alegaciones mencionado en el anterior antecedente (folios 1399 a 1406).

Por medio de un escrito de la instructora de fecha 22 de noviembre de 2021 se denegó la ampliación de plazo solicitada tras considerar que no concurrían circunstancias que así lo aconsejase y comprobar que el expediente remitido a Telefónica sí estaba completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice autenticado en los términos previstos en el artículo 70.3 de la LPAC (folios 1407 a 1420).

UNDECIMO.- Alegaciones de Telefónica a la propuesta de resolución

Con fecha 3 de diciembre de 2021 Telefónica presentó un escrito de alegaciones fechado a 10 de diciembre de 2021 (folios 1424 a 1470), en el cual manifiesta, resumidamente, lo siguiente:

- Que Telefónica no ha incumplido ni la Resolución de mercados de banda ancha ni tampoco la oferta MARCo. Las 41 SUC objeto del presente expediente las rechazó porque estaban destinadas a un uso indebido de la oferta: desplegar red en tramos interurbanos de larga distancia y la creación de redes privadas para la autoprestación, para el uso exclusivo de un solo cliente o para la prestación del servicio de líneas alquiladas. Que el ámbito de aplicación de la oferta MARCo se limita al ámbito de despliegue de redes NGA cuya finalidad es resolver problemas de competencia que pudieran existir en el mercado minorista. El uso de la oferta MARCo para cualquier finalidad distinta de la anterior, supone un uso indebido de conformidad con la práctica de esta Comisión.
- Que los circuitos utilizados en las redes privadas para un único cliente no se consideran una red NGA, esto es, cuando el despliegue de redes NGA

tengan por finalidad la prestación del servicio de líneas alquiladas, servicio que pertenece al ámbito de los mercados mayoristas (mercados 4 y 6); se aplicarán las obligaciones mayoristas para resolver problemas de competencia que pudieran existir en el mercado minorista descendente por lo que no se aplicarán las obligaciones mayoristas previstas para resolver los problemas de otros mercados minoristas (mercados 3a y 3b). Insiste en que, el hecho de que ahora la CNMC sí incluya esta última modalidad de uso de la oferta -poner a disposición de los operadores la prestación del servicio de líneas alquiladas- supone un cambio de criterio de la CNMC manifestado en la contestación a la consulta de Colt.

Finaliza esta alegación repasando agrupadamente las SUC objeto del presente procedimiento con la intención de justificar los rechazos y dilaciones que se le imputan.

- Que no hay antijuridicidad en su conducta pues no ha incumplido sus obligaciones en materia de acceso y no discriminación que contempla la Resolución de mercados de banda ancha ni la oferta MARCo por los motivos antes expuestos, además de que la CNMC no ha hecho uso de su facultad inspectora para comprobar sus afirmaciones sobre las infracciones que se le imputan.
- Que la conducta no está tipificada como infracción y que la CNMC, aprovechándose de la falta de claridad de la Resolución de mercados de banda ancha sobre el uso de la oferta MARCo respecto de mercados mayoristas descendentes, aprovecha para calificar la supuesta infracción como muy grave y no, a lo sumo, como infracción grave por cumplimiento defectuoso de una resolución firme.
- Ausencia de culpabilidad negando, en todo caso, el carácter doloso de su conducta. Prueba de ello es que en cuanto conoció la Resolución contestando a la consulta de Colt, adecuó su conducta a lo establecido en esa Resolución. Además, considera que el hecho de que ningún operador alternativo haya interpuesto un conflicto ante esta Comisión demuestra que su conducta no ha producido ningún perjuicio.
- Que la sanción propuesta vulnera el principio de proporcionalidad al soslayar la escasa proporción de la conducta que se le imputa respecto del total de las SUCs presentadas a Telefónica durante el periodo objeto de análisis en el presente procedimiento, además del escaso impacto negativo en el mercado que generó esa conducta según lo expuesto respecto de la anterior alegación.

DUODECIMO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y

del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar favorablemente el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos:

ÚNICO.- Entre septiembre de 2019 y septiembre de 2020 Telefónica rechazó y retrasó injustificadamente 41 solicitudes de uso compartido (SUC) a la oferta MARCo efectuadas por operadores alternativos que tenían por objeto, bien prestar servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales o bien proceder a despliegues autorizados conforme a la citada oferta

El procedimiento general de provisión del Servicio de Uso Compartido de Infraestructuras (en adelante, SUC) previsto en la **oferta MARCo** y por el que se se materializa la obligación de proporcionar acceso a terceros operadores a las infraestructuras de obra civil de Telefónica establecida en la Resolución de 24 febrero de 2016 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor⁴ (**Resolución de los mercados de banda ancha**), estipula un plazo máximo de 45 días laborables cuyo cómputo comienza desde el momento en que el operador alternativo introduce en NEON una solicitud de uso compartido (SUC) y finaliza cuando se produce su confirmación por parte de Telefónica y puede procederse a su facturación. Dicho plazo comprende la realización de los trámites necesarios para que Telefónica proceda a la validación inicial de la SUC y proponga una fecha para el replanteo (10 días laborables a contar desde la solicitud (T0)), así como la realización del replanteo conjunto (30 días laborables a contar desde la solicitud (T0)) y la propia confirmación de la SUC una vez el operador alternativo ha procedido al envío de la memoria descriptiva y el acta de replanteo (15 días laborables desde la realización del replanteo (T1)). (el subrayado es nuestro).

A continuación, se identifican las 41 SUC afectadas que acreditan el incumplimiento de los anteriores plazos y procedimientos previstos por parte de

⁴ Expediente ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4.

Telefónica y en donde se detalla si se rechazó o retrasó injustificadamente su provisión:

Tabla 1 – SUC afectadas y plazos de validación / confirmación

	Número solicitud (operador)	Fecha de solicitud (NEON)	Fecha de validación (oferta MARCo: 10 días) (total días hábiles)	Fecha de confirmación (oferta MARCo: 45 días) (total días hábiles)
1	887SUCW61302019111100 (Aire Networks) ⁵	11/11/2019	22/07/2020 (175)	20/11/2020 (260)
2	972SUCW32162019102500 (Carcon)	25/10/2019	22/07/2020 (185)	No fue confirmada
3	156SUCW45002019091000 (CenturyLink) ⁶	10/09/2019 ⁷	No fue validada	No fue confirmada
4	156SUCW74412020012400 (CenturyLink)	24/01/2020 ⁸	No fue validada	No fue confirmada
5	156SUCW74602020012400 (CenturyLink)	24/01/2020	No fue validada	No fue confirmada
6	156SUCW73932020012400 (CenturyLink)	24/01/2020	No fue validada	No fue confirmada
7	080SUCW42412019103000 (Colt)	30/10/2019 ⁹	09/07/2020 (173)	16/10/2020 (243)

⁵ 8 SUC de Aire Networks han sido excluidas del perímetro del expediente, al haberse verificado que las solicitudes de este operador tenían como objeto la provisión de servicios distintos de los que se analizan en el actual procedimiento sancionador.

⁶ 2 SUC de CenturyLink han sido excluidas del perímetro del expediente, al haberse verificado que las solicitudes de este operador tenían como objeto la provisión de servicios distintos de los que se analizan en el actual procedimiento sancionador.

⁷ El 10 de octubre de 2019, la SUC fue rechazada por Telefónica, por constituir según Telefónica un uso indebido de la oferta MARCo (“red para un único cliente”). CenturyLink procedió a cancelar manualmente la SUC el 17 de octubre de 2019, lanzando una nueva SUC el 17 de octubre de 2019 (156SUCW16202019101700) para reemplazar la SUC 156SUCW45002019091000. Esta nueva SUC tampoco fue validada por Telefónica.

⁸ El 11 de febrero de 2020, las SUC 156SUCW74412020012400, 156SUCW74602020012400 y 156SUCW73932020012400 fueron declaradas incorrectas por Telefónica, procediendo a su anulación en fecha 1 de septiembre de 2020.

⁹ Las SUC de Colt analizadas en el presente procedimiento fueron rechazadas por Telefónica, por constituir según Telefónica un uso indebido de la oferta MARCo (“sin despliegue de red de acceso FTTH”). En su respuesta al requerimiento de información practicado por la instructora, Colt señala que las SUC no validadas y/o confirmadas fueron finalmente anuladas bien como consecuencia de la imposibilidad de prestar el servicio, o por haberse podido encontrar una solución alternativa a la oferta MARCo para poder llevar a buen término la prestación del mismo.

	Número solicitud (operador)	Fecha de solicitud (NEON)	Fecha de validación (oferta MARCo: 10 días) (total días hábiles)	Fecha de confirmación (oferta MARCo: 45 días) (total días hábiles)
8	080SUCW40462019103000 (Colt)	30/10/2019	09/07/2020 (173)	16/10/2020 (243)
9	080SUCW67752019111400 (Colt)	14/11/2019	30/07/2020 (178)	27/11/2020 (262)
10	080SUCW95112019112800 (Colt)	28/11/2019	17/07/2020 (159)	No fue confirmada
11	080SUCW95152019112800 (Colt)	28/11/2019	17/07/2020 (159)	No fue confirmada
12	080SUCW95322019112800 (Colt)	28/11/2019	17/07/2020 (159)	No fue confirmada
13	080SUCW95602019112800 (Colt)	28/11/2019	17/07/2020 (159)	No fue confirmada
14	080SUCW60542019111100 (Colt)	11/11/2019	17/07/2020 (172)	No fue confirmada
15	080SUCW94672019112800 (Colt)	28/11/2019	17/07/2020 (159)	18/11/2020 (245)
16	080SUCW45172020010300 (Colt)	03/01/2020	20/07/2020 (138)	No fue confirmada
17	080SUCW45122020010300 (Colt)	03/01/2020	No fue validada	No fue confirmada
18	080SUCW96182019100800 (Colt)	08/10/2019	14/07/2020 (192)	22/10/2020 (263)
19	080SUCW98682019100900 (Colt)	09/10/2019	14/07/2020 (191)	16/10/2020 (258)
20	080SUCW98562019100900 (Colt)	09/10/2019	14/07/2020 (191)	16/10/2020 (258)
21	080SUCW02752019101000 (Colt)	10/10/2019	No fue validada	No fue confirmada
22	080SUCW04802019101100 (Colt)	11/10/2019	No fue validada	No fue confirmada
23	080SUCW09042019101500 (Colt)	15/10/2019	No fue validada	No fue confirmada
24	080SUCW49172019110500 (Colt)	05/11/2019	No fue validada	No fue confirmada
25	080SUCW00922019100900 (Colt)	09/10/2019	No fue validada	No fue confirmada
26	080SUCW22222019102100 (Colt)	21/10/2019	14/07/2020 (183)	16/10/2020 (250)
27	080SUCW74852019111800 (Colt)	18/11/2019	No fue validada	No fue confirmada
28	080SUCW77492019111900 (Colt)	19/11/2019	No fue validada	No fue confirmada
29	058SUCW98692020020700	07/02/2020	14/07/2020 ¹⁰	No fue

¹⁰ Una vez validada por Telefónica, Idecnet pasó la SUC en fecha 14/07/2020 al estado "pendiente de replanteo autónomo", procediéndose a la anulación de la solicitud en fecha 05/02/2021 (una vez transcurridos seis meses) por falta de progreso. En su respuesta al

	Número solicitud (operador)	Fecha de solicitud (NEON)	Fecha de validación (oferta MARCo: 10 días) (total días hábiles)	Fecha de confirmación (oferta MARCo: 45 días) (total días hábiles)
	(Idecnet)		(110)	confirmada
30	058SUCW67122020012100 (Idecnet)	21/01/2020	14/07/2020 (123)	03/08/2020 (137)
31	058SUCW67292020012100 (Idecnet)	21/01/2020	14/07/2020 (123)	15/12/2020 (229)
32	058SUCW71902020012300 (Idecnet)	23/01/2020	14/07/2020 (121)	19/07/2020 (124)
33	058SUCW44472020010300 (Idecnet)	03/01/2020	22/07/2020 (140)	15/08/2020 (157)
34	058SUCW44652020010300 (Idecnet)	03/01/2020	14/07/2020 (134)	03/08/2020 (148)
35	698SUCW70702020012200 (Iguana)	22/01/2020	25/09/2020 (175)	23/04/2021 ¹¹ (315)
36	698SUCW70742020012200 (Iguana)	22/01/2020	25/09/2020 (175)	23/04/2021 (315)
37	698SUCW70772020012200 (Iguana)	22/01/2020	25/09/2020 (175)	23/04/2021 (315)
38	698SUCW70822020012200 (Iguana)	22/01/2020	25/09/2020 (175)	23/04/2021 (315)
39	698SUCW70832020012200 (Iguana)	22/01/2020	25/09/2020 (175)	23/04/2021 (315)
40	698SUCW70502020012200 (Iguana)	22/01/2020	25/09/2020 (175)	23/04/2021 (315)
41	698SUCW70582020012200 (Iguana)	22/01/2020	25/09/2020 (175)	03/12/2020 ¹² (222)

De las 41 SUC anteriormente detalladas, solo 8 han finalizado de forma positiva pasando al estado de “ocupación” aunque lo han hecho en plazos muy superiores a los establecidos en la oferta MARCo¹³.

requerimiento de información, Idecnet señala que la ocupación finalmente no se llevó a cabo dada la saturación de la infraestructura que se pretendía ocupar.

¹¹ Con la excepción de la SUC 698SUCW70582020012200, para el resto de SUC objeto del presente expediente, una vez validadas las mismas y efectuados los replanteos en diciembre-enero de 2020-21, Iguana no facilitó el Acta de Replanteo y la Memoria Descriptiva hasta el mes de abril de 2021.

¹² En relación con la SUC 698SUCW70582020012200, una vez validada la misma Iguana facilitó el Acta de Replanteo y la Memoria Descriptiva en fecha 3 de noviembre de 2020.

¹³ Atendiendo en particular a los significativos retrasos que se produjeron en el momento de la validación de las solicitudes por Telefónica, respecto del plazo de 10 días hábiles fijado en la oferta MARCo.

En relación con las SUC que finalmente fueron canceladas por los operadores solicitantes, dada la ausencia de información sobre las dilaciones producidas respecto de la validación de sus solicitudes como también respecto de su confirmación, tal y como exige en particular el apartado 6.2.3 de la oferta MARCo, esta conducta ha podido suponer una obstrucción para el despliegue por parte de los operadores alternativos de sus propias redes proyectadas así como para el cumplimiento, en su caso, de sus compromisos comerciales.

Los anteriores hechos han sido probados sobre la base de los siguientes elementos:

- Colt Technology Services, S.A.U. (Colt) presentó un escrito el día 15 de abril de 2020 por el que informaba que, a partir de diciembre de 2019, Telefónica había comenzado a denegar sistemáticamente sus solicitudes de acceso a la oferta MARCo amparándose exclusivamente en el modelo de negocio de este agente; esto es, en el modelo de un operador enfocado en la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas a empresas¹⁴. Sobre la base de lo anterior, se acordó la apertura de un periodo de información previa tramitando el correspondiente expediente, con número de referencia IFP/DTSA/030/20 (folios 17 a 21), para comprobar los anteriores hechos. Durante su tramitación se identificaron 22 SUCs de Colt que Telefónica rechazó o retrasó en contradicción con los términos previstos al efecto en la oferta MARCo y que tenían por objeto la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales.
- En la consulta efectuada de oficio por la CNMC a la plataforma NEON-MARCo para el periodo comprendido entre septiembre de 2019 y junio de 2020 realizada en el marco del expediente IFP/DTSA/030/20, se detectó que Telefónica había procedido a rechazar las SUC de varios operadores alternativos. En concreto, se identificaron 30 SUC adicionales a las de Colt antes mencionadas, que fueron puestas en conocimiento de Telefónica durante el periodo de información previa, y sobre las que se verificó que en principio los trazados denegados permitían a los operadores alternativos acceder a clientes finales ubicados en áreas industriales o empresariales¹⁵.

¹⁴ El escrito de Colt dio lugar al Acuerdo de fecha 1 de julio de 2020, por el que se da contestación a la consulta formulada por Colt en relación con el ámbito de aplicación de la oferta MARCo (expediente CNS/DTSA/471/20).

¹⁵ De las 30 SUC inicialmente identificadas durante el periodo de información previa, una de las SUC (formulada por el operador Evolutio) no es objeto del presente procedimiento, al haberse

- En la información recabada de los operadores alternativos afectados por las prácticas que habían sido analizadas en el periodo de información previa (Aire Networks, Carcon¹⁶, CenturyLink, Colt, Evolutio, Idecnet, Iguana) así como de la propia Telefónica durante la instrucción del presente procedimiento, figura información detallada sobre los usos previstos para las 52 SUC inicialmente analizadas, y que incluye la siguiente: (i) la identificación y tipología de los clientes a los que se presta o estaba previsto proveer servicios de comunicaciones electrónicas haciendo uso de las SUC; (ii) el trazado y naturaleza de la red que discurre o debía discurrir por las infraestructuras físicas; (iii) los contratos comerciales firmados u ofertas presentadas a los clientes; (iv) las facturas de los elementos utilizados para el despliegue de la red y la ejecución de los contratos.

Conclusiones sobre el hecho probado único

Según los Antecedentes y el Hecho Probado único descrito, cabe concluir que entre septiembre de 2019 y septiembre de 2020 Telefónica incumplió con los plazos de validación y confirmación previstos en la oferta MARCo vigente en relación con 41 SUC, encaminadas a prestar servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales o a la realización de despliegues autorizados¹⁷ y que fueron efectuadas por varios operadores que prestan servicios a este segmento de mercado.

verificado que en dicho caso fue el propio operador alternativo el que procedió a anular la solicitud de acceso al poco tiempo de haberla formulado. Asimismo, 8 SUC de Aire Networks y 2 SUC de Centurylink han sido excluidas del perímetro del expediente, al haberse verificado que las solicitudes de estos operadores tenían como objeto la provisión de servicios distintos de los que se analizan en el actual procedimiento sancionador (SUC rechazadas o retrasadas para la prestación por los operadores alternativos de servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales o para desplegar tramos de red de acceso autorizados conforme a la oferta MARCo).

¹⁶ Carcon no ha dado contestación al requerimiento de información efectuado por la instructora del procedimiento.

¹⁷ Se incluyen en esta categoría las SUC formuladas por el operador Iguana, que fueron rechazadas por Telefónica por tratarse supuestamente de un despliegue de tramos interurbanos de larga distancia, aun cuando el despliegue pretendido por Iguana tenía como objeto el tendido de una red FTTH en las localidades de Copons y Jorba (Barcelona). Aun cuando las solicitudes de Iguana no estaban por consiguiente encaminadas a la prestación de servicios a clientes empresariales finales, la negativa de Telefónica a tramitar sus SUC constituye una evidencia de la conducta obstruccionista de Telefónica en relación con el uso de la oferta MARCo para fines distintos de los que Telefónica consideraba como puramente residenciales, lo que constituye el objeto de este procedimiento.

