

INFORME DE 10 DE JUNIO 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 EN RELACIÓN LA PRESENTACIÓN DE PLANES DE DESPLIEGUE (UM/022/20).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 23 de abril 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 despliegue de fibra óptica en el municipio de Aldeamayor de San Martín, sito en la provincia de Valladolid (en adelante, Aldeamayor).

El operador reclamante denuncia la indebida exigencia de licencia Urbanística para desplegar el Enlace Backhaul para Interconectar las Redes de Fibra Óptica hasta el Hogar en el citado municipio, licencia que no resultaría exigible al contar el operador con un plan aprobado de despliegue. Dicha aprobación se habría producido por silencio administrativo positivo del Ayuntamiento, en aplicación del artículo 34.6 de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones (LGtel), por lo que el requerimiento de licencia resultaría contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Limitaciones fijadas por el Ayuntamiento de Aldeamayor.

Mediante Resolución de Alcaldía nº 242 de fecha 21 de febrero de 2020, el Ayuntamiento de Aldeamayor acuerda:

- Incoar expediente para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, respecto de las actuaciones ilegales realizadas por el operador reclamante, consistentes en la ejecución de una red subterránea de fibra óptica sin licencia, ocupando dominio privado y patrimonio municipal de suelo y dejando las tierras removidas, sin compactar.
- Iniciar los trámites oportunos para incoar expediente sancionador de la infracción urbanística contra el operador reclamante.

- Notificar el Acuerdo de incoación de restauración de la legalidad al operador reclamante, como promotor de los actos o a sus causahabientes, entendiendo como tales las personas que le hayan sucedido, o que se hayan subrogado por cualquier título en su derecho o posición. Dado que, según el informe de los Servicios Técnicos Municipales, las actuaciones llevadas a cabo no son legalizables, la restauración de la legalidad consistirá en el restablecimiento de los terrenos a su estado original, levantando la instalación y compactando las tierras, todo ello a costa del operador.

II.2) Normativa urbanística aplicable.

Por un lado, en el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) del municipio¹ no se prevé una regulación específica sobre la implantación de redes de telecomunicaciones en relación con la aprobación de planes de despliegue.

Por otro lado, el acto reclamado indica la posible infracción de los artículos 291.4, 307 y 348.3.c del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, aprobado por Decreto 22/2004, de 29 de enero (en adelante RUCyL). No obstante, el artículo 291 del RUCyL se refiere únicamente al régimen general de otorgamiento de licencias urbanísticas, cuya concesión debe efectuarse dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros (apartado 4).

El artículo 307 del RUCyL se refiere, por otro lado, a la necesaria autorización excepcional de uso del suelo rústico, que ha de otorgar la Comisión Territorial de Medio Ambiente y Urbanismo de la Junta de Castilla y León en aquellos municipios de menos de 20.000 habitantes², como es el caso de Aldeamayor de San Martín³. Cabe resaltar a este respecto, no obstante, que de conformidad con lo previsto en el artículo 307.5 d) de dicha norma, transcurridos dos meses desde la solicitud, sin que la Comisión Territorial de Medio Ambiente y Urbanismo haya notificado su resolución al Ayuntamiento y al interesado, se entiende obtenida por silencio la autorización de uso excepcional.

El artículo 348.3.c) del RUCyL prevé como infracción grave la *realización* de construcciones o instalaciones que vulneren la normativa urbanística en cuanto a uso del suelo, aprovechamiento y densidad, así como en cuanto a la altura, volumen y situación de las construcciones e instalaciones, salvo que se demuestre la escasa entidad del daño producido o del riesgo creado.

¹ <http://www.jcyl.es/plaupdf//47/47007/281917/va704nrm.pdf>.

² En virtud de lo dispuesto en el artículo 306 del RUCyL.

³ Municipio que cuenta con una población inferior a los 6.000 habitantes.

El Ayuntamiento también menciona en su escrito el artículo 343 del RUCyL, referido a los actos concluidos sin licencia urbanística. Cuando haya concluido la ejecución de algún acto de uso del suelo que requiera licencia urbanística, pero no esté amparado por licencia ni orden de ejecución, el órgano municipal competente debe disponer: a) El inicio del procedimiento de restauración de la legalidad. b) El inicio del procedimiento sancionador de la infracción urbanística.

Finalmente, el municipio reclamado cita también el artículo 118 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo, de Castilla y León. Dicho precepto se refiere a la restauración de la legalidad urbanística. Si los actos sancionados fueran incompatibles con el planeamiento urbanístico, como parece declararlo así en este caso el Ayuntamiento, se acordará su definitiva suspensión, con demolición o reconstrucción de las construcciones e instalaciones que se hubieran ejecutado o demolido, respectivamente, a costa de los responsables

II.3) Análisis de las limitaciones previstas en a la luz de la normativa sectorial aplicable (Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones).

II.3.1) Artículo 34.6 LGTel y Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2016, de 4 de febrero de 2016.

