
**RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A INFRAESTRUCTURAS
ENTRE PRIOR-GAME, S.L. Y EL AYUNTAMIENTO DE PÁJARA****CFT/DTSA/044/20/PRIOR-GAME vs. AYTO. PÁJARA****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidente**

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez**Secretaria**D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 16 de junio de 2021

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/DTSA/044/20, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto de Prior-Game, S.L.**

Con fecha 26 de febrero de 2020 se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de Prior-Game, S.L. (Prior-Game)¹, mediante el que comunica los siguientes hechos:

- Con fecha 25 de enero de 2019, Prior-Game solicitó autorización al Ayuntamiento de Pájara para la instalación de antenas y equipos para el despliegue de una red pública de telecomunicaciones vía WiFi en el municipio. Dichos equipos serían instalados en una serie de inmuebles de titularidad municipal, en concreto, la biblioteca Morro Jable y las torres de iluminación de los campos de fútbol Benito Alonso y Costa Calma, respectivamente.

¹ Empresa inscrita en el Registro de Operadores como persona autorizada para la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas, red híbrida de fibra óptica y cable coaxial, y la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público en acceso directo (expediente RO/DTSA/0414/17). Prior-Game también está inscrita para la explotación de una red que utiliza el dominio público radioeléctrico en uso común (WiFi) y la prestación del servicio de acceso a Internet (expediente RO/DTSA/0838/16).

- Mediante Resolución de 6 de noviembre de 2019, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pájara denegó la autorización alegando que se carecía de la previa concesión de uso privativo de dominio público en los emplazamientos propuestos, de conformidad con lo establecido en el informe jurídico obrante en el expediente. El Ayuntamiento considera que la mencionada concesión de uso privativo de dominio público debe sujetarse a un procedimiento de licitación.

El solicitante señala que dicha actuación resulta contraria a lo establecido en el artículo 30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), en el que se reconoce a los operadores de comunicaciones electrónicas el derecho de ocupación del dominio público, en la medida en que ello sea necesario, para el establecimiento de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, así como a lo dispuesto en el artículo 37 de la LGTel.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento y suspensión de plazo para resolver

Mediante escrito de la Directora de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC, de fecha 10 de marzo de 2020, se comunicó a los interesados el inicio del expediente administrativo para la resolución del conflicto de acceso planteado, con arreglo a la normativa sectorial y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Asimismo, se requirió de ambos interesados determinada información que resultaba necesaria para la resolución de la controversia suscitada entre las partes.

No obstante, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, se comunicó que, a partir de la entrada en vigor de dicho Real Decreto, se suspendían los términos y se interrumpían los plazos para la tramitación del presente procedimiento, reanudándose el cómputo de los plazos en el momento en que perdiese vigencia el referido Real Decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

La reanudación del cómputo del plazo se produjo el 1 de junio de 2020².

TERCERO.- Contestación de Prior-Game al requerimiento de información

Con fecha 15 de junio de 2020 se recibió la respuesta de Prior-Game al requerimiento de información efectuado junto al escrito de comunicación de inicio del procedimiento.

² De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el Estado de Alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

CUARTO.- Reiteración del requerimiento de información efectuado al Ayuntamiento de Pájara

No habiendo dado respuesta al requerimiento de información contenido en el escrito de comunicación de inicio de conflicto de 26 de febrero de 2020, con fecha 22 de junio de 2020 se reiteró dicho requerimiento al Ayuntamiento de Pájara.

El Ayuntamiento de Pájara rechazó la notificación de dicho escrito³, sin que haya aportado alegación o información alguna en contestación a dicho escrito.

QUINTO.- Nuevo requerimiento de información a Prior-Game

Con fecha 21 de agosto de 2020 se requirió a Prior-Game que aclarase determinada información detectada en su escrito de interposición de conflicto de 26 de febrero de 2020, así como en su escrito de contestación al requerimiento de información de 15 de junio de 2020.

Con fecha 3 de septiembre de 2020, Prior-Game aportó la mencionada información.

SEXTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de la Directora de la DTSA de la CNMC de fecha 27 de noviembre de 2020, se acordó declarar la confidencialidad, frente a cualquier ajeno al expediente, de determinada información aportada por Prior-Game con su escrito de interposición de conflicto.

