



Roj: **SAN 921/2025 - ECLI:ES:AN:2025:921**

Id Cendoj: **28079230082025100072**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **12/02/2025**

Nº de Recurso: **457/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000457/2022

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01286/2022

Demandante: PROCONO S.A.

Procurador: SRA. ROSCH IGLESIAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: TELEFONICA DE ESPAÑA SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Pre sidente:

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 doce de febrero de dos mil veinticinco.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. **457/2022** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Rosch Iglesias** en nombre y representación de **PROCONO S.A.** contra la resolución dictada el día 30 de noviembre de 2021 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se aprueban los procedimientos para la regularización de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras pasivas de Telefónica y se introducen modificaciones en la oferta de referencia marco y su contrato tipo, frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado. Ha comparecido como **codemandada TELEFONICA**



DE ESPAÑA SAU representada por la Procuradora **Sra. Robledo Machuca**. Ha sido Ponente la Magistrado D^a **MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. Por la representación procesal indicada de PROCONO S.A. se interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia.

Por decreto del Letrado de esta Sala se acuerda la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. Medi ante escrito de 27 de enero de 2023 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando

"por formulada la DEMANDA en el presente recurso contencioso-administrativo, se admita y, tras los trámites legales de aplicación, se estimen nuestras pretensiones declarando nula de pleno derecho, y subsidiariamente se anule la Resolución impugnada de la CNMC, de 30 de noviembre de 2021 (IRM/DTSA/002/20), con imposición de costas a las demandadas."

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y solicitar la desestimación del recurso, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que justifican su oposición al recurso.

La representación procesal de la codemandada igualmente se opone al recurso presentado de contrario y solicita su desestimación.

CUARTO-. Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 5 de febrero de 2025 en que se deliberó y voto, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO-. Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 30 de noviembre de 2021 en el expediente IRM/DTSA/002/20/OCUPACIONES IRREGULARES.

La parte dispositiva de la resolución tiene el siguiente tenor literal:

PRIMERO-. *Todos los operadores interesados en desplegar sus redes de comunicaciones electrónicas haciendo uso de los elementos de obra civil sujetos a la oferta MARCo de Telefónica de España, S.A.U. están obligados a solicitar el acceso a dichos elementos y a realizar su ocupación siguiendo los procedimientos administrativos y los condicionantes técnicos y económicos regulados en esta oferta de referencia.*

SEGUNDO-. *Aprobar los tres procedimientos de regularización (A, B y C) de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras de obra civil de Telefónica de España, S.A.U. reguladas en la oferta de referencia MARCo, dispuestos en el Fundamento Jurídico Material Cuarto y que figuran como Anexo 1 de esta Resolución.*

TERCERO-. *Aprobar los criterios para regularizar las ocupaciones irregulares establecidos en el Fundamento Jurídico Material Quinto.*

CUARTO-. *Aprobar las modificaciones de la oferta de referencia MARCo de Telefónica de España, S.A.U y de su contrato-tipo establecidas en el Fundamento Jurídico Material Noveno. El texto consolidado tras incluir estas modificaciones será publicado por la CNMC en su página web y se facilitará igualmente a Telefónica en formato electrónico para que proceda a publicarlo en su página web en el plazo de diez días a partir de que le sea comunicado.*

QUINTO-. *La presente Resolución surtirá efectos a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado."*

Los antecedentes de hecho de este recurso recogidos por la propia resolución impugnada son los siguientes:

1-. En la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 26 de julio de 2019, por la que se puso fin al procedimiento CFT/DTSA/041/19, la CNMC señaló que iniciaría:



"(...) un procedimiento en el que se analizará la procedencia de obligar a todos los operadores a hacer un uso correcto de la oferta MARCo (procedimientos y herramientas). El incumplimiento de las obligaciones que se regulen en este procedimiento podrá dar lugar a la adopción de las medidas oportunas -básicamente, imposición de sanciones en el supuesto de que sea procedente, así como la adopción de medidas cautelares, e incluso, la imposición de multas coercitivas, en caso de que el operador en cuestión no regularizara voluntariamente dicha ocupación-. Asimismo, en dicho procedimiento se determinarán las medidas que deberá adoptar la propia Telefónica ante el conocimiento de una ocupación indebida de sus infraestructuras por un operador y los requisitos que deberá cumplimentar al ponerlo en conocimiento de esta Comisión en un plazo razonable, para intentar solucionar esta situación lo antes posible y reducir los perjuicios que dicha ocupación indebida pueda ocasionar en el mercado y en las infraestructuras de Telefónica, así como en las personas, en caso de que también se esté incumpliendo la normativa PRL".

