

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 SUPUESTA EXIGENCIA POR EL AYUNTAMIENTO DE ALCALÁ DEL JÚCAR (ALBACETE) DE LICENCIA PARA DESPLEGAR UNA RED DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS BASADA EN FIBRA ÓPTICA HASTA EL HOGAR (FTTH)

Expediente: UM/044/23

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D.^a María Ortiz Aguilar
D.^a María Pilar Canedo Arrillaga
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai
D.^a Pilar Sánchez Núñez
D. Carlos Aguilar Paredes
D. Josep Maria Salas Prat
D.^a María Jesús Martín Martínez

Secretaria del Consejo

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 25 de julio de 2023

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 5 de julio de 2023, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital un escrito presentado por la entidad Informática Fuentealbilla, SL, 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 supuesta exigencia por el Ayuntamiento de Alcalá del Júcar (Albacete) de licencia para

desplegar una red de comunicaciones electrónicas basada en Fibra Óptica hasta el Hogar (FTTH).

Decimos que la exigencia denunciada es supuesta o presunta porque lo cierto es que entre la documentación presentada por el informante no se incluye ningún documento que acredite que la Entidad local demande la obtención de una licencia como presupuesto necesario para llevar a cabo la actividad comentada.

En este sentido, solo figuran en el expediente administrativo los siguientes documentos (se enumeran por orden cronológico):

- Justificante de presentación en el Registro electrónico del Ayuntamiento de Alcalá del Júcar por Informática Fuentealbilla, SL de un escrito a través del cual se solicita *“Licencia de Instalación de Red de Comunicaciones Electrónicas basada en Fibra Óptica hasta el Hogar (FTTH) en el municipio de Alcalá del Júcar (Albacete), así como la liquidación del Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras en base al presupuesto presentado junto al “Plan de Despliegue de Red de Comunicaciones Electrónicas basada en Fibra Óptica hasta el Hogar (FTTH) en el municipio de Alcalá de Júcar (Albacete)”*. La fecha de presentación de este escrito es 21 de noviembre de 2022, no de 2023, como se afirma erróneamente en la solicitud de inicio del presente procedimiento.
- Resolución, de 18 de mayo de 2023, de la Viceconsejera de Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (JCCM, en lo sucesivo), por la que se autoriza la implantación de la red de infraestructura de fibra óptica previo estudio específico y pormenorizado, tramo a tramo de calle de la red, dentro de la delimitación del Conjunto Histórico, según los condicionantes que en ella se establecen.
- Escrito, de fecha 30 de mayo de 2023, a través del cual el Alcalde de Alcalá del Júcar comunica la Resolución, de 18 de mayo de 2023, de la Viceconsejera de Cultura de la JCCM.
- Escrito de Informática Fuentealbilla, SL, de fecha 30 de mayo de 2023, calificado como *“declaración responsable: comunicación previa”* a través del cual comunica, al amparo de lo dispuesto en el art. 49.9 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel, en adelante), que *“con fecha 5 de Junio de 2023 se van a iniciar los trabajos de instalación correspondientes a la Red de Comunicaciones Electrónicas basada en Fibra Óptica hasta el Hogar (FTTH) en el casco histórico de Alcalá de Júcar (Albacete)”*.
- Justificante de presentación del escrito anterior en el Registro electrónico de Alcalá del Júcar, de fecha 30 de mayo de 2023.

En cualquier caso, la informante mantiene en su escrito que *“al exigir una Licencia de Instalación para los trabajos de Despliegue de una Red de Fibra Óptica, en lugar de una comunicación previa mediante Declaración Responsable tal y como se recoge en el artículo 34.6 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, está vulnerando lo establecido en el Artículo 17.b)*

Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.”

La Secretaría para la Unidad de Mercado ha dado traslado a esta Comisión de la información y la documentación presentada con la finalidad de que por este organismo se emita un informe, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 28 LGUM.

