

ACUERDO POR EL QUE SE INADMITE LA SOLICITUD DE CONFLICTO DE ACCESO EN RELACIÓN CON LA RENOVACIÓN DE UNA AUTORIZACIÓN DE OCUPACIÓN, INTERPUESTA POR ORANGE ESPAGNE, S.A. FRENTE AL AYUNTAMIENTO DE GANDÍA

CFT/DTSA/060/19/ORANGE VS. AYUNTAMIENTO DE GANDÍA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 11 de diciembre de 2019

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/DTSA/060/19, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta el siguiente acuerdo:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de Orange de interposición de conflicto

El 21 de junio de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Orange Espagne, S.A.U. (Orange), en virtud del cual interponía un conflicto de acceso frente al Ayuntamiento de Gandía (Valencia) conforme a lo establecido en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), y 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 (Real Decreto 330/2016).

En su escrito, Orange señalaba que desde el año 1999 había venido disfrutando de una autorización para ubicar una instalación de telefonía móvil en una parcela de titularidad municipal en la Font d'en Carrós (Partida Tossal Gros-Panorama) de Gandía. En el año 2017, Orange solicitó la renovación de la autorización de cesión de uso temporal de la parcela para su instalación de telefonía móvil.

La solicitud de Orange fue denegada en agosto de 2018. Según señalaba Orange, el Ayuntamiento de Gandía dio, asimismo, instrucción a sus servicios

técnicos para que implementaran las medidas necesarias a fin de someter la posible ocupación de la parcela a un procedimiento de licitación pública.

Orange considera que la decisión del Ayuntamiento de Gandía de instrumentalizar el acceso a sus infraestructuras a partir de un procedimiento de licitación resulta contraria a lo establecido en la LGTel, así como en el Real Decreto 330/2016.

Dado lo que antecede, Orange solicita de la CNMC que resuelva el conflicto en el sentido de que el Ayuntamiento de Gandía otorgue la autorización para el acceso por parte de Orange a los elementos susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escritos de 17 de julio de 2019 se comunicó a Orange y al Ayuntamiento de Gandía el inicio del procedimiento administrativo para resolver el presente 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, se requirió de ambos interesados determinada información que resultaba necesaria para la resolución de la controversia suscitada entre las partes.

TERCERO.- Contestación a los requerimientos de información

Orange dio contestación al requerimiento de información de la CNMC, mencionado en el antecedente de hecho anterior, en fecha 7 de agosto de 2019.

Por su parte, el Ayuntamiento de Gandía dio una contestación parcial al citado requerimiento de la CNMC, en fecha 19 de agosto de 2019¹. En su escrito, el Ayuntamiento de Gandía formulaba, asimismo, una serie de observaciones en relación con las cuestiones planteadas por Orange.

CUARTO.- Trámite de audiencia y alegaciones de los interesados

El 29 de octubre de 2019, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a Orange y el Ayuntamiento de Gandía el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

¹ Una vez finalizada la instrucción del procedimiento, el Ayuntamiento de Gandía no ha dado una contestación completa al requerimiento de información formulado por la CNMC, a pesar de haberle sido requerida nuevamente la información pendiente en fecha 19 de septiembre de 2019.

El Ayuntamiento de Gandía y Orange presentaron sus alegaciones al informe emitido en trámite de audiencia en fechas 14 y 25 de noviembre de 2019, respectivamente.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El objeto del procedimiento es analizar la cuestión planteada por Orange, para quien la decisión del Ayuntamiento de Gandía de someter la ocupación del espacio que este operador venía utilizando, a un procedimiento de licitación pública, resulta contraria a la normativa sectorial vigente.

Por otra parte, y atendiendo en particular a lo previsto en el Real Decreto 330/2016, Orange considera que la CNMC debería instar al Ayuntamiento de Gandía a que proceda a autorizar el acceso en los términos solicitados por este agente.

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 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), este organismo “supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”, correspondiéndole a estos efectos “realizar las funciones atribuidas por la [Ley 9/2014, de 9 de mayo], y su normativa de desarrollo”.

