

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO DE ACCESO INTERPUESTO POR TELEFÓNICA CONTRA CLOSENESS POR LA OCUPACIÓN IRREGULAR DE SUS INFRAESTRUCTURAS MARCO

(CFT/DTSA/214/20)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 12 de mayo de 2022

De acuerdo con la función establecida en el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria resuelve:

CONFIDENCIAL(SC)

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
Primero. Escrito inicial de Telefónica	3
Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento y requerimiento de información a los interesados.....	3
Tercero. Declaraciones de confidencialidad	4
Cuarto. Comunicación de acuerdo de ampliación del objeto del procedimiento	4
Quinto. Solicitudes de ampliación de plazo	5
Sexto. Escrito de alegaciones de Telefónica al acuerdo de ampliación del objeto del procedimiento.....	5
Séptimo. Escrito de alegaciones de Closenness al acuerdo de ampliación del objeto del procedimiento.....	5
Octavo. Declaraciones de confidencialidad	6
Noveno. Trámite de audiencia	6
Décimo. Escritos de alegaciones de los interesados	6
Undécimo. Declaraciones de confidencialidad	6
Duodécimo. Informe de la Sala de Competencia.....	6
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.....	7
Primero. Objeto del procedimiento	7
Segundo. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable	7
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES	8
Primero. Regulación ex ante aplicable a las infraestructuras de obra civil de Telefónica	8
Segundo. Sobre la ocupación irregular por parte de Closenness	11
Tercero. Sobre los motivos de disconformidad mostrados por Closenness en relación con los proyectos técnicos de Telefónica	21
Cuarto. Determinación de los criterios de cálculo de cargas en los postes	23
Quinto. Otras alegaciones de Telefónica y Closenness presentadas en trámite de audiencia.....	28

CONFIDENCIAL(SC)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Escrito inicial de Telefónica

Con fecha 12 de diciembre de 2020, Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) presentó un escrito ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), por el que interpuso un conflicto de acceso contra Closenness, S.L. (Closenness)¹, por la ocupación irregular de diversas infraestructuras MARCo localizadas en dos provincias de Alicante.

De conformidad con lo manifestado por esta operadora, las infraestructuras incluidas en **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** solicitudes de uso compartido (SUC) tramitadas por Closenness habían sido ocupadas indebidamente por esta operadora antes de realizar las actuaciones de replanteo, incumpléndose por tanto lo dispuesto en el procedimiento de gestión de la Oferta MARCo.

Por ello, Telefónica solicitó a este organismo que se exigiese a Closenness: (i) regularizar todas las instalaciones realizadas de manera indebida en cualquier infraestructura sobre la que Telefónica ostentara derecho de uso, y (ii) desmontar aquellas que no fueran susceptibles de regularización.

Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento y requerimiento de información a los interesados

Mediante sendos escritos de fecha 15 de enero de 2021 la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) comunicó a Telefónica y Closenness el acuerdo de inicio del presente procedimiento de conflicto, con arreglo a la normativa sectorial y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Asimismo, en dichos escritos se requirió a ambos interesados que aportaran determinada información adicional necesaria para el análisis de la solicitud y la resolución del conflicto.

Tras las solicitudes de ampliación de plazos solicitadas por ambos interesados mediante escritos de 21 y 26 de enero de 2021², que les fue concedida mediante

¹ De acuerdo con los datos aportados por los dos operadores en este procedimiento, así como en el expediente CFT/DTSA/041/18, relativo al conflicto de acceso a infraestructuras interpuesto por Dragonet, Closenness y Riotelecomm contra Avatel, en el que ambas fueron interesadas, Closenness y Telefónica tienen firmado un acuerdo MARCo.

² El 26 de enero de 2021 Telefónica también solicitó tener acceso al expediente y obtener una copia de los documentos obrantes en el procedimiento. Mediante escrito de la DTSA de 4 de

sendos acuerdos de la DTSA de fechas 25 y 27 de enero de 2021, el 9 y 10 de febrero de 2021 Closenness y Telefónica presentaron sus escritos de contestación a sus respectivos requerimientos de información.

Tercero. Declaraciones de confidencialidad

Mediante sendos escritos de 3 de febrero y 9 de marzo de 2021, la DTSA declaró la confidencialidad de determinados datos aportados por ambos interesados en sus escritos aportados en el marco de este procedimiento.

Cuarto. Comunicación de acuerdo de ampliación del objeto del procedimiento

Mediante comunicación de 9 de marzo de 2021 se dio traslado a las partes del acuerdo de la DTSA por el que se ampliaba el objeto del procedimiento, en línea con lo solicitado por ambas operadoras en sus escritos de 9 y 10 de febrero³.

En concreto, Telefónica pidió ampliar el objeto del conflicto en el número de infraestructuras ocupadas indebidamente por Closenness, de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** postes incluidos en **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC, comunicados en su escrito de 22 de diciembre de 2020, a, al menos, **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** postes y **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** registros relacionados con **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC.

Closenness, por su parte, solicitó que la resolución del conflicto se pronunciase sobre (i) **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC tramitadas por Closenness en su plan de despliegue de 2019 (incluidas entre las **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC comunicadas por Telefónica en su escrito de 10 de febrero de 2021), en las que no había acuerdo sobre los estudios de viabilidad efectuados por esta operadora, (ii) determinadas prácticas adoptadas por Telefónica durante la tramitación de estas SUC, que habrían motivado su conducta de ocupar las infraestructuras MARCo antes de realizar el replanteo y de obtener la confirmación de las SUC, y (iii) la revisión de varias cuestiones reguladas en la oferta MARCo o a incluir en esta oferta.

febrero de 2021 se otorgó acceso a Telefónica, dándole traslado de los documentos incorporados en el expediente hasta el momento, en virtud de lo dispuesto en los artículos 13.d) y 53.1.a) de la LPAC.

³ El 25 de febrero de 2021 Telefónica solicitó un segundo acceso al expediente y obtener una copia de los documentos obrantes en el procedimiento. Mediante escrito de la DTSA de 12 de marzo de 2021 se otorgó acceso a Telefónica, dándole traslado de los documentos incorporados en el expediente hasta el momento.

CONFIDENCIAL(SC)

Junto con el citado acuerdo se dio traslado a las partes de los referidos escritos de contestación a los requerimientos de información presentados por cada una de ellas, para que presentaran las alegaciones que consideraran oportunas para la defensa de sus intereses en el plazo de 10 días.

Quinto. Solicitudes de ampliación de plazo

Mediante escritos de fechas de 16 y 24 de marzo de 2021, ambas operadoras solicitaron la ampliación del plazo para presentar sus alegaciones sobre el precitado acuerdo de 9 de marzo de ese mismo año, lo que les fue concedido por acuerdos de 17 y 25 de marzo, respectivamente.

Sexto. Escrito de alegaciones de Telefónica al acuerdo de ampliación del objeto del procedimiento

El 29 de marzo de 2021 Telefónica presentó un escrito de alegaciones sobre el acuerdo de ampliación del objeto del procedimiento, en el que muestra su conformidad con dicha ampliación y aclara que de las **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC tramitadas por Closeness, hay **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC que han sido aceptadas y ocupadas por Closeness, por lo que entiende que *“Telefónica y Closeness coinciden en el número de SUCs **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** objeto de conflicto”*. Sin embargo, Telefónica también aclara que **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUCs en las que mi representada detectó ocupaciones indebidas en el replanteo”.

Además, esta operadora manifiesta que dicha ampliación del objeto del procedimiento debe aplicar a la totalidad de los estudios de adaptación de postes cuestionados y de las infraestructuras ocupadas irregularmente por Closeness. Asimismo, Telefónica entiende que no debería admitirse la revisión de los proyectos mientras que las infraestructuras estén siendo ocupadas indebidamente por el propio operador. Esta operadora considera que *“Closeness debe proceder de forma previa a la revisión de los proyectos, a la desinstalación del cableado”*.

