

INFORME 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).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 14 de junio de 2016 entró en el registro de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (en adelante, SCUM), un escrito presentado por un prestador de servicios de comunicaciones electrónicas en el que expone que con fecha 26 de enero de 2015 solicitó al ayuntamiento de Pinoso el permiso para la instalación de una antena Wi-Fi de banda de uso libre en una mástil de propiedad municipal.

La solicitud no ha sido respondida, pese a ser reiterada en diversas ocasiones.

La CNMC, a través de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, inició un procedimiento de información previa con fecha 16 de octubre de 2015 para analizar los hechos puestos de manifiesto por el mismo operador, que son esencia los mismos, y la conveniencia de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo.

En el marco de dicho procedimiento se ha requerido al Ayuntamiento de Pinoso para que aporte determinada documentación y se le ha recordado las obligaciones que le impone la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel) en relación con los despliegues de redes de comunicaciones electrónicas.

II. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analiza:

- 1) Consideraciones previas sobre el problema planteado.
- 2) La normativa reguladora del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas.

II.1) Consideraciones previas: necesidad de interponer un conflicto de acceso a las infraestructuras.

De la información facilitada se deduce que el problema planteado se refiere a la negativa al acceso a instalaciones susceptibles de alojar elementos redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Las condiciones de ese derecho de acceso de los operadores están previstas expresamente en el artículo LGTel, que se remite a un desarrollo reglamentario que todavía no se ha producido.

No obstante, del contenido del citado precepto debe destacarse el deber genérico de las administraciones públicas y de las empresas que las gestionan, de facilitar el acceso a las infraestructuras e instalaciones en condiciones objetivas, de transparencia y no discriminación. De esta manera, la denegación del acceso debe estar justificada.

Asimismo, debe señalarse que aunque 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 superada por el citado artículo 37 de la LGTel en el caso de infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas, que reconoce el derecho de los operadores 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.

II.2) Normativa reguladora del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas.

Con carácter general, el artículo 29 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), recoge el derecho de los operadores a la ocupación de la propiedad privada cuando resulte necesario para instalar su red y el artículo 30 su derecho a la ocupación del dominio público. El punto de partida, pues, es el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas por parte de los operadores, de manera que la normativa dictada por cualquier Administración Pública que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas deberá, en todo caso, reconocer ese derecho.

Entre los requisitos que debe cumplir dicha normativa se incluye garantizar el respeto de los límites impuestos a la intervención administrativa en protección de los derechos de los operadores. En particular, la exigencia de documentación que los operadores deban aportar deberá ser motivada, tener una justificación objetiva, ser proporcionada al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario.

Asimismo, **el artículo 32 de la LGTel se refiere a la ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada**. El principio general es que los operadores de comunicaciones electrónicas podrán celebrar de manera voluntaria acuerdos entre sí para determinar las condiciones para la ubicación o el uso compartido de sus infraestructuras. No obstante, la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados y la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada también podrá ser impuesta de manera obligatoria a los operadores que tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada. Para ello, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo trámite de audiencia a los operadores afectados y de manera motivada, podrá imponer, con carácter general o para casos concretos, la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras y recursos asociados¹.

La Administración local, cuando considere que por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial procede la imposición de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada, podrá instar de manera motivada al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio del procedimiento, que deberá incluir un trámite de alegaciones de la Administración instantánea.

La facultad para resolver los conflictos que pudieran suscitarse en estos supuestos corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.2 d), a esta Comisión.

La LGTel también se refiere en sus artículos 34, 35 y 36 a la normativa de las administraciones públicas que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Entre otros principios, se prevé que ésta, así como los instrumentos de planificación territorial o urbanística, no podrá establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. Por el contrario, cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá estar plenamente justificado e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.

