

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 DESESTIMACIÓN POR EL AYUNTAMIENTO DE MARBELLA (MÁLAGA) DE SOLICITUDES RELATIVAS AL DESPLIEGUE Y AMPLIACIÓN DE REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D^a Pilar Sánchez Núñez

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 3 de octubre de 2023

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 20 de julio de 2023, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital un escrito presentado por un particular, en representación de Lyntia Networks, SAU, 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 dos actos administrativos dictados por el Ayuntamiento de Marbella (Málaga) y que el informante identifica como sigue:

i. Decreto 2023/9287 (expediente núm. 2021/33966).

Esta resolución, de fecha 30 de mayo de 2023, obra incorporada en los folios 68 a 73 del expediente administrativo remitido por la SUM, y a través de ella se deniega a Lyntia Networks, SAU *“la licencia de obras solicitada para para (sic) instalación de fibra óptica, para unir la red de ENDESA, en la subestación MARBELLA, con la central operadora ONO en la Calle Jeddah, así como la instalación de arqueta telefónica con un nuevo registro de LYNTIA en gaseoducto en Urb. La Montúa s/n, de conformidad*

con lo dispuesto en el artículo 172 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía y lo señalado en el informe técnico de fecha 15.05.23, de cuya copia se dará traslado, habida cuenta que no cuenta con el reconocimiento de operadoras de telecomunicaciones explotadoras de una red pública de distribución, no cuenta con autorización para el despliegue de fibra óptica y las obras propuestas no se ajustan a la “Instrucción Técnica para el Despliegue de Fibra óptica en el Término Municipal de Marbella”.

ii. Requerimiento de subsanación de licencia de obras solicitada por Lyntia (expediente núm. 2022/76791).

Este acto, en cambio, no se halla entre la documentación incorporada al expediente administrativo. Lo que sí se ha aportado en relación con el número de expediente indicado por el informante es un Informe supuestamente emitido, ya que no se encuentra firmado, por el Servicio de Infraestructuras en fecha desconocida (folios 79 y 80).

El Informe aludido comienza poniendo de manifiesto que *“la empresa de telecomunicaciones LYNTIA NETWORKS, SAU”* solicita *“licencia municipal de obras para ejecutar ampliación de su red de fibra óptica en Marbella, para el suministro del servicio de datos por fibra óptica a un cliente, en Calle Maestro Enrique Gómez, de Marbella.”* Tras enumerar las deficiencias o defectos que se observan en la documentación presentada por la solicitante, el Informe concluye proponiendo *“denegar la Licencia de Obras”*, si bien, añade a continuación que se debe *“subsanar lo anteriormente indicado, así como aportar la documentación solicitada”*.

A juicio del informante, la actividad administrativa denunciada es incompatible con la libertad de establecimiento garantizada por la LGUM y, además, contraviene *“preceptos de la normativa sectorial de telecomunicaciones recogidos en la LGTe”*.

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

En el marco del presente procedimiento, el análisis que 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 este informe si la actuación del Ayuntamiento de Marbella denunciada 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 actuación vulnera la libertad de establecimiento garantizada por la LGUM, sin perjuicio de que para ello debamos tomar como referencia aquella normativa en la medida en la que resulte aplicable por razón de la materia.

Hecha la anterior aclaración, debemos comenzar poniendo de manifiesto que, como el propio informante acredita mediante el Certificado emitido, el 15 de diciembre de 2021, por el Secretario del Consejo de la CNMC (folios 65 a 67), Lyntia Networks, SAU notificó su actividad a esta Comisión (ex art. 6.2 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones -LGTel, en lo sucesivo-) y figura en consecuencia inscrita en el Registro de operadores previsto hoy en el art. 7 de la LGTel, como persona autorizada para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

Ello supone que Lyntia Networks, SAU puede desarrollar las actividades económicas citadas en cualquier parte del territorio español sin necesidad de contar para ello con una ulterior autorización municipal, ex art. 11.2 a) LGTel, en

contra de lo que el Ayuntamiento de Marbella afirma tanto en la Resolución de 30 de mayo de 2023¹ como en el Informe de su Servicio de Infraestructuras².

Cuestión distinta es que para que Lyntia Networks, SAU pueda instalar en dominio público la infraestructura necesaria para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas deba obtener de la Administración competente el correspondiente título habilitante, a lo que tiene derecho conforme a lo dispuesto en los arts. 11.2 b) y 45 LGTel³, pues la falta de obtención de éste no implica que no esté autorizada para realizar aquella actividad, sino que no está habilitada para llevarla a cabo en el lugar concreto en el que pretende hacerlo por pertenecer éste al demanio.

Dicho esto, en la medida en la que la actuación del Ayuntamiento de Marbella impide a Lyntia Networks, SAU desarrollar la actividad de despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, resulta claro que constituye un límite a su ejercicio, por lo que, 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

¹ Al respecto, la Resolución de 30 de mayo de 2023, al transcribir el contenido del Informe jurídico de 26 de mayo de 2023, señala, por un lado, que “*en nuestro Término Municipal, tanto ENDESA como LYNTIA, no cuentan con el reconocimiento de operadoras de telecomunicaciones explotadoras de una red pública de distribución*”; y, por otro, que “*LYNTIA no cuenta con autorización para el despliegue de fibra óptica*”.