Séptimo. Escrito de alegaciones de Closeness al acuerdo de ampliación del objeto del procedimiento

El 6 de abril de 2021 Closeness presentó un escrito por el que realiza alegaciones adicionales, principalmente relacionadas con que este organismo (i) declare que su acceso no fue una ocupación irregular, (ii) establezca determinados criterios para definir las ocupaciones irregulares, (iii) obligue a Telefónica a revisar los proyectos técnicos cuando así se lo soliciten los operadores alternativos, (iv) determine las sanciones e indemnización que proceda imponer a Telefónica por haber paralizado el proceso de sus

CONFIDENCIAL(SC)

despliegues, e (v) imponga a Telefónica la obligación de realizar las actuaciones necesarias para no paralizar sus despliegues.

Octavo. Declaraciones de confidencialidad

Mediante sendos escritos de 2 de noviembre de 2021, la DTSA declaró la confidencialidad de determinados datos aportados por ambos interesados en sus escritos de 29 de marzo y 6 de abril.

Noveno. Trámite de audiencia

El 24 de enero de 2022, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se comunicó a los interesados en el presente procedimiento el informe de la DTSA, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el plazo de 10 días para que pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Décimo. Escritos de alegaciones de los interesados

Mediante escritos de 7, 8 y 9⁴ de febrero y 30 de marzo⁵ de 2022, Closenness y Telefónica, respectivamente, presentaron sus escritos de alegaciones sobre el informe de la DTSA.

Undécimo. Declaraciones de confidencialidad

Mediante sendos escritos de 22 de febrero de 2022, la DTSA declaró la confidencialidad de determinados datos aportados por ambos interesados en sus escritos de 7, 8 y 9 de febrero de 2022.

Duodécimo. Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

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

⁴ Mediante este segundo escrito Telefónica corrigió erratas de texto y de cifras contenidas en el escrito de 8 de febrero de 2022.

⁵ Escrito de alegaciones adicionales presentado por Telefónica.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero. Objeto del procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene por objeto resolver el conflicto interpuesto por Telefónica contra Closenness por la posible ocupación irregular de las infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo desde 1 de enero de 2019 hasta la actualidad.

Asimismo, serán objeto del presente procedimiento el análisis de otras cuestiones incidentales planteadas por Telefónica y Closenness, relacionadas con las discrepancias existentes entre ambas operadoras sobre los estudios de viabilidad elaborados por esta última.

El resto de las cuestiones planteadas por Closenness, sobre posibles inclusiones en la oferta MARCo o la aplicación de las medidas propuestas en el expediente OFE/DTSA/004/20, en relación con los análisis de viabilidad de postes, no serán objeto de análisis en esta resolución⁶.

Asimismo, tampoco serán tratadas en este procedimiento las solicitudes planteadas por ambas interesadas, sobre la apertura de sendos procedimientos sancionadores a cada una de ellas, por la presunta comisión de infracciones durante la tramitación y estudio de las solicitudes de acceso a las infraestructuras MARCo (Telefónica), y la ocupación irregular de estas (Closenness), puesto que dichas solicitudes exceden del ámbito objetivo de este procedimiento de conflicto.

No obstante, las alegaciones e información aportadas por ambas operadoras al respecto serán tenidas en cuenta en el ejercicio de la supervisión que realiza este organismo sobre el cumplimiento de las obligaciones de acceso impuestas a Telefónica y sobre el uso de las infraestructuras de obra civil sujetas a la oferta MARCo⁷ que hacen los operadores alternativos.

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

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 LCNMC, este organismo *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados*

⁶ Ver a ese respecto la Resolución de 10 de marzo de 2022, que ha puesto fin al expediente OFE/DTSA/004/20.

⁷ Ver Resolución de 30 de noviembre de 2021 (IRM/DTSA/002/20).

de comunicaciones electrónicas”, correspondiéndole a estos efectos “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre ^[8], y su normativa de desarrollo”.

Tal como se prevé en los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), la CNMC tiene competencias para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Regulación ex ante aplicable a las infraestructuras de obra civil de Telefónica

Telefónica tiene la obligación de facilitar el acceso a sus infraestructuras de obra civil, de conformidad con la regulación de los mercados de banda ancha (mercados 1 y 3.b), cuya última revisión fue aprobada recientemente mediante Resolución de la CNMC de 6 de octubre de 2021⁹ -Resolución de mercados de

⁸ En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁹ Resolución por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas, la designación del operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) (ANME/D TSA/002/20/MERCADOS ACCESO LOCAL CENTRAL).

En el momento de tramitación de las SUC por parte de Closeness, entre enero de 2019 y septiembre de 2020, la regulación aplicable estaba contenida en la Resolución de 24 de febrero de 2016 (ANME/D TSA/2154/14/MERCADOS 3a, 3b y 4).

acceso local central- (véase en particular el Anexo 3), manteniendo esta obligación con respecto a la regulación anterior.

De conformidad con lo dispuesto en la citada Resolución, Telefónica debe asumir las siguientes obligaciones, entre otras:

1. obligación de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil, a precios regulados en función de los costes,
2. obligación de transparencia de las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil y,
3. obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil.

A tal efecto, se establece la obligación de acceso a las infraestructuras de obra civil, tales como las canalizaciones, cámaras de registro, arquetas, conductos y postes y demás elementos de los que hace uso Telefónica en su planta externa, incluyendo los recursos asociados a dichos servicios, considerándose dichas infraestructuras como una facilidad esencial, cuya replicabilidad en términos económicos no resulta viable para los terceros operadores.

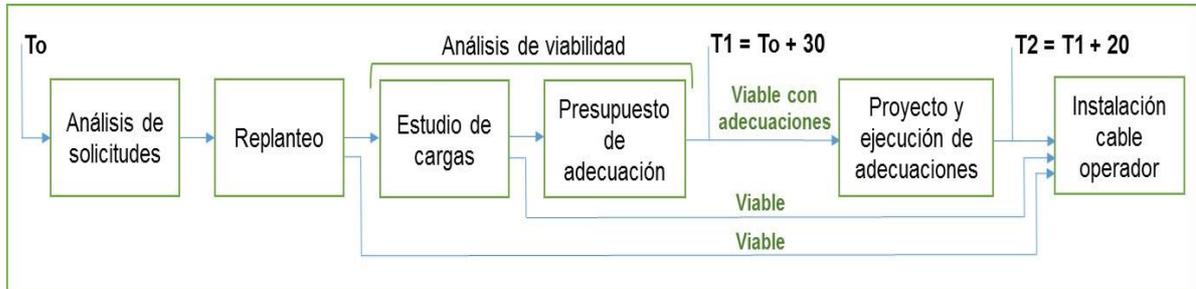
La implementación práctica de las obligaciones de transparencia y no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil de Telefónica se concreta en la oferta mayorista de acceso a registros y conductos de Telefónica (oferta MARCo), siendo aplicable al presente procedimiento la oferta aprobada por la Resolución de 30 de abril de 2019 (OFE/DTSA/012/17)¹⁰, modificada en materia de precios por la Resolución de 10 de junio de 2021 (OFE/DTSA/009/20) y en materia de postes por la Resolución de 10 de marzo de 2022 (OFE/DTSA/004/20).

Tras la firma del contrato del servicio MARCo entre el operador demandante de acceso y Telefónica, la provisión del servicio se materializa mediante el sistema de gestión de las solicitudes de los operadores desarrollado por Telefónica (plataforma NEON)¹¹, a través del cual los operadores presentan sus solicitudes de uso compartido (SUC) y se siguen los procedimientos regulados para su gestión.