¹ En el mismo sentido se encontraba redactado el artículo 30 de la LGTel de 2003, en su redacción dada por el Real Decreto 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

Por su parte, el artículo 34.3 de la LGTel impone la obligación de garantizar la existencia una oferta de lugares suficientes para ubicar las infraestructuras de los operadores de comunicaciones electrónicas en los siguientes términos:

“las administraciones públicas contribuirán a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras identificando dichos lugares y espacios físicos en los que poder cumplir el doble objetivo de que los operadores puedan ubicar sus infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas así como la obtención de un despliegue de las redes ordenado desde el punto de vista territorial”.

El apartado 6 del artículo 34 de la LGTel opta por la falta de exigencia de licencia para las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, 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 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), 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 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.

De lo anterior se concluye que la LGTel excepciona la necesidad de requerir autorización o licencia previa y sustituye ésta por una declaración responsable

para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas o de estaciones radioeléctricas en dominio privado distintas de las señaladas en la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, esto es, (i) las estaciones radioeléctricas que se ubiquen en dominio privado y tengan una superficie superior a 300 m², (ii) las que tengan impacto en el patrimonio histórico artístico o (ii) que tengan impacto en espacios naturales protegidos).

En los supuestos diferentes, 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.

Por lo tanto, las condiciones que se exigen para que el plan de despliegue o instalación tenga como efecto la sustitución de la licencia o autorización previa a la declaración responsable son dos:

- 1) que el plan haya sido aprobado por la administración competente para el otorgamiento de la licencia o autorización y,
- 2) que la infraestructura que se pretende instalar mediante declaración responsable esté incluida en ese plan

La exposición de motivos de la Ley señala que la sustitución de las licencias y autorizaciones cuando previamente el operador haya presentado ante las administraciones competentes un plan de despliegue y éste haya sido aprobado, se justifica *“por cuanto que, en estos casos, la administración competente ya ha analizado y ponderado los intereses inherentes al ejercicio de sus propias competencias”*. Por tanto, en el plan se deberá contemplar, respecto cada una de las redes públicas de comunicaciones electrónicas o de estaciones radioeléctricas incluidas en él, la información necesaria para que la Administración pueda realizar ese análisis y ponderación de intereses, que en el caso de los Ayuntamientos serán los relacionados, principalmente con sus competencias en materia de urbanismo, medio ambiente y protección del patrimonio histórico.

Para que opere la sustitución de licencias o autorizaciones municipales el plan habrá tenido que ser aprobado por el Ayuntamiento. Por tanto, la aprobación de un plan de despliegue por una Comunidad Autónoma no surte efecto sobre la sustitución de licencias y autorizaciones municipales. Además, el plan aprobado por el Ayuntamiento no surte ese efecto sobre la sustitución de las licencias o autorizaciones que deba otorgar la Comunidad Autónoma.

En cuanto al contenido del plan de despliegue, el artículo 34.6 de la LGTel se limita a establecer que *“deberá prever los supuestos en los que se van a efectuar despliegues aéreos o por fachadas de cables y equipos”* y se remite a un posterior desarrollo normativo en lo que se refiere a la concreción del contenido del plan y de las condiciones técnicas.

Las reglas para ese desligue aéreo son las contenidas en el apartado 5 del artículo 36:

- Los operadores deberán hacer uso de las canalizaciones subterráneas o en el interior de las edificaciones que permitan el despliegue y explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas.
- En los casos en los que no existan dichas canalizaciones o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas, los operadores podrán efectuar despliegues aéreos siguiendo los previamente existentes.
- Igualmente, en los mismos casos, los operadores podrán efectuar por fachadas despliegue de cables y equipos que constituyan redes públicas de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados, si bien para ello deberán utilizar, en la medida de lo posible, los despliegues, canalizaciones, instalaciones y equipos previamente instalados.
- Los despliegues aéreos y por fachadas no podrán realizarse en casos justificados de edificaciones del patrimonio histórico-artístico o que puedan afectar a la seguridad pública.

La Ley no se refiere al procedimiento para la aprobación del plan de despliegue pero sí establece los efectos del silencio administrativo en su artículo 34.6:

“El plan de despliegue o instalación de red pública de comunicaciones electrónicas se entenderá aprobado si, transcurridos dos meses desde su presentación, la administración pública competente no ha dictado resolución expresa”.

