



Roj: **SAN 2955/2025 - ECLI:ES:AN:2025:2955**

Id Cendoj: **28079230082025100290**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **23/05/2025**

Nº de Recurso: **689/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso: 0000689/2022**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 04154/2022**

**Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U**

**Procurador: D<sup>a</sup>. GLORIA TERESA ROBLEDO MACHUCA**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

**Codemandado: GTD CABLEADO DE REDES INTELIGENTES S.L.U.**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintitrés de mayo de dos mil veinticinco.

**Visto** el presente recurso contencioso administrativo nº 689/22, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora D<sup>a</sup>. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 20 de enero de 2022, sobre conflicto de acceso, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Se ha personado como codemandada la entidad mercantil GTD Cableado de Redes Inteligentes S.L.U., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Dolores Uroz Moreno.



Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Isabel Gómez García, Magistrada de la Sección.

## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:**El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. (TESAU), contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 20 de enero de 2022, por la que se pone fin al conflicto de acceso interpuesto por TESAU contra GTD por el uso al que destinan las infraestructuras físicas sujetas a la Oferta Marco.

**SEGUNDO:**Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello a la actora para que formalizara la demanda, la cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los trámites legales pertinentes, se dicte Sentencia por la que, con expresa imposición de costas a la Administración demandada, *"declare contraria a Derecho la Resolución de la CNMC de fecha 20 de enero de 2022, que se impugna en este proceso, y concretamente, los "resuelve" primero, segundo y tercero y la parte del "resuelve" cuarto en la que se obliga a TESAU a llegar a un acuerdo con GTD para que este operador acceda a la infraestructura de mi representada, al amparo del Real Decreto 330/2016, en caso de que GTD quiera regularizar los tendidos para cuyo despliegue había solicitado las SUCs 627SUCW91082019021900 y 627SUCW91102019021900"*.

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

**CUARTO:**La representación procesal de la codemandada, GTD Cableado de Redes Inteligentes S.L.U., contestó a la demanda, solicitando que desestime el recurso y se confirme la Resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

**QUINTO:**Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 21 de mayo del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:**Se dirige el presente recurso contencioso administrativo contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 20 de enero de 2022, en la que se **RESUELVE**:

*"PRIMERO.- Desestimar la solicitud de Telefónica de España, S.A.U., salvo por*

*lo dispuesto en el Resuelve Tercero.*

*SEGUNDO.- En el plazo de un mes, a partir del día siguiente al de la notificación de esta resolución, GTD de Redes inteligentes, S.L. deberá indicar a Telefónica de España, S.A.U. qué solicitudes de las paralizadas o declaradas incorrectas por esta operadora entre 2018 y 2020 precisa que sean cursadas a través del portal NEON.*

*TERCERO.- Telefónica está obligada a aceptar las solicitudes de acceso a las infraestructuras de uso compartido que GTD de Redes inteligentes, S.L. le solicite en el plazo máximo de 20 días hábiles, que estén relacionadas con las 180 SUC de referencia en el Fundamento Jurídico Material Quinto, apartado III,*

*de la presente Resolución.*

*CUARTO.- Estimar la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. respecto a las SUC [CONFIDENCIAL TERCEROS].*

*En el plazo de 15 días a contar desde la notificación de esta Resolución, GTD de Redes inteligentes, S.L. tendrá que notificar a Telefónica de España, S.A.U. si tiene intención de regularizar los tendidos realizados en las infraestructuras afectadas por dichas SUC, desde la fecha inicial de su ocupación, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, o si quiere desinstalar sus tendidos.*

*En caso de que GTD de Redes inteligentes, S.L. opte por regularizar sus tendidos, Telefónica de España, S.A.U. estará obligada a llegar a un acuerdo con esta operadora en el plazo de dos meses en relación con las condiciones económicas que correspondan por dicha ocupación, teniendo en cuenta el momento en que esta ocupación se produjo, tal y como dispone el citado Real Decreto. Si GTD de Redes inteligentes, S.L. optara por desinstalar los cables desplegados en las infraestructuras de estas SUC, tanto esta operadora como Telefónica de España, S.A.U. deberán seguir lo establecido en la Resolución de 30 de noviembre de 2021 (Procedimiento A)."*



Se consigna en los antecedentes de hecho de la resolución, entre otros datos, que el 14 de octubre de 2020 Telefónica presentó un escrito ante la CNMC por el que solicita la intervención de este organismo para resolver el conflicto de acceso existente con la operadora GTD Cableado de Redes inteligentes S.L. (GTD), debido al posible uso indebido de las infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo para el despliegue de redes troncales de transporte basadas en fibra oscura, en tramos interurbanos, locales y provinciales de distintas localidades de España. Telefónica pide a este organismo que se obligue a GTD a retirar sus instalaciones y que se le incoe un expediente sancionador, por incumplir una de las condiciones esenciales del contrato MARCo que tienen firmado desde el 20 de julio de 2010. Asimismo, Telefónica solicita que se imponga a todos los operadores la obligación de informar del uso que se va a realizar del servicio MARCo en cada solicitud de NEON.

Que, mediante sendos escritos de 27 de octubre de 2020, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) comunicó a Telefónica y GTD el acuerdo de inicio del 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 (LPAC).

Que el 29 de octubre de 2021, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se comunicó a los interesados en el 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.

En los Fundamentos Jurídicos de la resolución se expone que Telefónica denuncia el uso indebido de sus infraestructuras en relación con 277 solicitudes de uso compartido (SUC) presentadas por GTD a través de los procedimientos de la oferta MARCo para el despliegue de redes troncales de transporte basadas en fibra oscura, en tramos interurbanos, locales y provinciales de distintas localidades de España. Que también será objeto del procedimiento el análisis de una cuestión incidental planteada por Telefónica relativa a la retirada de sus instalaciones y el posible incumplimiento por parte de GTD de una de las condiciones esenciales del contrato MARCo. Que excede del ámbito objetivo del procedimiento de conflicto la solicitud de Telefónica de imposición de la obligación a todos los operadores de informar en cada solicitud de NEON del uso que se va a realizar del servicio MARCo.

