



Roj: **SAN 6161/2023 - ECLI:ES:AN:2023:6161**

Id Cendoj: **28079230082023100660**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **26/10/2023**

Nº de Recurso: **444/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000444 /2021

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06175/2021

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

Procurador: D^a. ELENA MEDINA CUADROS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA N° :

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 veintiséis de octubre de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **444/2021** promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Elena Medina Cuadros**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 14 de enero de 2021, que resuelve el conflicto interpuesto por Orange contra Telefónica relativo al acceso a infraestructuras físicas de este último operador, expediente CFT/DTSA/079/20 Cableado Azoteas.



Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado. Se ha personado, como codemandada, **Orange Espagne, S.A.U.**, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Roberto Alonso Verdú**.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, la parte interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a dicha parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia anulando y dejando sin efecto la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

La codemandada dejó precluir el trámite de contestación a la demanda.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones -salvo la codemandada- y se señaló mediante providencia el día 27 de septiembre de 2023, para deliberación, votación y fallo del presente recurso, fecha en la que tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Magistrado **D. Fernando Luis Ruiz Piñeiro**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos que motivan el conflicto planteado, según la resolución recurrida, los siguientes:

<< Orange dispone de una cantidad relevante de nodos de acceso radio de la red móvil ubicados en dependencias (azoteas y salas específicas para equipos de la red de acceso radio) sitas en edificios de Telefónica, en virtud de los acuerdos de coubicación/arrendamiento que tiene suscritos con Telxius y Cellnex, empresas encargadas de la explotación de tales infraestructuras.

Asimismo, en muchos casos, y en virtud de las obligaciones impuestas a Telefónica en el marco de los diferentes mercados de referencia analizados, tales edificios de Telefónica albergan igualmente salas de coubicación en las que Orange también tiene presencia y en las que dispone tanto de equipos de acceso fijo, como de equipos de agregación y transmisión para la extracción del tráfico de dichas centrales y su transporte hacia su red troncal.

Según Orange, históricamente, la conexión entre los nodos radio ubicados en tales edificios y el resto de su red móvil ha sido generalmente implementada mediante radio-enlaces propios o circuitos alquilados a terceros de baja o media capacidad. No obstante, la evolución de la demanda de servicios de los clientes y la capacidad radio provisionada en los nodos de acceso móvil (especialmente en tecnología 4G), requiere de la ampliación de la capacidad de la conexión de dichos nodos de acceso radio con la red troncal (backhaul radio) y su evolución hacia soluciones de transporte de alta capacidad.

Orange señala que el transporte de alta capacidad ya existente desde las salas OBA (establecido para extraer el tráfico y conectar sus equipos de acceso fijo con su red troncal) le permite obtener importantes sinergias si es reutilizado para transportar también dicho tráfico móvil.

Por ello, con fecha 9 de febrero de 2018 Orange solicitó formalmente a Telefónica el tendido de cableados de fibra óptica que permitieran conectar los equipos radio ubicados en 49 edificios de Telefónica, con los equipos de transmisión ubicados en sala OBA de los mismos edificios y aprovechar el transporte de alta capacidad del que ya dispone en dichas salas. Orange consideraba que tal petición constituía una solicitud razonable de acceso fundada en lo dispuesto en el Real Decreto 330/2016.

De acuerdo con la información adjuntada por Orange a su escrito, con fecha 21 de febrero de 2018 Telefónica respondió negativamente a la solicitud de Orange, alegando que el objeto de la misma se encontraba excluido del ámbito de aplicación del Real Decreto 330/2016, y emplazando a Orange a solicitarle otras soluciones comerciales para cubrir sus necesidades.

Según Orange, si bien se negoció entre ambas partes una solución comercial basada en circuitos alquilados de "longitud 0km" y que contrató en algunas centrales, dicha solución ha resultado ineficaz al carecer de la escalabilidad y eficiencia necesarias para los nodos móviles de Orange ubicados en las azoteas de los edificios de Telefónica. Por ello, con fecha 2 de abril de 2020, Orange volvió a requerir a Telefónica poder instalar (o que



la propia Telefónica instalase) el tendido de cableados de fibra óptica conectando azoteas con salas OBA, en esta ocasión, para 68 emplazamientos.

Dicha nueva solicitud, de acuerdo con la información aportada por Orange, ha vuelto a ser rechazada por Telefónica con idénticos argumentos a los ya esgrimidos en 2018&g t;>.

SEGUNDO.- Dispone 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".

Entendemos que es posible afirmar que Telefónica es sujeto obligado en términos del Real Decreto citado (artículo 3.5.b) y Orange, sujeto beneficiario, al disponer de red de comunicaciones electrónicas con suficientes recursos de espectro y adecuada calidad.

La resolución impugnada alude a las cuestiones planteadas en el conflicto: Sobre la consideración de las centrales de Telefónica como infraestructura física a los efectos del Real Decreto 330/2016; Sobre la razonabilidad de la solicitud de Orange; Sobre el procedimiento y precios en virtud de los cuales deberá garantizarse el acceso; y Sobre el contenido de la solicitud de acceso formulada por Orange.

