

INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON LA DENEGACIÓN POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE PARCENT (ALICANTE) DE UNA SOLICITUD DE LICENCIA DE OBRAS Y OTRA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE USO COMÚN ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO MUNICIPAL PARA LA INSTALACIÓN DE UNA RED DE FIBRA ÓPTICA

(UM/024/24)

CONSEJO. PLENO

Presidente

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

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

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 29 de abril de 2024

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 28 de marzo de 2024, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública una reclamación presentada por un operador económico, al amparo de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra dos resoluciones dictadas por el Ayuntamiento de Parcent (Alicante), que le fueron notificadas el 1 de marzo. En ellas se acuerda denegar

al operador, que está habilitado para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, una solicitud de licencia de obras y una solicitud de autorización de ocupación del dominio público local relativas a una instalación para efectuar el despliegue de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en fibra óptica hasta el hogar (FTTH) en el municipio de Parcent. Junto a estas solicitudes se anexó el denominado “Plan de Despliegue de Red de Comunicaciones Electrónicas basada en Fibra Óptica hasta el Hogar en el municipio de Parcent”¹.

Por un lado, por Decreto de Alcaldía de 16 de febrero de 2024 número 20240216AR02, el Ayuntamiento de Parcent resolvió denegar la licencia de obra para la instalación de fibra óptica, con base a las siguientes razones técnico-urbanísticas:

1. Carece de autorización de despliegue para utilización de las redes de la mercantil Telefónica de España, pese a que afirme lo contrario en sus escritos presentados, basándose en un presunto Acuerdo Marco autorizante.

2. Se presenta proyecto que no subsana ni pretende hacerlo según la documentación presentada en fecha 27 de noviembre de 2023, ya que:

I. No existe autorización para llevar a cabo dicha actuación por parte de la mercantil Telefónica de España.

II. Se ha constatado que ha realizado la instalación sin autorización de un cruce de cableado nuevo sobre la carretera CV-720 sin aportar autorización del Servicio Territorial de Carreteras de Alicante, con el obstinado empeño de justificar su no necesidad bajo el pretexto de que no conlleva cambios en la ubicación de soporte ni variaciones de los elementos de obra civil y mástil.

III. Se ha llevado a cabo el despliegue en el casco urbano por fachadas y calles que no coinciden con la documentación gráfica subsanada portada por la mercantil en fecha 27 de noviembre de 2023 con registro de entrada 1455.

IV. Se ha llevado a cabo el despliegue en el casco urbano por fachadas y calles que no coinciden con la documentación gráfica subsanada portada por la mercantil en fecha 27 de noviembre de 2023 con registro de entrada 1455.

V. Se ha llevado a cabo el despliegue por fuera del casco urbano cuyo despliegue no se encuentra en el Proyecto técnico subsanado ni en el original aportados por la mercantil.

¹ El presente expediente debe ponerse en relación con el UM/059/23.

3. Se ha realizado un nuevo cableado de red de fibra óptica por las fachadas del municipio de Parcent sin la correspondiente autorización de los propietarios, necesaria al tratarse de la instalación de un nuevo cable.

4. Se ha realizado un nuevo trazado de fibra óptica por las fachadas dejando las canaletas en mal estado, lo que implica un perjuicio para el impacto visual del municipio de Parcent.

5. Se han llevado a cabo actuaciones de despliegue de fibra óptica por fachadas que se encuentran dentro del Catálogo de Protecciones de Parcent, realizando obras en fachadas que se encuentran protegidas.

6. En ningún caso, según la imagen 01 del presente, se puede considerar que lo solicitado consiste en un despliegue de tramos finales o tramos para dar continuidad, según se pretende por la mercantil bajo el amparo del artículo 55.5 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, a continuación, transcrito:

“El procedimiento del párrafo anterior no será aplicable al operador que se proponga instalar los tramos finales de redes fijas de comunicaciones electrónicas de alta y muy alta capacidad y sus recursos asociados en un edificio o conjunto inmobiliario en el que otro operador haya iniciado o instalado tramos finales de dichas redes; o en aquellos casos, sean edificaciones o fincas sujetas al régimen de propiedad horizontal o no, en los que se trate de un tramo para dar continuidad a una instalación que sea necesaria para proporcionar acceso a dichas redes en edificios o fincas colindantes o cercanas y no exista otra alternativa económicamente eficiente y técnicamente viable que quede justificada, en cuyo caso la comunidad de propietarios o el propietario no podrá denegar al operador la instalación de los tramos finales en el edificio, ni podrá denegar la instalación del tramo de red necesario para dar continuidad de la red hacia los edificios o fincas colindantes. En ambos supuestos deberá existir, en todo caso, una comunicación previa mínima de un mes de antelación del operador a la comunidad de propietarios o al propietario junto con una descripción de la actuación que pretende realizar, antes de iniciar cualquier instalación.”