Ello se concluye en particular porque, respecto de las 41 SUC objeto del presente procedimiento, Telefónica: (i) nunca validó 12 SUC; (ii) de las SUC restantes, dilató significativamente su validación en plazos sensiblemente superiores a los 10 días que prevé la oferta MARCo. Y de estas SUC, únicamente 8 han finalizado de forma positiva.

En definitiva, se considera probado que durante el periodo analizado Telefónica contravino la Resolución de mercados de banda ancha y la oferta MARCo al rechazar o retrasar injustificadamente el acceso a sus infraestructuras de obra civil cuando las SUC estaban encaminadas a prestar servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales o a la realización de despliegues autorizados realizadas por operadores alternativos.

A los anteriores antecedentes y hechos probados le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y sobre la competencia para resolver el presente procedimiento sancionador

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹⁸, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Entre las funciones cuyo ejercicio corresponde a la CNMC, en relación con las materias reguladas en la propia Ley, el artículo 70.2.a) de la LGTel le atribuye la competencia para *“definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo”*.

En desarrollo de estos preceptos, en la Resolución de los mercados de banda ancha se impusieron a Telefónica, como operador con poder significativo en los

¹⁸ Actualmente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

mercados de referencia, una serie de obligaciones en relación con los servicios mayoristas de (i) acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado; (ii) acceso a la infraestructura de obra civil; (iii) acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local) y (iv) acceso indirecto de banda ancha.

En lo que se refiere al acceso a la infraestructura de obra civil, estas medidas encuentran su desarrollo, como se ha visto, en la oferta MARCo.

Por otra parte, el artículo 84 de la LGTel, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, atribuyen a la CNMC la resolución de los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial. En particular, el artículo 84 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“La competencia sancionadora corresponderá:

[...]

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

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre los hechos considerados en el presente procedimiento relativos al posible incumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha de 2016 y la oferta MARCo. A estos efectos, el artículo 76.12 de la LGTel tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de la LGTel dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

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

Por ello, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC y en los artículos 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la instrucción corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, habiendo sido la instructora nombrada a través del acuerdo de incoación del presente expediente, y a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución del procedimiento.

SEGUNDO.- Sobre la ley aplicable al presente procedimiento

En cuanto a la norma aplicable al procedimiento, resultan de aplicación los artículos 2 y 6 de la LCNMC y 84.4 de la LGTel. En virtud del referido artículo 2, en lo no previsto en estas normas regirán de forma supletoria las precitadas LPAC y LRJSP.

IV FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PREVIO.- Introducción del marco regulatorio aplicable

En la Resolución de los mercados de banda ancha, tras concluir que dicho mercado no es realmente competitivo, se ha impuesto a Telefónica, en tanto operador declarado con poder significativo de mercado, una serie de obligaciones regulatorias entre las que se encuentra la que, a efectos del presente procedimiento, nos interesa que a continuación aparece subrayada:

*“**Quinto.** Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en los Anexos 2 a 4 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado; el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle de fibra óptica, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica y en el anexo 7 en relación con la prestación con carácter transitorio del servicio NEBA-fibra”. (el subrayado es nuestro).*

Tal y como se desarrolla en el Anexo 3 de la citada Resolución, las obligaciones en relación con el acceso a la infraestructura de obra civil impuestas a Telefónica son las siguientes: (i) obligación de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil en tanto recursos asociados, a precios regulados, lo que implica el cumplimiento de una serie de obligaciones complementarias entre las que se incluye la de dar acceso a terceros a los elementos y recursos específicos de su red necesarios para la provisión del acceso a las infraestructuras de obra civil de forma que se asegure la plena operatividad de la obligación sin discriminar o limitar el suministro del acceso por razones tecnológicas, de arquitectura de red o de funcionalidad de la misma, o por la actividad del operador; (ii) ser transparente en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil, lo que supone, entre otras, la publicación de una Oferta de Referencia (oferta MARCo); y (iii) no discriminar en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil, lo que implica que Telefónica debe implantar los medios necesarios para la provisión del acceso mayorista a sus infraestructuras, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas y, en particular, en relación con la ocupación de

la capacidad disponible, plazos y demás condiciones relevantes relativas al acceso a las infraestructuras de obra civil.

A través de la **oferta MARCo** se materializa la obligación de proporcionar acceso a terceros operadores a sus infraestructuras de obra civil. Ahí se establece la forma en la que Telefónica ha de cumplirla: detalla los aspectos técnicos, económicos y procedimentales de los servicios, incluyendo plazos máximos para satisfacer las solicitudes de acceso de los operadores.

La oferta MARCo se compone de dos servicios diferenciados: Servicio de Información de Conductos y Otras Infraestructuras de Obra Civil (SICO)¹⁹ y el Servicio de Uso Compartido de Infraestructuras (SUC). El presente procedimiento se refiere al incumplimiento por parte de Telefónica del procedimiento general de provisión del Servicio de Uso Compartido de Infraestructuras (en adelante, SUC) en el que, el cumplimiento de los plazos ahí previstos, se constituye en elemento fundamental pues su cumplimiento resulta determinante para garantizar la no discriminación y para que los operadores alternativos puedan desplegar sus propias redes y hacerlo en los plazos acordados con sus clientes, en este caso, del ámbito empresarial.

Para el procedimiento general de provisión del Servicio de Uso Compartido de Infraestructuras (en adelante, SUC), la oferta MARCo estipula un plazo máximo de 45 días laborables: su cómputo comienza desde el momento en que el operador alternativo introduce en NEON una solicitud de uso compartido (SUC) y finaliza cuando se produce su confirmación por parte de Telefónica y puede procederse a su facturación²⁰. Dicho plazo comprende la realización de los trámites necesarios para que Telefónica proceda a la validación inicial de la SUC y proponga una fecha para el replanteo (10 días laborables a contar desde la solicitud (T0)), así como la realización del replanteo conjunto (30 días laborables a contar desde la solicitud (T0)) y la propia confirmación de la SUC una vez el operador alternativo ha procedido al envío de la memoria descriptiva y el acta de replanteo (15 días laborables desde la realización del replanteo (T1)).

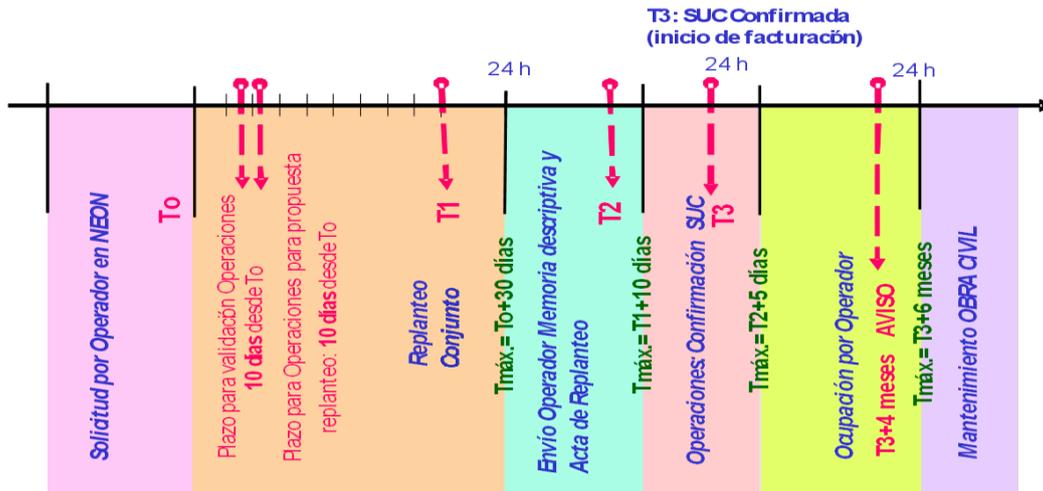
¹⁹ El SICO consta de dos partes:

- Servicio de información de infraestructuras
- Servicio de información de vacantes

²⁰ Este plazo puede ser incluso inferior, en el caso de que la ocupación se lleve a cabo a través del procedimiento de uso compartido mediante modalidad de replanteo autónomo o el procedimiento de uso compartido de la red de dispersión canalizada.

A través del siguiente cronograma incluido en la oferta MARCo se visualizan mejor los anteriores plazos con los que está obligada a cumplir Telefónica para atender las SUC:

Cronograma de solicitud de ocupación en redes de alimentación y distribución, con replanteo conjunto (no se requiere acreditación específica):



Y en mayor detalle, el **apartado 6.2.3** del Procedimiento SUC de la oferta MARCo (“Validación de solicitudes”), especifica que cuando Telefónica declare incorrecta una solicitud por suponer un supuesto uso inadecuado del servicio mayorista, deberá justificar claramente el motivo del rechazo antes de diez días, así como llevar a cabo la reevaluación de la solicitud antes de cinco días tras la corrección o aportación de información aclaratoria. Si Telefónica sigue considerando que la solicitud es incorrecta deberá motivarlo detalladamente en NEON para que el Operador pueda informar a la CNMC del rechazo y los motivos en caso de solicitar su intervención.(el subrayado es nuestro)

PRIMERO.- Tipificación del hecho probado

El tipo infractor que se le imputa a Telefónica objeto del presente procedimiento está previsto en el artículo 76.12 de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave “*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*”.

En particular, tal y como consta en el Resuelve Primero del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Telefónica por

existir indicios de un posible *“incumplimiento de la Resolución de 24 de febrero de 2016 por la que se aprueba la definición y 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 (Resolución de los mercados de banda ancha), así como en el incumplimiento de la oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (oferta MARCo), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 30 de abril de 2019”*.

En virtud de lo anterior, el objeto del presente procedimiento es determinar si Telefónica habría incumplido, durante el periodo analizado y de manera continuada y generalizada, su obligación particular de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil en tanto recursos asociados en condiciones no discriminatorias conforme viene determinado en la oferta MARCo.

Nuestros tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tipo infractor previsto en el artículo 76.12²¹ de la LGTel. Así, la sección 8ª de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 28 de febrero de 2.011 (SAN 987/2011), señaló que *“tanto las obligaciones impuestas en la OBA como en la resolución de 11 de mayo de 2006 - Resolución de 11 de mayo de 2006 por la que se definía el mercado desagregado al por mayor de los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales- constituyen auténticos mandatos que no precisan para su imposición coactiva de otros actos de aplicación concreta. (...) Los actos recurridos no constituyen meras declaraciones sin fuerza vinculante, sino verdaderas obligaciones individuales o mandatos. El mandato esencialmente constituye un deber positivo de hacer o una prohibición concreta y, en virtud del principio de ejecutividad de los actos administrativos, en caso de incumplimiento la Administración puede proceder a su ejecución forzosa, (...)”*.

Asimismo, sobre este tipo infractor se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de noviembre de 2013 (RC 4037/2010) resolviendo un recurso de casación interpuesto por la propia Telefónica contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2010 que desestimó su recurso contencioso-administrativo contra una resolución sancionadora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por incumplimiento de una oferta de referencia: *“Las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004 establecían, además de la obligación general de ofrecer el acceso, las condiciones específicas relativas a los plazos, precios y demás elementos de obligado*

²¹ El artículo 76.12 de la LGTel de 2014 que es el equivalente al tipo infractor previsto en el artículo 53.r de la antigua LGTel/2003

cumplimiento que necesariamente formaban parte del contenido indisponible de la oferta, según la conformación de ésta que imponía al organismo regulador. Precisamente porque la actuación de dicha Comisión responde al interés público en facilitar el tránsito desde la posición anterior a otra que permitiera la competencia efectiva entre operadores, el contenido de la oferta impuesto a "Telefónica de España, S.A.U.", en lo que suponía de obligaciones y deberes indeclinables, exigía que la operadora se atuviera al mandato de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la hora de respetar aquellas obligaciones. "Telefónica de España, S.A.U." no da cumplimiento a las citadas resoluciones si se limita a redactar la oferta conforme a ellas para acto seguido desentenderse de lo que en las mismas se le impone". Y más adelante, la misma STS señala que "El incumplimiento por dicha compañía del mandato de respetar en sus relaciones con los demás operadores el contenido vinculante de la OBA, una vez particularizado con carácter preceptivo por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es lo que justifica la sanción impuesta a título del artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones (RCL 2003, 2593 y RCL 2004, 743). Y, repetimos ya por última vez, el cumplimiento del mandato administrativo no se agota en el "aparente" efecto de redactar la OBA para acto seguido incumplirla sino en ejecutar su contenido conforme a lo prescrito por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones."

De lo anterior cabe destacar que, al objeto de acreditar la concurrencia del tipo infractor que se le imputa a Telefónica en el presente procedimiento, se ha de demostrar el incumplimiento de un mandato positivo (la obligación general de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil) o negativo (no discriminar en la provisión del acceso mayorista a sus infraestructuras, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma, en las mismas condiciones y plazos), y que cuando esos mandatos y prohibiciones han de venir reflejados en una oferta de referencia, el cumplimiento de estos no se agota con la redacción y publicación de la mencionada oferta sino con su cumplimiento íntegro en la ejecución de su contenido conforme a lo prescrito por esta Comisión.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21 de octubre de 2014, que resolvió el recurso de casación interpuesto por Telefónica contra una de las anteriores sentencias citadas (RC 2319/2011), ayuda a matizar lo anterior al referirse a la forma en que se han de cumplir las ofertas de referencia impuestas a un operador cuya posición en el mercado ha sido definida como con poder significativo en el mercado: "(...) el mandato de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de modificación de una OBA (...) supone también la de cumplir los mandatos y especificaciones contenidos en la OBA de manera puntual y completa. Ahora bien, la OBA es un código de numerosos mandatos y

obligaciones técnicas impuestos al operador que ha de aplicarla, muchos de ellos de complicada ejecución y de interpretaciones no siempre inequívocas, y que con frecuencia afectan a intereses contrapuestos del operador dominante o con poder significativo por un lado y los operadores alternativos por otro. (...) si un mandato como el acordado en la resolución de 14 de septiembre de 2.009 sobre modificación de la OBA supone no solo dicha modificación y publicación, sino asimismo el efectivo cumplimiento de una multiplicidad de obligaciones concretas contenidas en la OBA, resulta irrazonable y contrario al principio de proporcionalidad que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de algunas de dichas obligaciones pueda ser conceptualizado sin más como una desobediencia al mandato básico de modificación y cumplimiento de la OBA.”

Es decir, que ese cumplimiento del mandato positivo y negativo antes mencionado no se refiere sólo al incumplimiento de una obligación o prohibición más específica por las que se da cumplimiento a una de las obligaciones impuestas para garantizar la obligación general de acceso, en este caso, a las infraestructuras de obra civil. El incumplimiento no se puede limitar a una de las obligaciones complementarias que traen causa en una de las obligaciones específicas previstas en el Anexo 3 de la Resolución del mercado de banda ancha. Aun cuando el incumplimiento específico se refiera a alguna de las condiciones recogidas en la oferta MARCo, tales como las relativas a los plazos, precios y demás elementos de obligado cumplimiento que necesariamente formaban parte del contenido indisponible de dicha oferta MARCo, resulta preciso acreditar o conceptualizar que ese incumplimiento supone, de facto, un incumplimiento del mandato básico de proporcionar acceso a la infraestructura de obra civil.

En virtud de lo establecido en el artículo 27 de la LRJSP, que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si, de la actuación realizada por Telefónica puede inferirse que ha existido un incumplimiento de la Resolución de los mercados de banda ancha y de la oferta MARCo vigente en el momento de los hechos en los términos antes expuestos.

1.1. Sobre las Resoluciones incumplidas

El 24 de febrero de 2016, el Pleno de la CNMC adoptó la Resolución de definición y análisis de los mercados de banda ancha. Tras concluir que el mercado de referencia no es realmente competitivo se ha impuesto a Telefónica, en tanto operador declarado con poder significativo de mercado, una serie de obligaciones regulatorias entre las que se encuentra la que, a efectos del presente procedimiento, nos interesa y que a continuación aparece subrayada:

*“**Quinto.** Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en los Anexos 2 a 4 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado; el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle de fibra óptica, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica y en el anexo 7 en relación con la prestación con carácter transitorio del servicio NEBA-fibra”. (el subrayado es nuestro).*

Conforme lo expuesto en el apartado Previo de los Fundamentos Jurídicos Materiales, para dar cumplimiento a la obligación general de dar acceso a la infraestructura de obra civil prevista en la Resolución de los mercados de banda ancha, Telefónica ha de cumplir en particular tres obligaciones específicas: (i) dar acceso a terceros a su infraestructura de obra civil; (ii) ser transparente en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil, lo que supone la publicación de una oferta de referencia (oferta MARCo); y (iii) no discriminar en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil.

La oferta MARCo es el instrumento que, conforme reza su apartado 1 (objeto), describe el procedimiento operativo para atender las solicitudes de acceso de los operadores. La oferta MARCo detalla la forma y los aspectos técnicos: establece la normativa técnica, los indicadores y niveles de calidad de los servicios que ahí se incluyen, sus precios y condiciones de facturación y, en lo que ahora más interesa, fija los aspectos procedimentales de gestión de los servicios ofrecidos en donde se incluyen los plazos máximos para satisfacer las solicitudes de acceso de los operadores por cuyo cumplimiento se garantiza la no discriminación.

Si bien desde su aprobación en noviembre de 2009 la oferta MARCo ha sido objeto de revisión en varias ocasiones²², en lo que se refiere a la valoración y

²² La oferta de referencia MARCo ha sido objeto de análisis y revisión por parte de la CNMC a través de las revisiones siguientes:

- Resolución de 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A. y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (expediente MTZ 2009/1223).
- Resolución de 7 de abril de 2011 sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (expediente DT 2010/1275).
- Resolución de 5 de julio de 2012, sobre la revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de Telefónica (expediente MTZ 2011/1477).
- Resolución de 7 de marzo de 2013, sobre la solicitud de modificación de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) planteado por Cableuropa S.A.U., Tenaria S.A., R Cable y Telecomunicaciones Galicia S.A. (expediente DT 2012/2073).
- Resolución de 18 de octubre de 2016, sobre la revisión de la oferta MARCo de Telefónica (expediente OFE/DTSA/1242/15/MARCO_SUBCON).

análisis de los procedimientos en virtud de los cuales se garantiza el acceso, cabe resaltar que estos en particular han sido objeto de modificaciones a través de las resoluciones de la CMT y de esta Comisión de fechas 5 de julio de 2012, 18 de octubre de 2016, 18 de enero de 2018 y 30 de abril de 2019. Por último, hay que recordar que, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun cuando la oferta MARCo recoja y detalle de forma completa todos los parámetros exigibles, ello no supone necesariamente el cumplimiento automático del mandato general ni de las obligaciones específicas establecidas en el Anexo 3, lo que ha de ser objeto de supervisión por parte de esta Comisión.