SÉPTIMO.- Trámite de audiencia

El 20 de abril de 2021, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a Prior-Game y al Ayuntamiento de Pájara el informe de la DTSA, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles un plazo de 10 días, para que efectuaran las alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

OCTAVO.- Traslado de información por parte del Ayuntamiento de Pájara y alegaciones de Prior-Game

Mediante escrito de 7 de junio de 2021, el Ayuntamiento de Pájara dio traslado a esta Comisión del Decreto de la Alcaldía nº 3330/2021 de 1 de junio de 2021, por el que confirma la viabilidad del despliegue por parte de los Servicios

³ La notificación fue puesta a disposición del Ayuntamiento de Pájara a través de la Sede Electrónica de la CNMC el 26 de junio de 2020, sin que la mencionada entidad accediese al contenido de la notificación en el transcurso de diez días naturales a partir de dicho momento - plazo señalado por el artículo 43.2 de la LPAC-.

Técnicos Municipales y requiere a Prior-Game para que en un plazo no superior a quince (15) días presente cierta documentación.

Por su parte, esa misma fecha tuvo entrada escrito de Prior-Game por el cual alega que, mediante el mencionado Decreto, el Ayuntamiento de Pájara estaría condicionando las instalaciones que se pretenden a la aportación de documentación ya presentada con anterioridad por Prior-Game, y que se estaría requiriendo la suscripción de cánones, seguros, declaraciones responsables y fianzas cuya exigencia no estaría amparada por la legislación actual.

NOVENO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

Constituye el objeto del presente procedimiento la resolución del conflicto planteado por Prior-Game contra el Ayuntamiento de Pájara, en relación con la solicitud de acceso para la instalación de equipos de red WiFi en la biblioteca Morro Jable y en las torres de iluminación de los campos de fútbol Benito Alonso y Costa Calma.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones. Tal como se prevé en los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), de la LGTel, la CNMC tiene competencias 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 del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

Asimismo, de conformidad con los artículos 6.4 y 12.1.a). 4º de la LCNMC esta Comisión es competente para conocer los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

De forma específica, el artículo 37 de la LGTel regula el acceso a las infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, incluyendo aquéllas que son de titularidad de las Administraciones Públicas.

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

Así, el artículo 70.2.d) citado se refiere en particular a la competencia de la CNMC en la resolución de los *“conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley.”*

Por consiguiente, de conformidad con los preceptos citados y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud del artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se regirá por lo establecido en la LPAC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Marco normativo aplicable al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas

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

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

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

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

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

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

Por infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas se entenderán (artículo 37.3) *“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”.*

El artículo 37.4 de la LGTel ha sido desarrollado mediante 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, que transpone a Derecho español la Directiva 2014/61/UE, de 15 de mayo, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad⁴.

El Real Decreto 330/2016 busca garantizar el acceso a infraestructuras físicas, a los efectos de facilitar el despliegue de redes de comunicaciones de alta velocidad. El concepto de red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad está definido en dicho Real Decreto como *“red de comunicaciones electrónicas,*

⁴ DOUE L155/1 de 23 de mayo de 2014.

incluyendo tanto redes fijas como móviles, capaz de prestar servicios de acceso de banda ancha a velocidades de al menos 30 Mbps por abonado” (artículo 3.2)⁵.

De conformidad con el artículo 37.1 de la LGTel, el acceso únicamente podrá ser denegado cuando el mismo pueda comprometer la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de carácter público que en dichas infraestructuras realiza su titular, debiendo cualquier denegación de acceso basarse en criterios objetivos, transparentes y proporcionados. Por otro lado, el artículo 4.7 del Real Decreto 330/2016 desarrolla en mayor detalle los criterios objetivos que pueden fundamentar una denegación de acceso, en su caso.