Y, por otro lado, por Decreto de Alcaldía de 16 de febrero de 2024 número 20240216AR03, el Ayuntamiento de Parcent acordó denegar la autorización de uso común especial del dominio público municipal para la instalación de fibra óptica. Los motivos de denegación indicados por la Administración local son los mismos que constan en el anterior Decreto de Alcaldía de 16 de febrero de 2024 número 20240216AR02 de denegación de licencia de obras y que se han sido transcritos anteriormente.

La entidad reclamante alega en primer lugar, en su escrito de reclamación, que las objeciones del Ayuntamiento a la concesión de la licencia de obras y a la autorización del uso común especial del dominio público municipal ya fueron aclaradas y subsanadas en su escrito de alegaciones de fecha 24 de noviembre de 2023.

En segundo lugar, el operador denunciante señala que el Ayuntamiento de Parcent adiciona una nueva objeción, sobre la solicitud de autorización del Servicio Territorial de Carreteras, que no había sido apuntada en el requerimiento de subsanación emitido el 12 de septiembre de 2023, lo que le genera indefensión. Y ello, pese a que el artículo 49.11 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) permite realizar actuaciones de innovación tecnológica o adaptación técnica que no supongan un riesgo estructural para la infraestructura sobre la que se asienta la red sin necesidad de autorización de la entidad titular de la carretera.

En tercer lugar, y sobre la existencia de un acuerdo marco con TELEFÓNICA, el operador reclamante alega que la exigencia adicional por parte del Ayuntamiento de los códigos de las solicitudes de los tramos específicos tramitados, así como acreditar que las solicitudes han progresado al estado de confirmación por parte de TELEFÓNICA, supone un requisito desproporcionado contrario a los artículos 45, 46, 49.5.c), 49.6.b) y 49.9 LGTel y que, además, excede de las competencias municipales para invadir la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones atribuida a la Administración General del Estado por el artículo 149.1.21ª de la Constitución.

En cuarto lugar, se señala que el Ayuntamiento de Parcent no recabó el preceptivo informe previsto en el artículo 50.5 de la LGTel, lo que determinaría la nulidad del procedimiento conforme al artículo 47.e de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Y en quinto y último lugar, las resoluciones denegatorias resultarían, a juicio del reclamante, contrarias a los artículos 5, 9 y 18 de la LGUM, por no basar su decisión en ninguna razón imperiosa de interés general.

Finalmente, la Secretaría para la Unidad de Mercado ha dado traslado a esta Comisión de la reclamación 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. 26 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 mercado².

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

III.1 Restricción objeto de reclamación

Según se desprende de los Decretos de Alcaldía del Ayuntamiento de Parcent de 16 de febrero de 2024 números 20240216AR02 y 20240216AR03, la restricción objeto de reclamación consiste en la denegación por parte de dicho municipio a un operador de comunicaciones electrónicas y con relación a la instalación para efectuar al despliegue de una red pública de comunicaciones electrónicas basadas en fibra óptica hasta el hogar (FTTH) en el municipio de Parcent, de:

- La licencia de Obras
- La autorización del uso común especial del dominio público municipal

Asimismo, debe recordarse que tanto los tribunales como la SUM han venido señalando que los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM deben interpretarse y aplicarse tomando en consideración la legislación sectorial de referencia, en este supuesto, la vigente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel). Y ello porque, en materia de telecomunicaciones, el Estado tiene competencia exclusiva para determinar los

² La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas viene definida en el apartado 70 del Anexo II (Definiciones) de la vigente Ley 11/2022 General de Telecomunicaciones y diversas sentencias dictadas por la Audiencia Nacional han confirmado la aplicación de la LGUM a la instalación de infraestructuras para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Entre otras, cabe mencionar las Sentencias de 26 de junio de 2018 (recurso 204/2015, Ayuntamiento de Hernani en expediente UM/004/15) y de 2 de noviembre de 2018 (recurso 206/2015, Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en expediente UM/002/15).

criterios técnicos de necesidad y proporcionalidad para garantizar la unidad de mercado.