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 información presentada consiste en la instalación de la infraestructura necesaria para suministrar servicios de comunicaciones electrónicas, lo cual constituye una actividad sometida a la LGUM, pues supone la ordenación de medios por cuenta propia con la finalidad de prestar un servicio en condiciones de mercado.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

Con carácter previo, interesa volver a poner de manifiesto que el hecho de que el Ayuntamiento de Alcalá del Júcar exija la obtención de una licencia como presupuesto necesario para instalar la infraestructura necesaria para suministrar servicios de comunicaciones electrónicas no ha quedado acreditado.

Lo que consta a este organismo, por ser lo único que demuestran los documentos aportados por la informante, es que Informática Fuentealbilla, SL solicitó a aquella Administración, el 21 de noviembre de 2022, el otorgamiento de una licencia para desplegar una red de comunicaciones electrónicas basada en Fibra Óptica hasta el Hogar (FTTH); y que con posterioridad, el 30 de mayo

de 2023, la aquí informante comunicó al mismo Ayuntamiento el inicio de los trabajos de despliegue en el casco histórico de Alcalá del Júcar.

Desconocemos la respuesta, de haberse producido, que la Entidad local ha dado a las solicitudes aludidas.

Por las razones apuntadas, el estudio de la cuestión suscitada que se efectúa en el presente informe se mueve forzosamente en un plano estrictamente teórico.

Dicho esto, el análisis que en este ámbito compete hacer a esta Comisión se ha de llevar a cabo necesariamente con arreglo a los parámetros recogidos en la LGUM, en línea con la doctrina sentada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en materia de unidad de mercado.

Lo anterior quiere decir que no corresponde a este organismo entrar a valorar en el presente procedimiento si la exigencia de licencia es o no contraria a la normativa aplicable al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas. Hemos de centrarnos única y exclusivamente en dilucidar si dicha exigencia vulnera la libertad de establecimiento garantizada por la LGUM.

Hecha la anterior aclaración, debemos comenzar afirmando que el sometimiento de la actividad de despliegue de redes a la previa a la obtención de un título habilitante supone un límite al acceso y ejercicio de esa actividad.

En cuanto tal límite, para ser respetuoso con la libertad de establecimiento de los operadores económicos, ha de ajustarse al principio de necesidad y proporcionalidad reconocido 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.

(...).”

El art. 9.1 del mismo cuerpo normativo obliga a las autoridades competentes a velar en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación por la observancia, entre otros, del referido principio de necesidad y proporcionalidad.

Por su parte, el art. 17 de idéntica norma lleva por rúbrica “*instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad*”, y, bajo la misma, dispone lo siguiente:

“1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de

motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen. Asimismo, los requisitos para la obtención de dicha autorización deberán ser coherentes con las razones que justifican su exigencia. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional, las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Respecto a las instalaciones, bienes o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

Las inscripciones en registros con carácter habilitante que no sean realizadas de oficio por las autoridades competentes tendrán a todos los efectos el carácter de autorización.

2. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o 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 proporcionados.

3. Las autoridades competentes podrán exigir la presentación de una comunicación cuando, por alguna razón imperiosa de interés general tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.

4. Las autoridades competentes velarán por minimizar las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos, de manera que, una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con los apartados anteriores, elegirán un único medio de

intervención, bien sea la presentación de una comunicación, de una declaración responsable o la solicitud de una autorización.”

Al respecto, la informante sostiene en su escrito que la presunta exigencia por el Ayuntamiento de Alcalá del Júcar de licencia para instalar redes públicas de comunicaciones electrónicas vulnera el artículo 17.1 b) LGUM.

Como hemos visto, el precepto invocado avala la exigencia de autorización, por considerar que concurre el principio de necesidad y proporcionalidad, cuando las instalaciones, los bienes o las infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de una actividad económica sean susceptibles de generar daños, entre otros elementos, sobre el patrimonio histórico-artístico, y éste no pueda salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

Sin embargo, la informante obvia en la solicitud rectora del presente procedimiento que el lugar donde se pretende instalar la infraestructura necesaria para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se encuentra dentro de la delimitación del Conjunto Histórico del municipio de Alcalá del Júcar, declarado Bien de Interés Cultural por Real Decreto 2335/1982, de 30 de julio.