Que mediante Resolución de 24 de febrero de 2016, la CNMC aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor -Resolución de mercados de banda ancha-; en virtud de esta resolución, Telefónica tenía la obligación de facilitar el acceso a sus infraestructuras de obra civil, al considerarse dichas infraestructuras un elemento esencial para que los operadores alternativos puedan proceder al despliegue de sus redes NGA. Por Resolución de la CNMC de 6 de octubre de 2021, se ha aprobado la nueva regulación de los mercados de banda ancha, manteniéndose la anterior obligación. Derivan de las anteriores resoluciones las siguientes obligaciones de Telefónica:

1. obligación de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil, a precios regulados en función de los costes.
- i2. obligación de transparencia en 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.

Así, se establece la obligación de acceso a las infraestructuras de obra civil, tales como las canalizaciones, cámaras, 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), inicialmente aprobada en noviembre de 2009, y cuya última modificación ha tenido lugar el 30 de noviembre de 2021.

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

Que Telefónica aporta, junto a su escrito de 14 de octubre de 2020, un archivo Excel en el que lista todas las SUC de infraestructuras físicas que considera que GTD ha cursado y ocupado indebidamente y *"que podrían estar siendo utilizadas para la prestación de servicios mayoristas"*, según indica Telefónica. Dicho listado incluye las 277 SUC solicitadas por GTD en 47 municipios de España, entre noviembre de 2011 y octubre de 2020.



De este listado Excel, se desprende que, a fecha 9 de octubre de 2020, 151 estaban en estado "ocupación" u "ocupación rectificadora", 28 en situación "reservada sin ocupar", 43 declaradas por Telefónica como "incorrectas", 42 "en ejecución de obras" (estas relativas a infraestructuras localizadas en su mayoría en municipios del País Vasco y Madrid), seis fueron "anuladas con coste" y el resto tenían alguna incidencia en el replanteo (cinco) o "aviso de no ocupación" (dos).

Que GTD, sobre el uso de los servicios MARCo (cámaras, arquetas, conductos, etc.) alega que, desde que en 2010 firmara el acuerdo MARCo con Telefónica, ha venido solicitando acceso a sus infraestructuras para dar servicio a sus clientes, sin que hasta el mes de abril de 2020 -cuando Telefónica le envió un burofax comunicándole el uso indebido de sus infraestructuras físicas y le empezó a rechazar sin justificación ni motivación todas las SUC que tramitaba en NEON- Telefónica le hubiera puesto ningún problema, habiendo tramitado, aceptado y ocupado las infraestructuras asociadas a un total de 142 SUC.

En relación con las SUC denunciadas por Telefónica, en su escrito de 18 de febrero de 2021, GTD aporta un archivo Excel sobre 207 solicitudes MARCo presentadas entre 2012 y 2020. Salvo sobre 25 SUC, que se encuentran en estado "Reservada sin ocupar" desde 2018 o "Incorrectas" desde octubre de 2020, esta operadora ha asociado las SUC al esquema de servicios para el que serían empleadas las infraestructuras solicitadas, indicando si se trata de solicitudes de paso o de acceso final, y si hay circuitos de una misma SUC destinados a la prestación de ambos tipos de servicio (paso y acceso). GTD también ha presentado copias de contratos firmados con varios de sus clientes relacionados con algunos de los despliegues de red de fibra oscura realizados en las ciudades de Madrid, Barcelona, Sevilla y Cádiz.

Se razona en la resolución, en síntesis, que la cuestión referida al ámbito de aplicación de la Oferta MARCo, así como de los usos amparados para las infraestructuras de Telefónica según dicha oferta, ha sido ampliamente debatida por la Comisión a lo largo de distintas resoluciones; que dada la importancia de los costes asociados a los despliegues de redes, se establece la obligación de Telefónica de proporcionar acceso a sus infraestructuras de obra civil, con el objetivo fundamental de asegurar el desarrollo de un entorno de competencia efectiva en los mercados de banda ancha sometidos a regulación.

Dentro del ámbito subjetivo de la Oferta MARCo se incluye a los operadores que vayan a desplegar redes públicas de acceso de nueva generación (fibra óptica o coaxial), incluidos los operadores neutros. Se entiende por operadores neutros a aquéllos que se encargan del despliegue de una red pública de comunicaciones electrónicas de acceso de nueva generación y cuyos clientes son los operadores prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, siendo estos últimos los que ofrecen servicios a los usuarios finales.

Que según lo establecido en el apartado 6.2.7 del Procedimiento de Gestión de la oferta MARCo *"El Operador deberá ocupar los elementos solicitados según el Acta de replanteo en el plazo de 6 meses desde la Fecha Confirmación SUC (sin contabilizar paradas de reloj). NEON avisará por mensajería al Operador a los 4 meses, pasando la solicitud al estado Aviso de no ocupación, Fecha aviso de no ocupación, y a los 6 meses comunicará que, si no hace efectiva la ocupación, los elementos pasarán a disposición de Telefónica o de cualquier Operador que lo solicite, pasando la solicitud al estado Reservada sin ocupar, Fecha reserva"*.

Que, atendiendo al estado en el que se encuentran las SUC de GTD, según la información proporcionada por Telefónica y lo dispuesto en la oferta MARCo, se considera que han de excluirse aquellas SUC que ya se encuentren en estado "anuladas con coste", "reservadas sin ocupar" y con "aviso de no ocupación" (36 SUC en total), ya que se entiende que las infraestructuras físicas afectas a dichas solicitudes no estarían a fecha de esta Resolución a disposición de GTD para su ocupación, ni las SUC estarían pendientes, teniendo GTD que iniciar una nueva SUC en caso de seguir interesada en desplegar su red a través de éstas. En definitiva, 241 de las 277 SUC deben ser objeto de análisis en este conflicto, excluyéndose las 36 anteriores. Por otra parte, también cabe tener en cuenta que el 80% de estas 241 SUC estarían ya ocupadas o en ejecución de obras por parte de GTD. En concreto, entre 2018 y 2020 Telefónica habría autorizado la ocupación y ejecución de obras del 74% del total de SUC cursadas por GTD durante esos tres años (253). Ello denota que, a pesar de las dudas que en 2018 presentó Telefónica a GTD sobre el uso de las infraestructuras MARCo, dicha operadora siguió aceptando la mayoría de las solicitudes de acceso de GTD, sin que esta operadora le informara sobre el tipo de despliegue de red que realizaría por estas (de acceso o de transporte), como alega en su escrito.