En el artículo 34.6 de la LGTel se prevé que:

Para la instalación de las estaciones o infraestructuras radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público a las que se refiere la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, no podrá exigirse la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas, en los términos indicados en la citada ley.

Para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas o de estaciones radioeléctricas en dominio privado distintas de las señaladas en el párrafo anterior, no podrá exigirse por parte de las administraciones públicas competentes la obtención de licencia o autorización previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, o de carácter medioambiental, ni otras licencias o aprobaciones de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización dicha instalación, en el caso de que 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.

En el Plan de despliegue o instalación, el operador deberá prever los supuestos en los que se van a efectuar despliegues aéreos o por fachadas de cables y equipos en los términos indicados en el apartado anterior.

Este plan de despliegue o instalación a presentar por el operador se sujetará al contenido y deberá respetar las condiciones técnicas exigidas mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros.

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.

Las licencias o autorizaciones previas que, de acuerdo con los párrafos anteriores, no puedan ser exigidas, serán sustituidas por 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, relativas al cumplimiento de las previsiones legales establecidas en la normativa vigente. En todo caso, el declarante deberá estar en posesión del justificante de pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2016, de 4 de febrero de 2016 declaró inconstitucional y nulo el inciso “transcurridos dos meses desde su presentación”, aunque manteniendo el silencio administrativo positivo del precepto. En efecto, en el Fundamento 7 de la citada sentencia el Tribunal Constitucional declara que “*la previsión silencio positivo que el precepto contempla, tiene amparo en los mismos títulos competenciales estatales*”.

II.3.2) Aplicación del artículo 34.6 y la doctrina constitucional por tribunales superiores de justicia.

La doctrina del TC ha sido aplicada recientemente por la STSJ Murcia nº 245/2019, de 16 de abril de 2019 (recurso 246/2018).

En dicha sentencia se rechaza la aplicación directa del plazo general de 3 meses para entender aprobados los planes de despliegue por silencio administrativo positivo del artículo 21.3 de la vigente Ley 39/2015 (LPAC) y del artículo 42.3 de la anterior Ley 30/1992 (LRJPAC), si se otorgan al solicitante derechos o facultades al solicitante que resulten contrarias al ordenamiento urbanístico. En su Fundamento Segundo se dice que:

Procede comenzar diciendo que la Sala entiende que no puede entenderse aprobado el Plan Técnico de Implantación de Estaciones de base de telefonía móvil y sus Actualizaciones por silencio administrativo positivo. Es cierto que el art. 34.6 de la Ley General de Telecomunicaciones decía que el plan de despliegue se entenderá aprobado si transcurridos dos meses desde su presentación, la Administración competente no ha dictado resolución expresa.

Sin embargo, como señala la parte apelada, dicho precepto ha sido declarado inconstitucional por la STC 20/2016, de 4 febrero.

Por otro lado, no resulta aplicable en el presente caso el art. 42. 3 de la Ley 30/1992 , teniendo en cuenta que no es que la norma no fije un plazo máximo de resolución, sino que dicho plazo ha sido declarado inconstitucional; debiéndose tener en cuenta en cualquier caso la reiterada jurisprudencia aplicada por esta Sala que declara que no cabe entender obtenidas por silencio administrativo positivo licencias o autorizaciones en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (SSTS de 17-10-2007). En el presente caso el Ayuntamiento de San Javier sostiene con base en los informes emitidos por sus Servicios Técnicos (Arquitecto Municipal), que los referidos planes no se ajusten en parte al contenido exigido por el art.38 de la Ordenanza Municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas; mientras que la parte apelada, Vodafone España SAU, sostiene con base en la prueba pericial practicada a su instancia, lo contrario, lo que supone que una vez valoradas dichas pruebas, de entender que el Ayuntamiento lleva razón, aunque sea en parte, el silencio positivo no podría operar.

En todo caso, el actual artículo 24 de la vigente Ley 39/2015 (LPAC), redactado en términos similares al antiguo artículo 43 Ley 30/1992 (LRJPAC) prevé que:

*El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al **solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente** y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.*

Por tanto, los planes de despliegue han de entenderse aprobados por silencio positivo siempre que en los mismos no se otorguen facultades sobre el dominio público o afecten al medio ambiente.

En todo caso, su aprobación no exonera de la obtención de las licencias de carácter urbanístico que resulten necesarias, ya que la simplificación administrativa recogida en el artículo 34.6 de la LGTel se refiere a las licencias o autorizaciones previas de instalaciones, las de funcionamiento o de actividad, o aquéllas de carácter medioambiental. Por lo que el operador ha de solicitar, aún con el plan de despliegue aprobado, las licencias urbanísticas o de obras oportunas.

II.4) Análisis de las limitaciones previstas a la luz de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

II.3.1) Artículos 5, 7, 17 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 su parte, el artículo 7 LGUM prevé que:

La intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad.