¹⁰ Resolución sobre la revisión de la Oferta MARCo para facilitar el despliegue de redes NGA en zonas de baja densidad poblacional. La oferta MARCo fue inicialmente aprobada en noviembre de 2009 (Resolución de 19 de noviembre de 2009, MTZ 2009/1223).

¹¹ La plataforma NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales) es un sistema informático de Telefónica que permite a los operadores alternativos gestionar las solicitudes de los servicios mayoristas definidos en las diferentes ofertas reguladas (MARCo, NEBA, OBA, etc.).

En relación con el procedimiento de acceso a postes regulado en la oferta MARCo, se muestran las fases que conforman el proceso de provisión de esta infraestructura desde que el operador cursa la SUC mediante NEON a través de la siguiente imagen:



Como puede observarse, después de aceptarse la SUC del operador mediante un análisis teórico de la misma, se lleva a cabo un replanteo conjunto (en el procedimiento de acceso a los postes no está prevista la modalidad de replanteo autónomo), al objeto de verificar el estado en que se encuentran los postes solicitados.

Una vez completado el replanteo, Telefónica lleva a cabo el **análisis de viabilidad** o proyecto técnico (estudio de cargas y presupuesto de adecuación), consistente en realizar los cálculos mecánicos que permitan determinar los postes que pueden ya admitir el tendido y los que requieren **actuaciones de adaptación** (refuerzo de los postes existentes o sustitución de estos por otros de mayor resistencia). Asimismo, **se informa al operador del presupuesto** correspondiente a la ejecución de dichas actuaciones.

De esta forma, cada poste solicitado por el operador puede concluir en uno de los siguientes estados: viable, viable condicionado (requiere refuerzo o bien sustitución) o inviable. Si en el estudio de cargas se concluye que no es necesaria la adaptación de ninguno de los postes (resultado viable), puede procederse con la instalación de los cables del operador.

Todas las tareas previas a la ejecución de los trabajos de acondicionamiento de los postes -validación de solicitudes, replanteo y análisis de viabilidad (estudio de cargas y presupuesto de adecuación)- deben llevarse a cabo en el plazo máximo de 30 días laborables desde que se registra la solicitud del operador en NEON.

Una vez aceptado el presupuesto de adecuación por parte del operador, la SUC progresa al estado “**SUC confirmada**” y, si es necesario, Telefónica tramita ante la Administración Pública los permisos necesarios para llevar a cabo los trabajos

CONFIDENCIAL(SC)

de adaptación de los postes. Tras obtener dichos permisos, Telefónica puede iniciar los trabajos de adaptación, lo que debe completar en el plazo máximo de 20 días laborables, tras lo cual las infraestructuras quedarán a disposición del operador solicitante, que podrá instalar sus tendidos.

Segundo. Sobre la ocupación irregular por parte de Closeness

Telefónica interpuso el presente conflicto debido a que había detectado la ocupación irregular de sus infraestructuras por parte de Closeness. En su escrito de 29 de marzo de 2021, esta operadora concretó que la conducta indebida de Closeness se había desarrollado sobre **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** postes y **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** registros (cámaras, arquetas y canalizaciones), incluidos en **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC tramitadas por Closeness desde el 1 de enero de 2019 hasta septiembre de 2020. No obstante, en sus escritos de alegaciones de 9 de febrero y 30 de marzo de 2022, Telefónica alega que ha seguido abriendo incidencias a Closeness a través de NEON, debido a que ha detectado la ocupación indebida de más infraestructuras, siendo la situación actualizada del estado de las SUC la siguiente¹²:

[CONFIDENCIAL TERCEROS]

FIN CONFIDENCIAL]

Telefónica señala que el total de SUC tramitadas por Closeness afectan a **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** postes y **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** registros y que, salvo en cinco SUC contempladas en el anterior cuadro, ambas empresas no han llegado a un acuerdo sobre los proyectos técnicos, por lo que en la actualidad las SUC objeto de conflicto son **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**.

Respecto de estas infraestructuras, en sus últimas alegaciones Telefónica manifiesta que ya tiene constancia de que el 100% de las infraestructuras solicitadas por Closeness han sido ocupadas indebidamente, por lo que las **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC tienen abierta en la actualidad una incidencia por ocupación irregular.

¹²En su escrito de 9 de febrero de 2022, Telefónica alega que, del total de SUC tramitadas por Closeness (**[CONFIDENCIAL TERCEROS]**) solo cinco han sido progresadas correctamente, como se refleja a continuación.

CONFIDENCIAL(SC)

Además, esta operadora indica que algunos tendidos en postes se han realizado por encima de su cable o en las sujeciones de los cables preexistentes, en contra de lo dispuesto en la normativa técnica establecida en la oferta MARCo¹³.

Esta operadora añade que algún poste, incluido en **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC objeto de conflicto, necesita ser reforzado o sustituido.

A este respecto, Telefónica manifiesta en su escrito de 10 de febrero de 2021 que, por error, con anterioridad a que las SUC estuvieran confirmadas, solicitó al Ayuntamiento de Teulada (Ayto. de Teulada) los permisos sobre varios proyectos objeto de disputa con Closenness y que esta entidad local le indicó que su ordenanza municipal no permite los despliegues de nuevas infraestructuras aéreas, si no es para tareas de mantenimiento o reparación de las existentes¹⁴. En su escrito de 9 de febrero de 2022, Telefónica incide en que el Ayto. de Teulada tampoco permite instalar riostras en vía pública y solicita que así se indique en esta Resolución.

Finalmente, esta operadora alega que Closenness le ha cuestionado los proyectos técnicos relacionados con **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC, entre las que se encuentran **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** afectadas por una incidencia de ocupación irregular de sus infraestructuras, según los últimos datos aportados junto a su escrito de alegaciones al trámite de audiencia.

Por todo ello, Telefónica manifiesta que se niega a seguir revisando estudios de viabilidad de los postes solicitados por Closenness hasta que no desinstale los tendidos desplegados de forma irregular.

En su escrito de 9 de febrero de 2021, Closenness justifica su conducta en el hecho de que Telefónica le requiere la sustitución de un número elevado de postes afectos a las SUC tramitadas, con lo que no está de acuerdo¹⁵. Closenness alega que Telefónica no tiene en cuenta que en el replanteo se detectaron varios postes en los que la carga preexistente ya superaba la máxima total. Esta operadora manifiesta que, en algunos casos, ha sido la propia Telefónica quien

¹³En su escrito de 10 de febrero de 2021 Telefónica alegó que esta actuación de Closenness afectaría a los postes asociados a **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**. Ver archivo Excel del Anexo al escrito.

¹⁴ En su escrito de interposición del conflicto, Telefónica aporta las copias de seis requerimientos de subsanación de los proyectos solicitados enviados por el Ayto. de Teulada a esta operadora.

¹⁵ Closenness alega y acredita que previamente a la tramitación de las SUC realizó una planificación técnica, temporal y económica de lo que podrían suponer los despliegues, y de los recursos que debían destinar para acometer la instalación, en base a los costes, procedimientos y plazos establecidos en la Oferta MARCo,

ha desplegado su red de fibra sin reforzar los postes, que ya sufrían sobrecarga, pretendiendo que Closenness asuma los costes de sustitución que le correspondían a ella.

Closenness acredita que comunicó su disconformidad a Telefónica a través de un burofax de 9 de marzo de 2020, en el que le indicó, como ejemplo, los postes de tres SUC con los que no estaba de acuerdo con su análisis de viabilidad¹⁶, y los motivos. Tras el envío de dicho burofax, Closenness manifiesta que, si bien mantuvo con Telefónica reuniones telefónicas, intercambios de correos electrónicos y se realizó la revalorización de varios proyectos, no se logró alcanzar un acuerdo, ya que Telefónica se negó a continuar analizando las discrepancias debido a la ocupación irregular.

