

INFORME DE 11 DE MARZO DE 2020 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LAS LIMITACIONES AL DESPLIEGUE DE REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EXISTENTES IMPUESTAS EN UNA RESOLUCIÓN DE LA ALCALDÍA Y CONTENIDAS EN EL PLAN DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA MUNICIPAL (UM/008/20).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 31 de enero de 2020 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación de un operador de comunicaciones electrónicas de las previstas en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), en relación con el Decreto del Alcalde de Freginals (Tarragona) nº 2020-0000006 de 22 de enero de 2020 (Decreto de 22.01.2020), por el que se declara desistido a dicho operador en un procedimiento de concesión de licencia urbanística para el despliegue de una red de fibra óptica hasta el hogar (FTTH).

En el citado Decreto de 22.01.2020, el Alcalde señala la obligación de que la nueva red sea siempre subterránea en su recorrido por suelo urbano, razón por la que no puede otorgarse la licencia solicitada por la empresa interesada.

En fecha 11 de febrero de 2020, y según lo previsto en el artículo 26.5 LGUM, la SECUM remitió a esta Comisión la reclamación de referencia.

II. CONSIDERACIONES

1) Limitación incluida en el Decreto de 22 de enero de 2020 en relación con los artículos 179 y 193 del Plan de Ordenación Urbanística Municipal (POUM) de Freginals.

En la página 3 del Decreto de 22.01.2020 se fundamenta la denegación de licencia solicitada en que:

“De acuerdo con los artículos 179 y 193 del POUM, el proyecto no se adecua al planeamiento urbanístico vigente, puesto que los nuevos servicios urbanísticos deben ser subterráneos en suelo urbano. Con el fin de obtener la autorización, resultaría necesario modificar el proyecto y preverlo”.

Por su parte, en el artículo 179.6 del Plan de Ordenación Urbanística Municipal o POUM (DOGC Núm. 6385 de 29.5.2013¹) se dice lo siguiente:

¹ <https://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/6385/1302140.pdf>.

Los nuevos despliegues de redes de servicios serán subterráneos, excepto de aquellas redes que por razón de seguridad de las personas o de los bienes no deban serlo.

Y en el artículo 193.3 del mismo POUM se añade que:

Las redes de telecomunicaciones de las actuaciones de nueva urbanización y reurbanización contemplarán la instalación de los correspondientes prismas subterráneos de paso de servicios y las conexiones externas al sector necesarias para su correcta integración en las redes correspondientes.

Por tanto, puede señalarse que la restricción establecida por el Decreto de 22.01.2020 se deriva del propio POUM.

2) Análisis de las limitaciones previstas en el Decreto de 22 de enero de 2020 y en el POUM de Freginals a la luz de la normativa sectorial aplicable (Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones).

El apartado 3 del artículo 34 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) dispone:

“La normativa elaborada por las administraciones públicas que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger 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 y la disponibilidad de una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras.

De esta manera, dicha normativa o instrumentos de planificación no podrán 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. En este sentido, 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.”

Esta regulación está en consonancia con la anterior doctrina del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en las SSTs de 4 de mayo de 2010², 18 de enero de 2011³ y 21 de febrero de 2012⁴:

“El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.”

Por otra parte, el apartado 5 del artículo 34 LGTel prevé que:

“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.”

Únicamente puede prohibirse el despliegue aéreo o por fachadas, de acuerdo con el artículo 34.5 LGTel, en supuestos justificados de edificaciones declaradas como patrimonio histórico-artístico o por razones de seguridad pública. Ninguno de estos dos motivos consta justificadamente, sin embargo, ni en el Decreto de 22 de enero de 2020 ni tampoco en los artículos 179 y 193 del POUM. De hecho, en el artículo 179 del POUM se establece una disposición totalmente contraria al artículo 34.5 LGTEL.

En efecto, mientras la regulación sectorial aplicable establece la posibilidad de despliegue aéreos cuando no existan canalizaciones subterráneas o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas, salvo por razones de protección de patrimonio histórico o seguridad pública, el POUM prevé la

² Recurso de casación núm. 4801/2006.

³ Recurso de casación núm. 1281/2007.