2-. TELEFÓNICA presenta solicitud de aprobación de un procedimiento de actuación ante las ocupaciones irregulares.

SEGUNDO- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: tras recordar los incidentes habidos en autos relativos a las pretensiones de acceso a documentación confidencial del expediente la actora expone cuales son las que, a su juicio, son las "cuestiones centrales del recurso" que resume señalando que la CNMC ha creado una tercera vía para la resolución de conflictos, en circunstancias que suponen que Telefónica no tendría en cada caso concreto que solicitar autorización para actuar contra el otro operador a la CNMC como tampoco tendría que demandarle ante la Jurisdicción ordinaria.

Señala que "El objeto de este recurso es, por tanto, tras mostrar cómo la CNMC ha llegado a idear tal artificio, y cómo al plasmarlo en su Resolución de 30 de noviembre de 2021 la Comisión ha incurrido en varias causas de nulidad de pleno derecho, tanto de fondo, como por haber vulnerado total y absolutamente el procedimiento aplicable, solicitar de esa Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que, conforme establece la Ley Jurisdiccional, se restablezca el ordenamiento, expulsando del mismo un acto nulo de pleno derecho como lo es la Resolución aquí recurrida."

Alega que la CNMC excluye la apertura de un conflicto de operadores en los casos en que Telefónica considere ocupadas sus infraestructuras por un tercero, y autoriza con carácter general y previo la actuación de Telefónica contra los supuestos ocupantes, previa una mera comunicación, sin abrir en cada caso concreto un procedimiento administrativo con audiencia de los afectados.

Igualmente considera que otorga a una entidad privada (Telefónica de España, SAU), facultades de autotutela posesoria similares a las previstas en la LPAP para las Administraciones Públicas.

En tercer lugar, que se han producido graves vicios de procedimiento.

Se alega que se ha ocultado a los demás interesados el procedimiento iniciado a instancia de parte por Telefónica el 3 de febrero de 2020 y se ha creado la apariencia de que el procedimiento se inició de oficio el 7 de abril de 2021. Continúa alegando que no se ha aplicado el procedimiento especial de "Revisión de Ofertas Mayoristas", omitiendo el trámite de aportaciones iniciales de los interesados, previo a la redacción por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la propuesta de modificación de la oferta MARCo, que se sometió a trámite de audiencia. Por último, considera que la instrucción del procedimiento ha incurrido en graves defectos contrarios a las garantías de los principios de contradicción y de igualdad de los interesados, favoreciendo la posición sostenida por Telefónica frente a los demás operadores, con el resultado de un grave impacto en la toma de decisión por parte de la Sala de Supervisión Regulatoria.

Concluye señalando que es parcial el hecho de que se otorgue veracidad a los datos sobre infraestructuras civiles del sistema ESCAPEX que elabora y gestiona Telefónica, mientras que exige a los operadores que contratan el servicio Marco que acepten en el contrato este tipo de servicio regulado, la exención total de responsabilidad de Telefónica por los eventuales errores de los datos de este sistema.

TERCERO- Por su parte el Abogado del Estado en la contestación a la demanda opone lo siguiente: en relación con la alegación según la cual ni la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones ni la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC otorgan a esta la competencia para sustituir la tramitación de conflictos que pueda tener Telefónica con un operador por unos procedimientos como los aprobados en la resolución impugnada, sin que se respeten los principios de contradicción y de audiencia de las partes, el Abogado del Estado recuerda la normativa de aplicación y concluye que se constataron por el regulador determinadas prácticas que impiden el normal funcionamiento del acceso a las infraestructuras esenciales por los operadores que siguen la oferta Marco. A la vista de esto en el año 2018 la CNMC informó con antelación en sus resoluciones de conflictos de la necesidad y conveniencia de regular este tipo de situaciones en un



procedimiento específico. La principal conclusión es que esto no significa que no pueda interponerse un conflicto ante la CNMC por los operadores afectados.

Respecto de la alegación según la cual la CNMC no puede conceder a Telefónica facultades de autotutela posesoria, no solo no se le otorga, sino que se le imponen cargas administrativas y técnicas adicionales.

Sobre las alegadas irregularidades procedimentales, se analizan las distintas alegaciones para concluir en la conformidad a derecho de la resolución.

Analiza la alegación relativa a que la CNMC permite a Telefónica utilizar la información contenida en su sistema ESCAPEX sobre las infraestructuras civiles sujetas a la oferta MARCo, otorgándole presunción de exactitud, como base para desinstalar la red de otros operadores sin la previa autorización de la CNMC, analizando la justificación de la presunción posesoria iuris tantum de Telefónica sobre las infraestructuras físicas que carga en el sistema ESCAPEZ.