² Este se limita a hacer constar que “*LYNTIA no cuenta con autorización para el despliegue de fibra óptica*”.

³ En tanto que Lyntia está específicamente habilitada para la explotación de una red terrestre fija de comunicaciones electrónicas disponible al público.

adoptados en su ámbito de actuación por la observancia, entre otros, del referido principio de necesidad y proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, se constata que ni la Resolución de 30 de mayo de 2023 ni el Informe del Servicio de Infraestructuras justifican la decisión que a través de aquélla se formaliza y la conclusión que mediante éste se expresa en términos de necesidad y proporcionalidad.

Así, por lo que se refiere a los motivos en los que se fundamenta la Resolución de 30 de mayo de 2023, se observa, en primer término, que se alude al deber de legalizar *“la red existente que gestiona ENDESA”* con carácter previo a *“su uso como red pública de telecomunicaciones, puesto que no cuenta con ningún tipo de permiso, autorización o licencia para ello”*; pero no se indica qué norma impone el deber citado ni, por ende, la necesidad de la legalización prevista de la red existente.

Se añade a continuación que *“conforme a visita a obra con fecha 05/04/2023, se observa que el tendido de cable de fibra óptica no está permitido pues ha sido realizado por tuberías destinadas a la red de electricidad, y no por el tetratubos de control que Endesa tiene desplegado paralelamente por sus canalizaciones para este fin”*.

Sobre la apuntada necesidad de que el tendido de cable de fibra óptica se realice por el tetratubo de control y no por las tuberías destinadas a la red de electricidad tampoco se cita su fundamento normativo.

Al respecto, conviene traer a colación la Resolución, de 18 de enero de 2018, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC (CFT/DTSA/025/17), citada por el informante en su escrito, en la que se indica que, en respuesta a una cuestión planteada por Endesa, la Subdirección General de Calidad y Seguridad Industrial (Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa) del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad ha manifestado que, *“desde el punto de vista de la calidad industrial, no resulta obligatorio que los servicios de baja tensión y de telecomunicaciones se instalen en tubos diferentes, incluso cuando los titulares de los servicios son diferentes, sin perjuicio de que dicha separación podría ser recomendable desde el punto de vista de la mejor gestión y mantenimiento de las instalaciones.”*

El criterio ministerial ha sido recogido en resoluciones posteriores de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como la Resolución de 28 de mayo de 2020 (CFT/DTSA/010/19) o la Resolución de 21 de julio de 2022 (CFT/DTSA/157/21).

Por otro lado, la Resolución de 30 de mayo de 2023 alude a la preceptiva obtención por Lyntia Networks, SAU de un título (*“concesión”*) que le habilite para llevar a cabo la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local que, hemos de suponer, implica la ejecución de las obras pretendida por aquélla, aunque tampoco en este caso se cita norma alguna que prevea la necesidad de obtener ese concreto título habilitante.

Asimismo, la resolución de repetida cita condiciona el reconocimiento del derecho de ocupación del dominio público municipal y la autorización para el despliegue de fibra óptica a la presentación de un “*plan de implantación*”⁴, sin especificar, una vez, qué norma lo dispone así.

Sea como fuere, si se entiende que el “*plan de implantación*” al que se refiere la Entidad Local equivale al “*plan de despliegue o instalación*” contemplado en el art. 49 LGTel, se ha de tener en cuenta que el apartado 9 de este precepto establece que “*su presentación es potestativa para los operadores*”, luego la obligatoriedad de su aportación no se halla justificada, ya que, de conformidad con lo establecido en dicho artículo, el plan sustituiría la necesidad de presentar las correspondientes licencias de obras, funcionamiento u otras licencias de carácter ambiental. En el supuesto analizado, sin embargo, Lyntia ha optado por solicitar expresamente la correspondiente licencia de obras, por lo que esa Administración no debería requerir la presentación de ambos tipos de documentos.

Por último, la Resolución de 30 de mayo de 2023 señala que la ejecución y el control de calidad de las obras de despliegue se ha de ajustar a las “*Instrucciones Técnicas para el Despliegue de Fibra Óptica en el Término Municipal de Marbella*”.

Pues bien, interesa destacar que las Instrucciones invocadas han de adaptarse a las disposiciones contenidas en el art. 49 LGTel, especialmente en lo atinente a las “*condiciones de instalación de las redes de telecomunicaciones y otros servicios*” contempladas en su apartado 5, ya que introducen límites al ejercicio de la actividad más rigurosos que los previstos en el apartado 8 de aquel precepto.

Las anteriores consideraciones son igualmente aplicables al Informe del Servicio de Infraestructuras del Ayuntamiento de Marbella, ya que se basa en los mismos razonamientos que la Resolución de 30 de mayo de 2023.

IV. CONCLUSIÓN

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se concluye que ni la Resolución, de 30 de mayo de 2023, del Ayuntamiento de Marbella ni el Informe emitido, en fecha desconocida, por su Servicio de Infraestructuras justifican los límites que imponen al ejercicio de la actividad de despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de conformidad con lo previsto en el art. 5 LGUM, por lo que suponen un obstáculo a la libertad de establecimiento garantizada por esta norma.

⁴ Dice así: “*LYNTIA no cuenta con autorización para el despliegue de fibra óptica, al no haber presentado un plan de implantación, luego, no tiene reconocido el derecho de ocupación del Dominio Público Municipal.*”