

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 RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD PORTUARIA DE HUELVA DE FECHA DE SALIDA 5 DE SEPTIEMBRE DE 2023 POR LA QUE SE INADMITE Y ARCHIVA LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN CON DESTINO A LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO TÉCNICO DE BAJA TENSIÓN DE NUEVO SUMINISTRO PARA ESTACIÓN BASE DE TELECOMUNICACIONES

(UM/021/24)

CONSEJO. PLENO

Presidente

D. Bernardo Lorenzo Almendros

Consejeros

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 14 de mayo de 2024

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 19 de marzo de 2024 tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa un escrito de un operador de comunicaciones

electrónicas que, entre otras actividades, explota infraestructuras pasivas de telecomunicaciones inalámbricas y presta servicios de suministro de infraestructuras y fibra oscura y de mantenimiento de recursos asociados de redes públicas, a través del cual se informa sobre los obstáculos a la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), que derivan de la inadmisión y archivo de su solicitud de autorización con destino a la ejecución de proyecto técnico de baja tensión de nuevo suministro para estación base de telecomunicaciones por parte de la Autoridad Portuaria de Huelva, con fecha de salida el 5 de septiembre de 2023.

Dicha Resolución argumenta que:

“En relación a su escrito de fecha 13 de abril de 2023, al que adjuntan diversa documentación a los efectos de iniciar la tramitación del expediente administrativo significado en el asunto, le participamos que del análisis de la documentación técnica presentada, se constata que la instalación de la antena de telecomunicaciones se ubica, según la información catastral, en terrenos propiedad de la empresa eléctrica Endesa, disponiendo dicha parcela privada de todo tipo de suministro eléctrico.

Pese a lo señalado anteriormente, el trazado que ustedes proponen en su solicitud, en lugar de abastecerse desde el interior de la parcela propiedad de la empresa eléctrica Endesa, discurriría por una zona recientemente urbanizada y ajardinada, la avenida Francisco Montenegro, afectando a los servicios existentes que habría que levantar para el tendido de la nueva línea motivo por el que no se considera adecuado autorizar unas obras sobre la reciente actuación de la APH para una línea de baja tensión.”

Frente a ello, la informante alega que:

“Esta parte estima que se produce incumplimiento de lo establecido en el artículo 49.4 de la LGTEL que dispone en su primer párrafo que “la normativa elaborada por las Administraciones públicas que afecte a la instalación o explotación de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para permitir, impulsar o facilitar la instalación o explotación de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados en su ámbito territorial, en particular, para garantizar la libre competencia en la instalación o explotación de redes y recursos asociados y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y la disponibilidad de una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras”.

En este caso, la mención específica a la titularidad de la parcela de una empresa del grupo de ENDESA, en la cual, se podría “disponer de todo tipo de suministro eléctrico” contraviene con la propuesta previa de acceso y conexión y con el pliego de condiciones técnicas del nuevo

suministro de la Compañía suministradora EDISTRIBUCIÓN Redes Digitales, S.L. como Compañía Eléctrica suministradora en la zona de Huelva, con referencia AHUE0010000443459-1 en la que se define el punto de conexión previsto, es decir, siendo de obligatorio cumplimiento para el nuevo suministro eléctrico el punto de acceso y conexión definido por la Compañía suministro, desde la Autoridad Portuaria de Huelva, no lo estiman, aludiendo a una posible disposición de suministro eléctrico en la parcela, cuando ésta no es posible al establecer la propia Compañía Eléctrica suministradora de la acometida EDISTRIBUCIÓN Redes Digitales, S.L. las condiciones de dicho suministro en baja tensión en su propuesta de acceso y conexión, confirmando con ello que no es posible la acometida en la potencia solicitada (17,32 KW) desde la propia parcela.