CUARTO-.La representación procesal de Telefónica comienza recordando que el objetivo del procedimiento que finalizó con la Resolución no era eludir las constricciones del procedimiento administrativo de conflicto de operadores, sino establecer medidas y procedimientos ágiles para frenar unas prácticas irregulares cada vez más frecuentes como son las ocupaciones indebidas y que no solo perjudican a Telefónica, sino también a todos los operadores que cumplen con la regulación vigente. Y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.4 LGTel 2014, que establece que cuando la CNMC imponga obligaciones específicas a un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas para que facilite acceso, podrá establecer determinadas condiciones técnicas u operativas al citado operador o a los beneficiarios de dicho acceso, siempre que ello sea necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red.

A esto se suma que estas prácticas de ocupación irregular de infraestructuras físicas de Telefónica alteran la competencia efectiva en el mercado.

Frente a la alegación actora de que la CNMC no puede sustituir la tramitación del conflicto de operadores (previsto en los artículos 15.1 LGTel 2014 y 12.1.a) de la ley de Creación de la CNMC) por otro "procedimiento" no previsto legalmente que permita a Telefónica actuar en sus disputas contra otro operador de telecomunicaciones, y menos aún sin audiencia del mismo, la codemandada alega que los procedimientos vigentes contemplan numerosas situaciones en las que tanto Telefónica como los operadores puedan interponer conflicto ante la CNMC. La resolución establece procedimientos mediante los cuales Telefónica puede regular las ocupaciones indebidas de operadores no identificados o que no responden a las comunicaciones, pero no impide la interposición de conflictos ante la CNMC.

Sobre el alegado privilegio de autotutela que la CNMC estaría otorgando a Telefónica, la codemandada recuerda que su relación con los operadores no es ni puede ser simétrica. Ello por el conjunto de obligaciones regulatorias que tiene impuestas en su condición de operador con poder significativo de mercado.

En cuanto a los alegados vicios de procedimiento: el procedimiento se inició de oficio. No se suprimió trámite esencial alguno, no se produjo discriminación en plazos de alegaciones, ni se ha ocultado información relevante sobre los antecedentes del caso.

Por último, la exención de responsabilidad de Telefónica en caso de existir algún error o inexactitud en la información de ESCAPEX se asienta sobre la base de la presunción iuris tantum en favor de Telefónica sobre las infraestructuras en cuestión, de manera que cualquier operador que detectase tal inexactitud podría aportar prueba para acreditarla.

QUINTO-.La actora ha realizado numerosas alegaciones a lo largo de la tramitación de este recurso relacionadas con la confidencialidad del expediente administrativo, a las que la Sala ha dado respuestas sucesivas, no apreciándose una variación de las circunstancias que justifique una resolución diferente al respecto. En todo caso, la actora no ha logrado establecer las razones por las que su derecho de defensa se vea afectado por no tener acceso a los documentos protegidos por la declaración de confidencialidad.

La recurrente considera que la CNMC carece de competencia para adoptar la resolución impugnada, en tanto que ha sustituido la tramitación de conflictos entre operadores por esta previsión, anticipándose a futuros conflictos y sin dar audiencia a los operadores que pudieran resultar afectados. Esto, alega, sería contrario a lo establecido en el art. 15.pfo.1 de la LGTel .

Este precepto establece:

"1. 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.

...."

De la propia resolución resulta por qué ha tenido que adoptarse esta resolución ahora impugnada, y que competencias tiene la CNMC para hacerlo.

El artículo 6 de la Ley 3/2013 de 4 de junio de creación de la CNMC, establece:

"La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

1. Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

2. Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constate que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

3. Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.

4. Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley.

5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.

6. Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto."

Los artículos 12.5 y 70.2.g) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones recoge las competencias de la CNMC para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación .

Los antecedentes igualmente se recogen en la resolución y ponen de relieve las circunstancias del caso:

- El día 24 de febrero de 2016 la CNMC aprueba la resolución de 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 Telefónica como operador con poder significativo de mercado (PSM) y la imposición de obligaciones específicas.

- Entre las obligaciones impuestas:

a) de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil, a precios regulados en función de los costes

b) de transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil y,

c) obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil.

Y estas se concretaban en la obligación de presentar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a sus infraestructuras de obra civil (Oferta MARCo).