El artículo 37.1 de la LGTel regula el acceso a las infraestructuras titularidad de las administraciones públicas que sean susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Según recoge el apartado 6 del citado artículo 37, “*las partes negociarán libremente los acuerdos del acceso a que se refiere este artículo y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas. Cualquiera de las partes podrá presentar un conflicto sobre el acceso y sus condiciones ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva*”.

En similares términos, el artículo 70.2.d) de la referida Ley señala que corresponde a la CNMC *“resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley”*, incluyendo, en particular, la resolución de los *“conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley”*².

Por su parte, el Real Decreto 330/2016 desarrolla el contenido de las obligaciones que deben asumir los sujetos obligados (incluyendo las administraciones públicas) para facilitar el acceso a infraestructuras físicas de su titularidad susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

La citada norma establece en su artículo 4.8 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”*.

Atendiendo a lo previsto en los preceptos anteriores y en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para la resolución del 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 regirá por lo establecido en la LPAC.

² Por su parte, según el artículo 15.1 de la LGTel, *“la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”*.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Normativa sectorial de telecomunicaciones aplicable a la resolución del presente procedimiento

Para la resolución del presente conflicto deberá estarse a lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones, así como en la demás normativa específica que pueda resultar de aplicación.

El artículo 30 de la LGTel reconoce el derecho de **ocupación del dominio público** por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas. Según el citado precepto:

“Los operadores tendrán derecho, en los términos de este capítulo, a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate.

Los titulares del dominio público garantizarán el acceso de todos los operadores a dicho dominio en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso u ocupación de dicho dominio público en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En particular, la ocupación o el derecho de uso de dominio público para la instalación o explotación de una red no podrá ser otorgado o asignado mediante procedimientos de licitación”.

En lo que se refiere al **acceso a la infraestructura física** titularidad de las administraciones públicas, el artículo 37.1 de la LGTel establece lo siguiente:

“Las administraciones públicas titulares de infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas facilitarán el acceso a dichas infraestructuras, siempre que dicho acceso no comprometa la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de carácter público que en dichas infraestructuras realiza su titular, en condiciones objetivas, de transparencia y no discriminación a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso a las infraestructuras citadas en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En particular, el acceso a dichas infraestructuras para la instalación o explotación de una red no podrá ser otorgado o reconocido mediante procedimientos de licitación”.

Por su parte, según el artículo 4.3 del Real Decreto 330/2016:

“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”³.

En este sentido, el Real Decreto 330/2016 define la infraestructura física⁴ como

“cualquier elemento de una red pensado para albergar otros elementos de una red sin llegar a ser un elemento activo de ella, como tuberías, mástiles, conductos, cámaras de acceso, bocas de inspección, distribuidores, edificios o entradas a edificios, instalaciones de antenas, torres y postes. [...]”

El Real Decreto 330/2016 busca garantizar el acceso a dicha infraestructura física, a los efectos de facilitar el despliegue de redes de comunicaciones de alta velocidad (artículo 4.2 del Real Decreto 330/2016). El concepto de red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad está definido en dicho Real Decreto 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”* (artículo 3.2).

La red de comunicaciones móviles que Orange tiene actualmente instalada en la parcela de referencia encaja dentro de esta definición⁵, por lo que puede concluirse que este operador es un sujeto beneficiario, en el marco del Real Decreto 330/2016, para instalar la red de comunicaciones electrónicas objeto del presente conflicto en infraestructuras físicas asimismo reguladas en la normativa analizada.

SEGUNDO.- Valoración de las cuestiones planteadas

Tal y como consta en la documentación aportada por las partes, en noviembre de 2017 Orange solicitó la renovación de la autorización de cesión de uso temporal suscrita en el año 1999 entre dicho operador y el Ayuntamiento de Gandía, para la ubicación de una antena de telefonía móvil en una parcela municipal⁶.

En fecha 23 de marzo de 2018, el Ayuntamiento de Gandía comunicó a Orange que la duración inicialmente prevista en la resolución de autorización de

³ Con carácter general, las administraciones públicas titulares de infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas tienen la consideración de sujetos obligados (ver artículo 3.5.d) del Real Decreto 330/2016).

