



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD
Pº CASTELLANA, 162-Planta 20
28071-MADRID

INFORME 5/2018, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTICULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO (Expediente (...) Internet Lanzarote)

1. ANTECEDENTES

Con fecha 8 de febrero de 2018, tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) escrito formulado por D. (...), en calidad de representante de la sociedad (...), aportando información en el marco del procedimiento del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM). El 9 de febrero, la SECUM da traslado a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía del escrito de información y de toda la información que obra en el expediente, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a fin de que emita el informe previsto en el art.28.2 de la LGUM.

El interesado pone de manifiesto en el punto Primero del mencionado escrito que *“su representada es operador autorizado de telecomunicaciones, según se puede comprobar en el registro correspondiente¹, prestando servicios de conexión wifi por internet en Lanzarote”*. De acuerdo con ello y tal como menciona en el punto Quinto de su escrito, con fecha 2 de agosto de 2016 presentó por registro (nº. 4092) al ayuntamiento de Haría una solicitud de *“reunión para tratar la posibilidad de instalar antenas wifi y demás elementos necesarios de su actividad en instalaciones públicas municipales”*. Y según especifica en escrito de 23 de agosto al mencionado ayuntamiento (remitido como adjunto), desde dicha fecha ha transcurrido más de un año y no se ha recibido respuesta.

De igual modo, tal como especifica el punto Sexto del escrito, se adjunta un escrito de igual índole, de fecha 23 de agosto de 2017, dirigido al Cabildo de Lanzarote, firmado en Arrecife, ante la falta de respuesta a un escrito de 3 de marzo de 2017. En él se solicitaba *“que se le concediera espacio en las casetas y en las torres de comunicación propiedad del Cabildo”*. En este nuevo escrito, no sólo se reiteró por parte de la empresa representada por el informante su solicitud, sino que esta fue ampliada *“solicitando autorización para la instalación de las antenas y equipos necesarios para la prestación del servicio del que se trata en las antenas e instalaciones propiedad del Cabildo de*

¹ <https://numeracionyoperadores.cnmcc.es/operadores/B-38487096?p=operadores>.



Lanzarote situadas en: Montaña Tinache (Tinajo)/Risco Famara (Haría)/Montaña de Guiguán (Mancha Blanca, Tinajo)/Montaña Mina (San Bartolomé)".

El interesado señala en el punto Segundo de sus escritos al Ayuntamiento de Haría y al Cabildo de Lanzarote (y en los puntos Segundo y Tercero del escrito de reclamación que ocasiona el presente informe) los artículos 30 y 37 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en base a los cuales y según el interesado, su representada, como operadora registrada, no sólo tiene derecho a ocupar el dominio público si es necesario para el despliegue de sus redes públicas de comunicaciones electrónicas, sino que las Administraciones Públicas titulares de tales instalaciones deben facilitar su acceso como operador registrado siempre que tal acceso no interrumpa el uso adecuado por sus titulares 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.

Tal como se expresa en el punto Séptimo del escrito de reclamación presentado se debe entender, según el art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que el silencio administrativo en este caso es desestimatorio, al resultar de la solicitud realizada la transferencia al solicitante de facultades relativas al dominio público. Según el interesado, tal desestimación "*constituye un obstáculo injustificado que afecta a la actividad económica de su representada*".

2. MARCO NORMATIVO

De acuerdo con lo expresado en el artículo 149.1 de la Constitución Española, entre las competencias exclusivas del Estado se encuentra:

"21ª. ...régimen general de comunicaciones;...correos y telecomunicaciones...".

En base a ello y a las competencias transversales establecidas en el artículo 149.1:

"1ª. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales..."

...13ª. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica."