⁴ Recurso de casación núm.17143/2005.

obligación general de despliegue subterráneo excepto por la concurrencia de motivos de protección de personas o bienes.

En el Fundamento 6º de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 20/2016 de 4 de febrero de 2016 (Recurso de inconstitucionalidad 709/2015⁵) se decía que:

Puesto que la lectura de los artículos recurridos revela que los despliegues aéreos o en fachadas se permiten de forma excepcional y subsidiaria, en casos de imposibilidad de acudir a los despliegues subterráneos o en el interior de los edificios o fincas, que constituyen la regla general, tienen cobertura en el título competencial citado. Tanto las razones técnicas como las de naturaleza económica que, según los preceptos impugnados, permiten a los operadores los despliegues aéreos o en fachadas, se vinculan en ambas normas a esa «imposibilidad», por lo que ha de tratarse en los dos casos de razones de significativa relevancia. Si, como parece asumir la recurrente, la norma se aplicara haciéndose extensiva a supuestos no contemplados en ella, estaríamos ante un incumplimiento de la misma, que no puede fundar el análisis de su constitucionalidad, por lo que el recurso tiene un carácter preventivo en este punto. Por otra parte, el mismo art. 34.5 excluye las edificaciones del patrimonio histórico-artístico o casos que afecten a la seguridad pública.

Finalmente, debe señalarse que la disposición transitoria novena de la propia LGTel prevé la necesidad de que los instrumentos urbanísticos se adapten a los artículos 34 y 35 LGTel en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de dicha Ley:

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 la entrada en vigor de la presente Ley.

Considerando que la LGTel entró en vigor el día 11 de mayo de 2014⁶, ello significa que las normativas urbanísticas municipales debían haberse adaptado a la LGTel antes del 11 de mayo de 2015.

En su Sentencia nº 119/2019 de 5 de febrero de 2019 (Recurso de Casación núm. 1605/2017) el Tribunal Supremo recuerda la necesidad de adaptar el planeamiento a las nuevas disposiciones de la vigente LGTEL;

Al parecer de la Sala, el término "elaborados" no se refiere a los planes en tramitación, sino que equivale a planes vigentes al entrar en vigor la. Así se deriva del fin de la Disposición Transitoria 9ª, pues la misma establece la adaptación de los planes al nuevo régimen legal y se adapta lo que ya existe, lo que rige de conformidad con la normativa precedente y, por eso, ha de

⁵ BOE núm. 57 de 07.03.2016.

⁶ Día siguiente a su publicación en el BOE, según disposición final undécima.

procurarse que se ajuste a la nueva normativa; el plan que está por nacer cuando entra en vigor la nueva ley no tiene necesidad alguna de adaptarse pues puede, mejor, debe cumplir con la nueva ley.

La tesis del Tribunal Supremo ha sido aplicada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2019 (recurso nº 278/2016).

Y en la SSTSJ de Castilla y León nº 886/2017 de 4 de julio de 2017 (recurso 443/2016) se anula una ordenanza municipal que establecía la prohibición absoluta de instalación de redes o elementos de red en fachadas:

El párrafo tercero de ese apartado ha de declararse nulo, pero solo en la medida en que no contempla la excepción al carácter subterráneo de las canalizaciones prevista en el antes citado art. 34.5 LT para el supuesto de que no existan esas canalizaciones o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas, pues en estos casos el mencionado art. 34.5 LT permite "efectuar despliegues aéreos siguiendo los previamente existentes", como antes se ha puesto de manifiesto

II.3) Análisis de las limitaciones previstas en el Decreto de 22 de enero de 2020 y en el POUM de Freginals a la luz de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado

II.3.1) Artículos 3 LGUM, 4 LRJSCP y 84bis de la LBRL.

El artículo 5 de la LGUM señala que:

“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.

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 el mismo sentido se pronuncia el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Por otro lado, el artículo 17.1 de la LGUM dispone que se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización, entre otros supuestos, “respecto de las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el

entorno urbano y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación”.