Closenness señala que, ante esta situación, su única alternativa fue la de seguir avanzando en sus despliegues “(...), *mientras trataba de lograr un acuerdo con TESAU sobre el alcance de nuestros proyectos técnicos y, en consecuencia, sobre el precio a pagar por los mismos*”. En su escrito de 9 de febrero de 2021, esta operadora también admite que para evitar que Telefónica le anulara las solicitudes en NEON, si transcurrían seis meses sin que cambiara el estado de la SUC, “*CLOSENESS no sube el Acta de replanteo a NEON, sino un documento indicando que no estamos de acuerdo con el proyecto de TESAU*”.

A pesar de todo ello, esta operadora entiende que su conducta no ha sido irregular, ya que solicitó el acceso conforme establece la oferta MARCo, no se niega a pagar los precios y ha tratado de llegar a un acuerdo en todo momento con Telefónica. Closenness también considera no justificado que Telefónica le esté condicionando la revisión de los proyectos técnicos al desmontaje de los tendidos realizados en sus infraestructuras MARCo y que, de aceptarse lo que pide Telefónica, se dejaría sin servicio a sus clientes y a otros operadores locales a los que Closenness ha abierto su red.

En relación con estas alegaciones, se indica lo siguiente:

1. Closenness, con independencia de que haya solicitado el acceso a las infraestructuras a través de NEON, ha acometido los despliegues de red sin seguir los procedimientos regulados en la oferta MARCo. Esta operadora alega que no tuvo alternativa, debido a la falta de acuerdo con Telefónica

¹⁶ En concreto, Closenness alega que encargó a una empresa de ingeniería externa la comprobación de los estudios de carga de los postes relativos a esas 3 SUC. Esta operadora alega que pensó que, “*una vez alcanzara acuerdo con TESAU respecto a los puntos objeto de controversia en esas 3 SUC que habían sido objeto de estudio, las conclusiones sacadas podrían extrapolarse a todas las demás SUC que se encontraran en idéntica situación*”.

sobre el cálculo de los proyectos técnicos. Sin embargo, esta Comisión considera que Closenness debió acudir a este organismo antes de proceder al tendido irregular de su red e incluso antes de que se acumularan los proyectos cuestionados y se dilataran en exceso las negociaciones con Telefónica.

A este respecto, se indica que, mediante Resolución de 30 de noviembre de 2021, se han aprobado los procesos a seguir para la regularización o desmontaje de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras pasivas de Telefónica (IRM/DTSA/002/20). En esta resolución se ha determinado que son ocupaciones irregulares o indebidas *“los despliegues de los operadores sobre las infraestructuras MARCo de Telefónica sin solicitar su acceso en NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales)¹⁷ o sin seguir alguno de los procedimientos establecidos en la oferta de referencia, con independencia de si disponen o no de un contrato con esta operadora -esto es, actuando al margen de la regulación aprobada por esta Comisión”*.

2. En cuanto a lo propuesto por Telefónica sobre la desinstalación de los tendidos antes de seguir analizando los proyectos técnicos y tramitando las SUC, de conformidad con lo dispuesto en la referida Resolución de 30 de noviembre de 2021, se ha de procurar en primer término la regularización de las ocupaciones irregulares, si es posible y se puede evitar la desinstalación de las redes, que repercutiría sobre los usuarios finales del operador.

Por consiguiente, dado que Closenness ha mostrado su intención de regularizar sus tendidos irregulares, Telefónica y Closenness deberán seguir el procedimiento A y llegar a un acuerdo de regularización siguiendo los criterios establecidos en la resolución citada, tanto en postes como en arquetas y cámaras de registro, de conformidad con lo dispuesto en los procedimientos y normas técnicas de la oferta MARCo.

A tales efectos, se recuerda a ambas operadoras que, de acuerdo con lo dispuesto en dicha resolución, Closenness deberá informar a Telefónica de la totalidad de las infraestructuras ocupadas indebidamente y de las fechas de realización de las obras e instalaciones o sobre la contratación del primer cliente en cada una de las zonas afectadas por la ocupación irregular. No obstante, ambas operadoras podrán acordar las fechas de ocupación mediante la acreditación de cualquier otra información.

¹⁷Canal de comunicación que permite el diálogo e interacción directa entre los sistemas de Telefónica y los de los operadores, que soliciten servicios mayoristas regulados en las ofertas de referencia.

Si Closenness no aportase toda esta información y, posteriormente a la firma del acuerdo de regularización, Telefónica detectara fechas de ocupación anteriores y/o mayor número de infraestructuras indebidamente ocupadas, Telefónica podrá modificar el acuerdo de regularización.

Además, en relación con lo que alega Telefónica en su escrito de 9 de febrero de 2022, sobre la desinstalación de los elementos no homologados por la normativa técnica de la oferta MARCo, para la sujeción de los cables de fibra de alimentación y para acometidas, colocados por Closenness, procede aclarar que la oferta MARCo no incluye referencia alguna sobre qué tipo de elementos de sujeción en postes están homologados a efectos del cumplimiento de las normas técnicas. No obstante, también es importante señalar que los elementos que instalen los operadores para el despliegue de sus cables no deben suponer un riesgo para los despliegues de los demás operadores instalados en el mismo poste.

Por tanto, Closenness deberá garantizar que las sujeciones de sus cables no suponen ningún tipo de riesgo, teniendo en cuenta las cargas ejercidas por estos cables. De conformidad con lo dispuesto en la oferta MARCo (apartado 3.5.3 de la Normativa Técnica) es responsabilidad de los operadores que *“[T]oda actuación llevada a cabo en el marco del servicio mayorista debe ser acorde con las prescripciones técnicas recogidas en la oferta y con lo dispuesto en ella en materia de prevención de riesgos laborales”*.

No debe obviarse que el riesgo de rotura al que están expuestas las instalaciones aéreas aconseja que se proceda con cautela. Es por ello por lo que Closenness deberá actuar de forma proactiva, de modo que si no pudiera asegurar la integridad de sus tendidos tendrá que acordar con Telefónica las modificaciones necesarias para que dichos tendidos satisfagan los requisitos de seguridad exigibles en instalaciones de esta naturaleza.

En su escrito de 7 de febrero de 2022, Closenness alega que Telefónica podría requerirle la constitución de un aval durante la negociación del acuerdo de regularización, de conformidad con lo dispuesto en la citada Resolución de 30 de noviembre de 2021, por lo que pide que se resuelva que en ningún caso el aval podrá ser superior al 25% del importe que resulte de los nuevos estudios de cargas de los postes, dado el número elevado de SUC a revisar.

CONFIDENCIAL(SC)

A este respecto, se señala que, si bien este organismo fijó en dicha resolución los criterios máximos¹⁸ que regirían la constitución del aval que Telefónica podrá requerir a los operadores irregulares, también se estableció que estos pueden negociar criterios diferentes en el acuerdo de regularización. Por lo que, sin haberse negociado aun la constitución de dicho aval entre Telefónica y Closenness, no se estima la solicitud. No obstante, se indica a Telefónica que deberá negociar de buena fe las condiciones de constitución del aval con Closenness, de forma que estas sean proporcionadas y permitan a esta operadora afrontar la regularización de los despliegues indebidos que resulten finalmente viables. El importe del aval no podrá suponer una barrera a la regularización de las infraestructuras.

Por último, se indica a ambas operadoras que, para la regularización de las infraestructuras ocupadas por Closenness, deberán atenerse a lo dispuesto en el anexo 4 (“Descripción general del método de cálculo de cargas en los postes”) del capítulo 2 de MARCo (incorporado a la oferta de referencia en la última revisión de las condiciones de acceso a postes), que recoge la metodología de cálculo de carga en los postes, que deberá emplear Telefónica al analizar de nuevo la viabilidad de las solicitudes de Closenness.