Partiendo de esta base y de las directivas comunitarias relacionadas con las telecomunicaciones fue aprobada la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, la cual debido a las modificaciones sufridas y a la necesidad de adaptar la legislación en materia de telecomunicaciones a dos nuevas directivas para el nuevo marco europeo, fue aprobada una nueva ley estatal. La normativa europea del nuevo marco está compuesta por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los Derechos de los usuarios, entre los que se encuentra en los artículos 11 y 22 los parámetros establecidos para controlar la calidad de servicio (Anexo III), y la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, con el objetivo fundamental de armonizar la regulación que afecta a los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas, los recursos y servicios asociados, así como los equipos empleados. Ambas Directivas tratan, en definitiva, de establecer medidas destinadas a



crear un marco adecuado para la realización de inversiones en el despliegue de redes de nueva generación, de modo que se permita a los operadores ofrecer servicios innovadores y tecnológicamente más adecuados a las necesidades de los ciudadanos.

Tales directivas europeas fueron trasladadas a la normativa española por medio de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Según se establece en el punto III del Preámbulo:

“...los criterios de liberalización del sector, libre competencia, de recuperación de la unidad de mercado y de reducción de cargas que inspiran este texto legal pretenden aportar seguridad jurídica a los operadores y crear las condiciones necesarias para la existencia de una competencia efectiva, para la realización de inversiones en el despliegue de redes de nueva generación y para la prestación de nuevos servicios, de modo que el sector pueda contribuir al necesario crecimiento económico del país...”

La Ley 9/2014, en su artículo 2.1 establece que *“las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia”*. Para ello, el artículo 3 establece en su apartado a) como objetivo y principio:

“Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos”.

Según el artículo 5.1 será en régimen de libre competencia la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, si bien, para ello, será necesario que la persona física o jurídica que pretenda realizar tal actividad, deberán (artículo 6), previamente al inicio de ésta, comunicarlo al Registro de operadores, creado según lo especificado en el artículo 7 de la norma. Una vez establecidos como operadores, según lo previsto en el artículo 30:

“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”.

Además, tal derecho de ocupación deberá ser reconocido por la normativa dictada por cualquier Administración Pública que afecte al despliegue de redes de comunicación electrónica, según el artículo 31.1. Una vez sentadas las bases de funcionamiento del mercado, la Ley 9/2014 establece

en el artículo 37 como debe realizarse el acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y concretamente en su apartado 1 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”.

A nivel autonómico, en la actualidad se encuentra vigente la Ley 11/2009, de 15 de diciembre, de Ordenación Territorial de las Telecomunicaciones de Canarias, cuyo objeto, según el artículo 1 es la *“...regulación territorial y urbanística de las instalaciones de telecomunicaciones, sus elementos y equipos, a fin de prevenir posibles efectos negativos sobre la salud y el bienestar de las personas y de producir el mínimo impacto sobre el medio ambiente desde el punto de vista espacial y visual”*. Así, entre los objetivos establecidos en el apartado 1 del mencionado artículo se encuentran:

- a) Asegurar, dentro del marco de los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico, que se den las condiciones adecuadas para posibilitar el acceso de calidad a los ciudadanos, empresas y administraciones públicas a los cambiantes servicios de telecomunicaciones y a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.*
- b) Asegurar la extensión de las redes de telecomunicaciones en todas las islas, y en especial en aquellas áreas más aisladas.*
- c) Asegurar la integración e interconexión de las redes de telecomunicaciones a escala internacional, interinsular, insular y local.*
- d) Asegurar la disponibilidad y la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones mediante una ordenación coherente, que tenga en cuenta la protección del territorio y del entorno paisajístico y medioambiental, así como su repercusión en la economía y, en particular, en el turismo.*
- e) Garantizar la cobertura de necesidades, actuales y futuras, de servicios y tecnologías de la información y la comunicación para los ciudadanos.*
- f) Minimizar los efectos de la presencia sobre el territorio de estas infraestructuras, sin perjuicio de los derechos reconocidos a los operadores por la legislación estatal de telecomunicaciones.*
- g) Facilitar la ampliación de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones a todo el territorio de Canarias en función de las necesidades sociales y territoriales”.*



Ahora bien, estos objetivos deben obedecer unos criterios básicos para la implantación de redes públicas de comunicaciones electrónicas (artículo 1.2) entre los que se encuentran:

“...e) Garantizar la implantación de las infraestructuras necesarias para los servicios universales, según sean definidos en cada momento por la normativa nacional de aplicación.

f) Garantizar la calidad y ampliación de los servicios avanzados, en especial estos últimos, en las zonas de particular relevancia en la economía.

g) Facilitar la actuación coordinada de las administraciones públicas como titulares de dominio público, y de éstas con los operadores, para el despliegue de redes de comunicación electrónica...”

