

INFORME 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 LANZAROTE (UM/014/18).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 8 de febrero de 2018 entró en el registro de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (en adelante, SCUM), un escrito presentado por un operador en el que expone que el día 13 de agosto de 2017 solicitó al ayuntamiento de Haría y al Cabildo de Lanzarote sendas autorizaciones para instalar en determinadas infraestructuras propiedad de esas administraciones las antenas y equipos necesarios para prestar el servicio de acceso a internet.

No consta la respuesta a ninguna de las dos solicitudes, por lo que el comunicante del obstáculo entiende que han de entenderse desestimadas en virtud de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Regulación del derecho de acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas.

De la información facilitada se deduce que el problema planteado se refiere a la negativa al acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas que son titularidad de administraciones públicas – según la declaración del denunciante, que no se ha podido comprobar por esta Administración pues no viene acompañada de documentación acreditativa-.

Como punto de partida, debe señalarse que el artículo 37 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) reconoce el derecho de los operadores a acceder a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas que sean titularidad de administraciones públicas cuando dicho acceso no comprometa la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de carácter público que en dicha infraestructura realiza su titular.

Las condiciones de ejercicio de ese derecho de acceso están previstas expresamente en el artículo 37 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), que se remite al posterior desarrollo reglamentario en lo que respecta a los procedimientos, plazos, requisitos y condiciones en los que se facilitará dicho acceso.

Dicho desarrollo se ha realizado con la aprobación 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.

El Real Decreto tiene por objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de diversas disposiciones contenidas en la Directiva 2014/61/UE, del 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad y el desarrollo de los artículos 35 a 38 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, coordinación de obras civiles y publicación de información sobre concesión de permisos.

De acuerdo con su artículo 4, 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. Como principio general, se dispone que cuando un operador que instale o explote redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles al público 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 velocidad.

Debe señalarse que se consideran sujetos obligados, entre otros, las administraciones públicas titulares de infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas.

El Real Decreto también señala que las denegaciones de acceso deberán 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. Deberán exponer los motivos en los que se fundamentan y basarse en criterios objetivos, transparentes y proporcionados, tales como la falta de idoneidad técnica de la infraestructura física; la falta de disponibilidad de espacio; la producción de riesgos para la defensa nacional, la seguridad pública, la salud pública, la seguridad vial o la protección civil, para la integridad y la seguridad de una red o de interferencias graves de los servicios de comunicaciones electrónicas previstos con la prestación de otros servicios a través de la misma infraestructura física, entre otras razones.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que aunque en las relaciones de acceso rige el principio de libre negociación entre las partes, cualquiera de ellas puede presentar un conflicto de acceso ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que acabará con una resolución vinculante para el operador y para la administración titular de la infraestructura o la empresa gestora, en su caso.

Podría, asimismo, considerarse que es necesaria la obtención de una licencia al tratarse de un uso común especial de un bien de dominio público local, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. No obstante, dicha previsión ha sido parcialmente superada por el citado artículo 37 de la LGTel en el caso de utilización por parte de los operadores de infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas. Dicho precepto reconoce el derecho de los operadores a utilizar dichas infraestructuras sin necesidad de otro título habilitante y sin que, a falta de acto expreso, la administración haya justificado la necesidad de otro título de intervención.

Por lo tanto, la denegación presunta de las solicitudes de acceso puede ser objeto de un conflicto de acceso en los términos previstos en las citadas normas.

II.2) Afectación a los principios protegidos en la LGUM por parte de la actuación del Ayuntamiento de Haría y del Cabildo de Lanzarote.

A los efectos del objeto del presente informe, debe analizarse si la inactividad del Ayuntamiento de Haría y del Cabildo de Lanzarote podría constituir una infracción de los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos expresamente en la LGUM.

El artículo 5 de la LGUM se refiere a los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes en los siguientes términos:

Artículo 5. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Por su parte, el artículo 17 de la LGUM se refiere a la instrumentación de esos principios, de manera que, con carácter general, se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Se considerará que concurren los principios de

necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización, respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, solo cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

El grado de intervención administrativa se rebaja en el caso de que la normativa exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados, en cuyo caso bastará la presentación de una declaración responsable para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas o una comunicación cuando, por alguna razón imperiosa de interés general, tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.