- La CNMC ha aprobado diversas revisiones de la oferta MARCo, siendo aplicable al procedimiento litigioso la aprobada por la Resolución de 30 de abril de 2019 (OFE/DTSA/012/17), modificada en materia de precios por la Resolución de 10 de junio de 2021 (OFE/DTSA/009/20)

Desde la aprobación de la primera oferta marco, se ha venido constatando por el regulador (antes la CMT, luego la CNMC) la proliferación de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras civiles de Telefónica. La resolución cita algunos expedientes:



- 1-. conflicto de compartición entre Telefónica y Euskaltel concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial del País Vasco (RO 2007/46).
- 2-. conflicto de compartición presentado por Telefónica frente a Lebrija TV por la ocupación de infraestructuras situadas en el municipio de Lebrija (RO 2011/2355).
- 3-. conflicto presentado por Telefónica frente a Canal Don Benito por la ocupación de infraestructuras situadas en el municipio de Don Benito (RO 2012/2109).
- 4-. conflicto de acceso a infraestructuras interpuesto por Dragonet, Closeness y Riotelecom contra Avatel (CFT/DTSA/041/18), por la ocupación irregular de diversos elementos de la oferta MARCo localizados en la provincia de Alicante.
- 5-. conflicto de acceso MARCo entre Iguana Comunicaciones, S.L. y Telefónica, en las localidades de Igualada y Masquefa CFT/DTSA/003/18.
- 6-. procedimiento relativo a la solicitud de Televisión Costa Blanca sobre que Telefónica inspeccione la ocupación de sus infraestructuras civiles del municipio de Torrevieja (IRM/DTSA/002/19), y
- 7-. denuncia presentada por el Grupo Empresarial Peluche contra Telefónica y Telecolor-Cox por la ocupación indebida de infraestructuras en las provincias de Alicante y Murcia (IFP/DTSA/030/19).

La CNMC define el concepto de ocupación irregular que es objeto del procedimiento, y puntualiza en concreto que hace referencia a los *"despliegues de los operadores sobre las infraestructuras MARCo de Telefónica sin solicitar su acceso en NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales) o sin seguir alguno de los procedimientos establecidos en la oferta de referencia, con independencia de si disponen o no de un contrato con esta operadora -esto es, actuando al margen de la regulación aprobada por esta Comisión-"*.

Se señala igualmente, aunque pudiera parecer innecesario pero la realidad demuestra que no es innecesario recordarlo, la obligación de todos los operadores de actuar conforme a la oferta MARCo y como las ocupaciones irregulares impiden a Telefónica tener el debido conocimiento del uso que se hace de sus infraestructuras de obra civil, para así mantener su buen estado de conservación y garantizar la debida calidad de servicio.

Además, se ha constatado que no se pagan los precios establecidos por la ocupación de las infraestructuras, precios que están orientados a costes, y tienen la finalidad de compensar a Telefónica de los costes que le genera el mantenimiento de las infraestructuras existentes o la construcción de otras nuevas.

Los perjuicios que causan estas actuaciones son múltiples. Además del que se acaba de exponer, señala la CNMC que *"el uso correcto de las infraestructuras civiles sujetas a la oferta MARCo y el correspondiente pago por ello, siguiendo los procedimientos y precios regulados en dicha oferta, es de significativa importancia, ya que se trata de una medida que tiene por objeto incentivar la competencia efectiva en el mercado en igualdad de condiciones entre los operadores, evitando la generación de ventajas competitivas de cualquier tipo. Sin embargo, el actuar al margen de lo dispuesto en la oferta MARCo produce el efecto contrario. Los operadores que realizan este tipo de actuaciones irregulares podrían obtener una ventaja competitiva respecto del resto de operadores, que respetan lo dispuesto en dicha oferta, al ahorrarse los costes que genera dicha ocupación, tanto recurrentes (cuotas mensuales) como no recurrentes (p.ej. por la tramitación y validación de solicitudes, la realización de replanteos conjuntos, los trabajos de sustitución o refuerzo de postes)"*

A esto se suma que *"con dicha actuación se adquiere una ventaja "temporal" frente a otros operadores, derivada de la ocupación de la infraestructura sin esperar la debida autorización -que tiene un plazo determinado-"*

Por último, *"este tipo de actuaciones pueden poner en peligro la seguridad de las personas, por los posibles incumplimientos que se pudieran cometer de las normas de Prevención de Riesgos Laborales (PRL) u otras normas técnicas asociadas a los despliegues de redes."*

Resulta evidente a juicio de esta Sala que no estamos en presencia de un conflicto entre operadores. Estos se caracterizan por la existencia, según el art. 52.2 de la ley actualmente vigente, la 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones de una solicitud razonable de acceso a una infraestructura física:

"cuando un operador que instale o explote redes públicas de comunicaciones electrónicas realice una solicitud razonable 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 y muy alta capacidad".