SEGUNDO.- Valoración de las cuestiones planteadas

Tal y como consta en la documentación aportada, en enero de 2019 el operador Prior-Game solicitó autorización al Ayuntamiento de Pájara para la instalación de antenas y equipos en una serie de inmuebles de titularidad pública al objeto de desplegar una red pública de telecomunicaciones vía WiFi en el municipio. En concreto, Prior-Game pretende instalar el siguiente equipamiento:

- En la biblioteca Morro Jable, sita en la C/ Mascona, 34 de ese municipio⁶, un mástil arriostrado⁷ a la pared de la azotea, de 2,5 metros de altura, sobre el que se colocaría una antena enlace de 5 GHz, de 60 centímetros de diámetro y una antena omnidireccional de 5 GHz de 70 centímetros de altura.
- En el Campo de Fútbol de Costa Calma, sito en la C/ Punta de Pesebre, s/n⁸ de Pájara, un mástil arriostrado a la torre de iluminación, de 2,5 metros, sobre el que se colocaría una antena enlace de 5 GHz, de 60 centímetros de diámetro, así como una antena omnidireccional de emisión de 5 GHz, de 70 centímetros de altura.
- En el Campo de Fútbol Benito Alonso, sito en la C/ Casas de las Hermosas, s/n, de la localidad de La Pared⁹, se prevé, al igual que en el caso anterior, la instalación de un mástil arriostrado a la torre de iluminación, de 2,5 metros, sobre el que se colocaría una antena enlace de 5 GHz, de 60 centímetros de diámetro, así como una antena omnidireccional de emisión de 5 GHz, de 70 centímetros de altura.

⁵ Como indica su Preámbulo, el Real Decreto 330/2016 pretende “*facilitar e incentivar el despliegue de **redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad**, incluyendo tanto a redes fijas como móviles capaces de prestar servicios de acceso de **al menos 30 Mbps** (incluyendo, entre otras, tecnologías como FTTH, HFC o LTE) a través del fomento de la utilización conjunta de las infraestructuras físicas existentes y del despliegue más eficiente de otras nuevas, de manera que resulte posible desplegar dichas redes a un menor coste.*”

⁶ Coordenadas: 28°03'11.0"/14°21'05.5W

⁷ Mástil sujeto con cables de acero tendido entre la parte alta del mástil y el terreno, para absorber tracciones ejercidas sobre el mástil.

⁸ Coordenadas: 28°10,01.92"N/14°13'29.1W

⁹ Coordenadas: 28°13'43.44"N/14°11,32.19" W

Según su proyecto técnico, los equipos a instalar (integrantes de la red pública de comunicaciones WiFi de Prior-Game) alcanzarían una velocidad de hasta 24 Mbps, por lo que no encajarían dentro de la definición de red de alta velocidad establecida en el Real Decreto 330/2016.

Consecuentemente, dicho operador no sería un sujeto beneficiario del régimen del Real Decreto 330/2016, para instalar la red de comunicaciones electrónicas objeto del presente conflicto, al quedar fuera de su ámbito de aplicación.

No obstante, como se ha adelantado *supra*, la LGTel introduce diversas medidas destinadas a facilitar los despliegues de redes públicas de comunicaciones electrónicas, entre las que cabe distinguir, a los efectos del presente conflicto:

- (i) los derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento a su favor de servidumbres y de limitaciones a la propiedad (tal y como estos derechos vienen configurados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título III de la LGTel) y;
- (ii) el reconocimiento general del derecho de acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas (en los términos recogidos en la Sección 3ª del Capítulo II del Título III de la LGTel).

La diferenciación de las dos vías de protección mencionadas, de los derechos de ocupación de los operadores, ha sido analizada con anterioridad en el expediente CFT/DTSA/060/19 (Acceso Infraestructuras Ayuntamiento de Gandía), que asimismo se refiere al informe de la CNMC de 27 de marzo de 2018 sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con la denegación presunta del acceso a infraestructuras públicas de comunicaciones electrónicas en la Isla de Lanzarote¹⁰.

En este sentido, como señalaba el Informe de la CNMC de 27 de marzo de 2018, precitado, debe *“distinguirse la construcción de infraestructuras o instalaciones físicas del acceso a las mismas. Mientras que en el primer caso la intervención administrativa y la exigencia de autorización, declaración responsable o comunicación, puede estar justificada por razones de necesidad y proporcionalidad, el acceso a las ya existentes es una cuestión resuelta expresamente en la LGTel a través del reconocimiento del derecho y de la posibilidad de interponer un conflicto de acceso ante esta Comisión en el caso de denegarse”*.

¹⁰ Expediente UM/014/18. Ver, en el mismo sentido, el Informe de la CNMC de 24 de junio de 2016 sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con la denegación presunta del acceso a instalaciones de comunicaciones electrónicas en el municipio de Pinoso (UM/070/16).