1.2.- Sobre el ámbito de aplicación de la oferta MARCo

Según el apartado 2.1 del PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN PARA OPERADORES DEL SERVICIO MARCo (“*Cobertura del servicio*”) la cobertura material del servicio MARCo es la siguiente:

*“1. Provisión de acceso a infraestructuras
Se facilitará el acceso, bajo las condiciones recogidas en la presente oferta, a toda infraestructura de obra civil en posesión de Telefónica o sobre las que Telefónica ostente un derecho de uso, aun sin ostentar su propiedad [...]”.*

Y su apartado 2.4 del PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN PARA OPERADORES. SERVICIO MARCO publicado por Telefónica, establece lo siguiente:

“El servicio MARCo facilita el acceso a los elementos de obra civil (canalizaciones, registros y postes) necesarios para el despliegue de las redes de acceso de nueva generación (fibra óptica o coaxial) de los operadores. Para otras necesidades de acceso que se consideren fuera del ámbito de aplicación de la oferta de referencia se estará a lo acordado entre las partes y a lo dispuesto en las Resoluciones dictadas por la CNMC a tal efecto.” (el subrayado es nuestro)

Así, en desarrollo de lo anterior y en virtud de lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, han sido varias las Resoluciones que ha dictado esta Comisión que han venido a aclarar o ampliar el ámbito de aplicación de la oferta MARCo respecto de los términos que fija la propia oferta MARCo, Resoluciones de las que ha tenido pleno

-
- Resolución de 18 de enero de 2018, sobre a adecuación de determinados aspectos del texto de la oferta MARCo en materia de procedimientos de gestión, prevención de riesgos laborales y acuerdo de buenas prácticas (OFE/DTSA/010/17/ANEXOS MARCO).
 - Resolución de 30 de abril de 2019 sobre la revisión de la oferta MARCo para facilitar el despliegue de redes NGA en zonas de baja densidad poblacional (expediente OFE/DTSA/012/17 MARCO BAJA DENSIDAD)
 - Resolución de 10 de junio de 2021 sobre la revisión de los precios de la oferta mayorista MARCo (expediente OFE/DTSA/009/20 PRECIOS MARCO).

conocimiento Telefónica, conforme lo acredita el cumplimiento efectivo y pacífico de todas ellas hasta septiembre de 2019, momento a partir del cual Telefónica comenzó a rechazar o retrasar las SUC efectuadas por varios operadores cuyo objeto era prestar servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales o proceder a despliegues de tramos de red de acceso autorizados conforme a la oferta MARCo.

A continuación, se incluye un breve repaso de esas resoluciones donde se hace referencia al ámbito de aplicación de la oferta MARCo:

- **Resolución de 30 de abril de 2019²³ sobre la revisión de la oferta MARCo para facilitar el despliegue de redes NGA en zonas de baja densidad poblacional**, aclara que *“el servicio MARCo no discrimina por tecnología de acceso, puesto que está disponible para que todo operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas pueda llevar a cabo el despliegue de sus redes de acceso de nueva generación (NGA), ya estén basadas en portadores de fibra óptica o de cable coaxial [...] Por tanto, todas las medidas que se incluyen en la oferta son directamente aplicables a ambos tipos de redes, en atención al citado principio de no discriminación”*.

(...)

Y también añade, respecto de los servicios empresariales, que *“la prestación eficiente de servicios a empresas requiere, al igual que la prestación de servicios residenciales, que los operadores puedan recurrir al procedimiento simplificado previsto en la oferta MARCo para el tendido de acometidas, para de esta forma acomodarse a los tiempos de provisión que demandan los clientes”*.

- **Resolución de 11 de abril de 2013 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor²⁴ (Resolución del mercado de líneas arrendadas terminales)**, asume expresamente el uso de la oferta MARCo en el segmento empresarial como una de las opciones para prestar servicios minoristas a empresas. En concreto, en el apartado V.1 de la Resolución (“Opciones técnicas sobre las que se pueden ofrecer líneas alquiladas”) se indica que *“para prestar el servicio minorista definido anteriormente a los usuarios, un operador tiene varias opciones: [...] “d) Hacer uso de la planta*

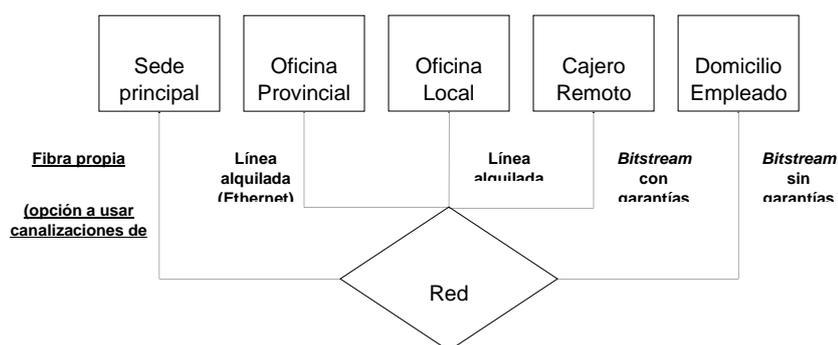
²³ Expediente con número de referencia OFE/DTSA/012/17

²⁴ Expediente MTZ 2012/2017. La Resolución del mercado de líneas arrendadas terminales está siendo objeto actualmente de revisión, ver consulta pública de diciembre de 2020 sobre la definición y análisis del mercado de acceso de alta calidad al por mayor facilitado en una ubicación fija.

externa (infraestructura pasiva) de otro operador. En este caso, un operador utilizaría los elementos de obra civil (canalizaciones y conductos) que conforman la planta externa de otro operador”, remitiéndose a continuación a la oferta MARCo regulada así: “(...) en cuanto al uso de canalizaciones (opción d), como consecuencia de las obligaciones impuestas por esta Comisión en la [Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha], Telefónica debe ofrecer estos servicios mayoristas y debe disponer de una Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos, conocida como MARCo. En ella, la CMT determina las condiciones técnicas y económicas de prestación de este servicio de acceso. [...] Sin embargo, cabe señalar que el uso de las canalizaciones se centra principalmente en entornos urbanos, mientras que las líneas terminales tienen un ámbito de cobertura mayor, con un Punto de Conexión es posible acceder a toda una provincia. Por ello, si bien se considera que el uso de canalizaciones es una herramienta muy útil para prestar servicios de calidad a las empresas, en especial para prestar líneas de muy alta capacidad, no es posible para un operador alternativo competir eficazmente con Telefónica utilizando sólo este servicio regulado.”

Ahí también se incluye un gráfico por el que ejemplifica cómo un operador alternativo puede cubrir mediante diferentes modalidades de acceso los requerimientos de una empresa multisede, incluyendo el acceso mayorista regulado a las canalizaciones de Telefónica (oferta MARCo) para acceder con fibra óptica propia a la sede principal de la empresa (página 21 de la resolución):

Gráfico 1. Diferentes requerimientos de acceso para empresa multisede



- **La Resolución de 26 de julio de 2018 por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento empresarial²⁵, se refiere expresamente a la oferta MARCo como**

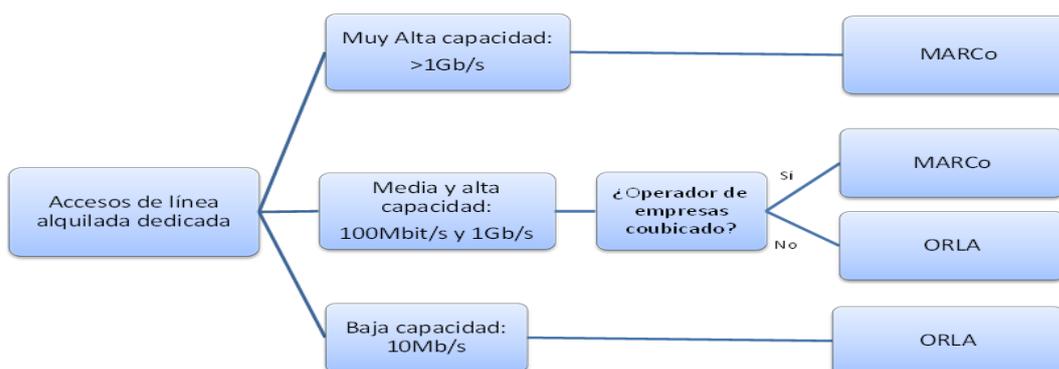
²⁵ Expediente OFMIN/DTSA/004/17/TEST DE REPLICABILIDAD ECONÓMICA EMPRESARIAL.

uno de los insumos que vienen siendo usados de manera sistemática para la prestación de servicios a clientes finales empresariales, tanto por parte de Telefónica como por los operadores alternativos con los términos dispuestos en la propia oferta MARCo para, precisamente, poder replicar los operadores alternativos las ofertas minoristas de Telefónica dirigidas al segmento empresarial²⁶:

“los circuitos Ethernet mediante fibra óptica punto-a-punto con velocidades y caudal dedicado y garantizado pueden replicarse técnicamente mediante (i) el servicio mayorista de acceso a infraestructura de obra civil previsto en la oferta de referencia MARCo, que permite al operador desplegar su propia red de fibra óptica punto-a-punto, o bien, (ii) el servicio mayorista de líneas alquiladas previsto en la oferta de referencia ORLA”.

A mayor abundamiento, esta Resolución incorpora el siguiente árbol de decisión, donde se explicitan los insumos que serán tomados en consideración por la CNMC a la hora de analizar la replicabilidad de las ofertas de Telefónica basadas en accesos de línea alquilada dedicada Ethernet. Como puede verse, a los efectos de aplicar el test de replicabilidad empresarial, se considera que la oferta MARCo es el insumo de referencia en relación con los accesos de línea alquilada de muy alta capacidad, así como para los accesos de línea alquilada de media y alta capacidad, si el operador alternativo ya se encuentra coubicado:

Árbol de decisión 2. Accesos de línea alquilada dedicada Ethernet



- **La nueva Resolución²⁷ de 6 de octubre de 2021 de los mercados de banda ancha** entre otras cuestiones ha acordado lo siguiente:

²⁶ En particular, en relación con el despliegue de accesos de líneas alquiladas.

²⁷ Expediente ANME/DTSA/002/20/MERCADOS ACCESO LOCAL CENTRAL.

“Quinto. *En relación con el mercado 1_1, imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en los Anexos 2 y 3 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado al bucle de cobre de abonado y el acceso a la infraestructura de obra civil.*

Sexto. *En relación con el mercado 1_2, imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en los Anexos 2, 3 y 4 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado al bucle de cobre de abonado, el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle de fibra óptica, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica”.*

Aun cuando la nueva Resolución de los mercados de banda ancha ha sido dictada con posterioridad a los hechos que constituyen el objeto del presente expediente, y por tanto no resulta de aplicación a los mismos, resulta importante resaltar que la citada resolución mantiene las obligaciones de acceso previamente impuestas a Telefónica en materia de acceso a su infraestructura de obra civil²⁸. En particular, en lo que se refiere al contenido de la obligación de acceso, el Anexo 3 de la nueva Resolución de los mercados de banda ancha reitera que Telefónica no podrá *“discriminar o limitar el suministro del acceso por razones tecnológicas, de arquitectura de red o de funcionalidad de la misma, o por la actividad del operador”*.

En dicha resolución, la CNMC plantea en todo caso llevar a cabo en el seno del mercado 2 (mercado de acceso de alta calidad al por mayor²⁹) un análisis integrado de las diferentes soluciones regulatorias (incluido el acceso a la oferta MARCo de Telefónica) que permitan resolver, de forma conjunta y consistente entre sí, los problemas de competencia identificados en la prestación de servicios minoristas de conectividad de alta calidad.

Por otra parte, procede subrayar que la inclusión de soluciones de acceso a la infraestructura de obra civil en el seno del mercado empresarial resulta coherente con la posición mantenida por la Comisión Europea, que en la Nota Explicativa a la Recomendación de mercados³⁰ indica (página 62) que el acceso a la infraestructura de obra civil puede ser impuesto como una solución autónoma en

²⁸ Además determina que, en todo caso, en la resolución se configure un periodo transitorio de seis meses, plazo durante el cual las obligaciones vigentes en el contexto del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija seguirán resultando de aplicación mientras se culmina la revisión del mercado 2.

²⁹ El actual mercado 2 de la Recomendación de mercados de la Comisión Europea de 18 de diciembre de 2020 se corresponde con el mercado 4 de la anterior Recomendación, del año 2014.

³⁰ Nota Explicativa de 18 de diciembre de 2020 a la Recomendación de mercados, SWD (2020) 337 final.

el seno de los diferentes mercados que sean objeto de regulación ex ante, lo cual es particularmente importante dado que, a la hora de diseñar las ofertas a sus clientes con el mayor grado de independencia y flexibilidad posibles, los proveedores de servicios a empresas pueden ofrecer tanto productos de banda ancha propios de los mercados residenciales como productos que forman parte del mercado de capacidad dedicada.

La consideración de estas obligaciones existentes (que, en contra de lo que afirma Telefónica, no son en absoluto novedosas) determina que, en todo caso, en la resolución se configure un periodo transitorio de seis meses, plazo durante el cual las obligaciones vigentes en el contexto del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija (mercado 1) seguirán resultando de aplicación mientras se culmina la revisión del mercado 2. Asimismo, conviene recordar cómo ha resuelto esta Comisión distintos conflictos entre operadores relacionados con el ámbito de aplicación de la oferta MARCo en los que se ha confirmado su uso cuando tiene por finalidad la de prestar servicios a clientes empresariales. A continuación, y en orden cronológico, se exponen las distintas Resoluciones de conflictos de esta Comisión que ha venido a confirmar el ámbito de aplicación de la oferta MARCo:

- En la **Resolución de 7 de diciembre de 2010**, relativa al conflicto de acceso planteado por Telefónica frente al Ayuntamiento de Salou³¹, esta Comisión declaró como uso indebido la solicitud de acceso a la oferta MARCo efectuada por el Ayuntamiento de Salou. Esta denegación se fundamentó en que las canalizaciones objeto de la solicitud iban a ser ocupadas para la creación de una red privada que uniese todas las sedes municipales de Salou, cuya titularidad pertenecería al consistorio, siendo por consiguiente el objetivo último del acceso a la oferta regulada el despliegue de una red que sería explotada en régimen de autoprestación por el propio ayuntamiento. Así, el regulador sectorial concluyó que, de la información disponible, no podía deducirse que sobre la red proyectada por el Ayuntamiento de Salou fueran a prestarse servicios a terceros.
- En la **Resolución de 8 de septiembre de 2011**, relativa al conflicto de acceso planteado por Telefónica contra la entidad Ibersontel³², se resolvió que la utilización de las canalizaciones de Telefónica para la creación de una red que uniese las sedes del Ayuntamiento de Ávila resultaba compatible con la regulación sectorial. En este caso, y en contraposición con el conflicto

³¹ Expediente RO 2010/2025.

³² Expediente RO 2011/410.

frente al Ayuntamiento de Salou reseñado anteriormente, la red del Ayuntamiento desplegada era propiedad de un operador de comunicaciones electrónicas (Ibersontel), sin que la misma se explotase en régimen de autoprestación. A mayor abundamiento, la fibra óptica tendida por Ibersontel desde la central no tenía como fin exclusivo prestar servicios al Ayuntamiento, sino que parte de ella estaba destinada a alcanzar a otros usuarios finales.

- En la **Resolución de 3 de noviembre de 2011**, por la cual se resuelve el conflicto de acceso presentado por Telefónica frente a Fonotex³³, el regulador sectorial concluyó que, en el supuesto analizado, el servicio que el operador de comunicaciones electrónicas Fonotex pretendía prestar al Ayuntamiento de Camas no podía en puridad calificarse como una autoprestación, puesto que se trataba del despliegue de una red privada destinada a prestar servicios a un tercero. Sin embargo, en dicho conflicto quedó acreditado que Fonotex no tenía previsto ofrecer servicios a otros usuarios a partir de su nueva red desplegada. Dada esta situación de hecho, la CMT consideró que la autorización de ocupación de las infraestructuras de Telefónica por parte de Fonotex podría imposibilitar la entrada a futuros operadores que pretendiesen llevar a cabo un despliegue de fibra óptica en el municipio de Camas con el correspondiente perjuicio que ello conllevaría para los posibles usuarios, por lo que no resultaba conforme con los usos establecidos en la oferta MARCo.
- En la **Resolución de 15 de noviembre de 2012** sobre el conflicto de acceso al servicio MARCo planteado por Grupalia contra Telefónica³⁴, la extinta CMT se pronunció sobre el uso de la oferta MARCo para el establecimiento por parte de Grupalia de una red destinada al servicio exclusivo del Hospital de Torrelodones. En su Resolución, la CMT distinguió el supuesto planteado por Grupalia del analizado en el conflicto interpuesto por Telefónica frente a Fonotex, reseñado anteriormente. Así, para declarar el uso pretendido por Fonotex como indebido, la CMT había tenido en cuenta que Fonotex, que se había constituido como operador de forma reciente, no tenía plan de negocio alguno -ni intención de desarrollarlo, según sus propias manifestaciones- que pudiese evidenciar una voluntad de llevar a cabo despliegues de fibra óptica adicionales. La autorización de este tipo de usos podría por consiguiente incentivar la proliferación de entidades que tuvieran como único fin la creación de redes privadas para ayuntamientos o empresas, y no la prestación de otros servicios de comunicaciones electrónicas dirigidos a usuarios finales. Sin embargo, en el caso de Grupalia, el conflicto fue interpuesto por un

³³ Expediente RO 2011/692.

³⁴ Expediente DT 2011/2687.

operador consolidado en el mercado, con un acuerdo MARCo ya firmado con Telefónica y con experiencia demostrada en el despliegue de fibra óptica para dar servicio a otros usuarios distintos del que se beneficiaba el tendido objeto del conflicto de referencia. Es decir, no se daba en ese caso la situación de que el operador solicitante, tal y como ocurría en el caso de Fonotex, hubiera sido creado con la finalidad única de disponer de acceso a través de la oferta MARCo a ciertas canalizaciones de Telefónica, para el despliegue de una red privada para un cliente exclusivo. La CMT declaró asimismo que la finalidad para la que se constituía un operador de comunicaciones electrónicas no podía analizarse tomando como referencia el uso específico de un tramo de red (como podía ser el tramo que permitía la conexión desde el nodo de Grupalia con el hospital de Torrelodones) sino atendiendo a las características generales de los despliegues de red llevados a cabo por el operador alternativo.