Así se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo y 14 de julio de 2011³ en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, de 18 de enero de 2012, todas ellas expresamente citadas en el Informe de la CNMC UM/076/14 de 02 de enero de 2015⁴ y confirmadas por las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo 908/2019 de 25 de junio de 2019 (RC 2571/2016) y 1368/2019 de 15 de octubre de 2019 (RC 109/2017).

Por su parte, la SUM también lo ha declarado explícitamente en sus informes 26/23031 de 21 de agosto de 2023⁵ y 28/23012 de 4 de agosto de 2023⁶:

“En relación con la aplicación del principio de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM en el sector de las telecomunicaciones, esta Secretaría considera, en línea con otros informes emitidos anteriormente sobre el despliegue de redes, que debe tenerse en cuenta el análisis de necesidad y proporcionalidad ya realizado al respecto en la normativa sectorial de aplicación, Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTEL).”

Por ello, previamente a estudiar la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad a este supuesto, debe analizarse la normativa sectorial aplicable de telecomunicaciones con relación a cada una de las objeciones o argumentos que constan en la motivación de los Decretos de Alcaldía del Ayuntamiento de Parcent de 16 de febrero de 2024 números 20240216AR02 y 20240216AR03.

³ Recursos de Casación núms.1845/2006 y 31/2007. En ambas se dice que:

La conclusión, que acabamos de apuntar, se refuerza si relacionamos el principio de unidad de mercado, al que nos estamos refiriendo, con la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado consagrada en el artículo 38 de la Constitución y erigida como un parámetro estructural, vertebrador, del Derecho de la Unión Europea. La libertad de empresa requiere por principio un mercado abierto y competitivo, en el que se desplieguen libertades como las de creación de empresas y acceso al mercado, organización de la empresa y dirección de su actividad, que se ve tanto más obstaculizado cuanto más se fragmenta el mercado en que la actividad empresarial se desenvuelve, en la medida que esa fragmentación revierte en limitaciones diferentes para los operadores en las distintas partes del territorio nacional.

⁴ <https://www.cnmc.es/node/345834>

⁵ Véase página 9.

⁶ Véase página 18 (<https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiyempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0279TELECOMFibraopticaAlcaladelJucar.aspx>).

III.2 Normativa sectorial aplicable a la obtención de licencias de obras y autorizaciones de ocupación de dominio público para la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas

III.2.1 Marco normativo de la Ley General de Telecomunicaciones

Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la LGTel, y esta calificación jurídica implica, entre otras muchas consecuencias, el reconocimiento a los operadores de un derecho de ocupación del dominio público para el establecimiento de sus redes públicas.

A tal efecto, el artículo 45 de la LGTel obliga a los titulares de dicho dominio a garantizar su acceso a los operadores para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias, sin que quepa, en ningún caso, el establecimiento de un derecho preferente o exclusivo en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas, prohibiéndose expresamente el otorgamiento de este derecho mediante procedimientos de licitación.

Y el artículo 49.6.b) LGTel 2022 declara que las Administraciones Públicas deben:

*b) prever un procedimiento rápido, sencillo, eficiente y no discriminatorio de resolución de las solicitudes de ocupación, que no podrá exceder de cuatro meses contados a partir de la presentación de la solicitud, salvo en caso de expropiación. No obstante lo anterior, **la obtención de permisos, autorizaciones o licencias relativos a las obras civiles necesarias para desplegar elementos de las redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta o muy alta capacidad, las Administraciones públicas concederán o denegarán los mismos dentro de los tres meses siguientes a la fecha de recepción de la solicitud completa. Excepcionalmente, y mediante resolución motivada comunicada al solicitante tras expirar el plazo inicial, este plazo podrá extenderse un mes más, no pudiendo superar el total de cuatro meses desde la fecha de recepción de la solicitud completa. La Administración Pública competente podrá fijar unos plazos de resolución inferiores;***

Por su parte, el artículo 49.9 LGTel 2022 regula las condiciones de ocupación del dominio público por parte de los operadores en los siguientes términos:

“Para la instalación y despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados que deban realizarse en dominio público, las Administraciones públicas podrán establecer, 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.

(...)