⁴ Por su parte, la LGTel establece, en su artículo 37.3, que por infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas *“se entenderán tubos, postes, conductos, cajas, cámaras, armarios, y cualquier recurso asociado que pueda ser utilizado para desplegar y albergar cables de comunicaciones electrónicas, equipos, dispositivos, o cualquier otro recurso análogo necesario para el despliegue e instalación de redes”*.

⁵ Los equipos instalados por Orange en la parcela objeto del procedimiento emiten en las bandas de frecuencias de 800 y 1.800 MHz, con tecnología LTE 4G.

⁶ Como recogía la Resolución del Ayuntamiento de Gandía autorizando la ocupación parcial del terreno, dicha parcela tenía en aquel momento la consideración de bien de dominio público, en su modalidad de servicio público destinado a albergar un repetidor de televisión.

ocupación del año 1999 (cinco años) había sido ampliamente excedida, dándose instrucción a los servicios municipales para que elaboraran la documentación pertinente a fin de someter la ocupación a un procedimiento de licitación pública.

En fecha 7 de agosto de 2018, el Ayuntamiento de Gandía aprobó un Decreto en virtud del cual desestimó con carácter definitivo la petición de Orange, y de nuevo puso de manifiesto su voluntad de implementar las medidas necesarias para llevar a cabo un procedimiento de licitación para la ocupación de la parcela municipal⁷.

En el marco del procedimiento tramitado ante el Ayuntamiento en aras de la renovación de su autorización, Orange puso de manifiesto la aplicación a los hechos de la LGTel y el Real Decreto 330/2016, frente al Ayuntamiento de Gandía.

En efecto, tal y como se ha señalado en el Fundamento Primero (Normativa sectorial de telecomunicaciones aplicable a la resolución del presente procedimiento), la normativa excluye el uso de los procedimientos de licitación para la ocupación o el derecho de uso del dominio público para la instalación o explotación de una red de comunicaciones electrónicas (artículo 30 de la LGTel), así como para el acceso a las infraestructuras físicas de las administraciones públicas susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas (artículo 37.1 de la LGTel, artículo 4.6 del Real Decreto 330/2016).

En línea con la solicitud de Orange, cabe, por consiguiente, concluir que el régimen legal aplicable al sector de las telecomunicaciones se opone a que el ejercicio del derecho de acceso al dominio público, o a infraestructura física de titularidad municipal, pueda verse supeditado a un procedimiento de licitación pública, con carácter general en lo que respecta a la ocupación del dominio público y cuando la ocupación de infraestructuras físicas tenga por fin la implantación de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

Esta conclusión es de hecho recogida en un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Gandía de fecha 5 de octubre de 2018, sobre el recurso presentado por Orange contra la desestimación de la renovación de la autorización temporal de ocupación parcial. El citado informe hace hincapié en los sustanciales cambios auspiciados por la normativa sectorial de telecomunicaciones en la actividad de las administraciones públicas, y en lo relativo a la ocupación del dominio público indica que *“[d]e acuerdo con los arts. 30 y 31 LGTel, se parte del derecho del prestador del servicio a ocupar el dominio público para poder hacer realidad su despliegue, hasta el punto de que no se*

⁷ El Decreto de 7 de agosto de 2018 fue objeto de un recurso de reposición por parte de Orange, sin que el Ayuntamiento de Gandía diera respuesta al citado recurso. En febrero de 2019, el Decreto ha sido asimismo recurrido por Orange ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Valencia. Dicho recurso está pendiente de resolución.

puede hacer lo que en otros usos es obligatorio: un procedimiento de adjudicación en el que se concurra previa licitación⁸.