- En la **Resolución de 21 de marzo de 2013**, relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 15 de noviembre de 2012³⁵, precitada, el regulador sectorial confirmó las conclusiones previamente alcanzadas, e incidió en el hecho de que *“la intensidad del despliegue de la red de un operador normalmente será proporcional a sus expectativas de captación de clientes: así, operadores de gran tamaño y capacidad inversora instalarán cables de gran capacidad en amplios ámbitos geográficos; mientras que por el contrario, otros operadores con inferior capacidad inversora centrarán sus despliegues en zonas puntuales donde dispongan de ciertas garantías de éxito, y lo harán mediante cables de menor capacidad. Estando ambos enfoques basados en el despliegue de tecnología FTTH hasta los usuarios finales –ya sean residenciales o empresariales-, no puede afirmarse que las primeras “sean más NGAN que las segundas”, como parece querer decir la recurrente. En efecto, [Telefónica] no puede pretender que un operador lleve a cabo un despliegue masivo si sus expectativas comerciales de captación de clientes son conservadoras”*. En la resolución del recurso de reposición mencionado, la CMT indicó asimismo que *“tampoco el hecho de que [Grupalia] no haya solicitado otros despliegues en dicha zona implica que no lo vaya a hacer en el futuro si concurren oportunidades comerciales. Debe tenerse en cuenta además que el despliegue de Grupalia estaría más enfocado al segmento empresarial (lo que no es contrario a lo dispuesto en la oferta MARCo), presentando por tanto sus redes una capilaridad muy inferior a la tipología característica de otras redes, como la de [Telefónica], principalmente dirigidas al segmento residencial”*.

³⁵ Expediente AJ 2012/2748.

Como puede verse, las cuestiones relativas al ámbito de aplicación de la oferta MARCo en el ámbito empresarial han sido objeto de un amplio y consistente análisis por parte del regulador sectorial durante el periodo 2010-2013, quedando esta cuestión zanjada definitivamente con la resolución del conflicto de acceso al servicio MARCo planteado por Grupalia contra Telefónica, y el subsiguiente recurso de reposición que Telefónica interpuso a tal efecto dada la escasa conflictividad que desde entonces y hasta la fecha de los hechos objeto del presente procedimiento ha existido en el sector con la aplicación de la oferta MARCo. De hecho, como se ha visto, Telefónica fue una de las partes interesadas en todos los conflictos que se han planteado en relación con el posible uso de la oferta MARCo para fines empresariales. No es por consiguiente correcto afirmar -como aduce este operador y más adelante se tratará- que sólo a partir del Acuerdo de la CNMC de fecha 1 de julio de 2020 se puso de manifiesto de manera transparente que el uso de la oferta MARCo para satisfacer las necesidades de los clientes empresariales constituía un uso adecuado de la oferta de referencia. Esta cuestión ya había sido dilucidada en varias ocasiones, tal y como antes se ha visto, siendo la respuesta a la consulta planteada por Colt una reiteración a lo que constituye una doctrina consolidada por parte de esta Comisión que no permite albergar dudas sobre el ámbito de aplicación de la oferta MARCo en cuanto que resulta plenamente aplicable para el tendido de redes de acceso destinadas a clientes empresariales finales aun cuando la intensidad de despliegue de esas redes alternativas sea baja o que en determinadas zonas los despliegues de red estén destinados a la provisión de servicios a un único cliente, aun cuando tengan por finalidad la prestación de servicios de líneas alquiladas.

Por otro lado, en relación con otros usos de la oferta MARCo, Telefónica sostiene la inadecuación de la oferta para el despliegue de tramos interurbanos de larga distancia (como sería el caso de los despliegues llevados a cabo por Iguana). Sin embargo, durante la instrucción del presente procedimiento sancionador se ha verificado³⁶ que ninguna de estas SUC analizadas tenía como objeto el

³⁶ Según indica Iguana en su respuesta de 23 de abril de 2021 al requerimiento de información practicado por la instructora de este expediente, que las SUC solicitadas a Telefónica tenían como objeto la prestación directa de servicios de acceso de banda ancha soportados sobre una red FTTH a los usuarios residenciales localizados en el área geográfica de Copons (Barcelona). De hecho, el análisis de la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital relativa a la convocatoria del Programa de extensión de la banda ancha de nueva generación (PEBANG) correspondiente a 2018 permite verificar que Iguana resultó, entre otros, adjudicatario del proyecto de despliegue de una red de fibra óptica en el municipio de Copons -Expediente TSI-061000-2018-0222, ver <https://avancedigital.mineco.gob.es/banda-ancha/ayudas/Paginas/convocatoria-2018.aspx>-. En el mismo sentido, tanto los planos aportados por Iguana en respuesta al requerimiento de información formulado por la instructora -folios 363-365-, como los datos almacenados en NEON acerca de las SUC solicitadas en la localidad de Copons, evidencian en esta ubicación la presencia en la red de Iguana de numerosas cajas terminales ópticas (CTO) en la proximidad

despliegue de tramos interurbanos de larga distancia. De hecho, el análisis de la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital relativa a la convocatoria del Programa de extensión de la banda ancha de nueva generación (PEBANG) correspondiente a 2018 permite verificar que Iguana resultó, entre otros, adjudicatario de la ayuda destinada al despliegue de una red de fibra óptica en el municipio de Copons, para la provisión de servicios a usuarios finales³⁷.

1.3. Sobre las obligaciones de acceso a la infraestructura de obra civil.

De conformidad con la Resolución de mercados de banda ancha y como lo desarrolla su anexo 3, Telefónica tiene la obligación o el mandato general de dar acceso a terceros operadores a su infraestructura de obra civil (tanto para la red legada de Telefónica como en relación con nuevos despliegues) en condiciones no discriminatorias; es decir, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma, o a sus empresas filiales o participadas, y en las mismas condiciones y plazos. Y conforme lo establece la doctrina jurisprudencial, aun cuando la oferta MARCo recoja todos los parámetros ahí exigibles, ello no supone necesariamente el cumplimiento automático del mandato general de dar acceso a infraestructuras de obra civil pues las obligaciones específicas establecidas de no discriminación, tanto en su versión como obligación específica autónoma como en su versión de mandato negativo dentro de la primera obligación específica impuesta -la de no discriminar por razones tecnológicas, de arquitectura de red o de funcionalidad de la misma, o por la actividad del operador solicitante de acceso a sus infraestructuras de obra civil- su cumplimiento ha de ser objeto de supervisión por parte de esta Comisión.

En relación con la primera obligación cuyo incumplimiento se le imputa a Telefónica, la de haber impedido a los operadores alternativos el acceso a su infraestructura de obra civil al dilatar injustificadamente y en contra de lo previsto en la oferta MARCo el suministro del acceso solicitado amparándose en motivos discriminatorios al referirse a razones tecnológicas, de arquitectura o

de edificios. La presencia de estos elementos constituye una característica intrínseca de las redes de acceso FTTH, y permite confirmar que Iguana se encuentra desplegando esta arquitectura de red en el área geográfica de Copons, con la finalidad de prestar servicios a clientes finales. La red FTTH de Iguana se extiende también hasta la localidad de Jorba (donde también se observa la presencia de cajas terminales ópticas), por lo que dicha red presenta tendidos entre ambas ubicaciones. El tendido de cables de fibra óptica entre localidades próximas (Jorba y Copons se encuentran separadas por solamente 4km) constituye una práctica normal en el despliegue de las redes de acceso FTTH, especialmente entre localidades de baja densidad poblacional, donde no sería técnica ni económicamente razonable instalar cabeceras FTTH en cada una de ellas. En tales casos, desde una única cabecera FTTH se instalan tendidos de acceso que discurren entre poblaciones contiguas, para prestar servicio a clientes ubicados en las mismas.

³⁷ Expediente TSI-061000-2018-0222, ver <https://avancedigital.mineco.gob.es/banda-ancha/ayudas/Paginas/convocatoria-2018.aspx>

funcionalidad y finalidad de la red o por la actividad del operador alternativo solicitante, señalar que éste es un problema, tácticas dilatorias³⁸, que ha sido identificado por esta Comisión como sigue:

“Sin negar directamente el acceso a los servicios contemplados en el mercado 3a, Telefónica podría usar tácticas dilatorias, ofreciendo el acceso a terceros en un momento más tardío en comparación con el acceso ofrecido a sí misma. Estas tácticas pueden adoptar varias formas y realizarse con facilidad, por ejemplo, retrasando las negociaciones de acceso en el tiempo o invocando la existencia de problemas técnicos irreales.”

Este problema fue calificado como “de especial preocupación” en un entorno de transición hacia las redes NGA, dadas las ventajas asociadas a ser el primer operador capaz de ofrecer a los usuarios finales los nuevos servicios soportados sobre dichas redes.

En cuanto a la segunda de las obligaciones cuyo incumplimiento se le imputa a Telefónica, la de discriminar a los operadores que solicitan acceso para atender a clientes empresariales en relación con las condiciones relevantes relativas al acceso a la infraestructura de obra civil que se aplica a sí misma, especialmente respecto de los plazos de los diferentes hitos del procedimiento general, cabe recordar que la Resolución de mercados de banda ancha ya señaló³⁹ el riesgo de que, en el caso de obligarse al acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización, “cobran trascendencia posibles tácticas dilatorias y de discriminación de la calidad y de los precios, por lo que la efectividad de la obligación de acceso debe asegurarse mediante la imposición adicional de la obligación de no discriminación (Art. 8 del Reglamento de Mercados; artículo 10 de la Directiva de Acceso)”.

Aunque se le impute el incumplimiento de dos obligaciones específicas distintas, el incumplimiento de una única de esas obligaciones impuestas en la Resolución de mercados de banda ancha ya es constitutiva de la infracción prevista en el artículo 76.12 de la LGTel. Es decir, no resulta necesario que haya un incumplimiento íntegro de todas las obligaciones impuestas, sino que, conforme lo establece la doctrina jurisprudencial antes expuesta, lo que se exige es acreditar o conceptualizar lo que ese incumplimiento supone y que es, de facto, un incumplimiento del mandato básico de proporcionar acceso a la infraestructura de obra civil tal y como sucede en el presente caso.

³⁸ Apartado III.4.2.2. Tácticas dilatorias de la Resolución de mercados de banda ancha.

³⁹ Apartado IV.4.5.4. Obligación de no discriminación de la Resolución de mercados de banda ancha.

Pero es que además de lo anterior, en el presente caso estamos hablando de una conducta infractora que obedece a unos mismos hechos y que atenta contra dos bienes jurídicos protegidos distintos: el derecho de acceso a infraestructuras de obra civil y la prohibición de la discriminación en la provisión del acceso.

Por lo tanto, no cabe apreciar lo que pretende Telefónica: que ambos incumplimientos sean calificados como un incumplimiento defectuoso de una obligación concreta, pues los efectos de dicho incumplimiento tienen su reflejo sobre ambos bienes jurídicos protegidos y que afectan de manera directa al mandato genérico de dar acceso a infraestructura de obra civil como remedio por el que se busca corregir los fallos del mercado o problemas de competencia detectados en la resolución que define y analiza el mercado de banda ancha. Es decir, estamos ante el incumplimiento de un mandato general y nuclear impuesto a Telefónica, el de dar acceso a la infraestructura de obra civil en condiciones no discriminatorias. Por lo tanto, este incumplimiento supone de facto la obstrucción a facilitar el acceso a la que está obligada impidiendo que se resuelvan los problemas de competencia detectados en el análisis del mercado y que justificaron su imposición, pues su aplicación efectiva resulta fundamental para la consecución de varios de los objetivos y principios que la propia LGTel persigue: para el fomento de la competencia efectiva en los mercados de referencia; para promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en condiciones de igualdad y no discriminación; así como promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras.

1.4. Conclusiones sobre el tipo infractor

Como conclusión, procede traer nuevamente a colación las consideraciones contenidas en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha en donde, de manera taxativa y expresa, se indica la conducta antijurídica que Telefónica ha de evitar al cumplir con sus obligaciones de acceso a su infraestructura de obra civil en lo que respecta al despliegue de redes de acceso de nueva generación, esto es, Telefónica no podrá “discriminar o limitar el suministro del acceso por razones tecnológicas, de arquitectura de red o de funcionalidad de la misma, o por la actividad del operador”.

La negativa de Telefónica a autorizar el uso de la oferta MARCo para la prestación de servicios a clientes empresariales finales, o para el tendido de despliegues autorizados conforme a la citada oferta, contraviene de manera directa las obligaciones de garantía en el acceso a su infraestructura de obra civil y, además, la obligación de no discriminación, ambas obligaciones impuestas a Telefónica en función de la regulación *ex ante* de los mercados de banda ancha y desarrolladas en la oferta MARCo, concurriendo en consecuencia el elemento de tipicidad del artículo 76.12 de la LGTel.

Por lo tanto, en virtud del Hecho Probado Único, **Telefónica ha incumplido, durante el periodo analizado de manera continuada y generalizada respecto de las SUC realizadas por operadores que prestan servicios en el mercado empresarial, la Resolución de los mercados de banda ancha de 2016 y la oferta MARCo al no haber facilitado el acceso a su infraestructura de obra civil en condiciones no discriminatorias según los términos allí establecidos.**

La anterior conducta infractora conlleva a que Telefónica no haya dado cumplimiento efectivo a obligaciones que, en materia de acceso a su infraestructura física, tiene impuestas como operador con poder significativo en los mercados mayoristas de banda ancha afectando con ello la capacidad competitiva de los operadores pues su cumplimiento resulta determinante para la evolución de los operadores alternativos especializados en el mercado empresarial.

Consideración sobre las alegaciones de Telefónica relativas a la ausencia de antijuridicidad de los hechos infractores que se le atribuyen

En sus alegaciones, Telefónica se remite a una serie de consideraciones generales por la que niega la falta de antijuridicidad del hecho que se le imputa y que, en su opinión, deberían dar lugar al archivo del presente procedimiento.

En este apartado se dará contestación a aquellas alegaciones generales y, en un Anexo, se tratarán las alegaciones más específicas respecto a las SUC objeto del presente procedimiento.

Tanto en su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento sancionador como a la propuesta de resolución, Telefónica no niega los hechos y sí su antijuridicidad. Justifica el retraso y rechazo de las 41 SUCs como sigue: *“ha de dejarse claro que Telefónica no declara incorrectas las SUCs ni por el tipo de operador solicitante, ni por la tecnología utilizada por ese operador, ni por el tipo de cliente al que se dirige el despliegue que va a realizar el operador solicitante ni por la topología de la red de acceso NGA”* -aunque respecto de esto último reconoce que es un indicio de que respecto de dichas SUCs concurriera alguna de las anteriores circunstancias- y justifica el incumplimiento -respecto de los plazos de validación, en primer lugar, y posteriormente los plazos de confirmación- que constituyen los hechos que se le imputan, *“por los siguientes motivos: i) las del operador Iguana por tener como finalidad el despliegue de tramos interurbanos de larga distancia y ii) las del resto de operadores incluidos en este expediente por estar destinadas a la creación de una red privada para uso exclusivo por un solo cliente; ambos motivos constitutivos de un uso indebido de la oferta MARCo.”*

Sobre la base de lo anterior, insiste en que no ha incumplido la Resolución de mercados de banda ancha ni la oferta MARCo pues el uso de esta oferta está condicionado al despliegue de redes de acceso de nueva generación (NGA), entendidas como redes de cable adaptado (DOCSIS 3.0) y fibra óptica hasta el hogar (FTTH), pero no para el tendido de redes punto a punto destinadas a proveer circuitos a clientes empresariales. También insiste en que varias de las SUC afectadas no fueron rechazadas sino que fue el propio operador alternativo quien procedió a darlas de baja o las mismas se anularon automáticamente por el transcurso del plazo de tiempo establecido por la regulación para la realización de determinadas actuaciones que debía realizar el propio solicitante.

Según Telefónica, la inconcreción por parte de la CNMC sobre el tipo de usos permitidos o prohibidos de la oferta MARCo queda de manifiesto en la voluntad de este organismo de publicar una guía sobre usos autorizados de la oferta MARCo (anunciada en el Plan de Actuaciones 2020 de la CNMC), así como, en la contestación informal -vía correo electrónico- que la CNMC dio a una consulta de un operador tercero, en la que supuestamente se reconocía la falta de claridad de la regulación vigente sobre esta cuestión.

Sin perjuicio de lo que antes se ha señalado en relación con el ámbito de aplicación de la oferta MARCo y lo que más adelante se señalará sobre los usos indebidos de la oferta y sobre la responsabilidad compartida con los operadores que presentaron las SUCs por los rechazos o retrasos en su tramitación, conviene ahora subrayar que la propia oferta MARCo prevé un procedimiento general de provisión de uso compartido de infraestructuras suficientemente detallado que establece, entre otros muchos aspectos, los diferentes hitos procedimentales y los plazos que está obligada a cumplir Telefónica para tramitar las SUCs. Ahí, por ejemplo, en su apartado 6.2.3 se fija un plazo de 10 días para que Telefónica valide si la solicitud es correcta o no lo es. En caso de que sea incorrecta, deberá informarlo indicando el motivo, todo, dentro del citado plazo. Además, y relacionado con lo alegado por Telefónica, el mismo apartado señala que *“Cuando Telefónica declare incorrecta una solicitud por suponer un supuesto uso inadecuado del servicio mayorista, debe justificar claramente el motivo del rechazo antes de 10 días, así como llevar a cabo la reevaluación de la solicitud antes de 5 días tras la corrección o aportación de información aclaratoria. Si sigue considerando que es incorrecta deberá motivarlo detalladamente en NEON para que el Operador pueda informar a la CNMC del rechazo y los motivos en caso de solicitar su intervención.”*

En definitiva, por medio de las alegaciones de Telefónica por las que niega la antijuridicidad de su conducta ésta pretende, por la vía de los hechos, sustituir la función supervisora de esta Comisión respecto de las obligaciones impuestas al

justificar los retrasos en que debía valorar si, a su juicio, las SUC constituían un uso legítimo o no. Telefónica funda sus alegaciones sobre la base de una resolución de la CNMC mencionada por este organismo en la Resolución de los mercados de banda ancha⁴⁰ sin tomar en consideración que la citada resolución ha sido puesta en contexto y desarrollada en detalle en resoluciones posteriores de la CNMC, y en particular, en las resoluciones de 15 de noviembre de 2012⁴¹ sobre el conflicto de acceso al servicio MARCo planteado por Grupalia contra Telefónica y de fecha 21 de marzo de 2013⁴² del subsiguiente recurso de reposición interpuesto por Telefónica.

Sobra recordar que Telefónica está especialmente obligada a cumplir con la Resolución del mercado de banda ancha y con la aplicación de la oferta MARCo en sus estrictos términos y, conforme reza la oferta MARCo en donde fija su ámbito de aplicación, *“Para otras necesidades de acceso que se consideren fuera del ámbito de aplicación de la oferta de referencia se estará a lo acordado entre las partes y a lo dispuesto en las Resoluciones dictadas por la CNMC a tal efecto”*.