Que Telefónica pretende que la Comisión revise prácticamente todos los despliegues de red de GTD a través de la MARCo que tiene en España, sin que esta operadora haya acreditado que tuviera dudas con anterioridad a 2018 ni haya probado usos incorrectos; con el impacto que dicha revisión tendría sobre el negocio y los clientes de GTD, sustentados sobre los despliegues efectuados. Por ello, procede ceñir el análisis a los despliegues de red realizados por GTD en las localidades en las que se encuentran las 182 SUC que están en estado "incorrecta", "ocupada", "en ejecución de obras" e "incidencia en replanteo" entre 2018 y 2020 (provincias



de Cádiz, Sevilla, Málaga, Madrid, Vizcaya, Barcelona), al no estar justificada la revisión del resto de SUC denunciadas con anterioridad a ese periodo.

Sobre esas 182 SUC, a la vista de los planos presentados por GTD y las copias de los contratos firmados con sus clientes, se concluye que en los despliegues de red de GTD asociados a las SUC controvertidas, la parte destinada al acceso hasta cliente final tiene un peso muy significativo; lo cual no significa que todos los tendidos de GTD tengan esa función, puesto que parte de su red tiene por objeto dar continuidad, aguas arriba, a los tramos de acceso. Esta continuidad se lleva a cabo mediante los llamados enlaces de Entrega de Señal o *backhaul*, que tienen por objeto conectar los equipos de acceso del operador con otros nodos de red que desempeñan funciones de agregación. Que, a nivel físico, no puede establecerse una separación precisa de los tramos de acceso a cliente final, de aquellos tramos de *backhaul*, debido al hecho de que un mismo cable de fibra óptica puede desempeñar ambas funciones: parte de las fibras que lo componen estarán dedicadas a la red de acceso, mientras que otras podrán destinarse a enlaces de *backhaul*; por lo que carece de sentido práctico impedir a los operadores que tienden redes de acceso hasta el cliente final, como es el caso de GTD, el despliegue de enlaces auxiliares de Entrega de Señal, a través del uso del servicio MARCo. Además, la CNMC ya ha manifestado reiteradamente que la extensión de la red de acceso mediante enlaces de *backhaul* no constituye un uso indebido de las canalizaciones de Telefónica.

En cuanto a las dos SUC que incluyen elementos situados en La Línea de la Concepción, en la proximidad de la playa desde la que parte un cable submarino hacia Ceuta, tal como indica Telefónica, el transporte y posterior enganche con el cable submarino que GTD ha instalado entre la península y Ceuta formarían parte de un enlace troncal. Por tanto, en este caso particular (las dos SUC citadas por Telefónica), se considera que el tendido de GTD no está relacionado con el despliegue de accesos a usuarios finales y, por tanto, efectivamente no puede estar amparado por las condiciones recogidas en la oferta MARCo.

No obstante, GTD tiene derecho a solicitar el acceso a las infraestructuras de Telefónica en dicho tramo, con independencia de la naturaleza troncal o de acceso de este segmento de su red, en virtud de lo establecido en el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, por lo que GTD no tendrá por qué desmontar su cable instalado en las infraestructuras incluidas en dichas SUC.

Que, en el plazo de 15 días a contar desde la notificación de la Resolución, GTD tendrá que notificar a Telefónica si opta por desinstalar sus tendidos, de conformidad con lo dispuesto en el Procedimiento A regulado mediante la Resolución de 30 de noviembre de 2021, o regularizar el acceso a esas infraestructuras. Tal regularización deberá llevarse a cabo mediante la firma de un acuerdo que deberán negociar ambos operadores (Telefónica y GTD), sobre las condiciones económicas que correspondan por dicha ocupación, desde el momento que esta se produjo. Al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 330/2016, estas condiciones económicas deberán ser razonables. En caso de desacuerdo en relación con el establecimiento de esos precios, los operadores podrán acudir a la CNMC.

Se concluye que, no habiéndose acreditado por parte de Telefónica que las SUC presentadas por GTD lo sean para la construcción de redes troncales de transporte o para otros usos que se encuentren fuera del ámbito de la oferta MARCo, salvo en relación con las dos SUC de la Línea de la Concepción citadas, se entiende que los tendidos de GTD por las infraestructuras civiles de Telefónica para el despliegue de su red de fibra oscura, en las localidades donde se encuentran ubicadas las 180 SUC citadas (de las 182 analizadas), resultarían conformes con la sucesiva regulación establecida por este organismo sobre las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes a los que Telefónica está obligada a dar acceso.

Que GTD tiene derecho a solicitar y negociar con Telefónica el acceso a sus infraestructuras al amparo del Real Decreto 330/2016 y, en concreto, tendrá que acudir a dicha vía en el supuesto de que alguna de sus solicitudes de acceso a infraestructuras civiles de Telefónica se encuentre fuera de los usos permitidos por la oferta MARCo, como ocurre con los elementos incluidos en las SUC, que deberá regularizar. Que el artículo 3.5 de dicha norma incluye, dentro de los sujetos obligados a facilitar el acceso a sus infraestructuras pasivas, entre otros, a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, como es el caso de Telefónica. Atendiendo a los criterios establecidos en el Real Decreto 330/2016, si GTD así lo solicitara, Telefónica estaría obligada a poner a disposición de dicha operadora sus infraestructuras pasivas, con independencia de las obligaciones que puedan resultar aplicables a este operador conforme a la regulación ex ante de mercados, bajo las condiciones y requisitos establecidos en dicha norma.

Finalmente, se rechaza la alegación de Telefónica de que las ocupaciones realizadas por GTD, para el despliegue de su red de fibra oscura por sus infraestructuras físicas, sean contrarias a lo dispuesto en el contrato MARCo pactado entre ambas operadoras. Y se informa a Telefónica de que en la actualidad la



LGTel no tipifica como infracción, que pueda ser sancionada por este organismo, la supuesta conducta que Telefónica imputa a GTD.

**SEGUNDO:** En el escrito de demanda la recurrente expone los antecedentes fácticos que consideró de interés, destacando que a partir de la firma por parte de GTD, el 9 de agosto de 2018, del acuerdo de buenas prácticas del servicio MARCo, mediante el cual se habilita al operador para realizar el replanteo autónomo y, probablemente, coincidiendo también con la compra de Cable Runner Ibérica por GTD, empieza la expansión del operador por el territorio nacional, detectándose su uso indebido del servicio regulado MARCo; concretamente el uso indebido por parte de GTD de determinadas infraestructuras sobre las que TESAU tiene derecho de uso sujetas a la oferta MARCo, y así se lo hizo saber a GTD.

