

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON LA DENEGACIÓN POR EL AYUNTAMIENTO DE COFRENTES (VALENCIA) DE LA LICENCIA DE OBRA CORRESPONDIENTE A UN PROYECTO DE DESPLIEGUE DE RED DE FIBRA ÓPTICA PARA SERVICIOS DE BANDA ANCHA DE ALTA VELOCIDAD EN EL CASCO URBANO DE COFRENTES

Expediente: UM/004/23

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 14 de marzo de 2023

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 27 de enero de 2023 tuvo entrada en el Registro electrónico de la Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM, en lo sucesivo), un escrito, a través del cual informa sobre los obstáculos a la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM, en adelante), que derivan de la denegación por el Ayuntamiento de Cofrentes de la licencia que fue solicitada por Telecomunicaciones Innovadoras y Medios Audiovisuales, SL, el 4 de septiembre de 2020, para desplegar una red de comunicaciones electrónicas basada en fibra óptica hasta el hogar (FTTH) en el municipio de Cofrentes con el fin de ofrecer servicios de banda ancha de alta velocidad.

La decisión de denegación de la licencia se comunica a la entidad interesada mediante un escrito firmado, el 22 de diciembre de 2020, por el Secretario de la Entidad Local, que se limita a remitir el Informe emitido, el 21 de diciembre de 2020, por un Técnico Municipal, en el que se formaliza la decisión denegatoria. Esta decisión se fundamenta en los siguientes motivos:

“Revisada y analizada toda la documentación aportada, se pretende desplegar toda una red de fibra óptica, cuyo inicio o punto de partida sería el nº 7 de la calle Valencia y desde el citado punto, mediante un tendido de cables que transcurrirían en vuelo sobre calles y por fachada, por todo el casco urbano de Cofrentes, permitiría a los vecinos que quisieran, la contratación de un servicio de banda ancha de alta velocidad a través de la empresa solicitante del presente permiso.

Mediante el presente escrito se pretende informar a Telecomunicaciones Innovadoras y Medios Audiovisuales S.L. que, desde el Ayuntamiento, no se es partidario de seguir sobrecargando las fachadas de los distintos inmuebles que se emplazan dentro del casco urbano, habiendo recibido varias quejas vecinales donde se indica el colapso existente en estos momentos, lo que provoca, no sólo una estética nada adecuada al entorno, sino que incluso cabe la posibilidad que dicha sobrecarga de cableado exterior provoque daños en fachadas.

Por todo ello, el Ayuntamiento de Cofrentes ha llegado a acuerdos con las distintas compañías suministradoras tanto de energía eléctrica como de telefonía, etc... para que empiecen los correspondientes trabajos para soterrar sus líneas de suministro y retirada del cableado aéreo y por fachada, para evitar daños y mejorar la estética del municipio.

*Es por ello, que **SE DENIEGA** su solicitud de despliegue por el caso urbano de red de fibra óptica para servicios de banda ancha de alta velocidad, por la cual, según su documentación aportada, transcurriría en vuelo por las calles y grapada por fachadas, evitando así la continua sobrecarga de cableado que actualmente existe sobre las fachadas de los distintos inmuebles del casco urbano.”*

A juicio de la informante, la decisión del Ayuntamiento de Cofrentes es contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad consagrados en el art. 5 LGUM, así como a lo dispuesto en el art. 49.8 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel 2022, en lo sucesivo).

La SUM ha dado traslado a la CNMC de la solicitud de inicio del procedimiento regulado en el art. 28 LGUM para que por ésta se emita un informe en el que se

podrán incluir propuestas de actuación, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del precepto citado.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

“1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.*”

En el caso que nos ocupa, la actividad sobre la que versa la decisión del Ayuntamiento de Cofrentes consiste en la instalación de la infraestructura necesaria para suministrar servicios de comunicaciones electrónicas, lo cual constituye una actividad sometida a la LGUM. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 26 de junio de 2018 (rec. 204/2015) y de 2 de noviembre de 2018 (rec. 206/2015) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Dispone, además, el art. 9 LGUM:

“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, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

(...)

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. (...)

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

Con carácter previo, interesa poner de manifiesto, en línea con la doctrina sentada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en materia de unidad de mercado, que el análisis que compete efectuar a esta Comisión se ha de llevar a cabo necesariamente con arreglo a los parámetros recogidos en la LGUM.

Lo anterior quiere decir que no corresponde a este organismo entrar a valorar en el presente procedimiento si la decisión del Ayuntamiento de Cofrentes es o no contraria a la normativa aplicable a los servicios de comunicaciones electrónicas y, en particular, al art. 49.8 LGTel 2022 citado por la informante.

Hemos de centrarnos única y exclusivamente en dilucidar si aquellos requisitos y criterios constituyen un obstáculo o barrera a la aplicación de la LGUM.

Desde esta perspectiva, resulta claro que la decisión de la Administración local supone un límite al acceso y ejercicio de la actividad de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, por lo que ha de ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad reconocidos en el art. 5 LGUM en los términos que siguen:

“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, 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 guardar relación con la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser proporcionado de modo tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. (...)

Como ha quedado expuesto, la decisión denegatoria del Ayuntamiento de Cofrentes se basa en la necesidad invocada de preservar la estética y la integridad de las fachadas de los inmuebles del municipio. A priori, el motivo aducido podría ser subsumido en la razón imperiosa de interés general consistente en la protección del entorno urbano, contemplada en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Ocurre, sin embargo, que la Entidad local no cita norma alguna que permita denegar una licencia de este tipo por tal motivo, sin que sea admisible la mera invocación de una razón imperiosa de interés general para motivar la necesidad de un límite al acceso y/o ejercicio de una actividad económica.