Esta Comisión ya señaló que los indicios sobre los que justifica sus incumplimientos Telefónica; a saber, el mayor o menor grado de capilaridad de la red a desplegar por el operador alternativo, o la ausencia de otros despliegues en la zona en el momento en que el operador alternativo procede a efectuar una solicitud de uso compartido, no son causas suficientes para fundamentar una negativa de acceso. De hecho, ya en la mencionada resolución de fecha 21 de marzo de 2013 -esto es, hace más de ocho años- el regulador sectorial desestimó argumentos de Telefónica análogos a los planteados en el seno del presente procedimiento⁴³, pues ya entonces Telefónica argumentaba que la

⁴⁰ Resolución de 3 de noviembre de 2011, por la cual se resuelve el conflicto de acceso presentado por Telefónica frente a Fonotex, referenciada posteriormente en la tipificación del hecho probado. (Expediente RO 2011/692)

⁴¹ Expediente DT 2011/2687

⁴² Expediente AJ 2012/2748

⁴³ Según recoge la resolución al resumir los argumentos planteados por Telefónica en el citado recurso, “[Telefónica] alega que se estaría autorizando a la entidad [Grupalia] a realizar un uso indebido de los servicios de la Oferta MARCo al permitirse su utilización para desplegar una red privada para uso exclusivo por parte de un solo cliente, el Hospital de Torreldones, sin que existan indicios técnicos ni comerciales que evidencien que la red vaya a estar disponible para otros clientes. La recurrente estima que el acceso mayorista a las infraestructuras de red (acceso MARCo) debería reservarse exclusivamente al despliegue de redes NGA, teniendo éstas por objeto dar servicio a miles de usuarios, por lo que su uso para desplegar una red privada para uso exclusivo por parte de un sólo cliente sería contraria a Derecho”.

oferta MARCo no debería resultar accesible para efectuar el despliegue de una red para uso exclusivo de un único cliente (en ese caso, el Hospital de Torrelodones). Las numerosas resoluciones donde esta cuestión ha sido expresamente clarificada que antes se resumen, no han permitido sin embargo asegurar el acceso a la oferta MARCo en condiciones de igualdad y no discriminación por parte de los operadores que prestan servicios a clientes empresariales finales, dada la conducta obstruccionista de Telefónica que se evidencian en los hechos probados únicos.

En relación con las alegaciones de Telefónica relativas a que las SUC fueron anuladas por los propios operadores alternativos, conviene aclarar que frente a lo aducido por este operador, el retraso sistemático en la tramitación de las SUC objeto del procedimiento es posiblemente la causa por la cual la mayoría de las solicitudes formuladas por los operadores alternativos tuvieron que ser finalmente canceladas dada la imposibilidad por ejemplo de proceder al despliegue de la red proyectada en los plazos acordados con los clientes empresariales⁴⁴. Este es, no solamente el caso de las SUC finalmente no validadas y/o confirmadas, sino también de las SUC que sólo fueron validadas varios meses después de que se plantease la solicitud inicial de acceso.

A este respecto, y como ejemplo de la actitud dilatoria de Telefónica en la negociación del acceso, puede comprobarse en la tabla 1 *supra* como el plazo medio entre la formulación de las peticiones de acceso y su validación (en los casos en que esta se produjo) asciende a más de 160 días hábiles (en algunos casos significativamente más), frente a los 10 días que en principio contempla la oferta MARCo para esta actuación.

A mayor abundamiento, y contraste con lo establecido en la oferta MARCo, Telefónica no aportó a los operadores alternativos a través de los sistemas de información MARCo ningún tipo de información aclaratoria sobre las causas por las que procedía a rechazar sus SUC, tal y como exige el apartado 6.2.3 (“Validación de solicitudes”) del procedimiento de gestión para operadores del servicio MARCo⁴⁵. Esta situación de no conformidad con lo estipulado en la

⁴⁴ En Anexo se recogen varios ejemplos de los efectos que la conducta de Telefónica tuvo sobre la realización de los despliegues originalmente proyectados por los operadores alternativos afectados.

⁴⁵ Según dispone el apartado 6.2.3 del procedimiento de gestión para operadores del servicio MARCo, *“cuando Telefónica declare incorrecta una solicitud por suponer un supuesto uso inadecuado del servicio mayorista, debe justificar claramente el motivo del rechazo antes de 10 días, así como llevar a cabo la reevaluación de la solicitud antes de 5 días tras la corrección o aportación de información aclaratoria. Si sigue considerando que es incorrecta deberá*

oferta MARCo fue de hecho puesta de manifiesto por un operador alternativo, que en una de sus comunicaciones con Telefónica (folio 593 del expediente administrativo) indica lo siguiente:

“Te ruego por favor si vais a rechazar la SUC lo hagáis a través de MARCo aduciendo claramente los motivos por los cuales el uso es inadecuado”.

Téngase en cuenta que el hecho de que Telefónica no haya cumplido con el último párrafo del apartado 6.2.3 de la oferta MARCo, impide que el operador alternativo solicitante pueda conocer los motivos de su solicitud como incorrecta y poder solicitar la intervención de esta Comisión, órgano competente para garantizar el acceso y la interconexión entre los operadores de comunicaciones electrónicas, resolviendo los conflictos relacionados y aclarando dudas interpretativas sobre la forma en que se ha de cumplir la oferta de referencia para garantizar accesos en condiciones transparentes y no discriminatorias.

La falta de transparencia generada por la falta de información de Telefónica se deduce claramente de la propia información aportada por este operador en el expediente (ver en particular folios 112 y 1040 del expediente administrativo) donde puede verificarse que, en la mayoría de los casos, los rechazos se fundaban en motivos genéricos y carentes de mayor explicación como “*sin despliegue de red de acceso FTTH*”, “*posible uso indebido del servicio*” o “*Posible uso indebido del servicio: red para un único cliente*”. De hecho, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, la propia Telefónica se refiere abiertamente al hecho de que su proceder tenía lugar -en su caso- al margen de lo establecido en la oferta MARCo, al indicar en la p. 21 que:

“Telefónica ha mantenido, en todo momento, interlocución con los operadores solicitantes mediante conversaciones y reuniones leales y de buena fe -gestiones estas que han podido incidir en los plazos del procedimiento-, con la finalidad de dilucidar, cuando ello resultaba necesario, el destino de las SUC en cuestión y, en su caso, ponerles de manifiesto la razón por la que, justificadamente, se consideraba incorrecta la solicitud, sustentado en el cumplimiento de la oferta MARCo, manteniendo Telefónica una actitud colaborativa con los operadores en todo momento -conversaciones que tuvieron lugar al margen de NEON, con el fin de que el cauce de comunicación fuera más efectivo-”.

En definitiva, la CNMC ha acreditado sobradamente que, en relación con las SUC objeto del expediente, se produjo un rechazo o retraso injustificado en la tramitación de estas por parte de Telefónica. A efectos de analizar estos hechos,

motivarlo detalladamente en NEON para que el Operador pueda informar a la CNMC del rechazo y los motivos en caso de solicitar su intervención”.

la CNMC inició un periodo de información previa con anterioridad a la apertura del procedimiento sancionador, al objeto de identificar -con pleno respeto de los derechos de defensa de Telefónica- las SUC que tenían por objeto la provisión de servicios a clientes empresariales finales u otros usos autorizados. Este aspecto fue posteriormente verificado mediante la remisión de sendos requerimientos de información a todos los operadores afectados por la conducta de Telefónica, así como a la propia Telefónica. De esta manera, la CNMC pudo comprobar la forma en que Telefónica había tramitado las solicitudes de acceso, así como el uso pretendido para las SUC formuladas por los operadores alternativos (que aportaron a estos efectos diferentes medios de prueba tales como los contratos con los clientes; la situación de las infraestructuras; o las facturas de los elementos utilizados para el despliegue de la red).

Consideración sobre las alegaciones de Telefónica relativas al tipo infractor

De conformidad con lo expuesto en el apartado 1.2 de este Fundamento, la regulación *ex ante*, así como con la práctica decisional de este organismo previamente citada y que también vincula a Telefónica de conformidad con el propio texto de la oferta MARCo, no dejan lugar a dudas en lo que se refiere a la aplicabilidad de las obligaciones en materia de acceso a la infraestructura física de Telefónica para el tendido de redes de acceso destinadas a clientes empresariales finales, motivo por el que han de rechazarse sus alegaciones relacionadas con la falta de tipicidad y de falta de claridad respecto del tipo infractor que se le imputa a su conducta antijurídica.

Las limitaciones que Telefónica plantea al uso de la oferta MARCo parten de una interpretación restrictiva, interesada, contraria a los postulados que justifican el establecimiento de la obligación de acceso a infraestructura civil impuesta en la Resolución del mercado de banda ancha en los términos desarrollados por su anexo 3 y en la forma prevista en la oferta MARCo y también contraria a lo expuesto por esta Comisión al respecto a pesar de que, conforme reza la propia oferta MARCo vigente (apartado 2.4), Telefónica también deberá estar a lo dispuesto por esta Comisión en sus resoluciones relativas al ámbito de aplicación de la oferta MARCo.

En efecto, limitar el ámbito de aplicación de la oferta únicamente para el despliegue de determinado tipo de redes, o a determinado tipo de despliegues, tal y como se extrae de las alegaciones de Telefónica, no solo es contrario a la propia oferta MARCo que expresamente prohíbe discriminar su utilización sobre la base de dichos motivos, sino que también resulta contrario a la propia

definición⁴⁶ de NGA prevista en la Recomendación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2010 relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA)⁴⁷.

Es así como ni el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas ni la Recomendación relativa al acceso regulado a las redes NGA, vinculan la definición de una red de acceso NGA (o de una red de muy alta capacidad) a la tipología de los clientes, o al tipo de despliegue (punto a punto o punto a multipunto) que se vaya a efectuar.

A mayor abundamiento, en relación con las alegaciones de Telefónica conforme a las cuales la oferta MARCo no estaría disponible para la creación de redes privadas para uso exclusivo por un solo cliente o para el despliegue de circuitos a clientes empresariales, procede efectuar las siguientes consideraciones:

- Creación de redes privadas para uso por un solo cliente

En sus alegaciones, Telefónica hace referencia a la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha de 2016, donde se indica que la oferta MARCo no se extiende, en principio, a aquellos supuestos en los que los solicitantes pretendan instalar una red NGA con el objetivo último de crear “una red privada para uso exclusivo por un solo cliente”. La CNMC habría reiterado esta manifestación en otras resoluciones, como por ejemplo la Resolución de 28 de julio de 2016 del conflicto de acceso interpuesto por Magtel Comunicaciones

⁴⁶ El apartado 11 de la Recomendación define las redes NGA como “las redes de acceso alámbricas integradas total o parcialmente por elementos ópticos y que son capaces de entregar servicios de acceso de banda ancha con características mejoradas (tales como un caudal superior) en comparación con los prestados a través de las redes de cobre ya existentes. En la mayoría de los casos, las redes NGA resultan de la mejora de una red de acceso coaxial o de cobre ya existente”. Por su parte, el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas⁴⁶ define en el apartado 2 de su artículo 2 las redes de muy alta capacidad como “bien una red de comunicaciones electrónicas que se compone totalmente de elementos de fibra óptica, al menos hasta el punto de distribución de la localización donde se presta el servicio o una red de comunicaciones electrónicas capaz de ofrecer un rendimiento de red similar en condiciones usuales de máxima demanda, en términos de ancho de banda disponible para los enlaces ascendente y descendente, resiliencia, parámetros relacionados con los errores, latencia y su variación; [...]”.

⁴⁷ DOUE L251/35 de 25 de septiembre de 2010.

Avanzadas contra Telefónica por denegaciones de uso compartido sobre canalizaciones incluidas en la oferta MARCo⁴⁸.

Como se indica extensamente a lo largo de la presente resolución, y frente a lo aducido por Telefónica, el ámbito de aplicación de la oferta MARCo en ningún caso se ha visto restringido a la provisión de servicios a clientes residenciales, o al uso de una tecnología concreta (como podría ser el tendido de redes de fibra óptica hasta el hogar, en lugar de circuitos). El establecimiento de limitaciones en el uso de la oferta mayorista sobre la base de características específicas (tipología de clientes, tecnología empleada, etc.) iría abiertamente en contra de lo dispuesto en las propias resoluciones de los mercados mayoristas de banda ancha, según las cuales Telefónica no podrá *“discriminar o limitar el suministro del acceso por razones tecnológicas, de arquitectura de red o de funcionalidad de la misma, o por la actividad del operador”*.

Telefónica pretende convertir en regla general las limitadas -y siempre debidamente motivadas- excepciones que la CNMC ha venido estableciendo en relación con el uso de la oferta MARCo. En particular, la referencia en la resolución de los mercados mayoristas de banda ancha a que la oferta MARCo no se extiende a aquellos supuestos en que los solicitantes de acceso pretendan crear una red privada para uso exclusivo por un solo cliente se circunscribe a un caso concreto, tal y como de hecho indica la nota al pie que acompaña a esa referencia, donde se menciona la Resolución de 3 de noviembre de 2011 por la cual se resuelve el conflicto de acceso presentado por Telefónica frente a Fonotex, ante el posible uso indebido de la oferta MARCo.

La presente resolución explica en detalle las circunstancias que dieron lugar a la consideración de despliegues como el de Fonotex como un uso indebido, ante el riesgo de que la autorización de despliegues llevados a cabo por operadores constituidos *ad hoc* pudiera incentivar la proliferación de entidades que tuvieran como único fin la creación de redes privadas para ayuntamientos o empresas, lo que en última instancia sería un supuesto muy parecido a la autoprestación. Lo que es más importante, tal y como detalla la presente resolución, la Resolución de 3 de noviembre de 2011 fue puesta en su debido contexto poco después, en el marco del conflicto entre Grupalia y Telefónica también referenciado.

A este respecto, en la resolución de 21 de marzo de 2013 relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución sobre el conflicto de acceso al servicio mayorista de acceso a registros y conductos (MARCo)

⁴⁸ Expediente CFT/DTSA/008/15.

planteado por Grupalia Internet, se sintetizan los principales argumentos invocados por Telefónica en su recurso de la siguiente manera:

“A) Nulidad de pleno derecho por autorizar un uso indebido de los servicios MARCo.

Por una parte, TESAU alega que se estaría autorizando a la entidad Grupalia Internet, S.L. (en adelante, GRUPALIA) a realizar un uso indebido de los servicios de la Oferta MARCo al permitirse su utilización para desplegar una red privada para uso exclusivo por parte de un sólo cliente, el Hospital de Torrelodones, sin que existan indicios técnicos ni comerciales que evidencien que la red vaya a estar disponible para otros clientes.

La recurrente estima que el acceso mayorista a las infraestructuras de red (acceso MARCo) debería reservarse exclusivamente al despliegue de redes NGA, teniendo éstas por objeto dar servicio a miles de usuarios, por lo que su uso para desplegar una red privada para uso exclusivo por parte de un sólo cliente sería contraria a Derecho”.

La respuesta dada por la CNMC a esta alegación fue meridianamente clara, procediendo este organismo a diferenciar el caso analizado en la resolución relativa a Fonotex de los despliegues que en general llevan a cabo los operadores que prestan servicios a empresas:

“Finalmente, respecto a lo señalado por TESAU acerca de la necesidad de requerir planes de negocio a los operadores para acreditar que no van a utilizar los servicios de la Oferta MARCo para construir redes privadas, hay que contestar que no resulta procedente en el caso objeto del conflicto entre GRUPALIA y TESAU cuya Resolución es objeto de recurso, puesto que esta Comisión únicamente lo ha venido haciendo cuando existían indicios evidentes de que el operador cuyo despliegue denunciaba TESAU se había constituido como tal con la finalidad exclusiva de dar servicio a un solo cliente en régimen de autoprestación (por ejemplo, el caso de algunos Ayuntamientos, tales como los citados en el Fundamento de Derecho tercero, Apartado 1, de la Resolución recurrida, ver páginas 3 y 4). Este no es el caso de GRUPALIA que claramente es un operador con recorrido, experiencia comercial y operativa, y voluntad de despliegue demostrados”.

Dado lo que antecede, no puede sino reiterarse lo ya recogido en la propuesta de resolución, donde se pone en evidencia que Telefónica invocó exactamente estos argumentos hace más de ocho años, dejando ya entonces claro el regulador sectorial que en ningún caso cabía excluir del ámbito de la oferta MARCo a los operadores que dan servicio a clientes empresariales finales. De hecho, ésta fue la política comercial seguida por la propia Telefónica durante años, tal y como puso de manifiesto un operador con marcada vocación empresarial como Colt, quien en el escrito de consulta que dio lugar al Acuerdo de la CNMC de 1 de julio de 2020 afirmaba que **[CONFIDENCIAL]**. Procede

recordar igualmente que todos los operadores que se han visto afectados por la negativa de Telefónica a tramitar sus solicitudes de uso compartido son operadores consolidados en el mercado, con acuerdos de acceso a la oferta MARCo suscritos con Telefónica desde hace años⁴⁹.

- Uso de la oferta MARCo para circuitos

En contraposición con lo alegado por Telefónica, la CNMC en ningún momento ha excluido el uso de la oferta MARCo para el tendido de redes de comunicaciones electrónicas mediante el uso de circuitos. De nuevo, semejante exclusión sería contraria a lo previsto en el Anexo 3 de la Resolución de los mercados de banda ancha.

La posibilidad de que la oferta MARCo se emplee para circuitos se explicita⁵⁰ claramente en la resolución de 26 de julio de 2018 por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento empresarial.

En relación con las alegaciones relativas a que, a su entender, la disponibilidad de la oferta MARCo para la prestación por parte de los operadores alternativos del servicio de líneas alquiladas (circuitos) no fue expresamente reconocida por la CNMC hasta el Acuerdo de 1 de julio de 2020, por el que se da contestación a la consulta formulada por Colt en relación con el ámbito de aplicación de la oferta MARCo, y confirmada por esta Comisión en el trámite de información pública efectuado en diciembre de 2020 en relación con la definición⁵¹ y análisis del mercado de acceso de alta calidad al por mayor en aplicación de la Recomendación⁵² de mercados de 2020, cabe señalar que el mencionado trámite de información pública para la definición y análisis del mercado de acceso de

⁴⁹ Idecnet (2009); Colt (2011); Aire Networks (2013); Iguana (2013); Carcon (2016); CenturyLink (2019).

⁵⁰ *“los circuitos Ethernet mediante fibra óptica punto-a-punto con velocidades y caudal dedicado y garantizado pueden replicarse técnicamente mediante (i) el servicio mayorista de acceso a infraestructura de obra civil previsto en la oferta de referencia MARCo, que permite al operador desplegar su propia red de fibra óptica punto-a-punto, o bien, (ii) el servicio mayorista de líneas alquiladas previsto en la oferta de referencia ORLA”.*

⁵¹ Expediente ANME/DTSA/003/20.

⁵² 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*, DOUE L439/23 de 29 de diciembre de 2020. El actual mercado 2 se corresponde con el mercado 4 de la anterior Recomendación de mercados, del año 2014.

alta calidad al por mayor iniciado en diciembre de 2020 no hace sino corroborar la plena aplicabilidad de las obligaciones en materia de acceso a la infraestructura física ya contempladas en el mercado 1 y también en el mercado 2 (acceso de alta calidad al por mayor), recordándose que *“Telefónica debe proveer el acceso a las facilidades asociadas necesarias para la prestación de los servicios de acceso de alta calidad, ya sean líneas alquiladas o banda ancha de alta calidad, aunque estos recursos asociados estén regulados a través de mercados diferentes al del presente análisis (tales como conductos sujetos a la oferta MARCo -mercado 3a/2014- o ubicación en centrales OBA -mercado 3b/2014)”*.