Como motivos de impugnación invoca la recurrente los siguientes:

- Indefensión ocasionada a TESAU por la falta de acceso a determinada documentación de GTD.

Se afirma que no ha tenido acceso a los planos aportados por GTD, a los que se hace referencia en la resolución, cuyo conocimiento es esencial para TESAU. Que lo mismo ha ocurrido con unos supuestos contratos de GTD suscritos con varios de sus clientes en relación con algunos despliegues de red de fibra oscura en Madrid, Barcelona, Sevilla y Cádiz, que, al parecer, GTD aportó en el procedimiento y que, en opinión de la CNMC, revelan que GTD despliega redes NGA, que pone a disposición directa de sus clientes finales y de terceros operadores, para que estos presten directamente los servicios a los clientes finales iluminando su red de fibra oscura.

- Arbitrariedad en que incurre la resolución.

Se denuncia que la resolución recurrida incurre en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la C.E., al considerar que las solicitudes de GTD encuentran amparo en el servicio MARCo y al excluir de su análisis las SUCs de GTD en estados "reservada sin ocupar" y "aviso de no ocupación", así como las SUCs de GTD anteriores a 2018.

Que, en contra de lo que se indica en la resolución, las únicas SUCs de GTD que podrían excluirse son aquellas que, de las 277, se encontrasen en estado "anulada con coste", que no pueden ser progresadas; pero las SUCs en estados "reservada sin ocupar" y "aviso de no ocupación" no deberían haberse excluido del análisis por parte de la CNMC, ya que las SUCs que se encuentran en estos estados sí pueden ser progresadas por el operador sin necesidad de volver a pedir las, pudiendo ocupar las infraestructuras solicitadas, de conformidad con la oferta MARCo.

Que, respecto de las SUCs solicitadas por GTD (o Cable Runner Ibérica) con anterioridad a 2018, TESAU no ha manifestado que considerara correcto el uso que del servicio MARCo hacía GTD (o Cable Runner Ibérica) antes de esa fecha. Que fue a mediados de 2018, fruto de la expansión de GTD en el territorio nacional -a lo que contribuyeron la firma por parte de GTD del acuerdo de buenas prácticas, que le otorgaba la posibilidad de realizar replanteos de manera autónoma, y la adquisición de Cable Runner Ibérica por GTD-, cuando TESAU detectó estos usos indebidos del servicio MARCo por parte de GTD y así se lo hizo saber. Que la CNMC hace recaer en la recurrente la carga de la prueba cuando TESAU tiene derecho a rechazar las SUCs que considere se destinan a un uso indebido del servicio MARCo y cuando es GTD quien tenía que haber facilitado a TESAU información aclaratoria que acreditase que el uso al que pensaba destinar las infraestructuras que solicitaba a través de las SUCs era un uso conforme con la oferta MARCo.

Que la obligación de TESAU de facilitar el acceso a la infraestructura de obra civil sobre la que ostenta derecho de uso tiene por objetivo garantizar la viabilidad de los despliegues de redes de acceso de nueva generación (redes NGA). Obligación impuesta por la extinta CMT en su Resolución de 22 de enero de 2009, recogida después en la Resolución de la CNMC de 24 de febrero de 2016 -la vigente cuando GTD solicitó las SUCs objeto de conflicto-, y que, actualmente, ha quedado configurada en la Resolución de la CNMC de 6 de octubre de 2021, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Resolución de los mercados 1 y 3b). Que los despliegues de GTD a través de las SUCs objeto de controversia no tenían como finalidad el despliegue de una red de acceso.

Que GTD afirma que realiza sus despliegues siguiendo dos esquemas, en el esquema 1 es el cliente mayorista el que realiza el despliegue hasta el cliente final, no GTD; en el esquema 2, GTD despliega fibra oscura hasta el domicilio del cliente minorista, siendo un tercer operador quien ilumina esa fibra oscura. Que, con la información que le consta a TESAU, se concluye que la red de GTD se compone de circuitos cuyo único fin es el de proporcionar transporte uniendo centrales, circunstancia que sobrepasa el concepto de red de acceso e incluso el de entrega de señal. Que, de acuerdo con las obligaciones impuestas a Telefónica en el momento en que GTD solicitó las SUCs, este operador estaba obligado a proporcionar acceso a su oferta MARCo cuando



el operador solicitante fuera a efectuar un despliegue de red de acceso o cuando realizase una solicitud de entrega de señal en centrales con un número total de pares (activos + vacantes) igual o menor a 12.500, por parte de operadores que estén coubicados en la central o dispongan de un PAI. Este límite no se eliminó hasta la Resolución de 6 de octubre de 2021; resolución que, como la propia CNMC reconoce, es posterior a los hechos denunciados y, por tanto, no resultaba de aplicación en el momento en que se formularon las SUCs; además, la Resolución recurrida no confirma lo dispuesto en la Resolución de 24 de febrero de 2016, sino que viene a introducir nuevas interpretaciones de las obligaciones existentes e incluso nuevas obligaciones bajo la apariencia de obligaciones que ya existían.

Se añade que la Resolución incurre en arbitrariedad al realizar una interpretación extensiva y errónea del alcance del Real Decreto 330/2016. Pues la CNMC viene a considerar que TESAU debe poner a disposición de GTD las infraestructuras sitas en la Línea de la Concepción bajo las condiciones y requisitos establecidos en el citado Real Decreto, con independencia de las obligaciones que puedan resultar de aplicación a este operador conforme a la regulación ex ante de mercados. Que el RD, en su artículo 4.2, contempla que cuando el acceso a infraestructuras de obra civil sea solicitado a un operador que ya tiene impuestas obligaciones de acuerdo con la Ley 9/2014 (LGTel), dicho acceso debe ser coherente con tales obligaciones; el acceso a las infraestructuras civiles de TESAU se rige únicamente por la oferta MARCo, sin que sea válida ninguna interpretación extensiva respecto de sus obligaciones, pues lo contrario vulneraría el principio de seguridad jurídica, regulado en el artículo 9 de la CE. Que el principio *lex specialis* es de clara aplicación en el presente supuesto, de conformidad con lo dispuesto por la jurisprudencia de la Unión Europea; de manera que, en el presente caso, prevalece lo dispuesto en la ley especial -LGTel- de la que derivan las obligaciones reguladas en la oferta MARCo, servicio mayorista de acceso a infraestructura civil cuya prestación recae sobre el operador con poder significativo de mercado (PSM) que es TESAU. Así, ante la solicitud de acceso de GTD a las infraestructuras de TESAU sitas en la Línea de la Concepción, no estando el despliegue de GTD destinado a la finalidad para la que existe el servicio MARCo, no cabe tampoco que TESAU tenga que cursar sus solicitudes al amparo del Real Decreto 330/2016.