Tanto para la aprobación de un plan de despliegue o instalación como para el otorgamiento, en su caso, de una autorización o licencia, la Administración competente sólo podrá exigir al operador documentación asociada a su ámbito competencial, que sea razonable y proporcional al fin perseguido y que no se encuentre ya en poder de la propia administración.”

No obstante, en cuanto a la instalación de redes de alta velocidad, resulta de aplicación preferente el artículo 8.3 del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (RD 330/2016):

*3. Sin perjuicio de lo anterior, así como de lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones, **toda denegación de permisos o licencias relativos a las obras civiles necesarias para desplegar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad habrá de estar debidamente justificada, sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.***

III.2.2 Análisis de los argumentos vertidos en las resoluciones denegatorias a la luz de la normativa sectorial de telecomunicaciones

A) Carencia de autorización para la utilización de las infraestructuras de Telefónica de España por parte del operador reclamante

Tal y como se recuerda en la Resolución OFE/DTSA/001/22 de esta Comisión de 18 de mayo de 2023⁷, dictada de conformidad con el artículo 18.1.a) LGTel⁸, la oferta MARCo es la implementación práctica de las obligaciones de

⁷ <https://www.cnmc.es/expedientes/ofedtsa00122>. Véase página 8.

⁸ *En particular, cuando de conformidad con la letra b) de este apartado se impongan a un operador obligaciones de no discriminación, se le podrá exigir que publique una oferta de referencia, que deberá estar suficientemente desglosada para garantizar que no se exija a los operadores pagar por recursos que sean innecesarios para el servicio requerido. Dicha oferta contendrá las ofertas pertinentes subdivididas por componentes de acuerdo con las necesidades del mercado, así como las condiciones correspondientes, incluidos los precios. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá determinar la información concreta a incluir e imponer cambios en las ofertas de referencia, para hacer efectivas las obligaciones a que se refiere este capítulo.*

transparencia y de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil de Telefónica. Esta oferta recoge un conjunto de servicios que Telefónica debe prestar para facilitar dicho acceso, sus condiciones técnicas, económicas y procedimientos asociados.

El servicio MARCo está disponible para todo operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Permite a los operadores acceder al uso compartido de infraestructuras de obra civil de Telefónica, en particular, a canalizaciones, elementos de registro y postes, para que dichos operadores puedan llevar a cabo el despliegue de redes de acceso de nueva generación (NGA).

Tras la firma del contrato del servicio MARCo entre el operador demandante de acceso (la entidad reclamante) y TELEFÓNICA, la provisión del servicio se materializa mediante el sistema de gestión de las solicitudes de los operadores desarrollado por TELEFÓNICA (plataforma NEON) a través del cual los operadores presentan sus solicitudes de uso compartido (SUC) y se siguen los procedimientos regulados para la atención de estas solicitudes⁹.

En este supuesto concreto, TELEFÓNICA declaró al Ayuntamiento de Parcent que:

ninguna de las Solicitudes de Uso Compartido (SUCs) solicitadas se encuentra, a fecha actual, en estado confirmada, de manera que el operador no puede iniciar su despliegue en las infraestructuras sobre las que Telefónica ostenta derecho de uso, pues para poder iniciarlo, la SUC debe encontrarse en estado confirmada; (...)

Cabe señalar, asimismo, que cuando un operador va a realizar un despliegue en infraestructura de obra civil de Telefónica y una Administración o ente privado le requiere que acredite que cuenta con autorización de Telefónica para tal despliegue, es el operador quien tiene la responsabilidad de pedir a Telefónica el documento que lo acredite identificando el código de SUC afectada; documento que mi representada, por supuesto, facilita al operador para que lo entregue al organismo que se lo solicita siempre que la SUC en cuestión se encuentre en estado confirmada y permita, por tanto, la realización del despliegue por parte del operador. En este caso, el operador no se ha dirigido a Telefónica para tal fin.”