Añade Telefónica que la consulta de Colt refleja la confusión que reina respecto de los usos indebidos de la oferta MARCo, hecho que conlleva a la falta de claridad respecto del tipo infractor que se le imputa. Alega que fue precisamente la contestación a esa consulta en el Acuerdo de esta Sala del Consejo de la CNMC de 1 de julio de 2020, la ocasión en la que esta Comisión cambió de criterio por primera vez al reconocer o aceptar el uso que pretendía dar Colt a la oferta MARCo y que motivó su consulta: el uso de la oferta MARCo cuando el despliegue de la red NGA tenga por finalidad la prestación de servicios de líneas alquiladas.

Antes que nada conviene subrayar que el supuesto cambio de criterio de la CNMC alegado por Telefónica no fue el de esta Comisión sino el de la propia Telefónica: en efecto, como se ha visto, operadores alternativos como BT/Evolutio o Colt, con un perfil claramente orientado a la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales, suscribieron sus respectivos acuerdos de acceso a la oferta MARCo en los años 2009 y 2011, y vinieron haciendo uso de la oferta de referencia durante años sin que se suscitara ninguna controversia con Telefónica sobre el supuesto carácter indebido de los usos previstos.

El cambio unilateral en la conducta respecto del cumplimiento por parte de Telefónica de su obligación de acceso a infraestructura de obra civil desde el momento de los hechos es precisamente lo que se le reprocha a Telefónica y que fue puesto de manifiesto por Colt en su escrito de consulta (folios 22 a 39 del expediente administrativo). De hecho, la posibilidad de hacer uso de la oferta MARCo a fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales ha sido una cuestión pacífica, conforme había sido expresamente abordada por la CNMC en múltiples precedentes hasta que Colt, en su consulta planteada, informa del cambio de posición que desde diciembre de 2019 había adoptado Telefónica para tramitar las SUCs.

Además, la aplicación de la oferta MARCo a los operadores alternativos que atienden las necesidades del segmento empresarial es consecuente con el ámbito y extensión del resto de obligaciones que emanan de la Resolución de los mercados de banda ancha, y, en concreto, con las obligaciones existentes en materia de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado y en materia de acceso al bucle virtual de fibra óptica (NEBA local). Para ambos servicios regulados, la tipología (residencial o empresarial) de los clientes a los que se vayan a prestar servicios de comunicaciones electrónicas es irrelevante para la aplicación de las obligaciones de acceso impuestas a Telefónica.

Cualquier otra conclusión diferente a las anteriores sería difícilmente compatible con la obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil contenida en la actual regulación de los mercados mayoristas de banda ancha. Conforme a dicha obligación, Telefónica debe implantar los medios necesarios para la provisión del acceso mayorista a sus infraestructuras de obra civil, suministrando a terceros operadores recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos. Resulta en este sentido incuestionable que Telefónica utiliza las infraestructuras que forman parte de la oferta MARCo para el tendido de su red de acceso de nueva generación, destinada a prestar servicios tanto a clientes residenciales como a clientes empresariales.

En definitiva, ni la Resolución de los mercados de banda ancha, ni la oferta MARCo ni la práctica decisional de esta Comisión en lo que afecta al ámbito de aplicación de la oferta MARCo, dejan lugar a dudas de que el acceso a la infraestructura física de Telefónica no puede verse supeditado al cumplimiento de determinadas especificaciones tecnológicas, arquitectura de red o funcionalidades, ni tampoco por la actividad desarrollada por el operador alternativo, tal y como pretende Telefónica. Tampoco puede ser el operador obligado quien decida si cumple con su obligación a su conveniencia, en este caso, de forma discriminatoria al inobservar el procedimiento debido e incumplir con los plazos previstos dados los efectos anticompetitivos que dicho comportamiento conlleva y que precisamente el anexo 3 de la Resolución de mercados de banda ancha proscribió expresamente hasta en dos obligaciones específicas diferentes en las que se desarrolla el mandato general de dar acceso a sus infraestructuras de obra civil para el despliegue de redes NGA.

Por último, en relación con las alegaciones por la supuesta indefinición del ámbito de aplicación de la oferta y la ausencia de una guía sobre usos autorizados de la oferta MARCo conforme lo anunció la CNMC en su Plan de

Actuaciones 2020, a pesar de que sobre la base de todo lo anteriormente expuesto cabría desestimarlas, conviene aclarar que la guía que menciona Telefónica sobre usos debidos de la oferta MARCo fue, de hecho, sometida a consulta pública en el mes de marzo de 2021⁵³, siendo su objeto, en contraste con el que le atribuye este operador en sus alegaciones, el siguiente: divulgar las directrices sobre la manera en que la CNMC ha analizado los conflictos de acceso a infraestructura física interpuestos sobre la base del 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)⁵⁴. Es decir, dicha Guía no pretende por consiguiente establecer un catálogo sobre posibles usos autorizados en materia de acceso a las infraestructuras físicas de Telefónica (oferta MARCo), debiendo recordarse a estos efectos que la propia Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha ya indicaba a este respecto que *“no se estima oportuno establecer un catálogo de usos indebidos, tal y como propone Telefónica, considerándose más apropiado que, en los supuestos de conflicto entre los operadores, la CNMC analice caso por caso la razonabilidad de cada petición, en línea con la práctica mantenida por esta Comisión hasta el momento. En efecto, resulta más oportuno mantener el carácter genérico de esta obligación de acceso (obligación de atender las solicitudes razonables de acceso), no estimándose oportuna su limitación en función del uso específico que vaya a hacer el operador alternativo de tal infraestructura, siempre y cuando el despliegue a efectuar redunde en la prestación de servicios minoristas de banda ancha (fija o móvil) a terceros”*.

En el mismo sentido ha de darse contestación a la alegación formulada por Telefónica en su escrito de alegaciones a la incoación del procedimiento sancionador según la cual la inconcreción por parte de la CNMC sobre el tipo de usos permitidos o prohibidos de la oferta MARCo habría quedado también puesta de manifiesto en la contestación informal -vía correo electrónico- de 9 de

⁵³<https://www.cnmc.es/consultas-publicas/telecomunicaciones/comunicaciones-conflictos-infraestructuras>

⁵⁴ Guía aprobada definitivamente en fecha 20 de diciembre de 2021 (Comunicación 1/2021: <https://www.cnmc.es/expedientes/comunicaciondtsa00121>).

Como también conoce Telefónica, y tal y como asimismo recoge el Plan de Actuaciones de la CNMC para los años 2020 y 2021-22, este organismo ha revisado por otra parte las condiciones de ocupación del acceso a infraestructuras MARCo, al haberse detectado una elevada incidencia de las ocupaciones irregulares en dicha infraestructura. De nuevo, dicho expediente -en virtud del cual se dictó la Resolución de 30 de noviembre de 2021 por la que se aprueban los procedimientos para la regularización de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras pasivas de Telefónica- no guarda relación con los hechos que son objeto del presente procedimiento sancionador.

diciembre de 2020 por el que la CNMC dio a una consulta de un operador tercero (folio 245).

A este respecto, la contestación informal dada a un operador, en el seno de una consulta *online* realizada en fecha posterior a los hechos que se le imputan, no refleja la posición formal u oficial de este organismo, ni puede poner en cuestión la práctica administrativa consolidada de esta institución en lo relativo al acceso a la oferta MARCo para la prestación de servicios a clientes empresariales finales. La contestación informal invocada por Telefónica no hace por otra parte sino poner de relieve la existencia de conflictos de acceso pendientes de resolución en relación con los usos autorizados de la oferta MARCo, y confirmar que en todo caso -sea a través de la citada oferta regulada, o el Real Decreto 330/2016- los operadores alternativos tienen reconocido un derecho de acceso a la infraestructura física de Telefónica que este agente ha venido denegando.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

En derecho administrativo sancionador, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

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

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

La consideración de lo dispuesto por el artículo 28 de la LRJSP lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (Sentencia del Tribunal

Supremo de 22 de noviembre de 2004 (RJ, 2005, 20)) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción⁵⁵.

El dolo exige que se cumplan dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero se da en el presente caso amparándose Telefónica en una interpretación restrictiva, interesada y contraria a la mantenida por esta Comisión respecto de la obligación de acceso a infraestructura civil impuesta en la Resolución del mercado de banda ancha en los términos desarrollados por su anexo 3 y la oferta MARCo. Pero, además, conforme reza la propia oferta MARCo vigente (apartado 2.4), Telefónica también deberá estar a lo dispuesto por esta Comisión en sus resoluciones relativas al ámbito de aplicación de la oferta MARCo así como respecto de su significación jurídica. El segundo elemento del dolo supone querer realizar el hecho ilícito.

En el presente caso se imputa a Telefónica una conducta antijurídica consistente en el incumplimiento de sus obligaciones en materia de acceso y no discriminación.

Valorado el elemento intelectual de la culpabilidad, se considera que Telefónica era plenamente consciente de que el incumplimiento de la regulación sectorial implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica.

En cuanto al elemento volitivo, Telefónica, como operador con poder significativo en el mercado y con un conjunto de obligaciones específicas impuestas en los mercados de banda ancha, es plenamente conocedora de la importancia y los efectos que produce o puede producir su actuación sobre el desarrollo de los procesos competitivos cuando lleva a cabo prácticas como las reprochadas en el presente procedimiento, más aún respecto de un conjunto de operadores que prestan servicios a un nicho específico de mercado, y pese a ello, no adoptó las medidas necesarias para adecuar su conducta a la regulación sectorial.

Telefónica ha venido facilitando el acceso a sus infraestructuras para usos empresariales desde la aprobación de la oferta MARCo en el año 2009. Una vez Telefónica decidió unilateralmente comenzar a denegar el acceso a su infraestructura para estos usos, era plenamente consciente de que los retrasos y rechazos en la gestión de las solicitudes de uso compartido podían tener un impacto importante en el devenir de las relaciones comerciales de los operadores alternativos con sus clientes empresariales. Debe recordarse que este es un segmento del mercado donde la posición de Telefónica es particularmente

⁵⁵ En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

prevalente y que los despliegues de red que realizan sus competidores tienen por finalidad cubrir un número limitado de potenciales clientes por lo que cualquier retraso o rechazo injustificado limita considerablemente la capacidad de competir en ese segmento de mercado.

A este respecto, y como recoge el Hecho Probado, (i) Telefónica denegó o al menos retrasó de manera sistemática el acceso a su infraestructura física para aquellos operadores que tenían previsto hacer uso de la oferta MARCo para la provisión de servicios a clientes empresariales finales o para la realización de despliegues autorizados conforme a la citada oferta; (ii) Telefónica no se atuvo a los numerosos precedentes donde el regulador sectorial había puesto de relieve que el uso de la oferta MARCo para dichos fines resultaba perfectamente legítimo y que vinculaban a Telefónica en cuanto que forman parte del ámbito de aplicación de la oferta. Por lo tanto, Telefónica ha actuado de forma dolosa pues conoce perfectamente el contenido de la regulación *ex ante* de los mercados de banda ancha así como de la oferta MARCo y es consciente de las implicaciones que para los operadores alternativos tiene una denegación de acceso que puede dar lugar a que los proyectos planteados por los operadores terceros a sus clientes no lleguen a ejecutarse.

En definitiva, Telefónica tenía perfecto conocimiento de estar llevando a cabo una conducta antijurídica. Concorre en consecuencia el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

Consideración de las alegaciones de Telefónica en relación con la culpabilidad

En su escrito de alegaciones a la incoación del procedimiento sancionador, Telefónica indica que ha actuado siempre de buena fe, atendiendo a sus obligaciones regulatorias. Según Telefónica, la incertidumbre existente en relación con los usos permitidos de la oferta MARCo se debe, por una parte, a la decisión de la CNMC de no establecer un catálogo de usos indebidos habiendo preferido este organismo proceder a la clarificación de esta cuestión, caso a caso, a través de la resolución de los conflictos que se le han planteado; y por otra parte, a que en la Resolución de la CNMC de 28 de mayo de 2020 relativa al conflicto de acceso a infraestructuras MARCo entre Lyntia y Telefónica⁵⁶ en la que la CNMC aceptó los desistimientos planteados por estos dos operadores sin considerar necesario continuar con la tramitación del procedimiento a fin de definir y esclarecer los extremos objeto de controversia de conformidad con el

⁵⁶ Expediente CFT/DTSA/134/19.

artículo 94.5 de la LPAC manifiesta la falta de voluntad de la CNMC de calificar la actuación de este operador como correcta o incorrecta.

Telefónica también alega que la no interposición de conflictos en relación con las SUC objeto del actual procedimiento sancionador, corroboran que Telefónica estaría legitimada para rechazar las SUC controvertidas en la creencia de que su conducta resultaba conforme con el marco regulatorio vigente. A mayor abundamiento, la oferta MARCo ya habría previsto una solución -el abono de penalizaciones- para el caso de que se incumplan los plazos de los procedimientos allí contemplados.

Las anteriores alegaciones han de ser rechazadas. Tal como venimos reiterándolo a lo largo de toda la resolución, no cabe apreciar buena fe en el incumplimiento doloso de las obligaciones que le resultan exigibles en las resoluciones incumplidas y en los términos específicos correspondientes. Ya la oferta MARCo prevé expresamente que cuando Telefónica valore que una SUC tiene por finalidad un uso indebido, Telefónica *“debe justificar claramente el motivo del rechazo antes de 10 días, así como llevar a cabo la reevaluación de la solicitud antes de 5 días tras la corrección o aportación de información aclaratoria. Si sigue considerando que es incorrecta deberá motivarlo detalladamente en NEON para que el Operador pueda informar a la CNMC del rechazo y los motivos en caso de solicitar su intervención.”* Sin embargo, Telefónica no cumplió con lo anterior.

En relación con la decisión de no resolver sobre el fondo del conflicto de acceso entre Telefónica y Lyntia antes mencionado, no es más que la consecuencia lógica del principio de intervención mínima que debe regir la actuación de la administración. Debe además recordarse que las solicitudes de uso compartido formuladas en su momento por Lyntia, y que dieron lugar a la interposición del correspondiente conflicto, son ajenas al presente procedimiento sancionador y están excluidas de su ámbito.

Por último, los numerosos conflictos planteados a lo largo del tiempo por los operadores alternativos en relación con la cuestión objeto de análisis, así como la consulta formulada por Colt, confirman que -lejos de lo sostenido por Telefónica- los persistentes rechazos de Telefónica a las solicitudes de uso compartido eran susceptibles de generar una problemática sustancial en los mercados mayoristas de banda ancha. En lo que se refiere al resto de operadores alternativos cuyas SUC se vieron afectadas, su decisión de no interponer un conflicto puede ser consecuencia de la posición de prevalencia de Telefónica en los mercados afectados, y el consiguiente temor de los operadores terceros a represalias por parte de un agente con el que, dada su posición

significativa en el mercado, inevitablemente han de mantener relaciones comerciales⁵⁷.

La incoación de un procedimiento sancionador por la CNMC es por otra parte independiente de la existencia o no de conflictos, dada la facultad de este organismo de supervisar de oficio el cumplimiento de las obligaciones regulatorias que ha fijado en los mercados susceptibles de regulación *ex ante*. En el mismo sentido –y frente a lo afirmado por Telefónica- el posible abono de penalizaciones a los operadores alternativos por retrasos en la gestión y provisión de los servicios contemplados en las ofertas reguladas (tales como la oferta MARCo) es independiente del ejercicio de la potestad sancionadora por la CNMC, en casos en que se acredite el incumplimiento de sus resoluciones. Cabe traer a colación a estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011⁵⁸, donde el Alto Tribunal señala que “[...] *dadas las competencias de la [CNMC] para intervenir en las relaciones entre operadores en materia de acceso e interconexión, [...], si observa que el incumplimiento de los plazos en el suministro de servicios regulados por parte del operador dominante está generando, además de los daños al operador que pide el acceso, perjuicios para la competencia, puede adoptar las medidas necesarias, incluso sancionadoras, que pongan fin a esta situación*”.

La negativa de Telefónica a cursar las solicitudes de acceso sobre la base de una supuesta discrepancia con los operadores alternativos acerca de la legitimidad de los usos propuestos resulta aún más injustificable si se toma en consideración que Telefónica en ningún momento planteó esta cuestión formal o informalmente a la CNMC -a pesar de la creciente conflictividad a este respecto- así como que, con independencia de la aplicabilidad de la propia oferta MARCo a los usos planteados, Telefónica podría haber estado en todo caso obligada a garantizar el acceso a su infraestructura física sobre la base del Real Decreto 330/2016⁵⁹.

⁵⁷ Ver en este sentido, en relación con la posible ocultación de la identidad de un operador denunciante en el ámbito del derecho de competencia a fin de salvaguardarlo de posibles represalias por parte del operador dominante, sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993 en el asunto T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum* y del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995 en el asunto C-310/93P *BPB Industries and British Gypsum*.

⁵⁸ Recurso de casación 5732/2008.

⁵⁹ Telefónica es un sujeto obligado en los términos del Real Decreto 330/2016, en tanto operador que instala o explota redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles para el público (artículo 3.5.b) del Real Decreto 330/2016). El Real Decreto 330/2016 exige que las medidas que se puedan establecer sobre la base de esta norma guarden coherencia con las obligaciones que se hayan podido imponer al operador sometido a regulación *ex ante* en materia de acceso a la infraestructura física, pero en ningún caso excluye a dicho operador

Telefónica, en tanto operador con poder significativo en los mercados mayoristas de banda ancha, es perfectamente consciente de las ventajas competitivas que resultan de rechazar o dilatar el acceso por parte de sus competidores a un elemento crítico para el despliegue de nuevas redes como es su infraestructura de obra civil, y que pueden conducir a reforzar su posición de privilegio en unos mercados que ya se ven afectados por la presencia del operador con poder significativo de mercado.

A este respecto, el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 14 de diciembre de 2007⁶⁰ ha señalado que el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por el regulador sectorial en el ejercicio de sus funciones es una infracción que *“se consume por el mero incumplimiento de una resolución de la CMT, cuando ha sido notificada a la parte interesada y ésta conoce las consecuencias sancionadoras que derivarán de su conducta activa u omisiva dirigida a evitar la ejecución de la resolución”*. La misma sentencia, al analizar los elementos objetivos y subjetivos definitorios de la infracción, señala que debe existir una *“intención deliberada y cierta de no cumplir el mandato de la autoridad exteriorizada por sus actos de resistencia u omisiones dejando transcurrir los plazos legales sin demostrar un deseo de acatamiento del mandato contenido en el acto”*.