**TERCERO:** El Abogado del Estado se opone a los motivos de impugnación, alegando, en síntesis, que no es posible aceptar que el hecho de que Telefónica no pudiera ver los planos aportados por GTD, así como las copias de los contratos con sus clientes, le haya generado indefensión alguna; pues los planos y otra información adicional aportados por GTD, en sus escritos de 23 de noviembre de 2020 y 18 de febrero de 2021, para contrarrestar los hechos que le imputaba Telefónica, fueron declarados confidenciales por la Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel de 2014. Que la CNMC se aseguró de que, tanto a través de la información contenida en el informe sometido a audiencia como de la resolución recurrida, se diera una explicación amplia sobre la comparación de la información que proporcionaban los planos y la documentación que habían presentado ambas operadoras. Y, a través de las propias alegaciones de GTD, Telefónica pudo conocer que había realizado despliegues adicionales a través de infraestructura distinta a la suya. La información a la que tuvo acceso Telefónica le permitió presentar las alegaciones y la documentación que consideró oportuna para la defensa de sus intereses. De hecho, a la vista de sus alegaciones y documentos, la resolución recurrida cambió las conclusiones alcanzadas en el informe sometido a trámite de audiencia en relación con dos SUC de GTD solicitadas en la Línea de la Concepción.

En cuanto a las SUC de GTD en estado "reservada sin ocupar" y con "aviso de no ocupación", que fueron excluidas de análisis por la Comisión, señala que de acuerdo con la información aportada por Telefónica en su escrito de interposición del conflicto, a través del Anexo 2, las 30 SUC que se encontraban en estados "reservada sin ocupar" y "aviso de no ocupación" tenían como fechas de registro entre el 30 de marzo de 2011 y el 12 de diciembre de 2019 (solo 2 SUC), siendo el 70% de ellas del mes de marzo de 2017 -esto es, de más de cinco años antes de la interposición del conflicto-. Siendo el plazo regulado para confirmar las SUC desde que son tramitadas en NEON de 2 meses, salvo que sea necesario ampliar los días asignados en alguna de las fases en caso de que surjan incidencias durante la tramitación de la SUC; a partir de esos dos meses empieza la ocupación por el operador alternativo. Este plazo de 2 meses puede reducirse casi a la mitad si el replanteo de las infraestructuras es autónomo -sin intervención de Telefónica- como era el caso de GTD que disponía de un Acuerdo de Buenas Prácticas con Telefónica desde abril de 2018. Por ello, se consideró que sobre esas 30 SUC en realidad no había un conflicto vigente, porque habían transcurrido más de 6 meses para poder ser efectivamente ocupadas; esas SUC quedaron a disposición de Telefónica y podían ser anuladas en caso de una nueva solicitud de ocupación, conforme le permite la oferta MARCo.

Sobre la exclusión de las SUC tramitadas con anterioridad a 2018 rechaza que la decisión de la CNMC de excluir del objeto del procedimiento esas SUC fuera arbitraria, pues se razona ampliamente que no estaba acreditado por parte de Telefónica que sobre las SUC tramitadas con anterioridad a 2018 existieran dudas razonables de ocupación para usos distintos a los permitidos por la oferta MARCo. Que se firmó el acuerdo de Buenas Prácticas con GTD en 2018 a los efectos de facilitar que los replanteos de las siguientes ocupaciones



solicitadas por el operador sean más ágiles, por lo que se presume que hasta ese momento el uso de las infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo de Telefónica es correcto. Que antes de la firma del Acuerdo de Buenas Prácticas Telefónica tenía más instrumentos para confirmar el uso de los registros que hacía Cable Runner y, durante casi 8 años que duró su relación contractual, no parece que existiera un conflicto entre ellos por el supuesto mal uso de las infraestructuras. La Comisión decidió excluir del objeto del conflicto todas aquellas SUC tramitadas por Cable Runner hasta 2018, atendiendo en todo momento a un criterio de proporcionalidad y a la protección del objetivo esencial de fomento de la competencia, con el objetivo de no alterar la seguridad jurídica ni el equilibrio contractual entre las partes, de modo que no se pusieran en peligro los servicios prestados por GTD a nivel nacional a sus clientes (usuarios finales, empresas y otros operadores).

En relación con los usos autorizados para el acceso a las infraestructuras pasivas sujetas a la oferta MARCo de Telefónica, se expone que la red de GTD tiene por objeto dar servicio a clientes empresariales; al ser muy inferior el número de clientes potenciales que presenta una red de estas características con respecto al que presenta una red construida para dar servicio a clientes residenciales, también es mucho más reducido el número de registros de salida a cliente que se requieren. Que en la resolución recurrida se ha insistido en que los planos aportados por GTD ponen de manifiesto que la mayor parte del tendido de la red de este operador discurre por canalizaciones ajenas a Telefónica, al margen del servicio MARCo. Mediante esas infraestructuras alternativas, la red de GTD se ramifica hasta alcanzar múltiples emplazamientos para, mediante registros de salida propios (ajenos a MARCo), llegar hasta sus clientes finales; los registros empleados en MARCo no tienen por objeto llegar a clientes finales, sino completar la red de acceso de GTD en ciertas ubicaciones. Que no es de aplicación al caso la restricción de la obligación de acceso que invoca telefónica para el tendido de enlaces de EdS del operador solicitante, pues tal restricción únicamente se aplica a los enlaces de EdS asociados a los servicios de la oferta OBA.