Con respecto al uso de las infraestructuras existentes, el artículo 11 de la Ley 11/2009 establece, en cuanto a su uso compartido por los operadores que:

“La administración competente impulsará acuerdos entre los distintos operadores para propiciar el uso compartido de las infraestructuras, que quedarán formalizados, en su caso, en el acuerdo de aprobación en los planes territoriales especiales de infraestructuras de telecomunicación.

De no conseguirse los mencionados acuerdos, la Administración competente en las resoluciones de aprobación de los planes territoriales especiales de infraestructuras de telecomunicación incluirá, en su caso, los emplazamientos que deberán preceptivamente compartir los distintos operadores atendiendo a los principios de protección de la salud ambiental y paisajística”.

Conforme a lo establecido en la Ley 11/2009, fue desarrollado el Decreto 124/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueban las Directrices de Ordenación Territorial de las Telecomunicaciones en Canarias, entre cuyos objetivos, establecidos en la Directriz 1, se encuentran:

“a) Que se dan las condiciones adecuadas para posibilitar el acceso de calidad por ciudadanos, empresas y Administraciones Públicas a los cambiantes servicios de telecomunicaciones y a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

b) La uniforme implantación de aquellas en todas las islas, en atención a los servicios que deban soportar en cada una, y a sus condicionantes demográficos y económicos;

c) La posibilidad de integración e interconexión de las redes soportadas por aquellas infraestructuras, a escala internacional, nacional, interinsular, insular y local;

d) La disponibilidad y la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones mediante una ordenación coherente, que pondere la protección del territorio, de los recursos naturales, y del entorno paisajístico y medioambiental, con su repercusión social, en el turismo y en los demás sectores económicos;

e) La cobertura de las necesidades, actuales y futuras, de servicios y tecnologías de



la información y la comunicación para los ciudadanos, residentes o no;

f) La reducción de la presencia sobre el territorio de estas infraestructuras al mínimo razonable, sin perjuicio de los derechos reconocidos a los operadores por la legislación estatal de telecomunicaciones”.

En base de a los objetivos anteriormente expuestos, la Directriz 4 marca unos principios de intervención que han de contribuir a un desarrollo sostenible y a la cohesión social, al respeto del equilibrio territorial y a la protección del territorio, de los recursos naturales, del paisaje y del medio rural o urbano. Para ello, deberán perseguir, entre otros objetivos:

“...b) El cumplimiento de las necesidades mínimas en infraestructuras de telecomunicaciones que aseguren la viabilidad de los servicios mínimos requeridos...

...g) La actuación coordinada de las Administraciones Públicas como titulares del dominio público y de estas con los operadores, para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas,...

Además, según el punto 5 de la Directriz 6, *“especialmente para las redes terrestres, se deberá promover por parte de las distintas Administraciones, contando con la colaboración de los operadores de telecomunicaciones, un intercambio efectivo de información y la adopción de actuaciones encaminadas a la compartición de las infraestructuras y canalizaciones por parte de todos los operadores y de estos con terceras personas...”*.

2. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA COMPETENCIA Y LA UNIDAD DE MERCADO

El artículo 2 de la Ley 20/2013 de Garantía de Unidad de Mercado determina un ámbito de aplicación que incluye *“el acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”*. Y, en consecuencia, se aplica a todos los actos y disposiciones de las diferentes Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) que afecten al acceso y ejercicio de las actividades económicas.