No se considera que la exigencia de “autorización” (debe entenderse “confirmación”) por parte de TELEFÓNICA para llevar a cabo la actuación resulte desproporcionada, ya que se antoja necesaria para el despliegue de la red, al precisar el uso compartido de las infraestructuras, y está sujeta al “Procedimiento

⁹ Fundamento Jurídico Material Segundo (página 6) de la Resolución CFT/DTSA/167/20 de 20 de enero de 2022 (<https://www.cnmc.es/expedientes/cftdtsa16720>).

de Gestión para Operadores – Servicio Marco”, disponible dentro de la documentación de la Oferta MARCo publicada por esta Comisión¹⁰. A este respecto, frente a las alegaciones de la reclamante, procede señalar que el procedimiento antedicho no sólo contempla la introducción de las previsiones de demanda con tres meses de antelación (apartado 6.2.2.1), sino que, además, el cronograma prevé la confirmación en 45 días, si no surgen incidencias o discrepancias (apartado 6.2.1), de modo que no tiene por qué existir incompatibilidad del plazo establecido en el artículo 49.6.b) LGTel con el aplicable a las solicitudes de uso compartido; cuestión distinta es que se produzcan dilaciones indebidas o rechazos injustificados de las solicitudes, en cuyo caso esta Comisión ha declarado en el marco de la resolución de conflictos el indebido rechazo de determinadas SUCs por parte de TELEFÓNICA¹¹, e incluso le ha impuesto sanciones por dilatar o rehusar indebidamente SUCs en algunos casos¹².

La reclamante apunta el avance de sus solicitudes y estado actual de “facilitadas”, por lo que, además de confirmar que al momento de las resoluciones contra las que reclama no contaba con confirmación, corrobora que tampoco al tiempo de su reclamación la había obtenido.

B) Falta de autorización del Servicio Territorial de Carreteras de Alicante para el despliegue de un cruce de cableado nuevo sobre la carretera CV-720

El Ayuntamiento de Parcent constata en sus resoluciones denegatorias que la operadora reclamante ha realizado la instalación sin autorización de un cruce de cableado nuevo sobre la carretera CV-720 sin aportar autorización del Servicio Territorial de Carreteras de Alicante. Frente a ello, la entidad reclamante alega que:

“el despliegue efectuado en el entorno de la Carretera CV-720 ha consistido en el mero tendido de un nuevo cable de fibra óptica sobre postes ya existentes, no suponiendo el cambio de la ubicación de los elementos de soporte ni variación de los elementos de obra civil.”

En este caso, cabe traer a colación lo previsto por el artículo 49.11 LGTel:

En el caso de que sobre una infraestructura de red pública de comunicaciones electrónicas, fija o móvil, incluidas las estaciones radioeléctricas de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados, ya esté ubicada en dominio público o privado, se realicen actuaciones de innovación tecnológica o

¹⁰ <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/telecomunicaciones/concrecion-desarrollo-obligaciones>.

¹¹ Véase Resolución CFT/DTSA/167/20 de 20 de enero de 2022 (<https://www.cnmc.es/expedientes/cftdtsa16720>).

¹² Véase Resolución SNC/DTSA/007/21 de 10 de febrero de 2022 (<https://www.cnmc.es/expedientes/sncdtsa00721>).

adaptación técnica que supongan la incorporación de nuevo equipamiento o la realización de emisiones radioeléctricas en nuevas bandas de frecuencias o con otras tecnologías, sin cambiar la ubicación de los elementos de soporte ni variar los elementos de obra civil y mástil, no se requerirá ningún tipo de concesión, autorización o licencia nueva o modificación de la existente o declaración responsable o comunicación previa a las Administraciones públicas competentes por razones de ordenación del territorio, urbanismo, dominio público hidráulico, de carreteras o medioambientales, siempre y cuando no suponga un riesgo estructural para la infraestructura sobre la que se asienta la red.

Debe indicarse que el alcance del vigente artículo 49.11 es mucho mayor que el derogado artículo 34.7 de la anterior Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, puesto que este último solamente eximía de solicitar autorizaciones o realizar declaraciones responsables o comunicaciones previas en trámites relativos a la ordenación del territorio, urbanismo o medioambientales. En cambio, el actual artículo 49.11 LGTel 2022 añade el “dominio público hidráulico” y las “carreteras”. Y ya con la anterior Ley 9/2014 los tribunales habían confirmado la eficacia del artículo 34.7 al decir, por ejemplo, en el Fundamento Décimo de la Sentencia número 1171/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 17 de mayo de 2021 (recurso 771/2019) que:

Luego hemos de convenir con la parte recurrente en que el precepto de la Ordenanza impugnada vulnera el referido artículo 34.7 de la Ley toda vez que las actuaciones que impliquen una innovación adaptación tecnológica que no afecten a elementos de obra civil o mástil no requieren de ningún tipo de concesión, autorización o licencia nueva o modificación de la existente siquiera declaración responsable. Por lo que procede la declaración de nulidad del artículo 22 examinado.