En relación con el despliegue de red troncal para unir las ciudades de Cádiz, Málaga y Sevilla, que TESAU considera un uso indebido de la oferta MARCo, alega el Abogado del Estado que los planos de red aportados por GTD ponen de manifiesto que una gran parte del tendido de la red de este operador discurre por canalizaciones ajenas a Telefónica, al margen del servicio MARCo; solamente un reducido porcentaje de la red de GTD se tiende mediante el servicio MARCo. GTD únicamente emplea el servicio MARCo para completar su red en determinadas ubicaciones, desde las que enlaza con las canalizaciones cuyo uso ha adquirido por medios distintos a la oferta MARCo. Esta red desplegada por GTD por medios distintos al servicio MARCo es la que se ramifica para alcanzar múltiples emplazamientos y llegar hasta los clientes finales. Que los planos y esquemas de GTD evidencian, junto con las copias de los contratos que esta operadora ha firmado con sus clientes, que su red es de acceso, dirigida a la provisión de servicios a los clientes finales (a excepción de los despliegues realizados en las infraestructuras incluidas en las dos SUC de la Línea de la Concepción). Que la red de GTD incluye otros enlaces que si bien no pertenecen estrictamente a la red de acceso, están asociados a la misma; se trata de enlaces de agregación de tráfico de acceso (enlaces de EdS), asociados a los equipos de acceso de la red NGA, cuyo objeto es transportar el tráfico desde estos últimos hasta la red de transporte del operador; la regulación admite este tipo de despliegues a través de la oferta MARCo, ya que están integrados en el despliegue de una red de acceso NGA.

Respecto al tendido de tramos interurbanos (entre localidades), alega que la oferta MARCo no contempla como causa de rechazo de las SUC que estas tengan por objeto el uso de infraestructuras situadas fuera de las zonas urbanas.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación del Real Decreto 330/2016, alega que éste desarrollaba lo dispuesto en el artículo 37 de la LGTel de 2014; siendo su objetivo facilitar el despliegue de redes, mediante la reducción de sus costes, para que los operadores puedan ofrecer a los usuarios servicios de comunicaciones electrónicas más innovadores, de mayor calidad y cobertura, a precios competitivos y con mejores condiciones. Que gran parte de lo dispuesto en esta norma reglamentaria ha adquirido rango legal, al ser incluido en la LGTel de 2022. Que las obligaciones que con carácter generalizado emanan de la Directiva no pueden oponerse a las obligaciones, más concretas, que las autoridades nacionales de reglamentación puedan haber establecido conforme a la regulación ex ante de mercados. Que es clara la complementariedad que existe entre los dos tipos de regulaciones, sin que lo dispuesto en una afecte a lo establecido en la otra. Que no es posible aceptar el razonamiento de Telefónica sobre la supuesta limitación de la obligación de dar acceso a las infraestructuras físicas, establecida en el Real Decreto 330/2016, para justificar su negativa a dar acceso a sus infraestructuras físicas a un competidor como GTD, con el fin de obstaculizar sus planes de despliegue de dos tramos de red de transporte, para la instalación de un cable submarino. Los dos tramos de red que pretendía realizar GTD haciendo uso de la oferta MARCo para conectar la Línea de la Concepción con Ceuta, se estaban utilizando para dar continuidad al resto de los despliegues realizados en esa ciudad, sin hacer uso de las infraestructuras físicas de Telefónica, con el objeto de "satisfacer el crecimiento de la demanda en



Ceuta de una mayor conectividad de banda ancha a Internet y de otros servicios de telecomunicaciones" a operadores y usuarios finales

**CUARTO:** La representación de la codemandada GTD, en su escrito de contestación a la demanda asume las alegaciones de la Abogacía del Estado y que precisa que antes de dictar la resolución de fecha 29 de octubre de 2021, se notificó a las dos partes en conflicto el Informe emitido por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, que consta en el Expediente y que viene a contradecir las afirmaciones realizadas por TESAU en relación con la naturaleza y finalidad de los tendidos de fibra óptica de aquella y, por ende, con su concordancia con las disposiciones del Contrato MARCO.

Rechaza la alegada indefensión causada a TESAU, invocando el artículo 28.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, en cuanto al carácter confidencial de los datos e informaciones obtenidos por la Comisión en el desempeño de sus funciones, con las excepciones previstas en el precepto. Que la CNMC se aseguró de que, tanto con la información contenida en el Informe de su Dirección de Telecomunicaciones que se sometió al trámite de audiencia de las partes, como dentro la resolución ahora recurrida, se diera una explicación amplia sobre la comparación e interpretación conjunta de los datos que proporcionaban los planos y la documentación que habían presentado ambas operadoras.

Considera insostenible la alegación de arbitrariedad imputada a la Comisión en la resolución impugnada. Y ello porque la decisión de la CNMC está perfectamente razonada y justificada en dicha resolución, que viene precedida por un Informe técnico; y porque está plenamente justificada la decisión de exclusión de las 36 SUCs que se encontraban a la fecha de interposición de la reclamación por parte de TESA en situación de "no ocupadas con aviso de no ocupación" y las 59 SUCs cuya anulación pretendía ahora cuando llevan aprobadas por la recurrente, ejecutadas y en funcionamiento entre 5 y 8 años.

Se remite la codemandada al Informe técnico y propuesta de resolución que la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, para dar respuesta a la cuestión relativa al alcance del Contrato MARCO y el cumplimiento por GTD de las condiciones establecidas en el mismo. Que está asentado por resoluciones del TS y AN el criterio por el cual el despliegue en las infraestructuras de obra civil de Telefónica de enlaces para conectar los equipos de acceso, cuando estén asociados a los despliegues de redes de acceso NGA, debe permitirse y, además, no se encuentra sujeto a ningún tipo de restricción.

Que GTD puso a disposición de la autoridad reguladora la mayor parte de sus esquemas de red, líneas, redes físicas (en su mayoría ajenas a infraestructuras de TESA), contratos con terceros operadores y clientes finales -alguno de ellos fue declarados confidenciales-. La Dirección General de Comunicaciones, estudiando esa documentación y poniéndola en relación con la aportada de contrario, adoptó su criterio, avalando que las redes de GTD son redes de fibra oscura (es operador neutro) pero son redes de nueva generación NGA que conectan directamente a clientes finales (empresas) por lo que la denegación de las SUCs por parte de TESA es improcedente.