3. En relación con lo señalado por Telefónica sobre la falta de permiso del Ayto. de Teulada sobre seis proyectos (seis SUC) de adecuación de postes presentados por esta operadora, el 8 de febrero de 2022 esta Comisión emitió el informe solicitado por la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) sobre la reclamación presentada por Closenness, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), con referencia a las limitaciones al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas contenidas en distintas resoluciones y en dos ordenanzas municipales del Ayuntamiento de Teulada (UM/111/21). En este informe se ha concluido que:

“1) La exigencia por parte del Ayuntamiento de Teulada de que el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas se lleve a cabo de forma subterránea y la prohibición, con carácter general, de los tendidos aéreos, constituye una restricción de los artículos 5 y 17 LGUM. El Ayuntamiento podría prohibir, no obstante, el despliegue aéreo o por fachadas en supuestos justificados de edificaciones declaradas como patrimonio histórico-artístico o por razones de seguridad pública, si bien, en este caso, no se ha motivado la citada prohibición.”

¹⁸Por ejemplo, el importe máximo del aval se fijó en el 50% del importe total que resulte de la regularización de las ocupaciones irregulares.

2) Dicha exigencia vulnera los principios de necesidad y proporcionalidad, al permitir la normativa sectorial, el despliegue aéreo siguiendo los ya existentes y por fachada cuando no existan canalizaciones subterráneas o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas. En el caso analizado, el despliegue se realizaría utilizando los postes ya existentes de Telefónica.

3) En la medida en que para desplegar una red de comunicaciones electrónicas se requiera ocupar dominio público, la exigencia de licencia o autorización estaría justificada con arreglo a la normativa sectorial, si bien ha de aplicarse de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la actividad económica”.

Por consiguiente, esta Comisión entiende que tras la subsanación de los proyectos, atendiendo a los criterios técnicos aprobados en esta Resolución, sobre la carga de postes y la tensión de los cables, el Ayto. de Teulada no debería denegar los permisos de despliegues aéreos en su municipio con carácter general, utilizando los postes de Telefónica o mediante la sustitución o arriostramiento de los ya existentes, cuando no existan canalizaciones subterráneas o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas, tal y como dispone el artículo 34.5 LGTel -salvo que dichos despliegues sean susceptibles de generar daños sobre el patrimonio histórico-artístico o la seguridad pública-. Así, cualquier limitación que establezca esta entidad local deberá estar justificada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, conforme establece el artículo 5 de la LGUM y el citado artículo 34.5 de la LGTel.

La normativa urbanística o de planificación territorial debe cumplir lo dispuesto en la normativa sectorial, que dispone que, ante el establecimiento de cualquier condición para el despliegue de redes por razones justificadas, el Ayuntamiento deberá acompañar las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.3 y 4 de la LGTel.

Por ello, no se admite la presunción de Telefónica, de entender rechazados todos los proyectos de despliegues solicitados por Closeness en dicho municipio, ni su solicitud de que se declare que los postes no se pueden arriostrar conforme indica el Ayto. de Teulada en sus requerimientos de subsanación.

En consecuencia, Telefónica deberá solicitar de nuevo los permisos de los proyectos revisados sobre todas las SUC conforme dispone la oferta MARCo y teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente resolución (ver en concreto el Fundamento Jurídico Cuarto) y lo dispuesto en la Resolución

CONFIDENCIAL(SC)

de 30 de noviembre de 2021, en lo que respecta a la regularización de los despliegues de red de Closeness.

Sobre este punto, Closeness alega en su escrito de 7 de febrero de 2022 que, además, se obligue a Telefónica a: (i) indicar al Ayto. de Teulada que las tareas a realizar en los postes, en caso de que estos deban sustituirse, serán de mantenimiento, y (ii) realizar las negociaciones que sean necesarias para lograr la aprobación de los proyectos.

Se aclara a Closeness que la tarea de sustituir postes para el despliegue de nuevas redes no puede ser considerada una tarea de mantenimiento o reparación de los postes con los despliegues ya existentes, por lo que no es posible aceptar su alegación. En cuanto a las tareas que Telefónica debe realizar para la obtención de los permisos, se señala que esta cuestión ha sido analizada en el expediente OFE/DTSA/004/20, indicando que los operadores serán también parte interesada en la solicitud de los permisos a las entidades locales, por lo que Closeness podrá también realizar las gestiones que considere convenientes para la obtención de dichos permisos, sin perjuicio de que ambas partes puedan negociar este punto en su acuerdo.

4. Por otro lado, con respecto a la situación de los cables, Closeness alega y acredita que, si bien ha desplegado ciertos cables por encima de los de Telefónica, ha sido el Ayuntamiento quien le ha instado a elevar sus cableados a un mínimo de 4.5 metros de altura, e incluso superior, en los casos en los que los cables se encontraran en lugar de paso de camiones de grandes dimensiones, como el de la basura, entre otros. Closeness alega que estas actuaciones son acordes con lo dispuesto en el apartado 5.3 de la Normativa Técnica de la oferta MARCo.

En particular, Closeness menciona los tendidos en postes localizados en cuatro calles del municipio de Teulada. Además, lo que se desprende de la información aportada por Closeness¹⁹ es que el Inspector Municipal del citado Ayuntamiento, el 21 de enero de 2021, le comunicó que los despliegues que estaba realizando ponían en peligro la actividad de los vehículos de recogida de residuos sólidos urbanos que operan en el término municipal de Teulada, y que ya le había realizado varios requerimientos previos para que incrementara la altura de los cables de fibra óptica.

¹⁹Documento 28 adjunto al escrito de contestación al requerimiento de información presentado por Closeness el 9 de febrero de 2021.

Como ya se indicó en el informe de la DTSA, de dicho requerimiento no se desprende que Closenness tuviera que subir sus tendidos por encima de los de Telefónica y mucho menos por encima de los 4,5 metros de altura o de gálibo. Tan solo se le pedía que los elevara.

El apartado 5.3 de la Normativa Técnica de oferta MARCo dispone que “*Los cables del operador entrante, **generalmente, se instalarán por debajo de los existentes**, para de esta forma disminuir el momento flector que las fuerzas horizontales, debidas al viento, ejercen sobre los postes.*”

***Se deberá comprobar que, con la flecha máxima, en las peores circunstancias, se respeta el gálibo mínimo de 4,5 m, habitual en las zonas urbanas**”.*

Por lo que, si dichos tendidos hubieran sido realizados de forma irregular y pudiesen ser regularizados, ambos operadores deberán atender a las condiciones particulares de cada uno de los postes y ver si, debido a las circunstancias indicadas por el Inspector Municipal, solo es posible desplegar los tendidos de Closenness por encima de los cables de Telefónica, o basta con elevarlos por debajo de los de Telefónica, pero tensando los cables para evitar incidencias con el paso de vehículos.

Además, dado que existen postes adicionales a los referidos en el requerimiento del Inspector Municipal, en los que Closenness ha instalado los cables por encima de los de Telefónica²⁰, ambos operadores deberán valorar si concurren circunstancias que justifiquen esa altura, ya que, en caso contrario, Closenness deberá adaptar la altura de sus tendidos, de conformidad con las normas técnicas establecidas en la MARCo y los criterios que fijen las respectivas entidades locales, y si ello no fuera posible, Closenness deberá desinstalarlos.

En cualquier caso, la oferta MARCo no establece de forma categórica que los operadores deban instalar sus nuevos cables por debajo de los existentes, sino que insta a que “generalmente” procedan de esa manera. El objetivo de esa medida es minimizar las fuerzas ejercidas por los nuevos cables sobre los postes. Por tanto, si bien esta norma general pretende incentivar las

²⁰Closenness indica en su escrito de 9 de febrero de 2020 y en el Documento 27 (archivo Excel) adjunto a este, que en, al menos, [CONFIDENCIAL TERCEROS] postes dependientes de las centrales de Moraira, Fanadix y Benissa se habría instalado el cable por encima de los de tendidos de Telefónica, y, en concreto, en dos de estos postes, por encima del cable de cobre, pero por debajo de la red de fibra.

mejores prácticas de despliegue, su no seguimiento puntual no constituye en sí mismo un incumplimiento de la oferta MARCo.