El apartado 2 del mismo artículo 17 LGUM, prevé que “*se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean justificados”.*

Y el artículo 84bis.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) 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. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes:

- a) La potencia eléctrica o energética de la instalación.*
- b) La capacidad o aforo de la instalación.*
- c) La contaminación acústica.*
- d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración.*
- e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes.*
- f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.*

En todos estos preceptos se exige la aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión a la actividad económica afectada por la restricción impuesta por la Administración.

Por otro lado, la observancia de la normativa sectorial en materia de telecomunicaciones, en la que el Estado tiene competencia exclusiva en virtud del artículo 149.1.21 de la Constitución⁷, ha sido considerada por el Tribunal Supremo como una garantía de la unidad de mercado. Concretamente, en sus sentencias de 22 de marzo y 14 de julio de 2011⁸, el Tribunal Supremo ha declarado que:

⁷ Véase STC 8/2012, de 18 de enero de 2012 (BOE nº 36, de 11.02.2012).

⁸ Recursos de Casación núms.1845/2006 y 31/2007.

“En el ámbito de las telecomunicaciones, la unidad de mercado es un objetivo jurídico requerido por el tan citado artículo 149.1.21 de la Constitución, porque dicha unidad es también, y antes que eso, un imperativo de política económica, que el jurista no puede desdeñar desde el momento que a través de esa unidad se trata de impedir la fragmentación del espacio económico nacional y garantizar una economía de escala, esencial en un ámbito como éste en el que la dimensión del mercado se erige como un parámetro fundamental de su desarrollo económico, perspectiva socioeconómica que no puede eludirse en el proceso de interpretación y aplicación de las normas examinadas, que, en cuanto instrumentos al servicio de una política de telecomunicaciones única conformadora de un modelo económico común, deben ser interpretadas no sólo desde una perspectiva jurídico-formal sino también desde un punto de vista finalista, teleológico, que tenga en cuenta el contexto en que se enmarcan y el fin que persiguen.

En consecuencia, en el ámbito de la ordenación técnica de las telecomunicaciones no nos situamos ante una tarea a realizar conjuntamente por el Estado y las Comunidades Autónomas, sino ante el ejercicio de una competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.21 de la Constitución, que se enmarca en la exigencia de la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado, y que exige un mínimo normativo como presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales o disgregadores (véanse Sentencias del Tribunal Constitucional 96/1984 de 19 de octubre, fundamento jurídico tercero, y 133/1997 de 16 de julio, fundamento jurídico séptimo).”

II.3.2) Anteriores informes de la CNMC y SECUM sobre la misma cuestión.

En las páginas 5 a 6 de su anterior Informe UM/016/15, de 13 de abril de 2015⁹, la CNMC ya se opuso a la imposición de restricciones iguales o similares a las que son objeto del presente informe, y en los siguientes términos:

De la lectura del apartado 5 del artículo 34 LGTel y de su cotejo con los artículos 11 y 13 de la Ordenanza se desprende que:

- *El artículo 11 de la Ordenanza contraviene el apartado 5 del artículo 34 LGTel en la medida que el citado artículo 11 establece una obligación absoluta e incondicionada de canalización de redes de telecomunicación mientras que la LGTel permite despliegues aéreos en los casos en que no existan canalizaciones subterráneas preexistentes o no sea posible el uso de las mismas por razones técnicas o económicas.*
- *El artículo 13 de la Ordenanza resulta también contrario al apartado 5 del artículo 34 LGTel en la medida en que dicho artículo 13 prohíbe*

⁹ <https://www.cnmc.es/node/345644>.

expresa y terminantemente las canalizaciones por las fachadas de las edificaciones y, en cambio, la LGTel las autoriza en los mismos supuestos excepcionales de despliegue aéreo (inexistencia de canalizaciones subterráneas previas o imposibilidad técnica o económica)¹⁰.

Únicamente puede prohibirse el despliegue aéreo o por fachadas, de acuerdo con el artículo 34.5 LGTel, en supuestos justificados de edificaciones declaradas como patrimonio histórico-artístico o por razones de seguridad pública. Ninguno de estos dos motivos consta, sin embargo, en los artículos 11 y 13 de la Ordenanza.