Señala asimismo el informe de referencia que *“la potestad municipal sobre sus bienes para esta utilización se encuentra un tanto mermada, y ha de funcionar con relación a los operadores de telecomunicaciones pero como una potestad reglada, de tal forma que sólo se podrá denegar la ocupación si concurren ciertas causas muy excepcionales”, y que “hay que atender a cómo en el art. 30 se establece que las entidades públicas titulares del dominio público deben facilitar el acceso a los mismos para que se instalen las redes, y ello alterando el modo tradicional de utilización del demanio público: la previa licitación. Para estos usos no se puede prohibir a ningún operador que acceda a emplear los espacios adecuados para la instalación de redes, de forma que no cabe reservar su utilización a ninguno, ni se licita para ello como se haría en el caso de una concesión administrativa”⁹.*

Concluye el mencionado informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento que *“[...], desde el momento en que [el artículo 30] reconoce el derecho de los operadores a usar el dominio público e impone al Ayuntamiento una obligación de facilitar dicha utilización, parece evidente que el margen de maniobra municipal se hace menor. Así, la autorización deberá realizarse de manera expresa, tal y como se deduce del artículo mencionado, de manera neutra, sin discriminaciones y sin someterse a procedimiento licitatorio alguno”¹⁰.*

Ahora bien, hechas estas consideraciones en lo que se refiere al uso de procedimientos de licitación, a la vista de la solicitud de Orange de que esta Comisión resuelva el procedimiento en el sentido de que debe otorgarse por el Ayuntamiento de Gandía la autorización para el acceso por parte de Orange a la parcela de titularidad municipal para la instalación de elementos de su red de telefonía móvil, procede clarificar que el conflicto interpuesto por este operador frente al Ayuntamiento de Gandía no puede considerarse como un conflicto de acceso a dirimir en los términos recogidos en el artículo 4.8 del Real Decreto 330/2016.

Esto es así, atendiendo al elemento que es objeto de la controversia entre Orange y el Ayuntamiento de Gandía, es decir, un terreno en el cual Orange ha llevado a cabo una instalación de red móvil. Resulta indudable que, en tanto que se trata de una parcela sin ningún tipo de infraestructura física de titularidad municipal, no puede ser considerado como *“cualquier elemento de una red pensado para albergar otros elementos de una red sin llegar a ser un elemento activo de ella, como tuberías, mástiles, conductos, cámaras de acceso, bocas de inspección, distribuidores, edificios o entradas a edificios, instalaciones de*

⁸ Página 6 del Informe. El subrayado relativo a esta cita, así como las siguientes, es añadido.

⁹ Página 6 del Informe.

¹⁰ Página 7 del Informe.

antenas, torres y postes”, en los términos del artículo 3 del Real Decreto 330/2016.

En el caso planteado por Orange, el potencial obstáculo al libre acceso a la actividad económica se encuentra en los medios de intervención administrativa (la posible restricción al derecho a la ocupación del dominio público y su sometimiento a un procedimiento de licitación) y no en la denegación *de facto* del derecho de acceso a instalaciones físicas, tal y como el mismo viene reconocido en el artículo 37 de la LGTel y en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016.

Este aspecto es asimismo puesto de manifiesto por el Ayuntamiento de Gandía en sus alegaciones, donde indica que sólo en el caso de que dicha entidad proceda a la instalación en el dominio público de infraestructura física municipal (como podría ser la colocación de una antena de emisión para la provisión de servicios de televisión local¹¹) deberá verificarse que cualquier decisión de compartir o no la instalación se atenga al Real Decreto 330/2016, y en particular a lo dispuesto en su artículo 4.

La solicitud de Orange al Ayuntamiento de Gandía no constituye por tanto una verdadera solicitud de acceso a infraestructura física que sea titularidad de ese Ayuntamiento, en los términos del Real Decreto 330/2016, No cabe, pues solicitar el acceso al amparo del citado Real Decreto.

Sin embargo, y con carácter general, como se ha visto sí asiste a Orange el derecho a solicitar la ocupación del dominio público, en los términos contemplados en los artículos 30 y siguientes de la LGTel¹².

La diferenciación de las dos vías de protección mencionadas, de los derechos de ocupación de los operadores, ha sido analizada en varias ocasiones -baste por todos referirnos al informe de la CNMC de 27 de marzo de 2018 sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con la denegación presunta del acceso a infraestructuras públicas de comunicaciones electrónicas en la Isla de Lanzarote¹³-.