La CNMC resuelve las cuestiones planteadas en los siguientes términos:

<<1.- Estimar la pretensión de Orange Espagne, S.A.U., en el sentido de que la solicitud de un tendido de fibra óptica que permita conectar los equipos de acceso radio ubicados en las azoteas de los edificios de Telefónica, con los equipos de transmisión ubicados en sala OBA de los mismos edificios, constituye una solicitud de acceso razonable 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.

2.- De conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, Telefónica de España, S.A.U. deberá atender y negociar la solicitud de Orange Espagne, S.A.U. de acceso a su infraestructura física, en el plazo máximo de dos meses a partir de la notificación de la presente Resolución>>.

TERCERO.- Es relevante resaltar que la Consulta Pública sobre el Proyecto de Comunicación relativa a directrices sobre resolución de conflictos en materia de acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, señala:

<<La Resolución de la CNMC de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas¹⁹, es particularmente relevante a los efectos de lo analizado en la presente Comunicación. En la resolución precitada, se concluye que Telefónica de España, S.A.U. ostenta una posición de poder significativo en los mercados de referencia (mercados mayoristas de banda ancha), a resultas de la cual se establecen una serie de obligaciones. Conforme al Anexo 3 de la Resolución, Telefónica está obligada a **garantizar el acceso a su infraestructura de obra civil** (canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos, postes) a precios orientados en función de los costes de producción.

(...) Los sujetos obligados deberán atender y negociar las solicitudes de acceso a su infraestructura física al objeto de **facilitar el despliegue de redes** de comunicaciones electrónicas de alta velocidad..... Las medidas contempladas en el Real Decreto 330/2016 deben por tanto entenderse sin perjuicio de las obligaciones que hayan podido imponerse conforme a la regulación ex ante de mercados.

(...) Según dispone el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, cuando un operador de comunicaciones electrónicas realice una solicitud razonable, por escrito, de acceso a la infraestructura física de alguno de los sujetos obligados, este estará obligado a atender y negociar dicha solicitud de acceso, en condiciones equitativas y razonables, en particular, en cuanto al precio..... esta Comisión se ha pronunciado en contra de una actitud excesivamente estricta en la valoración de las solicitudes de acceso que se puedan presentar, debiendo existir un **principio de buena fe** en el titular de la infraestructura y de colaboración, indicando al solicitante del acceso las posibles deficiencias de su solicitud>>.

La resolución que es objeto de recurso, señala que las centrales de Telefónica son infraestructura física a los efectos del Real Decreto 330/2016, que la solicitud de Orange es razonable en los términos que dispone el artículo 4.3 del citado Real Decreto, y se ha seguido el procedimiento adecuado. Por ello adopta la decisión que ya hemos reflejado.



Telefónica entiende que no resulta aplicable el Real Decreto 330/2106, sino la LGTel; que no puede ampliarse el ámbito de aplicación de las obligaciones en la Oferta MARCO y la OBA respecto de los servicios de coubicación proporcionados en el interior de los inmuebles de Telefónica; aplicación del artículo 4.7.f del RD 330/16 al existir medios alternativos viables de acceso a la infraestructura.

Dispone el artículo 4.7.f del citado Real Decreto: << *Cualquier denegación de acceso deberá justificarse de manera clara al solicitante, en el plazo máximo de dos meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud de acceso completa, exponiendo los motivos en los que se fundamenta. La denegación deberá basarse en criterios objetivos, transparentes y proporcionados, tales como: f) La disponibilidad de medios alternativos viables de acceso a la infraestructura de red física al por mayor facilitados por el sujeto obligado y que sean adecuados para el suministro de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, siempre que dicho acceso se ofrezca en condiciones justas y razonables*>>.

Se afirma por la actora la existencia de alquiler de circuitos punto a punto con velocidades mayores a 1 Gbe a petición del operador y con un 40% de descuento sobre un precio ya regulado por la CNMC.

CUARTO.- 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 señala, en su preámbulo:

" El capítulo II regula el derecho de acceso de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, estableciendo quiénes son los sujetos obligados a prestar dicho acceso, el contenido de las solicitudes de acceso, el plazo para negociar dicha solicitud y los principios y elementos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia habrá de tener en cuenta a la hora de resolver los conflictos que pudieran plantearse. El capítulo II se completa con el establecimiento de medidas de transparencia que permiten que los operadores que instalan o explotan redes de comunicaciones electrónicas puedan disponer de información mínima en relación con las infraestructuras existentes, a fin de poder ejercer su derecho de acceso a las mismas.

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".

Considera la Sala que las medidas impuestas a Telefónica de España, S.A.U., al ser Operador PSM, no impide que puedan aplicarse otras obligaciones o limitaciones que coadyuven a la facilitación del despliegue, en términos favorables al consumidor, que no vengan impuestas expresamente -en este caso- en la oferta MARCO y en la OBA.

Partiendo de ello, tras el examen de las alegaciones de la recurrente, resolución administrativa y documentación obrante en las actuaciones, convenimos que debe desestimarse el recurso.