Por su parte, el anexo b) de la LGUM define como actividad económica *“cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”*. Y, en el apartado h), define como operador económico a *“cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España”*.

En el caso concreto que nos ocupa, y teniendo en cuenta el marco normativo antes comentado, la actividad que lleva a cabo el informante (sociedad mercantil registrada como operador autorizado de telecomunicaciones) constituye una actividad económica incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM. La actuación que se somete a información es la falta de respuesta y, por lo tanto, la desestimación por silencio negativo, tanto por parte del Excmo. Ayto. de Haría como del Cabildo de



Lanzarote ante sendas solicitudes presentadas por la entidad autorizada para poder tener acceso a colocar en las casetas y torres de comunicaciones, así como en otras instalaciones municipales, propiedad de ambas Administraciones Públicas, los equipos necesarios para poder ofrecer servicios de conexión wifi por internet. Según el representante del operador afectado, tal desestimación constituye un obstáculo injustificado que afecta a la actividad económica de su representada.

La LGUM obliga a enjuiciar bajo el principio de necesidad y proporcionalidad todas las actuaciones que supongan una limitación al acceso o el ejercicio de una actividad económica. Se trata, por tanto, de realizar un análisis sobre si dicha desestimación se ajusta a este principio. Según se establece en el artículo 30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, la ocupación del dominio público es un derecho de los operadores siempre que sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas. Es más, según el artículo indicado, los titulares del dominio público, que en este caso son el Excmo. Ayto. de Haría y el Cabildo de Lanzarote, garantizarán el acceso de todos los operadores a dicho dominio en las condiciones y en la forma establecidas en dicho artículo.

Asimismo, el artículo 9 de la LGUM establece, en su apartado 1, que *“Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia”*.

Así, el actuar de las Administraciones Públicas debe velar por la observancia de dichos principios en especial, cuando sus actuaciones llevan aparejado un efecto directo o indirecto sobre el desarrollo de las actividades económicas. En este caso, la desestimación por silencio administrativo declina el derecho a ocupación del dominio público que la legislación vigente ofrece a un operador registrado de comunicaciones sin haber indicado en resolución denegatoria a lo solicitado que tal acceso se encuentre en uno de los casos en los que, según el art. 37 de la Ley 9/2014, estaría vetado a tales operadores. Este hecho se encuentra en conexión con los principios de necesidad y proporcionalidad expresados en el artículo 5 de la LGUM, según el cual:

“1. Las autoridades competencias 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”.

En atención a lo anteriormente expuesto, el hecho de no haber respondido las dos Administraciones Públicas mencionadas a las reiteradas solicitudes realizadas por la entidad representada por el



informante y el efecto desestimatorio de tal hecho sin indicar las razones y motivos que llevan a no atender las solicitudes realizadas lleva a considerar que tal actuación no se corresponde con lo establecido en la LGUM con respecto a los principios de necesidad y proporcionalidad, ya que, con ello se coarta la libre iniciativa económica establecida en el artículo 16 de la LGUM y recogida en las Directivas 2009/136/CE y 2009/140/CE y en la Ley 9/2014, de 9 de mayo.

3. CONCLUSIONES

En base a todo lo anteriormente expuesto:

1. Cualquier restricción de ejercicio de la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, debe ser necesaria y proporcionada, y debe estar motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, debiendo razonarse su proporcionalidad, basándola en la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada, en el caso en que se insista en su mantenimiento.
2. En este caso, pudiera ser de interés que tanto el Excmo. Ayto. de Haría como el Cabildo de Lanzarote emitieran una resolución que expusiera la justificación en base a los principios establecidos en la LGUM y, en especial al de necesidad y proporcionalidad, en la que se argumentara la admisión o denegación de la solicitud presentada por el operador económico. Y en caso de denegación, se alegasen las razones de interés general que la amparen y su proporcionalidad.

En Sevilla, a 01 de marzo de 2018

Agencia de Defensa de Competencia de Andalucía