En su escrito de 9 de febrero de 2022 Telefónica solicita que, en el caso de que no sea posible llevar a cabo la instalación correcta o el operador no acceda a modificar la instalación, pueda volver a hacer los estudios de cargas, considerando la altura real a la que se encuentran instalados los cables. Esta operadora entiende que, en caso contrario, se podría estar exponiendo los postes a sobrecargas. Telefónica también pide que en este caso pueda facturar a Closeness la realización de un nuevo estudio de cargas.

Esta Comisión considera razonable que, en cualquier estudio de cargas que deba recalcularse, se incorporen los datos más actualizados de los que se dispongan, y esto en relación con todos los parámetros de los tendidos: número y tipo de cables, altura a la que están instalados, orientación, etc. Por lo que en aquellos casos en los que la modificación de la altura fuera inviable o siendo viable, Closeness se opusiera a bajar los cables para su regularización atendiendo a razones técnicas y a los criterios establecidos por la citada entidad local, tal como solicita Telefónica, esta entidad podrá realizar un nuevo estudio de cargas atendiendo a la situación real de los tendidos, siguiendo los criterios fijados en esta Resolución y en la oferta MARCo, y repercutir su coste a Closeness.

5. Por último, sobre los postes sobrecargados no sustituidos antes de las solicitudes de acceso de Closeness, esta operadora admite que Telefónica le habría aplicado un descuento del 50% en algunos casos, por lo que entiende que *“por evitar la carga económica y de trabajo que para ambas partes supone la revisión de un número importante de proyectos técnicos que, está claro, contienen errores”*, esta reducción del 50% debería aplicarse a todos los proyectos técnicos.

A este respecto, Telefónica alega que *“Closeness no parece entender que el coste de la sustitución debe repartirse de forma ponderada entre los tendidos existentes (Telefónica) y previstos del operador (Closeness), pues solicitan pagar por defecto el 50% de todas las SUCs”*.

De conformidad con lo dispuesto en el 6.2.4.4 del Procedimiento de gestión de la oferta MARCo, relativo a las Actividades durante el replanteo de postes y asociadas al mismo, *“cuando en una SUC se constate que la suma de las tensiones de los cables instalados por Telefónica en uno o varios postes excede la tensión nominal del poste, la sustitución de los mismos será*

CONFIDENCIAL(SC)

asumida también por Telefónica, (...), (el coste se repartirá de forma ponderada según el número de tendidos de cada operador).

Por tanto, esta Comisión no considera razonable la solución propuesta por Closenness para resolver las discrepancias existentes en relación con los proyectos técnicos, ni desde un punto de vista técnico ni regulatorio, ya que ambos operadores deberán atender a la situación concreta en la que se encuentren los postes y al número de tendidos que tenga instalado cada operador en estos, tal y como indica la oferta MARCo.

Tercero. Sobre los motivos de disconformidad mostrados por Closenness en relación con los proyectos técnicos de Telefónica

De las alegaciones presentadas por ambas partes se desprende que no existe un acuerdo en los análisis de viabilidad de la carga de los postes referentes a **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** SUC solicitadas por Closenness entre enero de 2019 y septiembre de 2020, localizadas en su mayoría en el municipio de Teulada.

Los motivos de disconformidad sostenidos por Closenness sobre los proyectos técnicos planteados por Telefónica están relacionados con las siguientes cuestiones:

- La determinación de la tensión de los cables con soporte 2.5 mm establecida en los estudios de carga de Telefónica (entre 300 o 400 Kp o inferiores), cuando estos postes aguantarían 1.167 Kp, y el refuerzo o sustitución de estos postes, que ya sufrían sobrecarga con anterioridad al despliegue del cable de Closenness, tomando en cuenta dicha tensión.
- Sustitución y refuerzo de postes. Closenness acusa a Telefónica de no sustituir o reforzar los postes, antes de la solicitud de acceso de otros operadores, y de tratar de trasladar a Closenness los costes que le corresponde asumir a ella. Para estos casos, Closenness solicita que se imponga a Telefónica la obligación de buscar soluciones técnica y económicamente viables para los operadores que solicitan acceso.
- Uso de postes H. Closenness indica que Telefónica le obliga a sustituir postes H con cables de distribución, que deberían haber sido ya sustituidos por ella. Además, esta operadora acusa a Telefónica de desplegar cableado de distribución en estos postes, cuando estos solo pueden utilizarse para acometidas de cliente final.

En su escrito de 10 de febrero de 2021 Telefónica alega que los principales motivos de disconformidad que Closenness le ha mostrado sobre la elaboración de los proyectos técnicos, estaban relacionados con: (i) la no utilización de

CONFIDENCIAL(SC)

riostras de 1,6 m; (ii) La sustitución de postes en vez de instalar riostras; (iii) wl acceso a postes H; y (iv) El funcionamiento del mecanismo de repercusión de costes en caso de que se constate que el poste debe ser reforzado o sustituido por estar sobrecargado.

Sobre estos motivos Telefónica alega lo siguiente:

- (i) Telefónica indica que las riostras de 7 hilos de 2,5 mm ofrecen tensiones de hasta 1.167 Kp, y que su establecimiento atiende a un criterio de diseño propio basado en motivos técnico-económicos, ya que entiende que una riostra de 1,6 mm reduciría mucho la funcionalidad y su aplicabilidad al reducir su función de compensación de tensiones a sólo 533 kp.
- (ii) Si bien acepta que la utilización de riostras podría optimizar los costes respecto a la sustitución de un poste en torno a un 17%, manifiesta que cuando tiene certeza de que el permiso para la instalación de riostra va a ser denegado *“(por ejemplo, por su impacto como barrera arquitectónica en acera o directamente en la calzada, por falta de espacio, por tener que instalarse invadiendo un acceso a una propiedad privada, etc.)”*, opta necesariamente por la sustitución del poste para sortear la inviabilidad.

Ello porque, si bien Telefónica acepta que el coste de sustituir un poste es mayor al de instalación de una riostra, *“en caso de estudiar primero la riostra con la posterior denegación de servicios, habría que poner el poste de todas formas, pero con un coste superior para el operador por la realización de dos estudios, el de la riostra y el del poste”*.

- (iii) Sobre los postes H, Telefónica aclara que *“son elementos antiguos, que no se instalan desde hace más de dos décadas y cuyas especificaciones técnicas los limitan a ser utilizados únicamente para soportar cables de acometida”*. También manifiesta que, *“si en alguna ocasión se han desplegado tipos de cables que no sean acometidas de cliente (o más de un cable) en un poste H, se trataría de una excepción fruto de un error de diseño, o instalaciones antiguas, pero en ningún caso se trataría de una generalidad”*.

Asimismo, Telefónica añade que tiene un plan proactivo de mantenimiento para la sustitución de aquellos postes de planta que no se encuentren en buen estado, como son los postes H.

Por todo ello, esta operadora entiende que *“toda petición de acceso a un poste H (que lógicamente ya soportan acometidas de cliente de Telefónica) requerirá de su sustitución (siempre que se disponga de permiso para ello), y por lo tanto el coste deberá ser asumido según la normativa MARCo por el operador solicitante”*.

CONFIDENCIAL(SC)

Si bien los operadores han informado a esta Comisión sobre los principales motivos de desacuerdo en relación con los estudios de viabilidad de los postes a los que Closenness ha solicitado acceso, centrándonos en los proyectos de las SUC objeto de conflicto, cabe mencionar que ni Telefónica ni Closenness han aportado al expediente los estudios de viabilidad de todos los postes incluidos en dichas SUC.