En todo caso, el plan de despliegue de redes de comunicaciones electrónicas no constituye un instrumento de ordenación urbanística.

La resolución que se dicte podrá aprobar el plan, denegar esa aprobación o excluir de la aprobación determinadas instalaciones. En caso de denegación total o parcial de la aprobación, la resolución deberá ser motivada –arts. 54 y 89 de la LRJAP y PAC- y fundamentada únicamente en las normas de protección de los intereses municipales respecto de los que el Ayuntamiento tenga competencias, tales como las del planeamiento urbanístico, planes especiales de protección del patrimonio histórico cultural, las de protección de los bienes catalogados o las de protección del paisaje urbano. Dicho de otra

manera: si el efecto de la aprobación del plan es la sustitución de las licencias municipales por declaraciones responsables, las normas en las que se debería fundamentar la denegación de la aprobación deberían ser las que resulten de aplicación a la concesión de las licencias que se sustituyen.

En lo que se refiere a las licencias urbanísticas para desplegar redes en edificaciones de dominio privado, la disposición final tercera de la LGTel modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, e introduce una disposición adicional octava con el siguiente texto:

«Disposición adicional octava. Instalación de infraestructuras de red o estaciones radioeléctricas en edificaciones de dominio privado.

Las obras de instalación de infraestructuras de red o estaciones radioeléctricas en edificaciones de dominio privado no requerirán la obtención de licencia de obras o edificación ni otras autorizaciones, si bien, en todo caso el promotor de las mismas habrá de presentar ante la autoridad competente en materia de obras de edificación una declaración responsable donde conste que las obras se llevarán a cabo según un proyecto o una memoria técnica suscritos por técnico competente, según corresponda, justificativa del cumplimiento de los requisitos aplicables del Código Técnico de la Edificación. Una vez ejecutadas y finalizadas las obras de instalación de las infraestructuras de las redes de comunicaciones electrónicas, el promotor deberá presentar ante la autoridad competente una comunicación de la finalización de las obras y de que las mismas se han llevado a cabo según el proyecto técnico o memoria técnica.»

De esta manera, se exceptúa la necesidad de obtener licencia de obras para instalar redes de comunicaciones electrónicas en edificios que tengan ese carácter.

El principio de simplificación también están presentes en actual redacción dada por la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, al artículo 84bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) que, entre otros extremos, señala que las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado.

Dicho régimen supone que las administraciones locales no podrán exigir ningún tipo de autorización previa o licencia para la instalación o el despliegue de infraestructuras necesarias para el ejercicio de actividades económicas excepto cuando concurren los siguientes requisitos acumulativos (i) lo prevea una norma con rango de Ley que defina los requisitos esenciales de esa

autorización; (ii) concurra una de las siguientes razones imperiosas de interés general: la protección del medioambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico, la seguridad o la salud públicas y (ii) la exigencia de autorización sea proporcionada (es decir, que no exista un medio más adecuado).

En sustitución de la autorización habilitante, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial (art. 84ter LBRL).

Además, la LBRL contiene una regla para evitar el caso de que además de la licencia o autorización local se precise la de otra administración. En ese caso, se deberá motivar expresamente que el interés general que motiva la necesidad de autorización o licencia no está ya suficientemente protegido por la previa. Dicha previsión se ajusta al principio de simplificación de cargas previsto en el artículo 7 de la LGUM

II.3) Afectación a los principios protegidos en la LGUM por parte de la actuación del Ayuntamiento de Pinoso.

A los efectos del objeto del presente informe, debe analizarse si la inactividad del Ayuntamiento de Pinoso 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 que 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, ejercicios 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.

No obstante, de los hechos expuestos por el operador se desprende que el obstáculo denunciado es la inactividad de la corporación local para facilitar el acceso a infraestructuras 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 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.

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

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión

1º.- La negativa al acceso a instalaciones ya existentes susceptibles de alojar elementos de 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.

2º.- 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.