En cuanto a las dos SUCs que la Comisión considera que no tienen cabida en la Oferta Marco, pero sí en el RD 330/2016, se alega, en contra del criterio de TESAU, que dicho Reglamento sí obliga a la recurrente, que no puede unilateralmente auto excluirse de una obligación genérica que atañe a los operadores (de telecomunicaciones o de cualquier otro suministro) titulares de infraestructuras susceptibles de alojar redes de telecomunicaciones, de permitir el acceso a las mismas a otros operadores a precios reglados, y siempre con el fin último de que los operadores puedan ofrecer a los usuarios servicios de comunicaciones electrónicas más innovadores, de mayor calidad y cobertura, a precios competitivos y con mejores condiciones.

**QUINTO:** Pi anteaudo el recurso en los términos expuestos, hemos de comenzar por rechazar el primer motivo de impugnación, en el que la actora denuncia indefensión por no haber tenido acceso a los planos y contratos aportados al procedimiento de conflicto por GTD, declarados confidenciales por la Comisión.

Por resolución de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de 10 de junio de 2021, se declaró la confidencialidad de parte de la información aportada por GTD en contestación a dos requerimientos de información realizados por la Comisión. Se declara confidencial para Telefónica, la información y planos sobre los despliegues de red de GTD que realiza en distintas localidades de España, que no sean públicos; esquemas de red de GTD; copias de contratos y servicios contratados, así como información sobre la actividad comercial de GTD; información sobre los despliegues de red de GTD que realiza en distintas localidades de España.

Se citan las normas legales de aplicación y se razona que se considera que la información indicada tiene carácter sensible, por contener información sobre la relación contractual entre GTD y sus clientes, así como con Telefónica y sobre la planificación de su negocio, que debe quedar amparada bajo el secreto comercial o

empresarial, debido a que su difusión a terceros podría generar algún tipo de perjuicio a ambos interesados en este procedimiento.

La declaración de confidencialidad esta cumplidamente motivada y tiene amparo legal. Por otra parte, tanto en el Informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual como en la propia resolución recurrida, se facilitan datos y se plasman las conclusiones obtenidas de esa documentación, fundamentalmente de los planos, que se contrastan con los aportados por Telefónica, que ha permitido que este operador recurra la resolución de la Comisión, haciendo una amplia argumentación contra los fundamentos jurídicos de la misma.

**SEXTO:** Tampoco cabe acoger la denunciada arbitrariedad de la Comisión en su resolución. Por considerar que las solicitudes de GTD encuentran amparo en el servicio MARCo y excluir de su análisis las SUCs de GTD en estados "reservada sin ocupar" y "aviso de no ocupación", así como las SUCs de GTD anteriores a 2018.

La Comisión interviene en un conflicto de acceso planteado por Telefónica contra GTD, ha tramitado el oportuno procedimiento, ha dado trámite de alegaciones a las parte y ha resuelto de forma ampliamente motivada, dando respuesta a cada una de las cuestiones planteadas en el conflicto.

La resolución viene precedida por el Informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, que precede a la resolución recurrida, se expone que en la Resolución de los mercados de banda ancha, confirmada en este aspecto por la última Resolución dictada de 6 de octubre de 2021, se establece la obligación de Telefónica de proporcionar acceso a sus infraestructuras de obra civil, con el objetivo fundamental de asegurar el desarrollo de un entorno de competencia efectiva en los mercados de banda ancha sometidos a regulación. Que, si bien la obligación de acceso se delimita con un contenido marcadamente genérico (atender las solicitudes razonables de acceso), se ha de determinar la razonabilidad de las solicitudes en función de las circunstancias concurrentes en cada momento, y teniendo en cuenta el objetivo final de la obligación, que no es otro que el de facilitar los despliegues que redunden en beneficio de la prestación de servicios minoristas de banda ancha. Para la valoración de la razonabilidad de las solicitudes se deben tomar en consideración diversos criterios, como:

- El ámbito de la Oferta MARCo.

Se establece, con carácter general, la necesaria disponibilidad de la oferta de referencia para los operadores alternativos cuando se cumplan, acumulativamente, los requisitos de que su objetivo sea prestar el servicio minorista de banda ancha ultrarrápida a terceros -y ello, aunque el operador solicitante sea un operador mayorista-; que los operadores precisen el acceso para desplegar sus redes públicas de comunicaciones electrónicas de acceso NGA, tanto si las infraestructuras se encuentran incluidas en suelo urbanizado como en suelo rural.

En el ámbito subjetivo, se incluye a los operadores que vayan a desplegar redes públicas de acceso de nueva generación (fibra óptica o coaxial), incluidos los operadores neutros.

- Concepto de redes de acceso de nueva generación.

Se indica que debe entenderse por redes de acceso de nueva generación (Recomendación de NGA) 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."* Que la Comisión en la Resolución MCA, establece que las redes de acceso son aquellas que alcanzan a los usuarios finales (hogares, etc.) desde los nodos de red, es decir, cubren un ámbito geográfico muy concreto (área cubierta por una central de cobre, central de fibra, barrio, urbanización, municipio, ciudad...).

- Tramos interurbanos.

Se recuerda que la Resolución de 8 de abril de 2010 incluye, dentro del ámbito de aplicación de la oferta MARCo, toda la infraestructura de Telefónica ubicada en el ámbito urbano, no aceptándose las denegaciones con motivo de la supuesta naturaleza troncal o de acceso de la red, lo que conlleva el acceso tanto a los recursos ubicados entre las centrales cabecera y los 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 una red NGA. Que la referida Oferta no contempla como causa de rechazo de las solicitudes el que las mismas se efectúen para desplegar infraestructuras situadas fuera de las zonas urbanas; si bien el despliegue de redes de transporte de larga distancia no se considera por parte de la Comisión como un uso incluido en el ámbito de aplicación de la oferta MARCo.

- Disponibilidad de la MARCo para operadores neutros.



Se cita la Resolución de la CMT, de fecha 5 de julio de 2012, de revisión de la oferta MARCo de Telefónica.

Partiendo de las anteriores consideraciones, se concluye que han de quedar fuera del procedimiento de conflicto las SUC que ya se encuentren en estado "anuladas con coste", "reservadas sin ocupar" y con "aviso de no ocupación", ya que se entiende que las infraestructuras físicas afectas a dichas solicitudes no estarían a fecha del informe a disposición de GTD para su ocupación. Que no es razonable la petición de Telefónica de que la Comisión revise las SUC solicitadas con anterioridad a 2018.