Telefónica entiende que, dado que la totalidad de los postes objeto de conflicto se encuentran asociados a alguna de las cinco centrales localizadas en el municipio de Teulada, los proyectos de adecuación de los postes asociados a dichas SUC de Closenness no serán autorizados por el ayuntamiento de este municipio.

Por su parte, Closenness manifiesta que revisó a través de una empresa de ingeniería técnica los estudios técnicos de cargas remitidos por Telefónica de solo 3 SUC, con los que no estaba conforme -ver documento 4 de su escrito de 9 de febrero de 2021-, y que los motivos de disconformidad, relacionados con la tensión de los cables y la carga de los postes H, ya mostrados a Telefónica en relación con **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**, podrían extenderse a las restantes SUC.

Por consiguiente, dado que no se conoce el estado en el que se encuentra cada uno de los postes asociados a las SUC objeto de conflicto, teniendo también en cuenta el significativo volumen que representan **-[CONFIDENCIAL TERCEROS]-** y que únicamente se ha aportado una representación ínfima de los proyectos de viabilidad de los postes afectados (sobre 3 SUC de 99 totales), con la finalidad de desbloquear las negociaciones entre los operadores, a continuación se fijan los criterios técnicos que estos tendrán que tener en cuenta, para regularizar los tendidos indebidos realizados por Closenness, que deberá acordar con Telefónica al existir discrepancias al respecto.

Cuarto. Determinación de los criterios de cálculo de cargas en los postes

Seguidamente se establecen los criterios que Telefónica habrá de utilizar para determinar la carga a la que están sometidos los postes objeto de regularización con motivo de las fuerzas ejercidas por los cables de los operadores (incluido Closenness), así como por su exposición a la intemperie (efectos del viento y del hielo).

En particular, esta herramienta permite determinar resultados de fuerzas de flexión (en dirección horizontal) y de compresión (en dirección vertical), ante las

CONFIDENCIAL(SC)

que los postes presentan su resistencia máxima²¹, en función de su tipología. La herramienta de cálculo de cargas en postes ha sido aprobada por este organismo en resoluciones anteriores²² e incorporada a la oferta de referencia de la MARCo²³ y está basada en lo dispuesto en la norma UNE 133100-4²⁴ y en la información aportada por Telefónica a la CNMC.

Mediante el procedimiento aquí recogido, Closenness podrá llevar a cabo sus propios análisis sobre los cálculos de cargas en los postes originales (sin considerar ninguna de las adaptaciones o sustituciones propuestas por Telefónica), y confirmar si, en esas circunstancias, los postes podrían admitir su tendido. Este ejercicio le permitirá contrastar si las adaptaciones señaladas por Telefónica son realmente necesarias, o si por el contrario no se requieren para la regularización de los tendidos ya instalados indebidamente.

Asimismo, en esas mismas circunstancias (postes originales), Closenness podrá comprobar si, en ausencia de sus tendidos, con los cables de Telefónica se superaría ya la capacidad máxima de carga de los postes. De ser así, tal como se establece en la oferta MARCo, el coste asociado a la adaptación de los postes deberá repartirse entre ambos operadores de forma ponderada según el número de tendidos de que disponga cada uno.

A continuación, se señalan los criterios de carácter técnico sobre el cálculo de cargas que ambos operadores deberán tener en cuenta en la negociación de la regularización de las ocupaciones irregulares realizadas por Closenness:

- En todos los postes (tanto de madera como de hormigón), se han de considerar las fuerzas de flexión ejercidas por todos los cables instalados, teniendo en cuenta su disposición angular.
- En los postes de hormigón, las fuerzas de flexión se descomponen en dos direcciones: la principal y la secundaria. El motivo es que estos postes presentan dos límites de resistencia distintos para ambas direcciones. Debe comprobarse que no se supera ninguno de ellos.
- Se ha de calcular la acción del viento sobre los tendidos, lo que tendrá un impacto distinto en función de la zona donde se encuentren ubicados los

²¹ La normativa técnica de la oferta MARCo recoge la resistencia máxima de cada categoría de postes.

²² Resoluciones de 30 de noviembre de 2021, que pusieron fin a los expedientes CFT/DTSA/020/21, CFT/DTSA/043/21 y CFT/DTSA/044/21.

²³ Tras la Resolución de 10 de marzo de 2022 (OFE/DTSA/004/20).

²⁴ Norma AENOR UNE133100-4 "Infraestructuras para redes de telecomunicaciones. Parte 4: Líneas aéreas".

- postes. En los postes de madera, se considera la acción del viento tanto sobre el poste como sobre los cables. En los de hormigón, se considera solamente la acción del viento sobre los cables, pues se considera que la estructura del poste tolera sobradamente ese efecto.
- Una vez calculadas las citadas fuerzas de flexión máxima de los postes, con carácter general se ha de adoptar el siguiente criterio: se tomará como resultado de flexión el mayor valor entre (i) las fuerzas ocasionadas por los cables junto con la fuerza del viento sobre el poste (si es de madera) y (ii) las fuerzas ejercidas por el viento sobre cables y poste. Solamente en postes que presentan tendidos en tres direcciones distintas, y no disponen de riostra, se extrema la cautela considerándose el efecto agregado de las fuerzas ejercidas por los cables y el viento.
 - Las tensiones del tendido de los cables de Closenness que se incorporen al cálculo de cargas deberán ser las que realmente se estén empleando en cada poste. Además, debe comprobarse que estas tensiones no superan los requisitos de flecha²⁵ y gálibo²⁶ en los postes.

Si, tras la realización de los estudios, se detectasen postes problemáticos, en los que no sea posible identificar una solución específica para solventar una situación de inviabilidad, está justificado que ambos operadores consideren y negocien otras opciones, como la modificación de las características técnicas de los tendidos ya instalados (por ejemplo, mediante la disminución de sus tensiones), o el desmontaje de tendidos que se encuentren en desuso (por ejemplo, cables de cobre).

Closenness alega en trámite de audiencia que el desmontaje de los tendidos que se encuentran en desuso debe ser la primera opción y solo si esta no fuera suficiente, las partes podrían negociar otras posibilidades, como, por ejemplo, la modificación de las características técnicas de los tendidos ya instalados.

Tal y como ya se indicó en el informe de la DTSA, y conforme se establece en la Resolución de 30 de noviembre de 2021, en caso de que los postes ocupados indebidamente no puedan regularizarse, Closenness podrá negociar con Telefónica las soluciones propuestas en el orden que plantea en su escrito, ya que esta Comisión no ha establecido en ningún momento el orden de aplicación de las posibles soluciones alternativas citadas. Se recuerda que, como ya se ha señalado recientemente en la Resolución de 10 de marzo de 2022

²⁵ Desplazamiento respecto la horizontal del punto más bajo del tendido de cable, por la curvatura que adquiere por efecto de la gravedad.

²⁶ Altura mínima que debe quedar libre entre el tendido de cable y el suelo.

(OFE/DTSA/004/20), la oferta MARCo recoge el derecho de los operadores a pedir a Telefónica que retire de los postes los cables de cobre que tenga en desuso.

En dichas situaciones, los operadores podrán acordar la realización de un nuevo replanteo, cuyo coste Telefónica podrá repercutir a Closeness. Para llevar a cabo las actuaciones que sean necesarias en los postes, Closeness debe personarse cuando le sea requerido por Telefónica, ya sea para participar en el replanteo o en la ejecución de las actuaciones necesarias para la regularización de sus tendidos (por ejemplo, para manipular sus cables con el fin de que Telefónica pueda proceder a la adaptación, y para reinstalarlos de nuevo correctamente).

En su escrito de alegaciones de 9 de febrero de 2022, Telefónica solicita poder realizar nuevos replanteos sobre todas las SUC objeto de conflicto, ya que manifiesta que estos se realizaron hace mucho tiempo (entre 2019 y 2020) y que ha podido haber variaciones en las infraestructuras o incluso podría haber ocupaciones indebidas por parte de un tercer operador. Además, pide repercutir todos los costes de los replanteos a Closeness.

