
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 A UN OPERADOR POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE ORGAZ DE UN AVAL PARA GARANTIZAR LA CORRECTA REPOSICIÓN DE LOS SERVICIOS E INFRAESTRUCTURAS CON RELACIÓN AL IMPORTE DEL PROYECTO DE DESPLIEGUE DE LA RED DE FIBRA OBJETO DE LICENCIA

Expediente: UM/052/21

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torre

Consejeros

D^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 14 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 concesión de una licencia urbanística para el despliegue de red de fibra hasta el hogar (FTTH) en el municipio de Orgaz, condicionada a la presentación de un aval.

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 ha presentado una reclamación contra la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Orgaz de fecha 14 de mayo de 2021 por la que se concedió licencia urbanística a la operadora para realizar las obras consistentes en despliegue de FTTH en dicho municipio, condicionándola a la constitución de un aval por importe de 150.674 € para garantizar la correcta reposición de los servicios e infraestructuras.

El operador considera que el aval exigido resulta manifiestamente desproporcionado con relación al importe proyecto de despliegue de la red de fibra, que asciende a 179.302,06 €. Esta desproporción resulta más patente, a juicio del reclamante, si se consideran los porcentajes máximos de garantías exigidos por la normativa de patrimonio o de contratación pública, nunca superiores al 10% de presupuesto o importe total contratado. Por ello, concluye que la exigencia de garantía vulnera el artículo 5 LGUM al tratarse de un requisito desproporcionado cuya necesidad no ha sido fundamentada.

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 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).

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.*

² Artículo 2 en relación con el anexo de la LGUM

³ <https://www.cnmc.es/node/355539>.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN

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

El artículo 30 de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones (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.

Por lo que se refiere a la exigencia de fianza en el otorgamiento de licencias urbanísticas, la Ley 33/2003, en su artículo 96.2, no establece una fianza máxima, sino que lo deja a la discrecionalidad de la Administración titular del bien:

*“Al solicitante de autorizaciones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público, cualquiera que sea el régimen económico que les resulte de aplicación, **podrá exigírsele garantía, en la forma que se estime más adecuada**, del uso del bien y de su reposición o reparación, o indemnización de daños, en caso de alteración”.*

Ha de señalarse que la legislación sobre patrimonio de las Administraciones Públicas difiere en este aspecto de la normativa sobre contratos del sector público que fija un máximo del 10% para fianzas definitivas⁴.

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*

⁴ Artículo 107.2 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

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 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”*.

En este supuesto concreto, produciéndose la ocupación de dominio público, está justificada la exigencia de licencia. Asimismo, según se desprende del expediente administrativo acompañado con la reclamación, el municipio de Orgaz ha sido declarado Conjunto Histórico por la Junta de Castilla La Mancha mediante Decreto 14/2004 de 17 de febrero; circunstancia que determina la existencia de una razón imperiosa de interés general basada en la protección del patrimonio histórico afectado por el despliegue de la red, lo que justificaría un nivel de protección superior.

Se plantea aquí la cuestión de que, si además de supeditar el despliegue a la obtención de la correspondiente licencia, puede el Ayuntamiento, con base también en razones de conservación del patrimonio histórico y artístico, fijar una garantía mayor que la normalmente impuesta en estos casos.

Pues bien, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 33/2003, el Ayuntamiento de Ordaz podría fijar una garantía superior a lo habitual. Ahora bien, teniendo en cuenta que según el artículo 9 LGUM las autoridades deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones, el Ayuntamiento debería haber justificado de forma razonada tanto el motivo por el que se exige el aval (protección del patrimonio histórico afectado por el despliegue) como el importe establecido.

V. CONCLUSIONES

- 1) La ocupación del dominio público para el despliegue de infraestructuras de comunicaciones electrónicas 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.
- 2) Por lo que se refiere a la exigencia de fianza en el otorgamiento de licencias urbanísticas, la Ley 33/2003, en su artículo 96.2, no establece una fianza máxima, sino que lo deja a la discrecionalidad de la Administración titular del bien.
- 3) Atendiendo a lo dispuesto en la Ley 33/2003, el Ayuntamiento de Ordaz podría fijar una garantía superior a lo habitual. Ahora bien, teniendo en cuenta que según el artículo 9 LGUM las autoridades deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones, el Ayuntamiento debería haber justificado de forma razonada tanto el motivo por el que se exige el aval (protección del patrimonio histórico afectado por el despliegue) como el importe establecido.