El artículo 37 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) regulaba el acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas. En su apartado 6 se establece



que *"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"*.

Por su parte, 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), desarrolla el contenido de las obligaciones que deben asumir los sujetos obligados a facilitar el acceso a infraestructuras físicas de su titularidad susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad así como a la información mínima que permitirá instrumentalizar el acceso a dichas infraestructuras. Este Real Decreto 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"*.

Esta Sala ha dictado sentencias en relación con resoluciones de la CNMC resolviendo conflictos entre operadores, por ejemplo, en el recurso 44/2021 la sentencia de fecha 26 de octubre de 2023, se examinaba:

"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."

En este caso, como pone de relieve el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, la Resolución recurrida no impide que los operadores puedan interponer conflictos ante la CNMC en caso de que exista una disputa entre ellos, ni da una solución por anticipado a los posibles conflictos que pudieran surgir.

Se trata de establecer un procedimiento para hacer frente a una realidad: las ocupaciones irregulares, dejando expresamente indicado que:

"no son objeto de análisis en el presente expediente las situaciones relativas a los tendidos que realizan los operadores que disponen de un contrato MARCo con Telefónica, que solicitan correctamente el acceso a sus infraestructuras a través del portal NEON y siguen todos los procedimientos establecidos en la oferta de referencia para la validación de sus solicitudes, pero que, a juicio de Telefónica, podrían haberse efectuado fuera de los límites que permite esta oferta. Nos referimos por ejemplo a tendidos de tramos troncales o de redes de cobre a través de la MARCo o a tramos de red que se han podido desplegar de modo incorrecto (ej. tendidos en postes sin respetar el estudio de cargas y refuerzos realizados durante el replanteo conjunto, o, en general, tendidos que incumplan las previsiones técnicas de la oferta).

Resulta más proporcional y oportuno evaluar este segundo tipo de ocupaciones o controversias con Telefónica de forma individual en sede de conflicto, teniendo en cuenta las modificaciones que se van implementando en las medidas aprobadas a través de la regulación de los mercados de banda ancha -incluida la oferta MARCo-."

No puede olvidarse, y así resulta tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que la función del organismo regulador se extiende a lograr un equilibrio justo de los intereses de las partes, con el objetivo de garantizar intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia y el interés de los usuarios.

SEXTO-La recurrente alega diversos vicios procedimentales que harían nula de pleno derecho la resolución impugnada.

Se alega en primer lugar que si bien se trata de un procedimiento iniciado a instancia de parte, la CNMC lo presenta como iniciado de oficio, con infracción de las normas previstas en la ley 39/2015.

En el expediente obra la resolución ordenando con claridad el inicio del procedimiento. Es una iniciación de oficio.

El art. 54 de la ley 39/2015 establece que los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud del interesado.

El artículo 58 de la referida ley establece:

"Artículo 58. Iniciación de oficio.

Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia."

El artículo 62 regula el inicio del procedimiento por denuncia.

Lo que se solicitó en su día fue lo siguiente:

"En diversos conflictos de acceso a infraestructuras, la CNMC ha propuesto iniciar un procedimiento específico en el que se obligue a los operadores alternativos a hacer un uso correcto de la oferta MARCo, previendo las medidas regulatorias y consecuencias que se deriven de dicho incumplimiento, y ha invitado a Telefónica a hacer una propuesta. Así, Telefónica viene a trasladar a la CNMC su propuesta de Procedimiento de actuación ante las ocupaciones irregulares de infraestructuras sobre las que Telefónica ostenta derecho de uso por parte de terceros operadores, que se adjunta al presente escrito.

SOLICITO que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y dicte Resolución por la que se apruebe el procedimiento de actuación ante ocupaciones irregulares de planta por parte de los operadores."

El hecho de que el 3 de febrero de 2020 Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) presentara ante la CNMC una propuesta sobre los procedimientos de actuación a aprobar ante las ocupaciones irregulares de sus infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo que había estado sufriendo, y de que el día 11 de marzo de 2020 presentara otro en igual sentido no altera la circunstancia de que el procedimiento se iniciara de oficio.

En el trámite de audiencia claramente se hace referencia al plazo de alegaciones establecido en la ley para los procedimientos iniciados de oficio, si bien se cita erróneamente el artículo 24 en vez del 25 de la ley 39/2015 al hacer referencia a los efectos derivados del silencio administrativo. En ambos preceptos se regulan los efectos del silencio administrativo, lo que a efectos de la alegación actora carece de consecuencias.