No se aprecia que la actuación proyectada por la reclamante tenga encaje en el artículo 49.11 LGTel, puesto que, como se indica en la propia reclamación, “el despliegue efectuado por CLOSENESS S.L. en el entorno de la Carretera CV-720 ha consistido en el mero tendido de un nuevo cable de fibra óptica sobre postes ya existentes (...)”, esto es, se trata de una instalación adicional (nuevo cableado) y no de una innovación tecnológica o adaptación técnica sobre una red ya existente.

C) Inexistencia de autorización de los propietarios para realizar la instalación de nuevo cableado de red de fibra óptica por las fachadas del municipio

En tercer lugar, el Ayuntamiento de Parcent señala que:

Se ha realizado un nuevo cableado de red de fibra óptica por las fachadas del municipio de Parcent sin la correspondiente autorización de los propietarios, necesaria al tratarse de la instalación de un nuevo cable

Tal y como se indica en la página 8 del Acuerdo CNS/DTSA/960/22 de esta Comisión de 23 de marzo de 2023¹³:

Este marco se encuentra actualmente recogido en el artículo 55.5 de la LGTel vigente, que permite a los operadores realizar la instalación de los tramos finales de sus redes fijas de comunicaciones electrónicas de alta y muy alta capacidad, así como de sus recursos asociados, utilizando los elementos comunes de la edificación en los edificios en los que no exista una ICT o la existente no permita dicha instalación. Para estos casos, cuando no sea posible llevar a cabo la instalación en el interior de la edificación por razones técnicas o económicas, se habilita a los operadores a utilizar las fachadas de tales edificaciones.

Así, en el citado artículo 55.5 LGTel se declara que:

Los operadores podrán instalar los tramos finales de las redes fijas de comunicaciones electrónicas de alta y muy alta capacidad así como sus recursos asociados en los edificios, fincas y conjuntos inmobiliarios que estén acogidos, o deban acogerse, al régimen de propiedad horizontal o a los edificios que, en todo o en parte, hayan sido o sean objeto de arrendamiento por plazo superior a un año, salvo los que alberguen una sola vivienda, al objeto de que cualquier copropietario o, en su caso, arrendatario del inmueble pueda hacer uso de dichas redes.

No obstante, en el mismo Acuerdo CNS/DTSA/960/22 antes citado de 23 de marzo de 2023¹⁴, esta Comisión también concluía que:

El artículo 55 de la LGTel establece unas reglas para fomentar el despliegue de redes de alta y muy alta capacidad, que han de respetar las comunidades de propietarios. La denegación de acceso por parte de las comunidades de propietarios de forma injustificada puede suponer un obstáculo para los despliegues de redes de fibra de operadores alternativos en aquellas unidades inmobiliarias en las que ya se encuentre instalado un operador.

Esta Comisión no dispone de la competencia para dictar instrucciones que regulen el acceso por parte de los operadores a los edificios sin ICT. La actual LGTel reconoce la competencia de la CNMC para dictar Circulares a los operadores, únicamente en materia de conservación de la numeración y de cambio de operador y para regular el suministro y recepción de la información sobre los datos de abonados.

¹³ <https://www.cnmc.es/expedientes/cnsdtsa96022>.

¹⁴ <https://www.cnmc.es/expedientes/cnsdtsa96022>.

Esta Comisión no resulta competente para determinar la naturaleza de las instalaciones de comunicaciones instaladas o que van a instalarse por parte de la reclamante, esto es, si se trata de “tramos finales red” o “tramos para dar continuidad”. Es la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales (SETID) el órgano competente encargado de inspección y sanción en materia de instalaciones de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con los artículos 84, 102.2.c) y 114.1c) LGTel y habiendo la SETID publicado dicho órgano, además, una Nota aclarativa sobre la aplicación del artículo 49 LGTel¹⁵.

Se destaca, no obstante, que el Ayuntamiento, en el Decreto de 16 de febrero de 2024, señala que:

En ningún caso, según la Imagen 01 del presente, se puede considerar que lo solicitado consiste en un despliegue de tramos finales o tramos para dar continuidad, según se desprende por parte de la mercantil bajo el amparo del Artículo 55.5 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (...)