En particular, procede recordar que, de conformidad con el artículo 34.3 de la LGTel, las administraciones públicas deberán contribuir a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores

¹¹ Como queda de manifiesto en la documentación obrante en el expediente, la parcela objeto del presente expediente es un bien de dominio público, que estaba en principio destinada a albergar un repetidor de televisión.

¹² Lo que implica la necesidad de garantizar el acceso al dominio público, cuando sea posible, en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias.

¹³ Expediente UM/014/18. Ver, en el mismo sentido, el Informe de la CNMC de 24 de junio de 2016 sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con la denegación presunta del acceso a instalaciones de comunicaciones electrónicas en el municipio de Pinoso (UM/070/16).

puedan ubicar sus infraestructuras, mediante la identificación de dichos lugares y espacios físicos.

El citado artículo 34.3 dispone, asimismo, que, cuando una condición impuesta por una administración pública pudiera implicar la imposibilidad de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, *“el establecimiento de dicha condición deberá estar plenamente justificado e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones”*, alternativas que en este caso puede ser relevante arbitrar con antelación, cuando puede verse afectado el servicio que se prestaba hasta el momento desde la ubicación solicitada por Orange¹⁴.

Observaciones de los interesados en el trámite de audiencia en relación con las cuestiones objeto del presente procedimiento

En sus alegaciones, el Ayuntamiento de Gandía recuerda que los hechos puestos de manifiesto por Orange están pendientes de resolución en sede judicial. Por otra parte, según este organismo, la declaración del derecho de Orange a la ocupación del dominio público podría ser objeto de una mayor concreción.

Orange difiere de la tesis del informe de la DTSA sometido al trámite de audiencia, según la cual la solicitud de intervención interpuesta por este operador debería inadmitirse. Para Orange, un terreno como el que es objeto de la presente controversia debe calificarse como un “recurso asociado” que puede ser utilizado para el despliegue de una red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, y por tanto es susceptible de ser puesto a disposición de los operadores de comunicaciones electrónicas, en los términos del artículo 37 de la LGTel y el Real Decreto 330/2016.

A mayor abundamiento, según Orange, determinadas construcciones e instalaciones físicas efectuadas en el terreno, tales como las zapatas de soporte de la torre, una caseta de cemento, o las canalizaciones subterráneas para la alimentación eléctrica de los equipos, han pasado a disposición del Ayuntamiento de Gandía, y serían susceptibles de resultar accesibles conforme al derecho de acceso a infraestructuras reconocido en la normativa sectorial. Igualmente, para Orange, el derecho de acceso reconocido en la normativa sectorial resulta en última instancia inescindible del derecho de ocupación, por

¹⁴ Sobre estas cuestiones se ha pronunciado también la CNMC o la CMT en ocasiones anteriores. Véase la Resolución de 24 de marzo de 2011, por la que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Mérida en relación con determinados aspectos relativos a la ocupación de infraestructuras para el despliegue de fibra óptica (RO 2011/107), así como la Resolución de 18 de marzo de 2008, por la que se da contestación a la consulta planteada por Cableuropa sobre la adecuación del pliego de cláusulas administrativas y económicas del concurso convocado por el Ayuntamiento de Mérida al marco regulatorio vigente de comunicaciones electrónicas (RO 2007/663).

lo que ambos supuestos deberían en la práctica verse cubiertos por el Real Decreto 330/2016.

Respecto a lo manifestado por el Ayuntamiento de Gandía, cabe recordar que - como ya indicaba el informe sometido a audiencia- el derecho de acceso de los operadores de comunicaciones electrónicas al dominio público viene reconocido con carácter general por la LGTel y debe garantizarse, en atención a las circunstancias del caso concreto, en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias, sin que puedan establecerse derechos preferentes o exclusivos en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. Más allá de estos principios, el Ayuntamiento deberá tener en cuenta los derechos de Orange para facilitar su instalación en el municipio, de conformidad con las limitaciones y alternativas existentes –tanto para el Ayuntamiento, como para el operador, al que debe servir la ubicación concreta donde vaya a instalar la antena-.