Atendiendo al elemento que es objeto de la solicitud de Prior-Game frente al Ayuntamiento de Pájara, es decir, los emplazamientos escogidos para el despliegue, la controversia debe dirimirse como un conflicto de acceso a infraestructuras existentes, en los términos recogidos en el artículo 37 de la LGTel y tal como se indica en el informe mencionado.

A este respecto, como se señalaba anteriormente, el artículo 37.3 de la LGTel define el concepto de las infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas en un sentido muy amplio, como cualquier recurso asociado que pueda ser utilizado en el despliegue o instalación de las redes.

Asimismo, de conformidad con la definición señalada en el Anexo II de la LGTel, se entenderán por **recurso asociado** *“las infraestructuras físicas, los sistemas, dispositivos, los servicios asociados u otros recursos o elementos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de dicha red o servicio o tengan potencial para ello. Incluirán, entre otros, edificios o entradas de edificios, el cableado de edificios, antenas, torres y otras construcciones de soporte, conductos, mástiles, bocas de acceso y distribuidores”*.

Atendiendo a los preceptos citados, se puede considerar que, tanto la azotea de la biblioteca Morro Jable (edificio municipal), como las torres de iluminación de los campos de fútbol de Benito Alonso y Costa Calma, constituirían infraestructuras (recursos asociados) en los términos señalados por la LGTel.

Como ya se ha mencionado, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pájara resolvió denegar la autorización de instalación de los equipos en la biblioteca y en las torres de iluminación de los campos de fútbol mencionadas, alegando la necesaria concesión administrativa para el uso privativo del dominio público en régimen de libre concurrencia previa licitación, según los términos indicados por el informe jurídico presente en el expediente de resolución.

Tal y como se ha señalado en el Fundamento Material Primero, la normativa excluye el uso de los procedimientos de licitación para la ocupación o el derecho de uso del dominio público para la instalación o explotación de una red de comunicaciones electrónicas (artículo 30 de la LGTel), así como para el acceso a las infraestructuras físicas de las administraciones públicas susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas (artículo 37.1 de la LGTel).

Esta conclusión es recogida en los informes de unidad de mercado aportados por Prior-Game en su escrito de interposición de conflicto. En concreto, en el Informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado de 27 de diciembre de 2019 (Expte. 26/19060), se indicaba que *“Las Administraciones*

Públicas titulares de infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes, deben facilitar el acceso a las mismas a los operadores, siempre que dicho acceso no comprometa la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de carácter público que en dichas infraestructuras realice su titular, en condiciones objetivas, de transparencia y no discriminación, y sin que pueda establecerse derecho preferente o exclusivo al acceso a las infraestructuras en beneficio de un operador determinado o de una red de comunicaciones, por lo que su ocupación o derecho de uso para la instalación o explotación de una red no podrá ser otorgado o asignado mediante procedimientos de licitación”.

Asimismo, en el Informe del Punto Único de Contacto para la Unidad de Mercado en Andalucía de 14 de enero de 2020 se indica también que *“la motivación de dicha decisión en la necesidad de realizar una licitación podría entrar en contradicción con la regulación sectorial citada en el presente informe”.*

En efecto, debe considerarse que la utilización de la figura de la concesión del uso del dominio público otorgada previa licitación vulnera las previsiones de la normativa sectorial de telecomunicaciones, en la medida en que, como se ha señalado anteriormente, el acceso a las infraestructuras de las Administraciones Públicas no puede otorgarse con carácter de exclusividad ni previa licitación. En este sentido se ha pronunciado anteriormente esta Comisión en el expediente CFT/D TSA/007/17 (*Acuerdo uso infraestructuras Ayuntamiento de Coín*) al señalar que la concesión de uso de dominio público debe garantizar siempre *“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.”*

Así, de conformidad con el artículo 85.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), y el artículo 75 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL), el uso privativo es *“el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados”.*

Por otro lado, de conformidad con los artículos 77 y 78 del RBEL, únicamente el uso privativo del dominio público se sujetará a concesión, previa licitación, sujetándose otros usos a solicitud de licencia.

Por consiguiente, a juicio de esta Comisión ha de concluirse que el derecho de acceso a la infraestructura física de titularidad municipal no puede verse supeditado a una concesión administrativa sujeta a un procedimiento de licitación pública, como señaló el Ayuntamiento de Pájara en su resolución denegatoria inicial.

