



Roj: **SAN 1521/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1521**

Id Cendoj: **28079230082023100136**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **01/03/2023**

Nº de Recurso: **126/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000126 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01615/2020

Demandante: Orange Espagne, S.A.U

Procurador: D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a uno de marzo de dos mil veintitrés.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **126/2020**, seguido a instancia de la mercantil **Orange Espagne, S.A.U**, representada por el procurador de los tribunales **D. Roberto Alonso Verdú**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se estimó indeterminada e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. 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. 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.
2. En su escrito, Orange señalaba que desde el 16 de diciembre del 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.
3. En noviembre del año 2017, Orange solicitó ante el Ayuntamiento de Gandía la renovación de la autorización de cesión de uso temporal de la parcela para su instalación de telefonía móvil.
4. La solicitud de Orange fue denegada por el Ayuntamiento el 7 de 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.
5. Dicha resolución fue impugnada por Orange ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Valencia sin que conste en autos la resolución adoptada por dicho órgano jurisdiccional.
6. 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, por lo que Orange solicitó 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.
7. Mediante resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 11 de diciembre de 2019 se acordó: 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.

SEGUNDO: Por la representación de Orange se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

I. Infracción de los artículos 30, 37 y 70.2 d) de la LGTel y los artículos 3 y 4 del RD 330/2016, al inadmitir indebidamente un conflicto de acceso cuya tramitación y estimación resultaba procedente.

1. De acuerdo con la autorización concedida el 16 de diciembre de 1999, el terreno en cuestión es un "bien de dominio público destinado a Servicio Público de repetidor de T.V.", es decir, destinado por el propio Ayuntamiento a la instalación de una antena.

2. En noviembre de 2017 Orange solicitó, no sólo el acceso a ese terreno, sino también a las obras fijas existentes en el mismo, incluyendo la base de hormigón de la antena, la propia antena, y la caseta de equipos adyacente.

3. La autorización referida se asemeja más a una concesión demanial, por lo que de acuerdo con el artículo 101.1 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, hubiera sido procedente la demolición de las obras existentes en los terrenos objeto de la concesión cuando ésta llegó a su término.

4. El terreno en cuestión es una infraestructura física, en el sentido del artículo 37.3 de la LGTel y del artículo 3.1 del RD 330/2016, pues incluye postes, cajas y armarios junto con otros objetos asociados.

5. La propia CNMC, ha ido extendiendo la definición de infraestructura a los efectos de la posibilidad de plantear conflictos de acceso, lo que choca con la nula flexibilidad que ha mostrado en el expediente de referencia.

II. Infracción de los artículos 33.3 y 34.4 de la LGTel, al permitir que el Ayuntamiento de Gandía imponga condiciones desproporcionadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas que



impiden a Orange ejercer su derecho de ocupación del dominio público para la prestación de servicios de telecomunicaciones.

1. Invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2001 (recurso de casación nº 8603/1994), que delimitó el alcance de las facultades municipales sobre el despliegue de redes de telecomunicaciones, y ello sobre

la base de:

-La prohibición de restricciones absolutas a dicho despliegue.

-La obligación de que las medidas adoptadas respeten el principio de proporcionalidad.

2. Dichos principios se recogen hoy en los artículos 34.3 y 34.4 de la LGTel, que se consideran infringidos.

3. En consecuencia, el Ayuntamiento de Gandía:

-No estaba habilitado para adoptar decisiones que supusiesen, en la práctica, que Orange no pudiese tener acceso a la ocupación del suelo que requiere para el despliegue de sus redes de telecomunicaciones, derecho que está debidamente amparado por la normativa estatal (en particular, los artículos 30 y 31 de la LGTel).

-Podía imponer condiciones al acceso, siempre que estuviesen justificadas por razones de protección de medio ambiente, de ordenación urbana, de gestión eficiente del patrimonio público, etc., debiendo la entidad de la limitación que entrañen para el ejercicio de ese derecho resultar proporcionada en relación con el concreto interés público que se trata de salvaguardar.

4. El Ayuntamiento de Gandía impuso a Orange una restricción absoluta por lo que el acto impugnado debe ser anulado.

III. La petición de Orange ante este Tribunal fue la siguiente:

Que se acuerde que el Ayuntamiento de Gandía debe acceder a la solicitud de acceso formulada por Orange y, en su virtud, debe concederle el título correspondiente para la ocupación del dominio público que amparase la antena existente.

Subsidiariamente, que se ordene a la CNMC que retrotraiga las actuaciones para continuar su tramitación en el momento inmediatamente anterior a la inadmisión.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Pr acticada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Señalado el día 8 de febrero de 2023 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 11 de diciembre de 2019, por la que se acordó:

"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".