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 o licencia previa, 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”*, así como también en caso de *“utilización del dominio público”*, lo cual sí concurre en este supuesto, al discurrir por caminos rústicos el despliegue de red. Sin embargo, lo discutido no es la exigencia de licencia, sino el requisito adicional de la autorización excepcional de uso en suelo rústico que, de conformidad con la normativa urbanística autonómica⁴, ha de otorgar la

⁴ Artículo 307 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

Comisión Territorial de Medio Ambiente y Urbanismo de la Junta de Castilla y León.

En relación con este aspecto, no obstante, y de conformidad con las manifestaciones del interesado, el 26 de junio de 2019 el operador habría presentado ante la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León la solicitud de Autorización de Ocupación del Monte de Utilidad Pública “Prado del Quiñón”, por lo que podría haberse producido, en el presente caso, el silencio positivo al que alude el mencionado artículo 307.5 d) del RUCyL.

Por otro lado y de conformidad con el apartado 2 del artículo 17 LGUM “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 Constitución⁵, 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 2011⁶, el Tribunal Supremo ha declarado que:

“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 la SECUM sobre esta cuestión.

El Informe de la Sala de Supervisión Regulatoria, de fecha 26 de julio de 2018⁷, 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:

⁵ Véase STC 8/2012, de 18 de enero de 2012 (BOE nº 36, de 11.02.2012).

⁶ Recursos de Casación núms.1845/2006 y 31/2007.

⁷ 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>.

“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 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.

Y en el Informe de la SECUM 26/17014 de 16 de febrero de 2017⁸ se prevé que:

Sobre la base de lo expuesto puede concluirse que la denegación del Ayuntamiento de Beniganim debería estar fundamentada en los criterios que le han llevado adoptar tal decisión de acuerdo con los principios a establecidos en la LGUM y aportando alternativas que garanticen el derecho de ocupación del operador. Se señala, igualmente, que el hecho de no aprobar un Plan general de despliegue obliga al operador a solicitar autorización para cada una de las infraestructuras e instalaciones contenidas en el mismo, desvirtuando así la preferencia por la declaración responsable como medio de intervención establecida en la norma sectorial.

Unas conclusiones similares se alcanzaron en el Informe 26/1636 de 25 de mayo de 2016⁹:

Atendiendo al artículo 34.6 de la LGTel y refiriéndonos al caso concreto que nos ocupa, solo podría exigirse una licencia en caso de que nos encontremos ante instalaciones con impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, en el caso de que se trate de instalaciones de superficie superior a 300 metros cuadrados, o en el caso de instalaciones de nueva construcción que tengan impacto en espacios naturales protegidos. Incluso aunque nos encontráramos ante alguno de estos tres supuestos, si la instalación de la red pública se efectuó en dominio privado, debe

8

https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/casos_gum/26.108TELECOMUNICACIONESDespliegueRedWIFIBeniganim.pdf.

9

<https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/26.49TELECOMUNICACIONESAntenasChiclana.pdf>.

tenerse en cuenta que el operador ha presentado un plan de despliegue o instalación de red ante la Administración. La autoridad competente debería manifestarse de forma expresa ante la solicitud del reclamante, motivando, en su caso, su denegación conforme a los principios establecidos en la LGUM y en la normativa sectorial de aplicación.

Más explícito resulta el Informe UM/024/17 de 19 de febrero de 2017¹⁰:

Sin perjuicio del deber del Ayuntamiento de resolver de forma expresa la solicitud del reclamante de aprobación de su plan de despliegue y de considerarla aprobada por silencio positivo una vez transcurrido el plazo general previsto en la normativa de aplicación, la actuación administrativa impugnada vulnera los principios de necesidad y proporcionalidad y su instrumentalización en los términos dispuestos en el artículo 17 de la LGUM en relación con el artículo 34.6 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones.

III. CONCLUSIONES

1ª.- Sin perjuicio del deber del Ayuntamiento de Aldeamayor de Sanmartín de resolver de forma expresa la solicitud del reclamante de aprobación de su plan de despliegue y de considerarla aprobada por silencio una vez transcurrido el plazo general de tres meses previsto en el artículo 21.3.b) LPAC, salvo que se trate de actividades que transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público o que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente (artículo 24.1 LPAC), la actuación impugnada podría vulnerar los principios de necesidad y proporcionalidad en los términos previstos en los artículos 5 y 17 LGUM, en relación con el artículo 34.6 LGTel.

2ª.- En todo caso, la aprobación de los planes de despliegue por silencio administrativo positivo no exonera de la obligación de respetar la normativa urbanística aplicable.

3ª.- En el caso de que la autoridad administrativa autora de la actuación contra la que se ha presentado la reclamación mantuviera su criterio y no resultaran nuevas circunstancias que exijan reconsiderar las conclusiones mencionadas en el apartado primero, esta Comisión estaría legitimada para impugnarla, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

¹⁰ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1550181_9.pdf.