Esta afirmación no es rebatida en la reclamación, en que se omite hacer referencia a dicho extremo.

D) Despliegue de fibra óptica por fachadas dejando canaletas en mal estado con impacto visual y en edificios catalogados del municipio

Por una parte, el Ayuntamiento de Parcent declara que:

4. Se ha realizado un nuevo trazado de fibra óptica por las fachadas dejando las canaletas en mal estado, lo que implica un perjuicio para el impacto visual del municipio de Parcent.

5. Se han llevado a cabo actuaciones de despliegue de fibra óptica por fachadas que se encuentran dentro del Catálogo de Protecciones de Parcent, realizando obras en fachadas que se encuentran protegidas.

Y, por otra parte, la entidad reclamante alega, en primer lugar, que los desperfectos en canaletas atribuidos a dicha empresa son anteriores a su despliegue y pertenecen a instalaciones de TELEFÓNICA e IBERDROLA. En segundo lugar, el operador añade que los edificios en cuyas fachadas que se efectúa el despliegue tienen únicamente la consideración de bienes de relevancia local pero no de bienes de interés cultural (BICs) propiamente dichos.

¹⁵ <https://www.otidd.femp.es/articulo-49-de-la-ley-general-de-telecomunicaciones-y-la-figura-del-plan-de-despliegue-o-instalacion/>.

En cuanto a lo primero, esto es, a los presuntos desperfectos imputados a la reclamante, dicha cuestión constituye una materia de disciplina urbanística del Ayuntamiento de Parcent, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.2.a)¹⁶ de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). Y respecto a lo segundo, el artículo 49.8 LGTel es muy claro al declarar que:

*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.*

Y de acuerdo con el inventario público de bienes de interés cultural de la Comunitat Valenciana previsto en el artículo 16 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, el único bien de interés cultural (BIC) declarado en el municipio de Parcent es un yacimiento arqueológico denominado “El Seguili – Abric I”¹⁷. En cambio, el núcleo histórico tradicional de dicha población está calificado como “bien de relevancia local”¹⁸ (BRL).

Por tanto, siempre que no existan canalizaciones subterráneas o en el interior de las edificaciones o que no sea posible o razonable su uso por razones técnicas, de acuerdo con lo previsto en la normativa sectorial de telecomunicaciones y de patrimonio autonómico, no podría excluirse con carácter general el despliegue por fachada dentro el casco antiguo de Parcent salvo por acreditadas razones de seguridad pública. Ello sin perjuicio de que singularmente pueda justificarse la exclusión con apoyo en la razón imperiosa de interés general consistente en la conservación del patrimonio histórico y artístico (artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

Cabe recordar, finalmente, que la necesidad y proporcionalidad de la regulación sectorial de los despliegues por fachada fue confirmada en el Fundamento 6º Fundamento 6º de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 20/2016 de 4 de febrero de 2016¹⁹ y que en la Sentencia firme de la Audiencia Nacional de 02 de

¹⁶ 2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.

¹⁷ <https://cultura.gva.es/va/web/patrimonio-cultural-y-museos/bics>.

¹⁸ <https://cultura.gva.es/va/web/patrimonio-cultural-y-museos/brl>.

¹⁹ Puesto que la lectura de los artículos recurridos revela que los despliegues aéreos o en fachadas se permiten de forma excepcional y subsidiaria, en casos de imposibilidad de acudir a los despliegues subterráneos o en el interior de los edificios o fincas, que constituyen la regla general, tienen cobertura en el título competencial citado. Tanto las razones técnicas como las de naturaleza económica que, según los preceptos impugnados, permiten a los operadores los despliegues aéreos o en fachadas, se vinculan en ambas normas a esa «imposibilidad», por lo que ha de tratarse en los

noviembre de 2018 (recurso 206/2015)²⁰ el Ayuntamiento de Tenerife reconoció expresamente que la indebida prohibición absoluta de instalar antenas y conductos en fachadas resulta contraria a la LGUM.

III.3 Aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad de los artículos 5 y 17 LGUM

Por un lado, el artículo 5 LGUM prevé que:

“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.”