Dado el contenido de la petición formulada por la recurrente ante este Tribunal, se analiza en primer la cuestión relativa a la inadmisión por la CNMC de su petición de conflicto de acceso.

SEGUNDO: El recurso interpuesto por Orange España SAU debe ser desestimado por las siguientes razones, esencialmente coincidentes con las expuestas en la resolución impugnada y defendidas en esta sede por la Abogacía del Estado.

I. La LGTel distingue dos situaciones diferentes para garantizar el acceso de los operadores a los terrenos y de ese modo instalar sus redes electrónicas:



1. *La ocupación del dominio público* en su condición de beneficiarios de un procedimiento de expropiación forzosa. Artículo 30 Lgtel.

En este caso se garantizará 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.

De este modo es posible el establecimiento a favor del beneficiario de servidumbres y de limitaciones a la propiedad.

2. *El acceso a la infraestructura física titularidad de las administraciones públicas*. Artículo 37.1 de la LGTel que 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".

Según el artículo 37.3 de la LGTel, 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 las redes

Por otra parte, el artículo 3.1 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 y con las mismas palabras la Directiva 2014/61/EU de 15 de mayo 2014 relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, definen la infraestructura física 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".

3. La posición de la CNMC respecto de cada una de estas dos situaciones es diferente:

-En el caso de la construcción de infraestructuras en el dominio público, la intervención administrativa y la consecuente exigencia de autorización, declaración responsable o comunicación puede estar justificada por razones de necesidad y proporcionalidad. No hay pues intervención de la CNMC en este caso, pues carece de competencia para adoptar esas medidas.

-En el caso de acceso a las infraestructuras ya existentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.8 del Real Decreto 330/2016 podrá interponerse ante la CNMC el conflicto de acceso.

4. Orange en su demanda entremezcla estas dos situaciones bien diferenciadas y sujetas a un régimen de control totalmente diferenciado, debiendo ya anticiparse que la petición de intervención de la CNMC para resolver un conflicto de acceso solo cabe en el segundo supuesto, es decir cuando se haya denegado indebidamente el acceso a una infraestructura preexistente.

5. En consecuencia, una vez instando ante la CNMC un conflicto de acceso resulta totalmente inoperante la invocación ante la misma de los artículos 30 y 34 de la LGTel vinculados a la infracción del principio de proporcionalidad, error en el que incurre la recurrente Orange.

II. La solicitud de Orange al Ayuntamiento de Gandía.

1. Debe descartarse que en el presente caso la condición de Orange sea la de beneficiario de un procedimiento de expropiación forzosa en cuya condición demanda el acceso al dominio público para instalar su red, pues ninguna actuación se ha desarrollado en este sentido sin perjuicio del derecho de Orange a instar potencialmente tal opción.



2. Por otra parte, la petición de Orange no constituye una verdadera solicitud de acceso a una infraestructura física de titularidad del Ayuntamiento de Gandía en los términos del artículo 4 Real Decreto 330/2016, pues la parcela sobre la que recae la controversia carece de infraestructura física de titularidad municipal.
3. El terreno de referencia está catalogado por el Ayuntamiento de Gandía como "parcela para repetidor de TV en urbanización Tossal-Gros Panorama", delimitándose sus linderos e indicándose como sus características y estado que se trata de "tierra seca-monte".
4. La información catastral remitida por el Ayuntamiento de Gandía indica que su uso principal es el de "suelo sin edificar" y en el informe de 13 de abril de 2018 de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Gandía se indica que "el inmueble referenciado es una parcela situada en la Font d'En Carròs (Tossal Gros-Panorama) que ostenta la consideración de bien de dominio público local de uso público [...] por lo que nos encontramos ante una pretendida ocupación de dominio público".
5. Además, en sus alegaciones al trámite de audiencia, Orange se refiere por primera vez a la existencia de instalaciones fijas en la parcela, mencionando solo sus propias instalaciones previas, en concreto la base de hormigón y la caseta.
6. En definitiva, como subraya la CNMC 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, ni tampoco 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.
7. A todo ello debe sumarse la infracción formal, pero sin duda relevante, en la que incurrió Orange pues su petición de conflicto de acceso no contenía las menciones que imperativamente impone el artículo 4.4 del RD 330/2016.
8. En consecuencia, la CNMC actuó con arreglo a derecho cuando inadmitió la petición de conflicto instada por Orange, lo que determina que el recurso debe ser desestimado sin necesidad de pronunciarse sobre los restantes pedimentos de la recurrente.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, fijando como límite máximo y por todos los conceptos la cantidad de 3.000 euros.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente (**Orange España SAU**), fijando como límite máximo y por todos los conceptos la cantidad de 3.000 euros.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.