En su lugar, resulta de aplicación lo previsto en la LGTel, en su artículo 37.1, el cual contempla, como único motivo para la denegación de acceso, los posibles problemas de seguridad o continuidad de los servicios que se presten desde las instalaciones a las que se solicite el acceso.

Si bien la LGTel no establece otros motivos de denegación del acceso, podrían aducirse otros aspectos que resulten razonables, como la falta de disponibilidad de espacio para acoger los elementos de red -contenido en el artículo 4.7 del Real Decreto 330/2016, que, aunque no es de aplicación directa, regula los elementos que pueden tenerse en cuenta como causas de denegación de las solicitudes de acceso, y pudieran ser válidamente aplicables a cualquier solicitud-. No obstante, cualquier motivo de denegación ha de ser motivado y acreditado al solicitante del acceso, como señalan tanto la LGTel como el Real Decreto 330/2016.

En el presente caso, el Ayuntamiento de Pájara no ha acreditado las razones de la denegación efectuada en los términos del artículo 37 de la LGTel, más allá de señalar la calificación jurídica de las infraestructuras como bien de dominio público y que su uso privativo debe estar sujeto a concesión de licencia en régimen de concurrencia competitiva previa licitación, sobre cuyo encaje con la normativa sectorial de telecomunicaciones ya se han hecho las consideraciones oportunas.

Tampoco se debe olvidar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.3 de la LGTel, las Administraciones Públicas deberán disponer de los instrumentos de planificación territorial o urbanística en los que se recojan las disposiciones necesarias para impulsar o facilitar el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, en particular, para garantizar la libre competencia en la instalación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

En dicho contexto, las Administraciones Públicas deben contribuir a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos, identificando dichos lugares y espacios, en los que poder cumplir el doble objetivo de que los operadores puedan ubicar sus infraestructuras de redes públicas de comunicaciones electrónicas, así como garantizar que se produzca un despliegue de las redes ordenado desde el punto de vista territorial.

Como consecuencia de lo expuesto, si bien las Administraciones Públicas están facultadas a denegar las solicitudes de acceso por los motivos mencionados, también deberán ofrecer una solución alternativa para la instalación de elementos de red de conformidad con lo establecido en el artículo 34.3 de la LGTel.

En este sentido, la disposición transitoria novena de la LGTel establece expresamente que la normativa y los instrumentos de planificación territorial o urbanística elaborados por las Administraciones Públicas competentes que

afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán adaptarse a lo establecido en los artículos 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor (el 11 de mayo de 2014).

Habiendo transcurrido un plazo superior a seis años desde el nacimiento de la anterior obligación, el Ayuntamiento de Pájara debería disponer en el momento actual de una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores puedan ubicar sus infraestructuras.

Conviene señalar a este respecto, que esta Comisión requirió información al Ayuntamiento de Pájara sobre posibles ubicaciones alternativas para Prior-Game mediante escrito de requerimiento de información y escrito de reiteración del requerimiento anterior, de fechas 10 de marzo y 26 de junio de 2020, que no han recibido contestación. Tampoco consta en el expediente que el Ayuntamiento de Pájara haya indicado posibles alternativas a Prior-Game para el despliegue de su red.

Por todo ello, se concluye que el Ayuntamiento de Pájara está obligado a garantizar el acceso a Prior-Game en las ubicaciones anteriormente indicadas, sin mayor dilación, o a fundamentar la denegación de acceso en los motivos indicados en la normativa.

Se recuerda que dicho acceso no tendrá, en todo caso, carácter exclusivo o preferente para Prior-Game, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 37 de la LGTel, pudiendo terceros operadores establecerse también en las infraestructuras objeto de conflicto si resultara de su interés en el futuro y no concurrieran inconvenientes o limitaciones adicionales.