En el mismo sentido también se había pronunciado anteriormente la SECUM en su Informe 26/1424 de 19 de diciembre de 2014¹¹:

En relación con la otra limitación de esta primera categoría (condicionantes para el despliegue de cables y equipos sobre las fachadas del artículo 10.6), su presencia en la Ordenanza se considera innecesaria, dado que la LGTel ya ha previsto en su artículo 34 soluciones proporcionadas para que los operadores económicos utilicen en la medida de lo posible las instalaciones ya existentes (..).

Por tanto, en la medida en que la normativa sectorial aplicable (LGTel) ya ha realizado un análisis de necesidad y proporcionalidad en relación con las limitaciones que pueden establecerse para condicionar la realización de determinadas instalaciones, se considera que los artículos referenciados de la Ordenanza introducen trabas innecesarias y desproporcionadas.

En términos más genéricos el Informe de la Sala de Supervisión Regulatoria, de fecha 26 de julio de 2018¹², recuerda la importancia de las reformas estructurales introducidas en la LGTel para facilitar el despliegue de las redes de alta velocidad y la prestación de servicios a los usuarios finales con una mayor calidad y cobertura, señalándose expresamente que:

“Para cumplir dicho objetivo se prevé que la normativa elaborada por las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias, que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas (...) respete lo dispuesto en la legislación sectorial de telecomunicaciones, resultando aplicable al presente caso lo establecido en el artículo 34.3 de la LGTel, de

¹⁰ Siempre y cuando el operador utilice, en la medida de lo posible, las canalizaciones, instalaciones o equipos previamente existentes.

¹¹

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/TELECOMUNICACIONESantenas2.pdf>.

¹² Informe sobre el borrador de Anteproyecto de Ley Autonómica para la Ordenación de Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha (IPN/CNMC/008/18) <https://www.cnmc.es/node/370936>.

conformidad con el cual, dicha normativa 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.”

El informe destaca, asimismo, que incluso en los supuestos en los que las restricciones estuvieran debidamente justificadas, éstas deben acompañarse de alternativas que garanticen el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones, recomendándose, a tal efecto, la previsión de soluciones alternativas para la ocupación del dominio público de forma eficiente y viable para los operadores.

II.3.3) Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2018.

En esta Sentencia de 2 de noviembre de 2018 (recurso 206/2015), dictada en el marco del procedimiento especial de unidad de mercado del artículo 27 LGUM, la Audiencia Nacional anuló la prohibición de instalar antenas y conductos en las fachadas impuesta por la Ordenanza de Paisaje Urbano de Santa Cruz de Tenerife. En dicho procedimiento la Administración reconoció expresamente que dicha prohibición era contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

III. CONCLUSIONES

1ª.- La exigencia prevista en el Decreto del Alcalde de Freginals (Tarragona) nº 2020-0000006 de 22 de enero de 2020 y en los artículos 179.6 y 193.3 del Plan de Ordenación Urbanística Municipal o POUM de Freginals (DOGC Núm. 6385 de 29.5.2013¹³) de que el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas deba ser siempre subterráneo (salvo por razones de protección de personas y bienes) constituye una restricción de los artículos 5 y 17 LGUM.

2ª.- Dicha exigencia vulnera los principios de necesidad y proporcionalidad, puesto que la propia normativa sectorial aplicable (artículo 34.5 LGTel) permite el despliegue aéreo y por fachada cuando no existan canalizaciones subterráneas o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas. Únicamente no podrá realizarse dicho despliegue cuando afecte a edificaciones del patrimonio histórico-artístico o cuando pueda afectar a la seguridad pública, según consta en la normativa sectorial vigente desde 2014 y señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 20/2016 de 4 de febrero de 2016.

¹³ <https://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/6385/1302140.pdf>.

En el mismo sentido se pronunciaron tanto esta Comisión en su Informe UM/016/15, de 13 de abril de 2015¹⁴, como la SECUM en su Informe 26/1424 de 19 de diciembre de 2014¹⁵, interpretación confirmada por la Audiencia Nacional en Sentencia de 2 de noviembre de 2018 (recurso 206/2015).

¹⁴ <https://www.cnmc.es/node/345644>.

¹⁵

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/TELECOMUNICACIONESantenas2.pdf>.