En relación con los costes de replanteo, Closeness alega, en su escrito de 7 de febrero de 2022, que no está de acuerdo con la realización de un nuevo replanteo en los casos en los que presuntamente Telefónica llevó a cabo dicha actuación sin la asistencia de Closeness, y que, de realizarse de nuevo, no considera justa la repercusión de los costes.

En un principio, la repetición de los replanteos solo está justificada en los postes de carácter problemático, es decir, aquellos en los que los resultados de los estudios no son concluyentes, o bien de los mismos se desprende la necesidad de recurrir a soluciones alternativas como las antes señaladas. No obstante, también se considera apropiada la repetición del replanteo cuando Telefónica pueda aportar evidencias de que se ha producido un cambio relevante de la situación observada en el primer replanteo, por ejemplo, por la presencia de otros tendidos irregulares, siempre y cuando este cambio implique la necesidad de recabar datos en los propios postes para la realización del estudio de cargas preciso.

Esta repetición de ciertos replanteos es necesaria para completar con éxito la provisión y regularización de los tendidos de Closeness. Dado que estas actuaciones supondrán nuevos costes a Telefónica, estos podrán repercutirse a Closeness, con independencia de que el primer replanteo se hubiera llevado a cabo de forma autónoma por parte de Telefónica, ya que dicha presunta situación no invalida este criterio.

CONFIDENCIAL(SC)

Telefónica también solicita que en el caso de que alguna SUC esté en estado “Anulado” o “Replanteo realizado inviable”, se determine la obligación de Closeness de volver a solicitar esa SUC.

Debe reconocerse que la modificación de los estados SUC “Anulado” y “Replanteo realizado inviable”, necesaria para reactivar el progreso de las SUC (ya que dichos estados dan por finalizado el proceso de provisión), debería hacerse mediante el acceso manual a tablas de datos, con cierto riesgo para la integridad del sistema que podría ocasionar errores.

La importancia de garantizar la trazabilidad y el buen funcionamiento del sistema de provisión de la oferta MARCO justifica que Closeness deba registrar de nuevo las SUC que se encuentren en estos estados (“Anulada” o “Replanteo realizado inviable”), que dieron por finalizados los procesos de las SUC anteriores. Esto no debería demorar el avance de las solicitudes, puesto que no será necesario repetir los replanteos y los análisis de viabilidad (con las salvedades antes indicadas), siendo suficiente que Telefónica los incorpore a la nueva SUC. Tampoco deberá Telefónica facturar por la nueva SUC los conceptos que ya hayan sido facturados en la SUC anulada.

Además, ambas partes deberán acordar cómo mantener la trazabilidad de las actuaciones y la relación entre la SUC ya anulada y la nueva SUC, por ejemplo, indicando Closeness el código de la SUC anulada en el plano esquemático²⁷ a subir a NEON, e informando por correo electrónico del nuevo código de SUC para que se haga un seguimiento específico.

Finalmente, en relación con el uso de los postes H, Telefónica ha justificado que no se deben instalar cables de distribución ni cajas de empalmes o cajas terminales en este tipo de postes. No obstante, Telefónica instala en ellos sus cables de acometida de cliente, por lo que, en atención a la obligación de no discriminación aplicable en el marco de la regulación del acceso a infraestructuras de MARCO, debe permitir a los operadores la misma práctica. Por tanto, Closeness debe poder instalar sus acometidas de cliente en postes de tipo H, aunque no cables de distribución ni cajas de empalmes.

Sobre la base del contrato de regularización que alcancen ambas partes, siguiendo los criterios expuestos en este Fundamento de derecho y lo indicado en la Resolución de 30 de noviembre de 2021, Closeness deberá progresar las

²⁷Plano esquemático (o de después del replanteo) en el que, entre otra información, se deben identificar las cámaras de registro y los postes a los que se pide acceso, así como el uso que se hará de ellos (si es de entrada o de salida).

SUC objeto de conflicto, para así completar su regularización. Si el operador no lo hiciese, Telefónica podrá solicitar la autorización de esta Comisión para permitirle la restitución de las infraestructuras ocupadas indebidamente a su estado anterior.

Para la tramitación de todas las SUC objeto de conflicto Closenness deberá colaborar con Telefónica en las tareas que se le soliciten, conforme se establece en la Resolución de 30 de noviembre de 2021 y en la citada oferta MARCo.

Quinto. Otras alegaciones de Telefónica y Closenness presentadas en trámite de audiencia

Closenness solicita que se obligue a Telefónica a publicar el precario de postes homologados por esta operadora o en su defecto que, al menos, le de traslado del precio de los postes homologados que va a emplear para analizar la viabilidad de los postes y determinar el presupuesto de adecuación sobre todas las SUC objeto del conflicto.

La oferta marco ya recoge, en virtud de lo dispuesto en la Resolución de 10 de marzo de 2022, que Telefónica debe presentar en sus estudios de viabilidad, de forma detallada y desglosada (por cada poste) los costes necesarios para la adaptación de las infraestructuras al tendido del operador. Este desglose debe incluir, al menos, las partidas siguientes: (i) materiales, (ii) mano de obra e instalación y (iii) proyectos, dirección de obra, seguridad y salud.

Telefónica alega que las tensiones utilizadas para fijar el método de cálculo de carga de los postes, en el Anexo incluido en el informe sometido a trámite de audiencia, *“se corresponden con una extracción sesgada del total de los cables utilizados por Telefónica. En concreto se refieren a los de menor tensión, que evidentemente no son necesariamente los que cualquier operador instala en su planta”*, y que *“si la CNMC estudiara los cables de los operadores sin conocer (o sin tener en cuenta) las tensiones de éstos, debería utilizar las más restrictivas de entre el catálogo de Telefónica por seguridad”*.

En concreto, esta operadora solicita que se utilicen las tensiones del cableado ya instalado por Closenness, si este cumple los criterios de flecha máxima y gálibo. En caso contrario, propone utilizar las tensiones informadas por el operador en las Memorias descriptivas. Además, considera que Closenness debería asumir los costes íntegros de realizar unos nuevos estudios con otras características del cableado distintas de las informadas previamente.

CONFIDENCIAL(SC)

La información aportada por Telefónica en su escrito de alegaciones, sobre las tensiones de los postes, ya ha sido tomada en cuenta en la última revisión de la oferta MARCo e incorporada en el citado Anexo 4 de esta oferta.

No obstante, se señala que las tensiones indicadas en la oferta MARCo son referencias representativas de los distintos tipos de cable. Si Closeness empleara tensiones superiores en alguno de sus tendidos deberá indicárselo a Telefónica para que se tengan en cuenta y, en su caso, se recalculen los estudios para confirmar su viabilidad o bien se revisen las instalaciones afectadas y se adapten las tensiones reales de los cables. Como ya se ha indicado, el operador propietario de los tendidos es responsable de cualquier daño que sus malas prácticas puedan ocasionar.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente las solicitudes de Telefónica de España, S.A.U.

SEGUNDO.- Closeness, S.L. y Telefónica de España, S.A.U. deberán negociar de buena fe y llegar a un acuerdo de regularización sobre las ocupaciones indebidas realizadas por Closeness, S.L. en postes, arquetas, cámaras de registro y canalizaciones en los términos marcados en el procedimiento A regulado en 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 y se introducen modificaciones en la oferta de referencia MARCo y su contrato tipo (expediente IRM/DTSA/002/20).

En el acuerdo de regularización deberán seguirse los criterios establecidos en los Fundamentos Jurídicos Materiales Segundo y Cuarto de esta resolución y en la oferta MARCo.

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

CONFIDENCIAL(SC)