Se afirma, a la vista de los planos y contratos aportados, que el operador despliega redes NGA, que pone a disposición directa de sus clientes finales y de terceros operadores, para que éstos presten directamente los servicios a los clientes finales iluminando su red de fibra oscura; que en los despliegues de red de GTD, la parte destinada al acceso hasta cliente final tiene un peso muy significativo, aunque parte de su red tiene por objeto dar continuidad, aguas arriba, a los tramos de acceso, mediante los llamados enlaces de Entrega de Señal o *backhaul*; que, a nivel físico, no puede establecerse una separación precisa de los tramos de acceso a cliente final, de aquellos tramos de *backhaul*, debido al hecho de que un mismo cable de fibra óptica puede desempeñar ambas funciones, por lo que carece de sentido práctico impedir a los operadores que tienden redes de acceso hasta el cliente final, como es el caso de GTD, el despliegue de enlaces auxiliares de Entrega de Señal, a través del uso del servicio MARCo; que la CNMC ya ha manifestado reiteradamente que la extensión de la red de acceso mediante enlaces de *backhaul* no constituye un uso indebido de las canalizaciones de Telefónica; que está claramente asentado el criterio por el cual el despliegue en las infraestructuras de obra civil de Telefónica de enlaces para conectar los equipos de acceso, cuando estén asociados a los despliegues de redes de acceso NGA, debe permitirse y, además, no se encuentra sujeto a ningún tipo de restricción.

Lo anteriormente expuesto enerva cualquier viso de arbitrariedad en la actuación de la CNMC, pues siendo evidente que la resolución no adolece de falta de justificación razonable y objetiva, la actora puede cuestionar concretos aspectos de la fundamentación jurídica de la resolución, pero no es admisible el planteamiento que se hace en la demanda sobre arbitrariedad de la resolución.

**SÉPTIMO:** Y lo mismo cabe concluir en relación con la alegada arbitrariedad de la resolución al realizar una interpretación extensiva y errónea del alcance del Real Decreto 330/2016.

El RD 330/2016, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, que desarrolla los artículos 35 a 38 de la Ley 9/2014, tras incluir entre los sujetos obligados a las administraciones públicas titulares de infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas [artículo 3.5 d)], regula en su artículo 4 el "acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad".

En el apartado 3 de dicho artículo 4 se establece, con carácter general, que cuando un operador que instale o explote redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles al público realice una solicitud razonable, por escrito, de acceso a una infraestructura física a alguno de los sujetos obligados, éste estará obligado a atender y negociar dicha solicitud de acceso, en condiciones equitativas y razonables, en particular en cuanto al precio, con vistas al despliegue de elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

Por su parte, el apartado 8 dispone que cualquiera de las partes podrá plantear el conflicto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando se deniegue el acceso o cuando transcurrido el plazo de dos meses mencionado en el apartado 7, no se llegue a un acuerdo sobre las condiciones en las que debe producirse el mismo, incluidos los precios, sin perjuicio del posible sometimiento de la cuestión ante los tribunales. Añadiendo el apartado 9 que, en caso de conflicto relativo al precio de acceso, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia fijará dicho precio de manera que el suministrador del acceso tenga oportunidad de recuperar sus costes de manera justa, (...).

En el preámbulo del Real Decreto se expone:

*"(...) Lo establecido en el capítulo II, de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva 2014/61/UE debe tener en cuenta el principio de *lex specialis*: cuando sean de aplicación medidas reguladoras más específicas conformes con el Derecho de la Unión, estas deben prevalecer sobre los derechos y obligaciones mínimos previstos en la citada Directiva. Por tanto, este real decreto debe entenderse sin perjuicio del marco regulador de la Unión relativo a las comunicaciones electrónicas establecido en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como en la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, incluidas las medidas nacionales adoptadas de conformidad con dicho marco regulador, como las medidas reguladoras específicas simétricas o asimétricas".*

Sobre esta cuestión, planteada anteriormente por TESAU en el recurso PO 1595/2021, dijimos en sentencia de 20/09/2024 que el Real Decreto 330/2016 tiene como principal objetivo facilitar el despliegue de redes de



banda ancha de alta velocidad a través del acceso a las infraestructuras físicas, mientras que la regulación ex ante de mercados tiene por objeto garantizar la competencia mediante la imposición de condiciones obligatorias al operador que ostente poder significativo de mercado. El RD y la regulación ex ante de mercados persiguen objetivos interrelacionados y compatibles entre sí, pero no necesariamente idénticos; no siendo posible apreciar la aplicación del principio de especialidad, al no ser de aplicación la oferta MARCo, de manera que únicamente resultan de aplicación las norma generales de acceso a las infraestructuras del Real Decreto 330/2016. La aplicación del Real Decreto a operado PSM está expresamente prevista en el art. 2.1 que dispone *"Este real decreto se aplica a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad y a las obras civiles relativas a dichas infraestructuras"*; y en el apartado 4 se contempla la posible aplicación simultánea de la regulación ex ante y la del Real Decreto, al disponer que *"Las medidas a las que se refiere este real decreto se entenderán sin perjuicio de las obligaciones que puedan imponerse en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , a operadores con poder significativo en el mercado y en el artículo 32 de dicha ley en relación con la ubicación y el uso compartido de la propiedad pública y privada. En este sentido, en los casos en que la solicitud de acceso se produzca sobre una infraestructura gestionada o cuya titularidad o derecho de uso corresponda a un operador de comunicaciones electrónicas sujeto a obligaciones motivadas por los artículos 13 y 14 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , el acceso a dichas infraestructuras físicas será coherente con tales obligaciones y la introducción de procedimientos y tareas nuevas se basarán en las ya existentes."*

También en sentencia de 26/10/2023 (PO 444/21) dijimos que la no aplicación al caso de autos de la oferta MARCo no impide la aplicación del Real Decreto 330/2016 para permitir el acceso a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

En ningún caso, el RD 330/2016 limita su objeto y ámbito de aplicación a las redes de acceso de alta velocidad. Por el contrario, en su artículo 1, al referirse al objeto, hace referencia a *"redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad"*; en el artículo 2.1, respecto del ámbito de aplicación, se refiere a *"redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad y a las obras civiles relativas a dichas infraestructuras"*. El artículo 3.2 define "red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad" como: *"red de comunicaciones electrónicas, incluyendo tanto redes fijas como móviles, capaz de prestar servicios de acceso de banda ancha a velocidades de al menos 30 Mbps por abonado."*

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

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

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

## FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 20 de enero de 2022, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos.

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

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