En la propuesta de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) sometida a trámite de audiencia se hizo referencia al procedimiento solicitado por Telefónica, por lo que los operadores pudieron valorar tanto la propuesta de Telefónica como la Administrativa, en concreto:

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 , 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se pone en su conocimiento que ha quedado iniciado de oficio el correspondiente procedimiento administrativo para analizar los procesos de regularización de las ocupaciones irregulares que realicen los operadores de las infraestructuras de obra civil sujetas a la oferta MARCo, así como algunas modificaciones de la citada oferta de referencia, propuestos por Telefónica de España, S.A.U. en sus escritos de 3 de febrero y 11 de marzo de 2020."

La acumulación de ambos trámites en uno solo, inicio del procedimiento más trámite de audiencia, se hizo sobre la propuesta administrativa, que era la que se sometería al Consejo de la CNMC, siendo a juicio de esta Sala racional y proporcionado dar audiencia sobre esta propuesta y no sobre la que no se encontraba en el núcleo del procedimiento administrativo.

Se señaló entonces por la CNMC:

"Se procede a informar a los interesados de que, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la LPAC , se acuerda la apertura del trámite de audiencia por el plazo improrrogable de 15 días de duración, a contar desde el día siguiente a la publicación del presente acuerdo en el Boletín Oficial del Estado (BOE), para que todos los interesados puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes sobre la propuesta adjunta al presente oficio.

Se recuerda a los interesados que, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1.a) de la LPAC , tienen derecho "a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos".

Este derecho de acceso a un expediente tiene como única limitación aquellos documentos relativos a materias protegidas por el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, conforme a lo previsto por el artículo 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre , de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.



A tales efectos, se le informa de que, conforme el artículo 22 de la citada Ley 19/2013, el acceso a la información del expediente de referencia se realizará preferentemente por vía telemática (en todo caso así, para las personas jurídicas), a través de la sede electrónica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (www.cnmc.es <www.cnmc.es>). No obstante, las personas físicas podrán examinar el expediente en la sede de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de la calle Bolivia, núm. 56, de Barcelona.

La notificación del presente acto se realizará mediante su publicación en el BOE, debido a la posible existencia de interesados en el procedimiento que son desconocidos, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la LPAC."

Como recoge la propia CNMC en la resolución, "la audiencia a los interesados con carácter previo a la elaboración del informe de la DTSA, no se trata de una fase del procedimiento administrativo que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) obligue a tramitar cuando los procedimientos se inician de oficio. Es más, de acuerdo con el principio de simplificación administrativa, el artículo 72 de esta Ley permite acordar en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.

El artículo 75.4 de esa misma Ley dispone que "el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento", lo que se ha garantizado mediante la notificación y publicación en el BOE del acuerdo de inicio y de trámite de audiencia del informe de la DTSA, pudiendo todos los operadores interesados aportar las alegaciones y los documentos que consideraron oportunos".

Efectivamente, el artículo 72 de la ley 39/2015 regula la "concentración de trámites" de acuerdo con el principio de simplificación administrativa. Y el artículo 75.4 da facultades al instructor del expediente para adoptar las medidas necesarias para asegurar el respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados.

Se alega a continuación que no se ha seguido el procedimiento propio de la revisión de ofertas mayoristas reguladas, objeto del procedimiento, impidiendo a los operadores distintos de Telefónica participar en el trámite esencial de realizar aportaciones previas a la elaboración de la propuesta sometida a trámite de Audiencia (trámite igualmente esencial en los procedimientos iniciados a instancia de parte).

No aprecia la Sala en modo alguno que la CNMC haya realizado, so pretexto de regular las ocupaciones irregulares de las infraestructuras físicas, una modificación encubierta de la oferta MARCo.

La CNMC mediante la resolución impugnada ha señalado (nuevamente) a los operadores, que tienen la obligación de cumplir lo establecido en la oferta MARCo para acceder a los servicios correspondientes. Este recordatorio no supone que deba revisarse la oferta MARCo, limitándose la afectación de esta a cuestiones técnicas menores relacionadas con las obligaciones que se imponen a Telefónica en este procedimiento.

Se denuncia a continuación que ha habido desigualdad de trato en favor de Telefónica, y en concreto, que ha habido discriminación en plazos efectivos para preparar las alegaciones a la audiencia, ocultación en la instrucción de información muy relevante sobre antecedentes del caso, uso de lenguaje peyorativo para las partes opuestas a Telefónica, grave asimetría al valorar elementos jurídicos relevantes como la retroactividad, y, finalmente, que se ha despojado de contenido real el trámite del informe preceptivo de la Sala de Competencia.