En estos casos, tal y como señala el Tribunal Supremo, el carácter intencional del incumplimiento por parte de Telefónica deriva del propio conocimiento que hay que suponerle de la normativa y regulación sectoriales que reglamentan su actuación en los mercados mayoristas de banda ancha, y de su actuación dirigida a evitar su aplicación, denegando el acceso a una infraestructura crítica que sin embargo sí le resultaba accesible a este operador.

Sobre la base de todo lo anterior, cabe rechazar las restantes alegaciones relativas a que la incoación del presente procedimiento supone una vulneración por parte de esta Comisión de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que deben guiar la actuación de las Administraciones públicas y confirmar la concurrencia del elemento volitivo que acredita el carácter doloso de la conducta infractora de Telefónica.

del ámbito de aplicación del Real Decreto 330/2016, meramente sobre la base de que dicho agente ya ha debido asumir una serie de obligaciones regulatorias conforme a la regulación de mercados.

⁶⁰ Recurso de casación núm. 1341/2005.

TERCERO.- Consideración de los hechos analizados como infracción continuada

Como recoge la presente resolución, Telefónica ha estado incumpliendo, de forma continuada, la Resolución de los mercados de banda ancha, así como la oferta MARCo.

Según dispone el artículo 29.6 de la LRJSP, *“será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*.

Si bien cada una de los rechazos o retrasos respecto de las 41 SUCs objeto del presente procedimiento son infracciones autónomas al concurrir, respecto de cada una el tipo infractor que se le imputa a Telefónica, el hecho de haber mantenido de forma continuada esta conducta infractora (tanto del mandato positivo como del mandato negativo que conlleva la Resolución incumplida) al afectar a las mencionadas SUC que comparte características similares, como mínimo, desde septiembre de 2019 hasta el mes de septiembre de 2020 (fecha en que las últimas SUC afectadas fueron validadas por Telefónica), cabe calificar el conjunto de estas 41 infracciones como una única infracción continuada.

El carácter de infracción continuada en el supuesto de incumplimiento de resoluciones por las que se regulan *ex ante* los mercados de referencia, así como de resoluciones que aprueban ofertas mayoristas, y donde los actos ilícitos son muy variados, tiene su fundamento en la existencia de un único e idéntico propósito. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013 (recurso de casación núm. 1465/2010⁶¹), en la que se anula una sanción del regulador sectorial a la propia Telefónica, pero en la que se descarta cualquier duda interpretativa sobre el carácter continuado de este tipo de infracciones.

Así, en el fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia se señala que:

“La realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, debe ser objeto de una respuesta punitiva única y no de tantos actos ilícitos se hayan cometido, conforme previene el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Cuestión distinta es que dicha respuesta única pueda tomar nota de la repetición y

⁶¹ Sentencia relativa a la Resolución de la CMT de 10 de mayo de 2007 del expediente sancionador RO 2006/12.

continuidad en el tiempo de los actos ilícitos para modular la intensidad de la sanción que el conjunto de todos ellos merezca.

Hasta tal punto ello es así que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con acierto, no dudó en utilizar la categoría de "infracción continuada" para los incumplimientos de "Telefónica de España, S.A.U." que fueron objeto del expediente al que puso fin la resolución de 16 de noviembre de 2006, aun siendo muy variados los actos ilícitos en él comprendidos. Precisamente por considerar que todos ellos, referidos a la conducta reiterada de "Telefónica de España, S.A.U." respecto de diversos (la práctica totalidad) operadores, tenían no sólo una base común sino un mismo designio obstaculizador del acceso de éstos al bucle de abonado, según un plan preconcebido o en aprovechamiento de la ocasión que le facilitaba su posición de titular de la red, precisamente por estas razones, decimos, y a la vista de que aquellos actos infringían el mismo precepto legal, impuso una única sanción.

Apreció de este modo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin dificultades interpretativas respecto de los preceptos aplicables en materia de continuidad infractora, que "Telefónica de España, S.A.U." había incumplido "de manera continuada y generalizada" las resoluciones administrativas que determinaban el contenido obligatorio de la oferta de referencia, razón por la que la respuesta sancionadora fue única y no plural. Semejante apreciación, según hemos corroborado en nuestra sentencia de esta misma fecha al desestimar el recurso de casación 4037/2010, fue admitida por la Sala de la Audiencia Nacional en la sentencia objeto de él y resulta conforme a Derecho".

El Tribunal Supremo ha interpretado las condiciones requeridas para apreciar la concurrencia de una infracción continuada en diversas ocasiones. Así, por ejemplo, en su sentencia de 30 de noviembre de 2004⁶², el Tribunal Supremo señala lo siguiente:

"Para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

⁶² Recurso de casación núm. 6573/2001, relativo a la Resolución de la CMT de 2 de marzo de 2000 en la que se declaró responsable directa a Telefónica de la comisión de una infracción muy grave y continuada por el incumplimiento de la Resolución de 28 de diciembre de 1999, relativa a la adopción de medidas cautelares en expediente abierto en relación con las solicitudes de intervención presentadas por RSL Communications Spain y BT.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza”.

A estos efectos, y en relación con los hechos objeto del presente expediente, cabe indicar que:

- En primer lugar, Telefónica ejecutó una pluralidad de actos que se concretan en una serie de acciones infractoras, llevadas a cabo como mínimo entre septiembre de 2019 y septiembre de 2020 a través de idénticos medios (rechazo y/o retraso en la tramitación de las solicitudes de uso compartido planteadas), y que ha afectado a un total de 41 solicitudes de uso compartido, efectuadas por 6 operadores.
- En segundo lugar, al llevar a cabo dicha conducta, Telefónica actuó con dolo unitario o, al menos, con dolo continuado. Telefónica era plenamente consciente de que su negativa a tramitar las solicitudes de uso compartido de los operadores alternativos contravenía la regulación ex ante de mercados, así como la oferta MARCo, según las cuales Telefónica no puede discriminar o limitar el suministro del acceso por razones tecnológicas, de arquitectura de red o de funcionalidad de esta, o por la actividad del operador.
- En tercer lugar, existe unidad del precepto legal vulnerado, consistente en el incumplimiento del artículo 76.12 de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave “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*”. En concreto, como se ha señalado, se reprocha a Telefónica el incumplimiento de Resolución de los mercados de banda ancha, así como el incumplimiento de la oferta MARCo.

Cabe por consiguiente concluir que concurre una infracción continuada en relación con la conducta infractora seguida por Telefónica y que es objeto de este procedimiento.

Por otra parte, el artículo 29.2 de la LRJSP establece que la sanción pecuniaria deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. Esto es, la sanción a imponer por las dos conductas infractoras consideradas como

infracción continuada deberá asegurar la debida correspondencia entre la gravedad de la infracción –tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el caso- y el importe de la sanción –que éste cumpla con el principio de prevención: evite un directo incremento de la utilidad económica que tiene su comisión cuantos más actos infractores se cometan, al tiempo que se producirá una gradual y paralela reducción de sus costes (sancionadores)-.

Por lo tanto, de conformidad con lo anterior, una vez atendidas las circunstancias concurrentes al caso al objeto de valorar los criterios de graduación de la sanción a imponer previsto en los artículos 80 de la LGTel y 29.3 de la LRJSP que se realizará en el siguiente apartado, habrá de tenerse en cuenta el carácter continuado de la conducta para cumplir con el principio de prevención antes señalado.

CUARTO.- Cuantificación de la sanción aplicable

4.1. Límites legales

La LGTel establece unas reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. También regula una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 79 del citado texto legal:

“1. Por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos anteriores se impondrán las siguientes sanciones:

a) Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros [...]”.

Por tanto, en el presente procedimiento sancionador, los límites máximos fijados por la LGTel para la determinación del importe de la sanción son (i) un importe de hasta el quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos y omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de no poder determinarse el anterior criterio, (ii) veinte millones de euros.

En este caso, el beneficio bruto obtenido por Telefónica como consecuencia de las conductas descritas no puede cuantificarse. En efecto, dado que la conducta consiste en la negativa o dilación por parte de Telefónica a suministrar el acceso

a su infraestructura física, no puede estimarse la potencial obtención de un beneficio directo por parte de Telefónica derivado de los hechos puestos de manifiesto en el presente procedimiento -toda vez que el beneficio es indirecto, al perjudicarse la posición de los operadores en el mercado minorista relevante.

En consecuencia, al no poderse determinar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción, de conformidad con el 79.1.a) de la LGTel, la cantidad máxima de la sanción que se pueda imponer queda fijada en veinte millones de euros.

4.2. Criterios de graduación de la sanción

En este epígrafe se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 80 de la LGTel como en el artículo 29.3 de la LRJSP, si concurren elementos que motiven la agravación o atenuación de la sanción a imponer.

A este respecto, el artículo 80.1 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado y su reparación.*
- e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.*

Según el artículo 80.2 de la LGTel,

“Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan”.

Por su parte, el artículo 29.3 de la LRJSP señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*

- c) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
 d) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa”.*

En el presente procedimiento se considera que no concurren elementos específicos que justifiquen agravar o atenuar la sanción a imponer salvo por el carácter continuado de la conducta infractora conforme antes se ha acreditado.

En lo relativo a la situación económica, Telefónica es el operador histórico en la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas en España, ostentando una posición de prevalencia en los mercados que ha dado lugar a la imposición de una serie de obligaciones regulatorias con carácter *ex ante*, como las que son objeto de este procedimiento. La posición de Telefónica es particularmente significativa en el segmento empresarial, que es donde se concentraron los rechazos a las solicitudes de uso compartido que son objeto del expediente.

A este respecto, en la consulta pública del procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso de alta calidad al por mayor facilitado en una ubicación fija (mercado 4/2014)⁶³, se pone de manifiesto la privilegiada posición de Telefónica en el segmento minorista empresarial, que a mayor abundamiento ha sido capaz de mantener en el tiempo.

Tabla 2 - Cuota de mercado en el nivel empresarial (en términos de ingresos por servicios fijos)

Operador	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Telefónica	70,0%	69,0%	67,8%	66,8%	65,3%	62,9%

Fuente: CNMC (consulta pública del procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso de alta calidad al por mayor facilitado en una ubicación fija)

Los datos públicos más recientes extraídos del servicio estadístico de la CNMC (CNMC Data) permiten también corroborar el carácter ineludible de Telefónica como proveedor de servicios en los principales mercados empresariales⁶⁴:

⁶³ Expediente ANME/DTSA/003/20/M4-2014.

⁶⁴ Ver asimismo Informe Económico Sectorial de Telecomunicaciones y Audiovisual 2020 de la CNMC, ESTAD/CNMC/002/21.

Tabla 3 - Comunicaciones fijas año 2020 (millones de euros)

Servicio	Ingresos Telefónica	Ingresos totales	Cuota Telefónica
Alquiler de circuitos	471,62	567,22	83,1%
Transmisión de datos	366,65	769,06	47,7%
Comunicaciones corporativas	40,50	56,65	71,5%

Tabla 4 - Servicios mayoristas año 2020 (millones de euros)

Servicio	Ingresos Telefónica	Ingresos totales	Cuota Telefónica
Alquiler de circuitos	595,35 ⁶⁵	790,76	75,3%
Transmisión de datos	131,23 ⁶⁶	177,78	73,8%

La cuota de mercado de Telefónica es incluso superior si se atiende exclusivamente a la prestación de servicios a las Administraciones Públicas. En efecto, tal y como recoge el Informe Reina 2019 (último disponible), la cuota de mercado de Telefónica en dicho segmento alcanzaba el 85%, cuota que contrasta con la de sus más inmediatos competidores BT/Evolutio y Vodafone (3%)⁶⁷.

La importancia de las actividades de Telefónica en España queda igualmente de manifiesto en parámetros como el importe neto de la cifra de negocios reportado

⁶⁵ Incluye los ingresos de Telefónica y Telxius. En enero de 2021, Telxius firmó un acuerdo con la sociedad American Tower Corporation (ATC) para la venta de sus divisiones de torres de telecomunicaciones en Europa y en Latinoamérica.

⁶⁶ Incluye los ingresos de Telefónica International y Telxius.

⁶⁷ Tabla 3.23 del Informe Reina 2019.

por este operador en el año 2020, que ascendió a 12.401 millones de euros⁶⁸. El resultado operativo antes de amortizaciones (OIBDA⁶⁹) de Telefónica alcanzó la cifra de 5.046 millones de euros. El peso de Telefónica en el sector de las telecomunicaciones en España se refleja asimismo en el hecho de que en 2020 este operador generó el 41,9% de los ingresos minoristas del sector⁷⁰.

4.3. Determinación de la sanción

Para determinar la cuantía de la sanción resulta necesario atender al límite legal y los criterios de graduación anteriormente citados, además de a la situación económica del infractor, y a lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, conforme al cual:

“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas”.

En este contexto, será preciso asimismo valorar *“si, al ejercitar tal facultad, [la Administración] ha respetado o no el principio de proporcionalidad entre la infracción cometida, las circunstancias de toda clase que en ella concurren y la sanción impuesta”* (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998⁷¹).

El principio de proporcionalidad habrá sido atendido cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa [...] [hayan] sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991⁷²).

La aplicación de estos criterios otorga a la CNMC un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, dentro de los límites marcados por el principio de proporcionalidad.

⁶⁸ Informe de Gestión Consolidado de Telefónica 2020.

⁶⁹ *Operating Income Before Depreciation and Amortization.*

⁷⁰ Informe Económico Sectorial 2020 de la CNMC.

⁷¹ Recurso de casación núm. 4007/1995.

⁷² RJ 1991\4349.

Aplicando los anteriores criterios al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- El límite máximo de la sanción que puede imponerse es de veinte millones de euros.
- En lo que se refiere a los hechos analizados, se imputa a Telefónica la comisión de una infracción continuada, tipificada como muy grave y de carácter doloso, consistente en el incumplimiento de sus obligaciones de acceso y no discriminación tal y como las mismas vienen contenidas en la Resolución de los mercados de banda ancha y en la oferta MARCo. El comportamiento reprochado a Telefónica provocó que los operadores alternativos se vieran privados de la posibilidad de ofrecer servicios de comunicaciones electrónicas a sus clientes empresariales -o a clientes residenciales- en igualdad de condiciones con Telefónica.
- Los incumplimientos detectados tuvieron un carácter sistemático, afectando a un número significativo de operadores (6) y de solicitudes (41), durante un periodo prolongado de tiempo (como mínimo, un año).
- La denegación del acceso sobre la base de una causa no objetiva pudo tener efectos negativos significativos sobre los operadores alternativos, como ponen de manifiesto las alegaciones de Colt reproducidas anteriormente. En el escrito de contestación al requerimiento de información practicado por la instructora (folio 331 del expediente administrativo), Iguana afirma igualmente que la negativa de Telefónica a tramitar las SUC tuvo un impacto sobre los despliegues que este operador tenía previsto efectuar en el municipio de Copons. Otro operador indica en su contestación al requerimiento de información que **[CONFIDENCIAL]**.
- La conducta de Telefónica objeto del expediente afecta a un insumo (la infraestructura física) que resulta crítico para el desarrollo de una verdadera competencia en los mercados de banda ancha. El acceso a la infraestructura de obra civil permite a los operadores terceros diferenciarse en la mayor medida posible del operador incumbente, al poder llevar a cabo la prestación de servicios alternativos de comunicaciones electrónicas sobre la base de una red propia completamente independiente de la red de Telefónica. La infraestructura física supone además una proporción muy significativa de la inversión en redes⁷³, lo que demuestra la importancia que tiene asegurar el

⁷³ Los costes de obra civil pueden llegar a suponer hasta un 80% de los costes totales del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, ver página 62 de la Nota Explicativa de la Comisión Europea a 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*, SWD (2020) 337 final.

acceso de los operadores alternativos a este recurso en las condiciones y plazos regulatoriamente tasados.

- De conformidad con el principio de proporcionalidad, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida. En este caso, si bien es cierto que no es posible cuantificar el beneficio directo derivado del proceder de Telefónica, no lo es menos que -como se ha visto- en la práctica resulta ineludible mantener algún tipo de relación de acceso con Telefónica para la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas en España, habiendo sido declarado este agente como operador con poder significativo en la mayoría de los mercados que son actualmente objeto de regulación *ex ante*.

En definitiva, atendiendo a la conducta cometida y al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a la situación económica de la empresa, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer una sanción de tres millones de euros (3.000.000€).

Consideración sobre las alegaciones de Telefónica relativas a la cuantificación de la sanción propuesta

En sus alegaciones, Telefónica se refiere reiteradamente al hecho de que la conducta reprochada produjo daños insignificantes pues habría afectado a un número residual de las solicitudes de uso compartido que este operador tramita (según Telefónica, un 0,083% del total de SUC gestionadas durante el periodo analizado), afectando a un número reducido de agentes (6 del total de 597 que han suscrito acuerdos MARCo con dicho operador). La decisión de la CNMC de no considerar como parte del perímetro del procedimiento sancionador varias SUC que sí fueron objeto del periodo de información previa vendría a corroborar los limitados efectos de su conducta sobre el mercado.

A este respecto, Telefónica obvia la naturaleza del mercado empresarial -donde con carácter principal se desplegaron los efectos de su conducta- así como la razón de ser de los periodos de información previa en los términos contemplados en la LPAC.

En relación con el mercado empresarial, debe recordarse que se trata de un ámbito de los mercados de comunicaciones electrónicas donde la posición del operador con poder significativo es particularmente prevalente, con cuotas siempre ostensiblemente por encima del 50% (recuérdese la referencia anterior a la cuota en el segmento de prestación de servicios a Administraciones públicas, que alcanza el 85%) a pesar de la existencia de regulación *ex ante*. Dicha

posición de prevalencia contrasta con la cuota de mercado de Telefónica en el ámbito residencial, en paulatino declive y actualmente inferior al 40% a escala nacional⁷⁴. En este contexto, un comportamiento como el descrito en el presente procedimiento inevitablemente tendrá efectos significativos en el mercado, no sólo en términos de cuota sino asimismo atendiendo al daño reputacional que, para los competidores de Telefónica, ocasiona la existencia de retrasos o incluso la cancelación de los pedidos de sus clientes empresariales finales.

Telefónica no toma tampoco en consideración el carácter altamente especializado del segmento de empresas, con un menor número de oferentes y un menor volumen de facturación que el segmento residencial (mercado de masas). A modo de ejemplo, el Informe Económico Sectorial de Telecomunicaciones y Audiovisual 2020 de la CNMC indica que, en lo que se refiere a las líneas de banda ancha, *“los porcentajes de líneas residenciales y empresariales sobre el total de líneas se situaron en el 83,4% y el 16,6%, respectivamente”* (página 96 del Informe). El Informe Económico Sectorial estima asimismo que, en términos de ingresos, los ingresos en el segmento empresarial suponen menos del 20% del total de ingresos de banda ancha (página 99 del Informe). En el ámbito empresarial, el efecto de una conducta como la aquí analizada podrá por consiguiente ser muy significativo, independientemente de que el número de líneas u operadores afectados sea necesariamente inferior que en otros ámbitos como el residencial.