Por tanto, la hipotética exigencia de licencia por el Ayuntamiento de Alcalá del Júcar para desplegar en la zona declarada como Conjunto Histórico redes públicas de comunicaciones electrónicas sería conforme al principio de necesidad y proporcionalidad y, por ende, no vulneraría la libertad de establecimiento del operador económico que pretenda realizar el despliegue, si la normativa en la que se basa la Entidad local para requerir ese título habilitante motivara suficientemente que la integridad del patrimonio no puede garantizarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa.

Aunque, insistimos, no corresponde a esta Comisión pronunciarse en el presente procedimiento sobre la conformidad de la eventual exigencia de licencia con la normativa aplicable al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, conviene que tengamos en cuenta la regulación que sobre la materia que nos ocupa se contiene en la LGTel, pues la previsión en esta norma de aquella exigencia es suficiente para entender justificada su necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 5, 9 y 17 LGUM.

El art. 49.9 LGTel, actualmente en vigor, permite a las Administraciones públicas competentes, como excepción a la regla general, requerir la obtención de licencia o autorización previa para llevar a cabo la instalación o explotación de las estaciones o infraestructuras radioeléctricas y recursos asociados en dominio privado de obras cuando aquélla se realice *“en edificaciones del patrimonio histórico-artístico con la categoría de bien de interés cultural declarada por las autoridades competentes”*.

Continúa disponiendo el precepto citado que *“para la instalación o explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas fijas o de estaciones o*

infraestructuras radioeléctricas y sus recursos asociados 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 (...) en el caso de que el operador haya presentado voluntariamente 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.”

Para el supuesto de que la instalación y el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados deban realizarse en dominio público, el art. 49.9 LGTel prevé la posibilidad de que las Administraciones públicas establezcan, “*cada una en el ámbito exclusivo de sus competencias y para todos o algunos de los casos, que la tramitación se realice mediante declaración responsable o comunicación previa*”.

Por último, señala el mismo artículo que “*las licencias o autorizaciones previas que, de acuerdo con los párrafos anteriores, no puedan ser exigidas, serán sustituidas por declaraciones responsables.*”

En el mismo sentido se pronuncia el apartado 6 del art. 34 de la hoy derogada Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Por tanto, de acuerdo con el precepto comentado, para que una declaración responsable pueda ser considerada suficiente para realizar la actividad de instalación de la infraestructura necesaria para prestar servicios de comunicaciones electrónicas en la zona de Alcalá del Júcar declarada Conjunto Histórico es preciso que consista en la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas fijas o de estaciones o infraestructuras radioeléctricas y sus recursos asociados en dominio privado distintas de las señaladas en el primer párrafo del art. 49.9 LGTel y que, además, el plan de despliegue haya sido aprobado por el Ayuntamiento de Alcalá del Júcar.

IV. CONCLUSIONES

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

- 1^a. No ha quedado acreditado en el presente procedimiento que el Ayuntamiento de Alcalá del Júcar exija la previa obtención de licencia para llevar a cabo la instalación de la infraestructura necesaria para prestar servicios de comunicaciones electrónicas.
- 2^a. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.9 LGTel, para que una declaración responsable pueda ser considerada suficiente para realizar la actividad de instalación de la infraestructura necesaria para prestar servicios de comunicaciones electrónicas en la zona de Alcalá del Júcar

declarada Conjunto Histórico es preciso que consista en la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas fijas o de estaciones o infraestructuras radioeléctricas y sus recursos asociados en dominio privado distintas de las señaladas en el primer párrafo del art. 49.9 LGTel, y que, además, el plan de despliegue haya sido aprobado por el Ayuntamiento de Alcalá del Júcar.