Por otra parte, el trazado propuesto en la solicitud es conforme a la citada propuesta de acceso y conexión de la propia Compañía Eléctrica suministradora de la acometida EDISTRIBUCIÓN Redes Digitales, S.L. bajo los condicionantes impuesto por dicha Compañía de dicho suministro en baja tensión, no siendo una propuesta de TOTEM, al ser de obligado cumplimiento el punto de acceso y conexión según impone la suministradora en su propuesta, no siendo así posible abastecerse desde el interior de la parcela. Además, la Autoridad Portuaria de Huelva, establece que el trazado de la propuesta de acceso y conexión de la nueva acometida eléctrica “discurriría por una zona recientemente urbanizada y ajardinada, la avenida Francisco Montenegro, afectando a los servicios existentes que habría que levantar para el tendido de la nueva línea motivo por el que no se considera adecuado autorizar unas obras sobre la reciente actuación de la APH para una línea de baja tensión”. Esta mención para desestimar la solicitud de autorización para realizar obras de interés general de instalaciones y recursos asociados de telecomunicaciones, conforme al artículo 49.2 LGTEL, al discurrir por una zona recientemente urbanizada y ajardinada (Avenida Francisco Montenegro) afectando a servicios existentes, sin definir de forma concretamente la fecha de la urbanización de la vía y qué servicios son afectados, considerando no adecuado autorizar las obras, estima esta parte, que pueden no ser compatibles con los principios de la LGUM, puesto que tiene como resultado una inadmisión o denegación de la autorización y el archivo de la solicitud, la cual supone una restricción a la actividad económica de instalación, despliegue y prestación de redes públicas de servicios de comunicaciones electrónicas, en virtud del principio de necesidad y proporcionalidad que debe regir las actuaciones de las autoridades competentes del artículo 5º LGUM, que determina que los límites impuestos al ejercicio de una actividad económica deben estar justificados por la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general, debiendo guardar relación con la razón invocada y ser proporcionadas de modo que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica.

Por ello, la resolución de la Autoridad Portuaria de Huelva no permite, impulsa o facilita la instalación o explotación de las infraestructuras de telecomunicaciones y sus recursos asociados en su ámbito territorial y conforme al párrafo 2º del citado artículo 49.4 LGTEL, dicha normativa o instrumentos de planificación territorial o urbanística establecen, de manera expresa, una restricción absoluta o desproporcionada al derecho de ocupación del dominio público, en este caso, de los operadores (conforme establece el artículo 45 LGTEL), además, siguiendo el tenor literal del citado apartado 4º del artículo 49.4 LGTEL: “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”.

Así, conforme a los hechos expuestos y a la vista de la resolución por la que se desestima y archiva la solicitud de autorización del necesario trazado subterráneo para la nueva acometida eléctrica de la Estación Base de TOTEM, puede conllevar el establecimiento de una restricción absoluta o desproporcionada para el derecho de ocupación del dominio público y la propiedad privada de los operadores y, en cualquier caso, no ofrece una alternativa necesaria para la instalación y despliegue de recursos asociados a la red pública propuesta, lo cual constituye una imposibilidad manifiesta de instalación, despliegue de las infraestructuras y de la explotación de la red pública de comunicaciones electrónicas de TOTEM, contraviniendo así lo establecido en los artículos 44 y 45 LGTEL sobre el derecho de ocupación de la propiedad privada y el dominio público como operador explotador de redes públicas de comunicaciones electrónicas y, por tanto, vulnerando el principio de necesidad y proporcionalidad dispuesto en el artículo 5 LGUM, estableciendo límites al acceso a una actividad económica y su ejercicio, sin guardar relación con razones imperiosas de interés general y sin dar una alternativa para garantizar dicho derecho de ocupación de los operadores.

Con ello, se pone de manifiesto que la motivación de la inadmisión de la solicitud de nueva acometida eléctrica no estaría vinculada a la salvaguarda de las razones de imperiosas de interés general establecidas en la LGUM y las recogidas en el LGTEL, que pudieran justificar el establecimiento de un límite a la instalación, despliegue y explotación de redes públicas.”

La informante aporta junto a su escrito de información del artículo 28 LGUM los siguientes documentos:

- a) Consulta al Registro de Operadores relativa a la informante.

- b) Solicitud de autorización dirigida por la informante a la Autoridad Portuaria de Huelva.
- c) Proyecto técnico de baja tensión.
- d) Resolución de concesión de licencia de obras del Ayuntamiento de Huelva para ejecutar las obras de baja tensión de nuevo suministro para estación base de telecomunicaciones sita en Avenida Francisco Montenegro, nº 17.
- e) Resolución de inadmisión y archivo por parte de la Autoridad Portuaria de Huelva de la solicitud formulada por la informante.

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. 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 mercado¹.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

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.”

¹ 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).

Por otro lado, 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 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 2011² 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 2015³ y confirmadas por las posteriores Sentencias 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 2023⁴ y 28/23012 de 4 de agosto de 2023⁵:

“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).”

El artículo 49 LGTel establece que:

“1. La Administración General del Estado y las demás Administraciones públicas deberán colaborar a través de los mecanismos previstos en la

² 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.