En relación con las cuestiones planteadas por Orange, la LGTel define en su Anexo II como recursos asociados *“las infraestructuras físicas, los sistemas, dispositivos, los servicios asociados u otros recursos o elementos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de dicha red o servicio o tengan potencial para ello. Incluirán, entre otros, edificios o entradas de edificios, el cableado de edificios, antenas, torres y otras construcciones de soporte, conductos, mástiles, bocas de acceso y distribuidores”*.

Atendiendo a dicha definición, no parece razonable asumir que un terreno -por el mero hecho de que las redes discurran a lo largo de su superficie- constituye un recurso o un elemento asociado con una red o servicio de comunicaciones electrónicas que permite o apoya la prestación de servicios a partir de dicha red o servicio. Lo que es más importante, la tesis defendida por Orange privaría de todo efecto a la distinción que opera en la LGTel entre (i) los derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento a su favor de servidumbres y de limitaciones a la propiedad (tal y como estos derechos vienen configurados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título III de la LGTel) y (ii) el reconocimiento del derecho de acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas (en los términos recogidos en la Sección 3ª del Capítulo II del Título III de la LGTel).

Como señalaba el Informe de la CNMC de 27 de marzo de 2018, precitado, debe *“distinguirse la construcción de infraestructuras o instalaciones físicas del acceso a las mismas. Mientras que en el primer caso la intervención administrativa y la exigencia de autorización, declaración responsable o comunicación, puede estar justificada por razones de necesidad y proporcionalidad, el acceso a las ya existentes es una cuestión resuelta expresamente en la LGTel a través del*

reconocimiento del derecho y de la posibilidad de interponer un conflicto de acceso ante esta Comisión en el caso de denegarse”.

El ejercicio del derecho de ocupación del dominio público, y el ejercicio del derecho de acceso a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas, están sometidos en definitiva a procedimientos diferenciados, siendo asimismo diferente el papel que a la CNMC le corresponde desempeñar en cada uno de dichos procesos.

En el mismo sentido, la interpretación que apunta Orange no es conforme al Real Decreto 330/2016, cuyo artículo 3.1 –definición de infraestructura física afectada– se transcribía en el Fundamento Primero anterior. Según indican los Considerandos (13) y (15) de la Directiva de Reducción de Costes¹⁵, las infraestructuras reguladas son infraestructuras de red que tienen frecuentemente un escaso nivel de diferenciación con las utilizadas en los despliegues de las redes de comunicaciones electrónicas, lo que permite aprovechar a aquéllas para que alberguen a estas últimas, si ello no afecta al servicio principal que proveen y con unos costes de adaptación mínimos (por ejemplo, redes físicas de suministro de electricidad, gas, agua, alcantarillado y sistemas de drenaje, calefacción y servicios de transporte), y siempre que sean lo suficientemente amplias, ubicuas y adecuadas para albergar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas. No obstante, en ningún caso esta regulación prevé su aplicación a la mera ocupación del dominio público o la propiedad privada.

Por último, en relación con los elementos físicos cuya propiedad o derecho de disposición hayan sido o puedan ser adquiridos por el Ayuntamiento de Gandía tras la finalización de la concesión, cabe señalar que la solicitud de Orange al Ayuntamiento de Gandía tenía por objeto *“la renovación de la cesión de uso temporal suscrita entre este operador y el Ayuntamiento de Gandía de 16 de diciembre de 1999 para la ubicación de una instalación de telefonía móvil en el emplazamiento de referencia”*, sin que Orange haya concretado en ningún momento conforme a los términos del artículo 4 del Real Decreto 330/2016 las infraestructuras físicas concretas existentes en el terreno a las que -en su caso- precisaría acceder para efectuar el despliegue de una red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

¹⁵ Directiva 2014/61/UE de 15 de mayo de 2014 relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, DOUE L155/1 de 23 de mayo de 2014.

ACUERDA

PRIMERO.- Inadmitir la solicitud de Orange Espagne, S.A.U., dado que la misma no puede dirimirse al amparo de un conflicto de acceso en los términos del artículo 4 del 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, al no tener por objeto el acceso a infraestructura física tal y como dicho concepto viene definido en la citada norma.

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