En lo relativo al periodo de información previa tramitado con anterioridad al procedimiento sancionador de referencia, según el artículo 55 de la LPAC el objeto de las informaciones previas es *“conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”*, evitándose así la incoación de procedimientos sancionadores sobre la base de hechos que pueden no estar suficientemente contrastados, y siempre en un marco de pleno respeto a los derechos de los administrados. A este respecto, y tal y como se indicaba en el escrito de inicio del periodo de información previa remitido a Telefónica en el expediente IFP/DTSA/030/20, la CNMC analizó diferentes hechos que habían sido puestos en su conocimiento por dos operadores (Colt, Lyntia⁷⁵) y que fueron complementados con el acceso en modo de consulta a la plataforma NEON-MARCo de Telefónica.

Las SUC inicialmente identificadas fueron puestas a disposición de Telefónica ya durante la tramitación del periodo de información previa, a fin de que este

⁷⁴ Ver Informe Económico Sectorial de Telecomunicaciones y Audiovisual 2020 de la CNMC, así como Resolución de 6 de octubre de 2021 de los mercados mayoristas de banda ancha.

⁷⁵ En el seno de los procedimientos CNS/DTSA/471/20 y CFT/DTSA/134/19.

operador pudiera formular las alegaciones y aportar la documentación que estimara procedente, a resultas de lo cual la CNMC pudo restringir el ámbito del procedimiento sancionador exclusivamente a aquellas solicitudes que -tras ser objeto del análisis preliminar propio de las informaciones previas- estaban vinculadas a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales o a despliegues en principio autorizados conforme a la oferta MARCo.

La propia Telefónica en ningún momento ha negado que rechazase o dilatase el acceso a la oferta MARCo a los operadores alternativos que pretendían ofrecer servicios de comunicaciones electrónicas a clientes empresariales finales, centrando este operador sus alegaciones en el (supuesto) carácter indebido de tales usos, y no en la existencia de razones objetivas que justificasen las dilaciones que sistemáticamente se produjeron en este segmento del mercado. En todo caso, y dada la naturaleza del presente procedimiento, cabe reiterar que el análisis llevado a cabo por esta Comisión se limita a las 41 SUC que han sido expresamente consideradas en el seno de este expediente.

En todo caso, la conducta infractora de Telefónica dista mucho de ser -como pretende este operador- insignificante, pues impactó de manera sistemática sobre varios operadores (Aire Networks, Carcon, CenturyLink, Colt, Idecnet, Iguana) activos en la provisión de servicios a clientes empresariales finales. Las denegaciones de acceso se llevaron además de manera recurrente a lo largo del tiempo, extendiéndose -como mínimo- a lo largo del período comprendido entre septiembre de 2019 y septiembre de 2020 (fecha en que las últimas SUC objeto del procedimiento fueron validadas por Telefónica).

Como evidencia del impacto que la conducta de Telefónica tuvo sobre los operadores alternativos, cabe reproducir nuevamente las consideraciones efectuadas por Colt en la consulta que dio lugar al Acuerdo de la CNMC de 1 de julio de 2020 (folios 22 a 39 del expediente administrativo):

[CONFIDENCIAL]

Por otra parte, Telefónica considera que la sanción propuesta no resulta proporcional, al no haber procedido este organismo -como requiere la LGTel- a la determinación del beneficio bruto obtenido por dicho operador como consecuencia de los actos objeto del presente expediente.

A este respecto, las alegaciones de Telefónica no desvirtúan el contenido de la propuesta de resolución, donde se explicaba que en casos como el aquí analizado, en que se reprocha a Telefónica una conducta obstruccionista que dio

lugar a la negativa o retrasos en el acceso a la oferta MARCo, dicho beneficio no puede cuantificarse. Telefónica se limita a manifestar -sin aportar ningún elemento que permita verificar lo contrario- que la CNMC debería haber procedido a cuantificar de alguna manera (que no detalla) el beneficio que este operador obtuvo de su conducta y los beneficios indirectos que derivaron del perjuicio causado a sus competidores. Telefónica obvia a mayor abundamiento el contenido del artículo 79 de la LGTel, que prevé un límite alternativo (de 20 millones de euros) precisamente para casos como el presente, donde el beneficio bruto no puede estimarse.

Además, considerando que el importe máximo de las multas por infracciones graves es el de 2 millones de euros, el importe de la multa estaría en la parte mínima de la horquilla de las multas previstas en la Ley para sanciones muy graves a pesar de que se trata de varios incumplimientos que en su conjunto son considerados como infracción continuada.

Por lo tanto, de conformidad con lo anterior, procede rechazar las alegaciones de Telefónica relativas a la falta de proporcionalidad de la sanción propuesta.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido, de forma continuada, tanto las obligaciones contenidas en la Resolución de 24 de febrero de 2016 -por la que se aprueba la definición y 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-, como las de la oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (oferta MARCo), que se encuentra vigente desde la Resolución de 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A. y que ha sido objeto de sucesivas revisiones, incluyendo en particular las resoluciones de fecha 5 de julio de 2012, 18 de octubre de 2016, 18 de enero de 2018 y 30 de abril de 2019.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de tres millones de euros (3.000.000€) como responsable de la infracción descrita en el Resuelve Primero.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y que contra ella podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.

ANEXO

CONTESTACIÓN A LAS ALEGACIONES FORMULADAS POR TELEFÓNICA CON CARÁCTER ESPECÍFICO RESPECTO A DETERMINADAS SUC OBJETO DEL EXPEDIENTE

Contestación a las alegaciones de Telefónica en relación con las SUC del operador Iguana

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Telefónica indica que de las 7 SUCs de Iguana objeto del presente expediente, solo tres informan de la colocación de CTOs (cajas terminales ópticas) en postes. Más concretamente, de los 122 registros solicitados, Iguana solo ha informado de la existencia de cajas terminales ópticas (CTO) en 4 registros, lo que solamente supone un 3%. Esto permite concluir, según Telefónica, que Iguana no está desplegando una red de acceso FTTH, sino que está uniendo poblaciones. Lo mismo vendría probado, según Telefónica, por el hecho de que casi todos los registros solicitados son “en paso” y “de empalme”, de forma que existen pocos registros “de salida” (estos últimos son los registros que permiten la salida de la red del operador a los edificios de los clientes).

Telefónica indica asimismo que la CNMC, en la Resolución de 30 de abril de 2019 sobre la revisión de la oferta MARCo para facilitar el despliegue de redes NGA en zonas de baja densidad poblacional, ya confirmó que los tramos interurbanos no tienen consideración de infraestructuras de red de acceso y, por tanto, no pueden formar parte del servicio MARCo. A este respecto concluye que una red que une dos o más localidades, como la que establece Iguana entre Jorba y Copons, no es una red de acceso. Por último, Telefónica afirma que Iguana ha instalado sus tendidos en tres de las SUC sin estar autorizada para ello, al no haberse podido obtener los permisos de los propietarios de los terrenos donde se localizan los postes cuya adaptación es necesaria según el estudio técnico.

En contestación a estas alegaciones, cabe reseñar que las redes que dan servicio en zonas rurales, como es el caso de las SUC de Iguana, presentan un elevado porcentaje de despliegue aéreo, lo que conlleva la instalación de los cables en postes de madera u hormigón y, muy especialmente, en la fachada de los propios edificios (los cables quedan sujetos a la fachada de las edificaciones). Una práctica muy habitual en el despliegue de redes en zonas rurales consiste en alcanzar este tipo de zonas (por ejemplo, pequeñas poblaciones como Jorba o Copons) mediante postes, para seguidamente, una vez la red se encuentra ya en la población, ramificarse hasta múltiples edificaciones empleando las fachadas de estas.

En despliegues de esta naturaleza, la mayor parte de las cajas terminales (CTO) se ubican en las fachadas de los edificios y, por tanto, no solamente en los postes. Las CTO instaladas en estas fachadas no se informan a Telefónica a través del servicio MARCo. Es por ello que, en el caso de Iguana, se produce la circunstancia señalada por Telefónica, relativa al reducido número de CTOs que le han sido informadas. Es decir, Iguana solamente habría informado a Telefónica sobre las CTO instaladas en postes, pero no sobre el resto. En lo que se refiere al elevado número de registros en paso y de empalme -y, en consecuencia, el reducido número de registros de salida-, la causa es la misma antes señalada: cuando la red presenta un elevado porcentaje de despliegue por fachada, únicamente son necesarios unos pocos registros de salida, ya que una sola salida permite que el cable del operador discurra por la fachada de múltiples edificios, pudiendo dar servicio a un gran número de viviendas.

Además, una red como la de Iguana no es comparable a la de Telefónica en lo que al volumen de clientes finales se refiere. Al ser el número de clientes mucho más reducido, también lo es el número de salidas a cliente necesarias. Es por ello por lo que no cabe esperar en este caso un porcentaje de registros de salida comparable al que presentaría la red de acceso para clientes residenciales de un operador como Telefónica.

En lo que se refiere a la aducida extensión de la oferta MARCo a tramos interurbanos de larga distancia (algo que la citada oferta no prevé), procede recordar que el objeto fundamental de la oferta es permitir que los operadores puedan desplegar sus redes de acceso en las mismas condiciones que Telefónica. Una de estas condiciones consiste en que los operadores puedan cubrir zonas geográficas relevantes mediante cada una de sus cabeceras de fibra óptica, tal como hace Telefónica. Debe tenerse en cuenta que las cabeceras ópticas tienen la capacidad de dar servicio a clientes ubicados a varios kilómetros de distancia, y que ello permite que los operadores puedan diseñar zonas de cobertura (de cada cabecera) amplias que les permitan minimizar el número de cabeceras necesarias. Cuando se prestan servicios en zonas de baja densidad poblacional, o con poblaciones dispersas (por ejemplo, pequeños municipios colindantes), como es el caso de Iguana, carece de sentido ubicar distintas cabeceras en cada una de ellas, siendo lo lógico, como hacen los operadores, ubicar una sola cabecera que dé servicio a toda la zona. Para ello, es necesario que existan tendidos de red entre esas distintas poblaciones, que unan la cabecera ubicada en una población con los clientes que residen en las otras.

Precisamente por ello, la CNMC ya estableció -como reconoce la propia Telefónica- que el despliegue de tramos no urbanos, es decir, fuera del ámbito de una población, es posible al amparo del servicio MARCo cuando el objeto del

despliegue sea alcanzar zonas próximas a la misma, como son los polígonos industriales, las urbanizaciones o las localidades colindantes.

Así, ya en la Resolución de 8 de abril de 2010 por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución que aprobó la oferta MARCo del año 2010⁷⁶, se indicaba lo siguiente:

“[...] en cuanto al tipo de despliegue que puede beneficiarse del acceso, debe quedar incluida toda solicitud de acceso que vaya dirigida al despliegue de redes de acceso. No puede aceptarse que TESAU deniegue el acceso con motivo de la supuesta naturaleza troncal o de acceso de la red. Lo señalado implica que TESAU debe dar acceso tanto a recursos ubicados entre centrales-cabecera y usuarios finales como a los empleados para llegar a equipos que dan servicio directo a usuarios finales, siempre que el objeto sea el despliegue de NGAN”.

En el mismo sentido, la Resolución de 5 de julio de 2012 sobre la revisión de la Oferta MARCo⁷⁷ señala expresamente que:

“El ámbito de aplicación de la oferta de referencia abarcará todas aquellas canalizaciones de Telefónica que los operadores necesiten para desplegar sus redes de acceso NGA, entendiéndose incluidos los tramos ubicados en zonas no urbanas.”

Esta postura es de hecho corroborada en la propia Resolución de 30 de abril de 2019 sobre la revisión de la oferta MARCo para facilitar el despliegue de redes NGA en zonas de baja densidad poblacional, mencionada por Telefónica en sus alegaciones:

“Valoración

Los tramos interurbanos, con carácter general, no tienen consideración de infraestructuras de red de acceso, y por tanto no pueden formar parte del servicio MARCo.

No obstante, ya se ha señalado con anterioridad que existen determinadas excepciones, como son aquellos tramos no urbanos que discurren hasta polígonos industriales, urbanizaciones o localidades colindantes, que, por su escasa longitud, puede considerarse que forman parte de la red de acceso”.

El tendido entre las localidades de Jorba y Copons por parte de Iguana resulta en consecuencia plenamente conforme a la oferta MARCo, más aún cuando la

⁷⁶ Expediente AJ 2009/2131.

⁷⁷ Expediente MTZ 2011/1477.

información remitida por este operador durante la instrucción del expediente ha permitido verificar que el despliegue pretendido tenía como objeto la provisión de servicios a clientes finales.

Este hecho no se ve alterado por la concurrencia de posibles prácticas irregulares de este operador, acaecidas con posterioridad a los hechos aquí observados. El análisis de esas supuestas irregularidades a la hora de llevar a cabo la ocupación de la infraestructura no es objeto del actual expediente, ya que para ese fin la CNMC ha elaborado un procedimiento específico, contenido en la Resolución de 30 de noviembre de 2020 por la que se aprueban los procedimientos para la regularización de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras pasivas de Telefónica⁷⁸.

Contestación a las alegaciones de Telefónica en relación con el resto de SUC objeto del procedimiento

En relación con el resto de SUC analizadas en el procedimiento, las alegaciones generales de Telefónica relativas a la supuesta consideración como indebidos de los usos dirigidos a la provisión de servicios a clientes empresariales finales (incluyendo el tendido de circuitos) ya han sido objeto de consideración en el cuerpo de la presente resolución.

Junto a estas alegaciones de carácter general, Telefónica pone de manifiesto las supuestas dilaciones o retrasos en que incurrieron algunos operadores alternativos una vez sus SUC fueron validadas por Telefónica, hasta el punto de que en la mayoría de los casos no se llegó a proceder a la ocupación efectiva de las citadas infraestructuras.

A este respecto, en la propuesta de resolución ya se puso de manifiesto como el plazo entre la formulación de las peticiones de acceso objeto del expediente y su validación (en los casos en que esta se produjo) superó en media los 160 días hábiles (en algunos casos significativamente más), frente a los 10 días que en principio contempla la oferta MARCo para esta actuación.

Ahondando en lo anterior, para los diferentes operadores cuyas SUC se vieron afectadas por el proceder de Telefónica, se detalla a continuación el plazo mínimo, el plazo máximo y el plazo medio en que Telefónica procedió a validar las referidas SUC:

⁷⁸ IRM/DTSA/002/20 Ocupaciones Irregulares.

Operador	Plazo validación oferta MARCo (días hábiles)	Plazo mínimo en que las SUC fueron validadas (días hábiles)	Plazo máximo en que las SUC fueron validadas (días hábiles)	Plazo medio en que las SUC fueron validadas (días hábiles)
Aire Networks	10 días	175 días	175 días	175 días
Carcon	10 días	185 días	185 días	185 días
CenturyLink	10 días	SUC no validadas		
Colt	10 días	138 días	192 días	170 días
Idecnet	10 días	110 días	140 días	125 días
Iguana	10 días	175 días	175 días	175 días

En este contexto, las alegaciones de Telefónica se centran en las supuestas dilaciones que acaecieron entre el periodo de validación y el periodo de confirmación de las solicitudes de acceso por parte de Telefónica, haciendo este operador abstracción del hecho de que dichos procesos estaban irremediablemente afectados por el prolongado periodo de tiempo en que Telefónica se negó a tramitar (validar) las peticiones de acceso que le habían sido planteadas. Resulta a este respecto evidente que, en un ámbito como el empresarial donde cualquier retraso en la provisión de los servicios puede conllevar la pérdida de los contratos con los clientes, la actitud dilatoria de Telefónica a la hora de gestionar las solicitudes resultó determinante para que el acceso finalmente no pudiera culminarse.

A modo de ejemplo, el operador **[CONFIDENCIAL]**. Por su parte, **[CONFIDENCIAL]**.

Igualmente, en el escrito de consulta que dio lugar al Acuerdo de la CNMC de 1 de julio de 2020, el operador Colt señalaba que la conducta de Telefónica

[CONFIDENCIAL]. En su escrito de contestación al requerimiento de información practicado en el marco del presente procedimiento (folios 840 y 895 y del expediente administrativo), Colt indica asimismo que **[CONFIDENCIAL]**.

Contestación a las alegaciones de Telefónica en relación con la SUC 972SUCW32162019102500 (Carcon)

En relación con Carcon, tal y como indica Telefónica este operador no dio efectivamente contestación a los requerimientos de información practicados por la instructora durante la instrucción del procedimiento administrativo. De la información recabada durante el periodo de información previa, incluyendo la información gráfica aportada por la propia Telefónica⁷⁹, se desprende en todo caso que el trazado correspondiente a la SUC de Carcon discurre por un polígono industrial de la ciudad de Jaén. En el mismo se encuentran ubicadas un gran número de empresas a las que Carcon, mediante el tendido de fibra óptica cuya instalación le fue denegada, podría haber prestado servicios de comunicaciones electrónicas. De hecho, se aprecia que el tendido del operador alcanza de forma directa algunas de estas ubicaciones empresariales, tratándose en definitiva de una SUC destinada a la prestación de servicios a empresas. Esta es asimismo la conclusión de la propia Telefónica, quien, como motivo para denegar la SUC, indicó que la misma constituía un uso indebido del servicio MARCo, al tratarse de *“redes para un único cliente”*.

A pesar de que la solicitud formulada por Carcon constituía por consiguiente un uso autorizado conforme a la oferta MARCo, Telefónica no procedió a su validación hasta 185 días después de la solicitud, tal y como se ha detallado anteriormente.

Contestación a las alegaciones de Telefónica en relación con la SUC 156SUCW45002019091000 (Centurylink)

Telefónica considera que, del mismo modo que se excluyó del presente expediente la SUC formulada por el operador Evolutio por haber sido el propio operador el que procedió a anularla al poco tiempo de haberla solicitado, también debería haberse excluido una SUC del operador Centurylink, pues el mismo también procedió a su anulación al poco tiempo de haberla formulado.

En relación con la SUC referida por Telefónica, cabe indicar que la misma nunca fue confirmada y/o validada por Telefónica. La mención que efectúa Telefónica

⁷⁹ Ver en particular Anexo IV de la contestación de Telefónica de 10 de septiembre de 2020 al requerimiento de información practicado durante el periodo de información previa, folio 177 del expediente administrativo.

a la SUC de Evolutio que fue objeto del periodo de información previa no es por consiguiente comparable. En el caso de Evolutio, la SUC fue validada por Telefónica, procediendo el propio operador a anular su solicitud inmediatamente después de su validación. En el caso de Centurylink, tanto la SUC referida como la lanzada inmediatamente después por este operador fueron en todo momento rechazadas por Telefónica como incorrectas, procediendo Centurylink a la anulación de la SUC referenciada más de un mes después de haber presentado la solicitud inicial (sin haber obtenido en ningún momento respuesta positiva por parte de Telefónica).