³ <https://www.cnmc.es/node/345834>

⁴ Véase página 9.

⁵ Véase página 18 (<https://portal.mineco.gob.es/es-es/economia-y-empresa/unidad-mercado/gum/buscador/Paginas/28-0279TELECOMFibraopticaAlcaladelJucar.aspx>).

presente ley y en el resto del ordenamiento jurídico, a fin de hacer efectivo el derecho de los operadores de comunicaciones electrónicas de ocupar la propiedad pública y privada para realizar el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

2. Las redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados coadyuvan a la consecución de un fin de interés general, constituyen equipamiento de carácter básico y su previsión en los instrumentos de planificación urbanística tiene el carácter de determinaciones estructurantes. Su instalación y despliegue constituyen obras de interés general.

3. La normativa elaborada por las Administraciones públicas que afecte a la instalación o explotación de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán, en todo caso, contemplar la necesidad de instalar y explotar redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y reconocer el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para la instalación, despliegue o explotación de dichas redes y recursos asociados de conformidad con lo dispuesto en este título.

4. La normativa elaborada por las Administraciones públicas que afecte a la instalación o explotación de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para permitir, impulsar o facilitar la instalación o explotación de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados en su ámbito territorial, en particular, para garantizar la libre competencia en la instalación o explotación de redes y recursos asociados y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y la disponibilidad de una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras.

De esta manera, dicha normativa o instrumentos de planificación territorial o urbanística no podrán establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. 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.

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.

(...)

9. (...) *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.”

En este supuesto la Autoridad Portuaria inadmitió la solicitud con fundamento en que el trazado propuesto *“discurriría por una zona recientemente urbanizada y ajardinada, la Avenida Francisco Montenegro, afectando a los servicios existentes que habría que levantar para el tendido de la nueva línea”*, razón que podría incluirse en la más amplia razón imperiosa de interés general de protección del medioambiente y el entorno urbano (artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), y sugirió una alternativa a la propuesta del interesado. En particular, indicó que *“del análisis de la documentación técnica presentada, se constata que la instalación de la antena de telecomunicaciones se ubica, en terrenos propiedad de la empresa eléctrica Endesa, disponiendo dicha parcela privada de todo tipo de suministro eléctrico”*, por lo que no parece que su decisión pueda calificarse como restricción absoluta al ejercicio de la actividad por parte de la informante.

Se considera que la informante no desvirtúa la razón invocada por la Autoridad Portuaria ni la alternativa existente en la infraestructura, ya que la informante se apoya esencialmente en que, a su decir, el punto de acceso y conexión definido por la compañía de suministro viene impuesto por ésta y es de obligatorio cumplimiento, de modo que necesariamente ha de realizarse la instalación en el lugar recogido en el proyecto básico. Sin embargo, lo que se advierte en la respuesta de la compañía suministradora (aportada por la informante) es que ésta atiende *“la solicitud de nuevo suministro que nos ha formulado”*, de manera que la compañía no impone un punto de suministro, sino que se limita a manifestar la viabilidad, desde la exclusiva óptica de la capacidad de acceso, de la propuesta de la informante. Esta circunstancia no refuta los inconvenientes

señalados por la Autoridad Portuaria al trazado pretendido por la informante ni la alternativa señalada por ella.

IV. CONCLUSIÓN

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

- 1^a.** La Autoridad Portuaria inadmitió la solicitud por motivos que podrían incluirse en las más amplias razones de interés general de protección del medioambiente y el entorno urbano (artículos 5 LGUM y 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), sin restringir de manera desproporcionada el ejercicio de la actividad económica por parte de la informante.
- 2^a.** Así, tal y como se señaló en los anteriores Informes UM/017/21 de 17 de marzo de 2021⁶, UM/041/21 de 14 de julio de 2021⁷, UM/049/21 de 28 de julio de 2021⁸ y UM/066/23 de 31 de octubre de 2023⁹, 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 debe 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 según se recoge en el Informe de la Sala de Supervisión Regulatoria, de fecha 26 de julio de 2018¹⁰.
- 3^a.** En el caso planteado la autoridad competente motiva la inadmisión de la solicitud con fundamento en una razón imperiosa de interés general y señala la existencia de una alternativa para el ejercicio de la actividad cuya viabilidad no se desvirtúa por la informante.

⁶ <https://www.cnmc.es/node/387403>.

⁷ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04121>.

⁸ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04921>.

⁹ <https://www.cnmc.es/expedientes/um06623>.

¹⁰ 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>.