La LGTel contiene, de acuerdo con la LGUM, criterios que son el resultado de analizar la proporcionalidad de los medios de intervención administrativa sobre el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas. Entre esos criterios se incluye la exigencia de que la documentación que los operadores deban aportar, de conformidad con la normativa que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones deberá ser motivada, tener una justificación objetiva, ser proporcionada al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario. De esta manera, la LGTel ha incorporado las exigencias de la LGUM, y en especial los criterios de necesidad y proporcionalidad, al ámbito del despliegue de estaciones o infraestructuras radioeléctricas.

La exigencia de un título habilitante previo (licencia) constituye un límite para el acceso o, en su caso, ejercicio de una actividad económica, por lo que su justificación debe basarse en una razón imperiosa de interés general y en caso contrario sería contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad.

En aplicación de estos principios generales, y por lo que respecta a las estaciones o instalaciones radioeléctricas, el apartado 6 del artículo 34 de la LGTel opta por la no exigencia de licencias ambientales, a excepción de las que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, las que ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, cuando tengan impacto en espacios naturales protegidos.

En su lugar, se deberán exigir declaraciones responsables, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, relativas al cumplimiento de las previsiones legales establecidas en la normativa vigente.

La declaración responsable deberá contener una manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente, incluido, en su caso, estar en posesión de la documentación que así lo acredite.

Por su parte, el apartado 7 del artículo 34 de la LGTel se refiere a las actuaciones de innovación tecnológica o adaptación técnica que supongan la incorporación de nuevo equipamiento o la realización de emisiones radioeléctricas en nuevas bandas de frecuencias con otras tecnologías, sin variar los elementos de obra civil o mástil, a realizar en las infraestructuras de redes públicas de comunicaciones electrónicas, incluidas las estaciones radioeléctricas de comunicaciones electrónicas, con independencias de si están ubicadas en dominio público o privado, en cuyo caso no se requerirá ningún tipo de concesión, autorización, licencia nueva o modificación de la existente o declaración responsable o comunicación previa a las administraciones públicas competentes por razones de ordenación del territorio, urbanismo o medioambientales.

En supuestos diferentes a los anteriores, cuando el operador haya presentado a la administración pública competente para el otorgamiento de la licencia o autorización un plan de despliegue o instalación de red de comunicaciones electrónicas, en el que se contemplen dichas infraestructuras o estaciones, y siempre que el citado plan haya sido aprobado por dicha administración, no podrá exigirse por parte de las administraciones públicas competentes la obtención de licencia o autorización previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, o de carácter medioambiental, ni otras licencias o aprobaciones de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización dicha instalación. En el presente caso no se ha aportado ninguna información sobre que el operador haya presentado un plan de despliegue ante la administración local, o solicitado cualquier otro tipo de autorización previa para desplegar su red.

No obstante, de los hechos expuestos por el operador se desprende que el obstáculo denunciado es la inactividad de las dos corporaciones locales para facilitar el acceso a unas infraestructuras de su titularidad, que el operador solicitante juzga necesarias para el despliegue de su red, y no la exigencia de licencias o cualquier otra forma de intervención administrativa que afecte a dicho despliegue.

A estos efectos, debe distinguirse la construcción de infraestructuras o instalaciones fisca 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.

En este caso, por tanto, el obstáculo al libre acceso a la actividad económica no se encuentra en los medios de intervención administrativa previstos en la LGUM, sino en la denegación *de facto* de un derecho reconocido por la normativa sectorial de telecomunicaciones, para cuyo ejercicio se prevé un cauce específico, la posibilidad de presentar un conflicto de acceso a infraestructuras.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión, la negativa al acceso a infraestructuras ya existentes que son titularidad de las administraciones públicas y que son susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas debe ser objeto de un conflicto de acceso, cuya resolución corresponde a la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia. Es por ello por lo que el operador deberá interponer un conflicto de acceso de conformidad con los artículos 37.6 y 70.2.d) de la Ley General de Telecomunicaciones.