Sobre la alegada utilización de lenguaje peyorativo, como señala el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, el uso que se hace del término irregular o indebido tiene una finalidad descriptiva, y como tal engloba la situación genérica en que podría encontrarse un operador hipotético o sus despliegues de red al no acomodar su actuación a la que está prevista por un lado en la oferta MARCo, y por otro en el contrato que haya suscrito con TELEFONICA (en algunos casos, no se han suscrito los obligados contratos) para hacer uso de las infraestructuras MARCo.

En cuanto a los plazos la recurrente considera que Telefónica tuvo catorce meses para preparar sus alegaciones al informe de audiencia y, sin embargo, el resto de operadores tuvo quince días improrrogables.

La Sala no comparte esta afirmación: del expediente resulta que en su momento Telefónica hizo una propuesta, dado que al ser la titular de las instalaciones irregularmente ocupadas con frecuencia, estaba en condiciones de elaborarla. Ahora bien: si se comprueba que no fue precisamente esta propuesta la que se adoptó por la CNMC, finalmente Telefónica dispuso del mismo plazo que las restantes operadoras para formular alegaciones, y le fue notificado el mismo informe que a las demás.

El informe contiene toda la información relevante, comenzando por puntualizar que "Es de interés matizar, para la correcta delimitación del objeto de este procedimiento y con el objetivo de armonizar los conceptos utilizados hasta el momento para denominar las distintas ocupaciones conflictivas de las infraestructuras



físicas de Telefónica, que el concepto de "ocupación irregular" - también denominada en algún momento como ocupación indebida- hace referencia a los despliegues de los operadores sobre las infraestructuras MARCo de Telefónica sin solicitar su acceso en NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales) o sin seguir alguno de los procedimientos establecidos en la oferta de referencia, con independencia de si disponen o no de un contrato con esta operadora -esto es, actuando al margen de la regulación aprobada por esta Comisión-."

Por otra parte, tanto en el informe de referencia como en la resolución impugnada, la CNMC distingue entre distintas situaciones, porque hay operadores identificados que disponen de un contrato MARCo con Telefónica, otros que no disponen de este contrato MARCo, y finalmente hay operadores que no pueden ser identificados por Telefónica.

La CNMC da respuesta a distintas cuestiones en su momento planteadas por Telefónica, justificadamente, por ejemplo, cuando señala que el regulador no puede obligar a los operadores a firmar contratos, por eso ha previsto un procedimiento para los que no tienen contrato firmado, o el tratamiento de las ocupaciones "regularizables".

La Sala no aprecia la concurrencia de ninguna de las denunciadas irregularidades procedimentales, ni la utilización de lenguaje peyorativo, ni la asimetría en los plazos respectivamente concedidos a Telefónica y a Procono.

SÉPTIMO-La actora considera que la resolución impugnada carece de racionalidad, objetividad e imparcialidad, al adoptar la decisión de otorgar veracidad y exactitud a los datos del sistema ESCAPEX sobre infraestructuras civiles cuando son esgrimidos por Telefónica contra otros operadores, mientras que, desde 2009, la CMT y la CNMC han establecido la exención de responsabilidad de Telefónica por los eventuales errores de dichos datos como contenido del contrato tipo del servicio MARCo, constituyéndose, por tanto, su aceptación en un requisito para cualquier operador que quiera obtener dicho servicio.

A juicio de la recurrente, la CNMC introdujo en el contrato tipo de la oferta MARCo una exención total de responsabilidad por eventuales errores de la información que proporciona sobre infraestructuras civiles lo cual a juicio de la actora y que ello es contradictorio con lo ahora decidido por la resolución recurrida, que le permite prevalerse de tal información en su beneficio, otorgándole una presunción de veracidad y exactitud frente a los operadores "ocupantes irregulares".

Como alega Telefónica lo que recoge el contrato del servicio MARCo, como se deduce de su cláusula vigesimoprimera, es la posibilidad de que en ESCAPEX no estén contempladas todas las infraestructuras sobre las que Telefónica ostenta derecho de uso; es decir, que puede que existan más y no se encuentren recogidas en esta herramienta, pero no se refiere a que Telefónica se apodere de infraestructuras que no le corresponden.

Y, como alega el Abogado del Estado, la exención de responsabilidad de Telefónica en caso de existir algún error o inexactitud en la información de ESCAPEX se asienta sobre la base de la presunción *iuris tantum* en su favor del operador con poder significativo de mercado sobre las infraestructuras litigiosas, resultando que cualquier operador que detectase tal inexactitud podría destruir la presunción mediante prueba.