Al respecto, dispone apartado 5 del art. 37 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel 2014, en adelante), en vigor hasta el 30 de junio de 2022 y, por tanto, aquí aplicable:

“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.”

En el mismo sentido se pronuncia el apartado 8 del art. 49 LGTel 2022 actualmente en vigor:

“Los operadores deberán hacer uso de las canalizaciones subterráneas o en el interior de las edificaciones que permitan la instalación y explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

En los casos en los que no existan dichas canalizaciones o no sea posible o razonable su uso por razones técnicas 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, debiendo adoptar las medidas oportunas para minimizar el impacto visual.

Los despliegues aéreos y por fachadas no podrán realizarse en casos justificados de edificaciones del patrimonio histórico-artístico con la categoría de bien de interés cultural declarada por las administraciones competentes o que puedan afectar a la seguridad pública.”

De los preceptos citados se desprende que las Administraciones Públicas podrán denegar a los operadores la autorización o licencia necesaria para efectuar despliegues por fachadas de cables y equipos exclusivamente en los siguientes supuestos:

- i. Cuando existan canalizaciones subterráneas o en el interior de las edificaciones que permitan el despliegue y explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas.
- ii. Cuando sea posible el uso de aquellas canalizaciones por razones técnicas y económicas.
- iii. Cuando el despliegue afecte o se proyecte sobre edificaciones del patrimonio histórico-artístico.
- iv. Cuando el despliegue pueda afectar a la seguridad pública.

Se observa así que ni la afectación del entorno urbano, en general, ni de la estética y la integridad de las fachadas de los inmuebles del municipio, en particular (salvo que se trate de edificaciones del patrimonio histórico-artístico, que no es el caso, pues nada se ha dicho en tal sentido), legitiman la denegación de la autorización o licencia requerida para desplegar cables y equipos, por lo que la decisión del Ayuntamiento de Cofrentes carece de amparo legal.

Ello sin perjuicio de la referencia que se efectúa en la respuesta del Ayuntamiento a los *“correspondientes trabajos para soterrar sus líneas de suministro y retirada del cableado aéreo y por fachada, para evitar daños y mejorar la estética del municipio”*. Aunque la denegación no se fundamenta expresamente en este motivo, lo cierto es que, una vez terminada la canalización subterránea, sí nos encontraríamos ante un supuesto legal de denegación de la licencia o autorización.

Asimismo, debe recordarse la obligación que el Ayuntamiento, como Administración pública, tiene de promocionar el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 c) de la LGTel.

Pero es que, aun en el supuesto de que se admitiera que la mera invocación de una razón imperiosa de interés general es suficiente, a los efectos del art. 5.1 LGUM, para motivar la necesidad de imponer un límite al acceso y/o ejercicio de una actividad económica, a lo que nos oponemos, lo cierto es que la Administración autora de la decisión estudiada no se ha preocupado de explicar mínimamente siquiera que en el lugar concreto en el que Telecomunicaciones Innovadoras y Medios Audiovisuales, SL pretende ejecutar su Plan de despliegue de red de comunicaciones electrónicas exista una sobrecarga de cableado exterior susceptible de general daños en fachadas que determine la necesidad de velar por su estética e integridad.

Siendo esto así, no cabe sino concluir que la decisión del Ayuntamiento de Cofrentes es contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el art. 5 LGUM.

A mayor abundamiento, interesa destacar que, en virtud de lo dispuesto en el art. 49.4 de la LGTel 2022, redactado en términos similares al art. 34.3 LGTel 2014, la normativa elaborada por las Administraciones Públicas y los instrumentos de planificación territorial que afecten a la instalación o explotación de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, no pueden establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores, ni imponer soluciones tecnológicas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. En este sentido se establece expresamente que *“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 por razones de medio ambiente, seguridad pública u ordenación urbana y territorial e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.*

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.”

De manera que el Ayuntamiento de Cofrentes debería, en cualquier caso, ofrecer alternativas viables para el despliegue de la red pretendida por Telecomunicaciones Innovadoras y Medios Audiovisuales, SL.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

- 1ª. La decisión del Ayuntamiento de Cofrentes por la que se deniega la licencia solicitada para desplegar por la fachada de un edificio una red de comunicaciones electrónicas basada en fibra óptica hasta el hogar con el fin de ofrecer servicios de banda ancha de alta velocidad constituye un límite al acceso y ejercicio de la actividad económica consistente en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.
- 2ª. El límite impuesto no se halla justificado por la concurrencia de una razón imperiosa de interés general prevista en la normativa aplicable ni se ha argumentado que sea proporcional a la razón imperiosa de interés general

invocada, por lo que la decisión del Ayuntamiento de Cofrentes es contraria a lo dispuesto en el art. 5 LGUM.

- 3ª. Ello sin perjuicio de la referencia que se efectúa en la respuesta del Ayuntamiento a los *“correspondientes trabajos para soterrar sus líneas de suministro y retirada del cableado aéreo y por fachada, para evitar daños y mejorar la estética del municipio”*. Aunque la denegación no se fundamenta expresamente en este motivo, lo cierto es que, una vez terminada la canalización subterránea, sí nos encontraríamos ante un supuesto legal de denegación de la licencia o autorización.
- 4ª. Asimismo, debe recordarse la obligación que el Ayuntamiento, como Administración pública, tiene de promocionar el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 c) de la LGTel.

Presidenta

Secretario del Consejo