
INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CON REFERENCIA A LA RESTRICCIÓN INNECESARIA Y DESPROPORCIONADA AL DESPLIEGUE DE INFRAESTRUCTURAS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10.1.B) DE LA ORDENANZA DE POLICÍA DE LA EDIFICACIÓN Y URBANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE FREGENAL DE LA SIERRA

Expediente: UM/047/21

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torre

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de julio de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 2 de julio de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, un operador de comunicaciones electrónicas ha informado de una barrera al ejercicio de la actividad económica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), derivada del artículo 10.1.b) de la Ordenanza de policía de la edificación y

urbanización del Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra (BOP Badajoz nº 249 del 31.12.2014, anuncio 07835/2014¹).

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

El operador, en su escrito, da traslado a la SECUM del expediente sancionador iniciado por el Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra como consecuencia de la instalación de una torreta en el patio de una vivienda sita en la calle Javier Delgado, 17 de esa localidad, por resultar contraria a lo dispuesto en el artículo 10.1.b) de la Ordenanza de policía de la edificación y urbanización del Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra.

El artículo 10.1.b) de la Ordenanza limita la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones en el municipio en el siguiente sentido:

“10.1.- Telecomunicaciones.

a. Con carácter general para suelos incluidos dentro de la línea de suelo urbano modificado definido en el plano de zonificación -1.

- No se permitirá la instalación de ningún tipo de antena en fachadas ni testeros (pared, balcones, rejas, etc.).

b. En las zonas aptas de ser urbanizadas (sectores urbanizables) y las zonas urbanizadas con posterioridad a la entrada en vigor de las NN.SS.

- En edificaciones alineadas a fachada será de aplicación el apartado anterior.

- En edificaciones no alineadas a fachada, las antenas, del tipo que sean, no podrán ser visibles desde la vía pública.”

A juicio del citado operador, la normativa indicada resulta contraria a lo establecido tanto en la normativa sectorial (artículo 34.3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones) como en la LGUM (artículo 5).

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE OPERADOR DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Siendo la actividad de operador de comunicaciones electrónicas, según está prevista en la definición 26 del Anexo II de la Ley 9/2014 General de

¹ https://www.dip-badajoz.es/bop/boletin_completo.php?FechaSolicitada=2014-12-31#Anuncio_07835.

Telecomunicaciones² una actividad, por cuenta propia, consistente en la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, se encuentra comprendida en la definición de actividad económica sujeta a la LGUM³.

Asimismo, la aplicación de la LGUM a reclamaciones sobre posibles restricciones a la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas ha sido reconocida, entre otras, por la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2019 (recurso nº 278/2016, expediente UM/050/16⁴).

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN

IV.1 Análisis desde la perspectiva de la normativa sectorial

El artículo 34LGTel regula la colaboración entre administraciones públicas en el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas aludiendo, en su apartado 3 a los instrumentos de planificación territorial o urbanística, en el siguiente sentido:

“3. La normativa elaborada por las administraciones públicas que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para impulsar o facilitar el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, en particular, para garantizar la libre competencia en la instalación de redes 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 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 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

² Operador: persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio de su actividad o está inscrita en el Registro de operadores.

³ Artículo 2 en relación con el anexo de la LGUM

⁴ <https://www.cnmc.es/node/355539>.

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”

Por su parte, en el artículo 34.5 LGTel se establecen una serie de previsiones relativas al uso de canalizaciones subterráneas y al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas por fachadas. Según el citado artículo:

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

En los casos en los que no existan dichas canalizaciones o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas, los operadores podrán efectuar despliegues aéreos siguiendo los previamente existentes.

Igualmente, en los mismos casos, los operadores podrán efectuar por fachadas despliegue de cables y equipos que constituyan redes públicas de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados, si bien para ello deberán utilizar, en la medida de lo posible, los despliegues, canalizaciones, instalaciones y equipos previamente instalados.

Los despliegues aéreos y por fachadas no podrán realizarse en casos justificados de edificaciones del patrimonio histórico-artístico o que puedan afectar a la seguridad pública.”

A tenor de lo anterior, como ya ha señalado esta Comisión en su Informe UM/008/20 de 11 de marzo de 2020⁵, el artículo 34.5 LGTel prevé que en los casos en los que no existan canalizaciones subterráneas para el despliegue de redes o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas, los operadores podrán efectuar despliegues aéreos siguiendo los previamente existentes. Únicamente podrá prohibirse el despliegue aéreo o por fachadas en los supuestos justificados de edificaciones declaradas como patrimonio histórico-artístico o por razones de seguridad pública.

La necesidad y proporcionalidad de esta regulación ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 20/2016 de 4 de febrero de 2016⁶:

“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 dos casos de razones de significativa relevancia. Si, como parece asumir la recurrente, la

⁵ [UM/008/20 - FIBRA ÓPTICA - FREGINALS | CNMC](#).

⁶ Fundamento 6º

norma se aplicará 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”.

Cabe considerar, asimismo, que el artículo 34.6 exonera la instalación de redes públicas o de estaciones radioeléctricas en dominio privado de la obtención de licencia o autorización previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, o de carácter medioambiental, ni otras licencias o aprobaciones de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización dicha instalación, en el caso de que el operador haya presentado 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, siempre que el citado plan haya sido aprobado por dicha administración o haya transcurrido el plazo legal para dictar una resolución expresa.

IV.2. Análisis desde la perspectiva de la LGUM

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”.*

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley 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 ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Las razones imperiosas de interés general están previstas 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, en los siguientes términos: “*«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural»*”.

Por otro lado, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

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

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

En virtud de lo expuesto, resulta evidente que las limitaciones establecidas en el artículo 10.1. b) de la Ordenanza de Fregenal de la Sierra constituyen una restricción o límite a la actividad económica en el sentido de la LGUM, puesto que prohíben la instalación de antenas visibles desde la vía pública.

Dicha restricción en cuanto prohíbe de forma injustificada el despliegue infraestructuras de comunicaciones electrónicas, resulta contraria a la normativa sectorial y a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

En este sentido se ha manifestado la CNMC en ocasiones anteriores al analizar las ordenanzas aprobadas por los Ayuntamientos de Santa Cruz de Tenerife⁷, Cangas⁸ o Freginals⁹.

Esta conclusión ha sido confirmada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de noviembre de 2018 (recurso 206/2015) en relación con una ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

V. CONCLUSIONES

- 1) Las limitaciones establecidas en el artículo 10.1. b) de la Ordenanza de policía de la edificación y urbanización de Fregenal de la Sierra constituyen una restricción o límite a la actividad económica en el sentido de la LGUM, puesto que prohíben la instalación de antenas visibles desde la vía pública.
- 2) Dicha restricción, en cuanto prohíbe de forma injustificada el despliegue infraestructuras de comunicaciones electrónicas, resulta contraria a la normativa sectorial (artículo 34 LGTel) y a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

⁷ [UM/073/14 y UM/002/15.](#)

⁸ [UM/016/15.](#)

⁹ [UM/008/20 - FIBRA ÓPTICA - FREGINALS | CNMC.](#)