Teniendo en cuenta el contexto anterior, como se ha señalado anteriormente, el 7 de junio de 2021 el Ayuntamiento de Pájara ha presentado en el seno del presente procedimiento el Decreto de la Alcaldía nº 3330/2021, de 1 de junio de 2021, del que ha dado traslado a Prior-Game, por el que los **Servicios Técnicos Municipales confirman la viabilidad de acometer la instalación de los elementos necesarios para la prestación del servicio para el despliegue de la red pública de telecomunicaciones en los emplazamientos municipales propuestos por la empresa**. No obstante, solicitan a Prior-Game que aporte la siguiente información, en un plazo no superior a 15 días:

- “- *Proyecto que desarrolle cada una de las intervenciones, entendiéndose como tal el conjunto de documentos gráficos y memoria mediante los cuales se definen y determinen las exigencias técnicas de las obras propuestas y en el que habrá de justificarse técnicamente las soluciones de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable, contando, entre otros y como mínimo, con un plano de situación, ubicación exacta de los mástiles dentro de la planta del edificio y torretas de luz, planos de detalle de las instalaciones y cumplimiento del R.B.T, estudio de seguridad y salud, pliego de condiciones técnicas y administrativas, presupuesto y mediciones desglosando mano de obra y material.*

- *Compromiso de asumir el canon municipal que pudiera imponérsele, si así se estimase oportuno, y ello según lo establecido en el artículo 37.6 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones.*
- *Declaración Responsable de asumir la responsabilidad del mantenimiento de las instalaciones implantadas, durante el tiempo de vida útil que tengan.*
- *Acreditación documental de la suscripción de un Seguro de Responsabilidad Civil que cubra posibles accidentes por caída accidental de los elementos instalados y/o al servicio de la sociedad citada.*
- *Prestación de fianza por importe suficiente para cubrir la retirada del material y/o elementos instalados cuando no se encuentren en uso y ello para responder subsidiariamente si la sociedad "Prior Game, S.L." no llevara a cabo su retirada y/o desinstalación."*

Prior-Game, a su vez, ha presentado en la misma fecha escrito de alegaciones manifestándose en contra de esta remisión de información, por no estar amparada por la normativa en vigor.

El detalle de información solicitado no ha sido tratado en el presente procedimiento administrativo. No obstante, se entiende razonable solicitar de Prior-Game un proyecto técnico definitivo detallado (pues el aportado a esta Comisión y al propio Ayuntamiento era una propuesta de proyecto y es antiguo). Asimismo, se considera razonable la exigibilidad de un canon municipal por el uso de la infraestructura -pero se advierte que en ese aspecto las partes pueden negociar, no teniendo Prior-Game que "asumir el compromiso" de aceptar a priori cualquier canon que solicite el Ayuntamiento en el futuro-. Por otra parte, la asunción de un seguro de responsabilidad civil o la fianza y declaración responsable también parecen proporcionadas y acordes a la normativa, pero no parece razonable que la empresa los tenga que constituir antes de 15 días, sino cuando vaya a realizar el despliegue.

Por último, se recuerda al Ayuntamiento de Pájara que no podrá requerir más información o documentación de la que se considere razonable en función de lo previsto en el artículo 92.7 de la LPAP, teniendo en cuenta además lo dispuesto en la normativa sectorial ya examinada -esto es, los requisitos técnicos exigidos en relación con el proyecto técnico y la ubicación deberían ser razonables y proporcionados, sin requerirse a la empresa información que no sea necesaria o no pueda aportar en breve plazo de tiempo-. Lo contrario supondría la imposición de obstáculos injustificados al acceso a las mencionadas infraestructuras municipales.

En virtud de lo anterior, las partes deberán seguir el proceso iniciado con el Decreto de referencia dictado por la alcaldía, debiendo negociarse de buena fe los aspectos pendientes y otorgándose un plazo máximo de dos meses, a partir de la notificación de la presente Resolución, para la adopción de la decisión correspondiente del Ayuntamiento. En cualquier caso, las partes tendrán la

facultad de interponer el correspondiente conflicto ante la CNMC, en caso de que no se llegue a un acuerdo sobre las condiciones en las que debe producirse el acceso.

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar la solicitud presentada por Prior-Game, S.L. contra el Ayuntamiento de Pájara.

El Ayuntamiento de Pájara deberá otorgar a Prior-Game, S.L. acceso a la biblioteca Morro Jable y a las torres de iluminación de los campos de fútbol Benito Alonso y Costa Calma, en el plazo máximo de dos meses a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, en las condiciones indicadas en el Fundamento de derecho Segundo de la presente Resolución.

SEGUNDO.- El acuerdo de acceso o, en su caso, la resolución de denegación fundamentada en los términos descritos en la presente Resolución, deberá notificarse a Prior-Game, S.L. y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el plazo máximo de diez días desde que sea emitido.

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