Por otro lado, el artículo 17.1.c) LGUM señala que:

*“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:*

*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.”*

dos casos de razones de significativa relevancia. Si, como parece asumir la recurrente, la norma se aplicara haciéndose extensiva a supuestos no contemplados en ella, estaríamos ante un incumplimiento de la misma, que no puede fundar el análisis de su constitucionalidad, por lo que el recurso tiene un carácter preventivo en este punto. Por otra parte, el mismo art. 34.5 excluye las edificaciones del patrimonio histórico-artístico o casos que afecten a la seguridad pública.

²⁰ Asuntos [UM/073/14](#) y [UM/002/15](#).

En términos muy similares al artículo 17.1.c) LGUM, y en el ámbito de las Administraciones Locales, el artículo 84 bis.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) contempla que:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

*b) 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.”*

Asimismo, el artículo 84 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) declara explícitamente que:

“Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos.”

Y el artículo 77 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL) aprobado mediante Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, contempla que:

“El uso común especial normal de los bienes de dominio público se sujetará a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general.”

En este supuesto concreto, tal y como se desprende de las dos solicitudes efectuadas y denegadas por el Ayuntamiento de Parcent, se producirá, además de una ocupación de dominio privado (fachadas), una ocupación de dominio público (vía pública), por lo que resulta exigible una autorización de acuerdo con los artículos 17.1.c) LGUM y 84bis1.b) LRBRL.

Por otro lado, no consta en el presente caso que el Ayuntamiento de Parcent haya previsto la aplicación de lo dispuesto en el mencionado artículo 49.9 de la LGTel, a fin de posibilitar que la tramitación de la licencia se realice mediante declaración responsable o comunicación previa

No obstante, toda denegación de la autorización de realización de obras y de ocupación del dominio público local debería estar debidamente justificada, sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, según se desprende del artículo 8 RD 330/2016 en relación con el artículo 45 LGTel 2022, lo que no sucede en este supuesto.

E incluso, tal y como se señaló en los anteriores Informes UM/017/21 de 17 de marzo de 2021²¹, UM/041/21 de 14 de julio de 2021²² y UM/049/21 de 28 de julio de 2021²³ en caso de denegación justificada, de acuerdo con los principios del artículo 5 LGUM, a un operador de la autorización o licencia de ocupación de un bien o elemento del dominio público para el despliegue de redes, la Administración debería ofrecerle otras alternativas viables para poder llevar a cabo dicha instalación, de acuerdo con el principio de menor distorsión posible de la actividad económica del artículo 5 LGUM y el derecho a la ocupación reconocido en el artículo 45 LGTel según se recoge en el Informe de la Sala de Supervisión Regulatoria, de fecha 26 de julio de 2018²⁴. Ello también se desprende del artículo 49.4 LGTel 2022:

“En este sentido, 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.”

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, concluye lo siguiente:

- 1ª.** La condición de operador habilitado para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas, adquirida mediante la notificación fehaciente al Registro de operadores confiere el derecho de ocupación del dominio público para la instalación de dicha red, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 LGTel 2022.

En cualquier caso, los operadores habrán de solicitar la correspondiente autorización o licencia a la Administración titular del dominio público, según prevé el artículo 84 de la Ley 33/2003, de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y el artículo 77 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD 1372/1986), salvo que la administración haya autorizado la tramitación mediante declaración responsable o comunicación

²¹ <https://www.cnmc.es/node/387403>.

²² <https://www.cnmc.es/expedientes/um04121>.

²³ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04921>.

²⁴ 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>.

previa en los términos previstos en el artículo 49.9 de la LGTel, lo que no es el caso.

- 2^a. Por otro lado, toda denegación de permisos o licencias relativos a las obras civiles necesarias para desplegar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad habrá de estar debidamente justificada, sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.3 del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.
- 3^a. Finalmente, toda resolución denegatoria debe estar basada en una razón imperiosa de interés general y ser proporcionada.
- 4^a. En el supuesto concreto analizado, NO puede admitirse como fundamento de la exclusión con carácter general la *naturaleza de bienes de relevancia local de los edificios del casco antiguo o núcleo histórico de Parcent*, al no tratarse de bienes de interés cultural (BICs) de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.8 LGTel, y salvo razones acreditadas de tutela de la seguridad pública.
- 5^a. Existen otros motivos de denegación (particularmente la carencia de autorización para la utilización de las infraestructuras de Telefónica y falta de autorización del Servicio Territorial de Carreteras de Alicante para el despliegue de un cruce de cableado nuevo sobre la carretera CV-720) a los que no se advierte reproche desde la óptica de la LGUM.