Por una parte, debemos concluir que las centrales de la actora, son infraestructura física a efectos del Real Decreto 330/2016. Es acceso la puesta a disposición de otro operador de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, lo que incluye el "acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles" (Anexo II, LGTel), lo que también se extiende a cableado, antenas, torres y otros soportes, como recursos asociados al acceso. Aparte del Real Decreto citado, también la Directiva 2014/61/UE incluye en la infraestructura física del operador PSM, los edificios y entradas de edificios, en los que se alberguen elementos de red sin ser dispositivos activos de ella. Ello no supone una ampliación del ámbito de las obligaciones impuestas en servicios mayoristas regulados, pues las obligaciones que vienen impuestas a todos los operadores de comunicaciones electrónicas, también son exigibles respecto del operador PSM fuera del estricto ámbito aplicativo de la oferta MARCO u otra regulación ex ante.

Lo ya expuesto nos lleva a la razonabilidad de la solicitud formulada, lo que nos remite al ya citado artículo 4.3 del Real Decreto 330/2016, y al concepto jurídico indeterminado de solicitud "razonable". Poco podemos añadir a lo que se refleja, en conclusión, en la resolución recurrida, pues:

<< la propia Telefónica ha sido la que ha comercializado y promovido la ubicación e instalación de los equipos radio de terceros en sus edificios. Por otro lado, la solicitud versa sobre un despliegue de cable de fibras para conectar dichos equipos en un edificio especialmente apto y equipado para ello. Además, el hecho de que el

operador solicitante del despliegue ya disponga en otra sala del propio edificio de conexiones de alta capacidad, hace que el acceso requerido sea proporcionado y equivalente a otros servicios ya regulados>>.

Ciertamente Telefónica ha ofrecido a Orange una solución técnica a la solicitud formulada pero, tal y como señala la CNMC " *siendo el objeto del servicio la cobertura de un tramo en un ámbito muy reducido y concreto dentro de una misma central, el uso de un servicio de línea alquilada supone introducir una limitación de la capacidad disponible, según la configuración del servicio prestado por Telefónica, y hacer depender sus costes de la velocidad disponible, aumentándolos así de forma totalmente artificial, cuando se trata de una mera conexión física entre diferentes plantas de un mismo edificio*".

También, de forma concluyente, podemos resaltar que se señala por la CNMC que el servicio de línea alquilada que se pretende mantener por Telefónica, es artificial, si consideramos que los operadores implementan las conexiones directas entre sus equipos ubicados en las propias centrales mediante fibra y no por servicios de línea alquilada. Así, en la OBA se constata que, para la conexión entre ubicaciones y equipos localizados en una misma central, se emplea una conectividad por medio físico, ya sea cable de fibra u otro tipo.

QUINTO.- En cuanto al procedimiento y precios, dispone el artículo 2.4 del Real Decreto 330/2016: *<<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>>.*

Tal y como afirma la CNMC y esta Sala suscribe, se deduce que hay que garantizar coherencia entre las obligaciones por tener consideración PSM y las que pueden derivar del Real Decreto citado, resaltando que Telefónica ha debido asumir una serie de obligaciones en lo que se refiere al acceso a sus insumos regulados, incluyendo el acceso a los servicios mayoristas de acceso al bucle de cobre de abonado, a la infraestructura de obra civil, y a los distintos servicios NEBA, así como el acceso al servicio mayorista de líneas alquiladas terminales, servicios que se proveen en mayor o menor medida a partir de centrales de la actora. Por lo demás, " *la concreción de los detalles técnicos, procedimientos y precios de este tipo de servicios está contenida en la propia oferta de referencia de Telefónica, y podrá servir de base para las negociaciones que las partes lleven a cabo a tal efecto*", en referencia específica a la OBA.

Por lo que se refiere a los precios basta remitirse al apartado III.3.3.2 de la resolución impugnada, concluyendo que actualmente en la regulación existen precios fijados para las distintas actuaciones que pueden ser necesarias en función de quién sea finalmente el operador encargado de las tareas de instalación y mantenimiento, que podrán servir de referencia para el establecimiento de las condiciones equitativas y razonables que deben guiar la relación de acceso entre Orange y Telefónica, y que, asimismo, podrían ser tomadas en consideración por la CNMC en caso de conflicto.

Por último, la solicitud de Orange debe calificarse de razonable, a efectos de su cumplida atención por el operador hoy recurrente, pues lo hasta aquí expuesto así lo denota y se plasma con claridad en la resolución recurrida. La CNMC otorga un plazo para que las partes puedan negociar los parámetros o condiciones en que debe desenvolverse el acceso solicitado, que se revela como ajustado y factible.

SEXTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, procede imponer las costas de la Administración demandada a la parte recurrente. No procede imponer las costas de la codemandada comparecida en autos, al no haber desplegado actividad procesal. Haciendo uso de la facultad que otorga al tribunal el artículo 139.4 LJCA, se cifra en un máximo de 3.000 euros por todos los conceptos, el importe de las costas.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Elena Medina Cuadros**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 14 de enero de 2021, que resuelve el conflicto interpuesto por Orange contra Telefónica, expediente CFT/DTSA/079/20 Cableado Azoteas, por ser ajustada a Derecho.



SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