OCTAVO-La demandante alega que *"las facultades que la CNMC pretende otorgar a Telefónica mediante la Resolución recurrida son semejantes a facultades de "autotutela posesoria", por las cuales dicho operador, por sí solo, se vería facultado para recuperar la posesión de infraestructuras que considera suyas, expulsando de ellas al eventual ocupante, mediante la retirada de sus cables y demás recursos asociados de sus redes"*.

La CNMC señala en la resolución impugnada que *"el operador irregular, que no quiere ser identificado, no tiene en cuenta que con esta conducta perjudica a Telefónica, como gestor de infraestructura, ocasiona posibles perjuicios a otros operadores alternativos, sobre los que obtiene una ventaja competitiva temporal y, en última instancia, perjudica enormemente a sus propios usuarios finales, ante los riesgos en los que se encuentran sus redes, instaladas en precario"*.

De la lectura de la resolución no aprecia la Sala que la CNMC esté otorgando una autotutela posesoria o potestad pública a Telefónica, sino que, al contrario, le está imponiendo cargas administrativas y técnicas adicionales en una situación en la que ya tiene impuestas determinadas obligaciones regulatorias, específicamente dar acceso al resto de operadores a las infraestructuras.

Como pone de relieve la propia Telefónica, a raíz de esta resolución tienen mayores cargas administrativas:

- debe proporcionar mayor información a los operadores: *"Comunica a los operadores incidencias en NEON por ocupaciones irregulares, dándoles 15 días de plazo para contestar."*



- *Enviar burofaxes a los operadores que se encuentren en las situaciones (ii), (iv) y (vi), comunicándoles de que disponen de 2 meses para desinstalar sus tendidos y para comunicar a la CNMC y a Telefónica todas las infraestructuras ocupadas, de su localización y de la fecha de su ocupación.*

Los operadores en situaciones (ii y vi) que, tras recibir el burofax, en el plazo máximo de 10 días comunicarán a Telefónica el reconocimiento de la irregularidad de sus tendidos y aceptarán regularizar, serán tratados como operadores en situación (iii).

- *Informar a la CNMC en plazo de 1 mes desde que comunicó las incidencias a los operadores a través de NEON, aportando lo siguiente:*

Toda la documentación relativa a las ocupaciones irregulares de que disponga sobre cada uno de los operadores, Copia de todas las comunicaciones mantenidas con el operador por cualquier medio (NEON, correo electrónico, burofax, etc.).

Telefónica también deberá aportar a la CNMC una copia del burofax que envía a los operadores en el punto 2."

Solo para el caso de que los operadores de las situaciones (ii), (iv) y (vi) no levantaran sus tendidos de red irregulares en el plazo de 2 meses, Telefónica estará autorizada para desinstalar ella misma sus tendidos de red y el resto de los elementos asociados a estas que hubieran instalado irregularmente.

Se le imponen además cargas técnicas: deberá realizar nuevos replanteos de las infraestructuras ocupadas, como análisis adicionales de la carga de postes y del cumplimiento de la normativa de protección de riesgos laborales (PRL), ya que deberá tener en cuenta los tendidos indebidos realizados por el operador que opta por regularizarlos, y actualizar la información ofrecida a través de ESCAPEX.

De la lectura de la resolución impugnada resulta que incluso se reconoce que se está exigiendo a Telefónica "una actividad más intensiva" de reporte al regulador, a fin de que la CNMC tenga un "acceso constante y actualizado del cumplimiento de las medidas que se impongan en el marco de este procedimiento y por tanto de las posibles conductas infractoras que cometan los operadores que ocupen irregularmente las infraestructuras de Telefónica" (informe DTSA y fundamento jurídico séptimo in fine de la resolución impugnada).

Precisamente con la imposición de dichas cargas administrativas y técnicas la Resolución recurrida intenta garantizar la máxima transparencia y seguridad a los operadores que realicen ocupaciones indebidas, durante la tramitación de dichos procedimientos.

Por el conjunto de razones expuestas procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo y la confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a derecho.

NOVENO- A tenor de lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, procede condenar a la parte actora al pago de las costas. Y haciendo uso de la facultad prevista en el número tercero del precepto citado, habida cuenta del alcance y la dificultad de las cuestiones suscitadas en el recurso, se fija en 4.000 euros la cantidad máxima que, por todos los conceptos, puede alcanzar la fijación de las costas procesales.

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** como DESESTIMAMOS el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **PROCONO S.A.** contra la resolución dictada el día 31 de enero de 2022 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena al pago de las costas a la parte actora. Con la limitación en su importe establecida en el fundamento jurídico octavo de esta sentencia.

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.