
INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CON REFERENCIA A LA EXIGENCIA POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE DENIA DE OBTENER LICENCIA URBANÍSTICA PARA EL DESPLIEGUE DE UNA RED DE FIBRA ÓPTICA**Expediente: UM/049/21****PLENO****Presidenta**D^a Cani Fernández Vicién**Vicepresidente**

D. Ángel Torres Torre

ConsejerosD^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de julio de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 8 de julio de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, un operador de comunicaciones electrónicas ha informado de una barrera al ejercicio de la actividad económica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), derivada de la desestimación de un recurso de reposición que confirma una resolución previa exigiendo licencia urbanística para desplegar una red de fibra óptica en el municipio de Denia.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

El operador, en su escrito expone que en el año 2018 presentó ante el Ayuntamiento de Denia una solicitud de licencia de obra menor para efectuar el despliegue de red de fibra óptica hasta el hogar (FTTH) en diversas zonas del citado municipio. El despliegue de red conllevaba la ocupación de dominio público. Junto a la solicitud adjuntó un Plan de despliegue de FTTH.

Posteriormente, el 3 de marzo de 2021, presentó ante el mismo Ayuntamiento, declaración responsable de inicio de los trabajos de despliegue de la FTTH. Dicha declaración responsable fue declarada ineficaz mediante Resolución de 25 de marzo de 2021, al considerar el Ayuntamiento que el despliegue de red, al discurrir por dominio público, estaba sujeto a la obtención de licencia de obras. Contra dicha resolución, el operador interpuso recurso de reposición que fue desestimado mediante Decreto nº 2021/577, confirmando la exigencia de licencia de obras.

El operador indica que, en su opinión, el Plan de despliegue presentado en 2018 debe considerarse aprobado por silencio positivo, al haber transcurrido el plazo de 3 meses previsto en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin que hubiese recaído resolución expresa.

A su juicio, la exigencia de una licencia urbanística en este supuesto resulta contraria tanto a la normativa sectorial sobre eficacia de los planes de despliegue aprobados (art.34.6 Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, en adelante, LGTel), como a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM y a las normas urbanísticas autonómicas que prevén la declaración responsable para este tipo de instalaciones (artículo 214.1.a de la Ley 5/2014, de 25 de julio de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana).

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE OPERADOR DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Siendo la actividad de operador de comunicaciones electrónicas, según está prevista en la definición 26 del Anexo II de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones¹ una actividad, por cuenta propia, consistente en la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, se

¹ Operador: *persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio de su actividad o está inscrita en el Registro de operadores.*

encuentra comprendida en la definición de actividad económica sujeta a la LGUM².

Asimismo, la aplicación de la LGUM a reclamaciones sobre posibles restricciones a la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas ha sido reconocida, entre otras, por la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2019 (recurso nº 278/2016, expediente UM/050/16³).

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN

IV.1. Análisis desde la perspectiva de la normativa sectorial

El artículo 30 LGTel reconoce el derecho de los operadores a ocupar dominio público para el establecimiento de infraestructuras de comunicaciones electrónicas en los siguientes términos:

“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.”

Ahora bien, la concreta ocupación del dominio público reconocida en el artículo 30 LGTel debe ser autorizada expresamente por la entidad titular del dominio público afectado, según prevé el artículo 84 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

IV.2. Análisis desde la perspectiva de la LGUM

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”*.

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea

² Artículo 2 en relación con el anexo de la LGUM

³ <https://www.cnmc.es/node/355539>.

adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

- 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.*

Las razones imperiosas de interés general están previstas 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, en los siguientes términos: “*«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural*”.

Por otro lado, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

- 1. 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.*
- 2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:*
 - a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.*

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

Por su parte, 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”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, por lo que a la reclamación objeto del presente informe se refiere, ha de indicarse que en la medida en que para desplegar la red se requiera ocupar dominio público, la exigencia de licencia estaría justificada con arreglo a la normativa sectorial y a la LGUM. En este sentido se ha pronunciado esta Comisión en informes anteriores (UM/022/20, de 10 de junio de 2020⁴ y UM/017/21 de 17 de marzo de 2021⁵)

Ahora bien, de acuerdo con los preceptos señalados, la exigencia de licencia o de autorización, en tanto que es una restricción impuesta por la Administración, ha de aplicarse de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la actividad económica.

Desde esta perspectiva, dicha autorización o licencia deberá ser otorgada o denegada considerando también los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

De acuerdo con dichos principios y con lo dispuesto en el artículo 30 LGTel, en caso de denegación justificada de la autorización o licencia de ocupación del dominio público para el despliegue de redes, la Administración deberá ofrecerle otras alternativas viables para poder llevar a cabo dicha instalación, tal y como se señaló en el Informe de la Sala de Supervisión Regulatoria, de fecha 26 de julio de 2018⁶.

⁴ Véase página 6 (<https://www.cnmc.es/node/382071>).

⁵ <https://www.cnmc.es/expedientes/um01721>.

⁶ 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>).

V. CONCLUSIONES

- 1) En la medida en que para desplegar una red de comunicaciones electrónicas se requiera ocupar dominio público, la exigencia de licencia o autorización estaría justificada con arreglo a la normativa sectorial (artículo 30 LGTel y artículo 84 Ley 33/2003) y a la LGUM (artículos 5 y 17).
- 2) Ahora bien, la exigencia de licencia o de autorización, en tanto que es una restricción impuesta por la Administración, ha de aplicarse de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la actividad económica. Desde esta perspectiva, dicha autorización o licencia deberá ser otorgada o denegada considerando también los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.
- 3) De acuerdo con dichos principios y con lo dispuesto en el artículo 30 LGTel, en caso de denegación justificada de la autorización o licencia de ocupación del dominio público para el despliegue de redes, la Administración deberá ofrecerle otras alternativas viables para poder llevar a cabo dicha instalación