

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 DENEGACIÓN MEDIANTE SILENCIO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE TORRELAVEGA (CANTABRIA) DE UNA SOLICITUD DE LICENCIA DE OBRAS Y CONCESIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA INSTALACIÓN DE NUEVA CANALIZACIÓN DE FIBRA ÓPTICA

(UM/030/24)

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 23 de abril de 2024 tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa un escrito de un operador 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), que derivan de la denegación, mediante silencio administrativo negativo, por parte del Ayuntamiento de Torrelavega (Cantabria), de una solicitud de licencia de obras y una solicitud de

concesión administrativa para la instalación de nueva canalización de fibra óptica en una calle.

La solicitud de licencia de obras y concesión administrativa es presentada por la entidad informante para la ejecución de nueva canalización de fibra óptica en Calle Agua nº 359, sita en Barreda.

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

- a) Solicitud de licencia municipal de obra y de concesión administrativa para nueva canalización de fibra óptica.
- b) Memoria de obra.
- c) Resolución de 3 de julio de 2023, del Ayuntamiento de Torrelavega, por la que se incoa expediente de licencia de obra mayor, conforme al artículo 6 de la Ordenanza sobre Tramitación de Licencias de Edificación y Usos del Suelo, y se requiere documentación para su tramitación y la presentación de forma independiente de la solicitud de concesión administrativa de dominio público.
- d) Acreditación de la presentación de la documentación requerida sobre gestión de residuos.
- e) Acreditación de la cumplimentación de la aportación del resto de documentación requerida.

Y hasta la fecha, el Ayuntamiento de Torrelavega no ha resuelto sobre las solicitudes presentadas por la informante, lo que, a juicio del operador económico, resultaría contrario tanto a los principios de la LGUM como a la regulación sectorial aplicable de telecomunicaciones.

Concretamente, la informante señala, respecto de la solicitud de licencia de obras, que el Ayuntamiento realiza una interpretación errónea de la normativa urbanística, al tramitarla como obra mayor en lugar de aplicar la vigente Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, que, a juicio de la informante, determina la calificación de la obra como obra menor, y afirma que el silencio acaecido ha de interpretarse como negativo. Y en lo tocante a la concesión administrativa, mantiene igualmente que el silencio es negativo.

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

III.1 Restricción objeto de reclamación

Según se desprende de la resolución objeto de reclamación anteriormente transcrita, la licencia de obras solicitada para la canalización de fibra óptica habría sido denegada por silencio administrativo negativo, en virtud de lo

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).

dispuesto en el artículo 238.2 de la Ley 5/2022 en relación con el 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)². A este respecto, debe destacarse que la informante afirma que la obra solicitada es menor, lo que, a tenor del artículo 238.2 de la Ley 5/2022 citada, supondría que el plazo para el otorgamiento de la licencia es de un mes.

Respecto de la calificación de la obra como mayor o menor, procede señalar que el artículo 6 de la Ordenanza sobre Tramitación de Licencias de Edificación y Uso del Suelo del Ayuntamiento de Torrelavega considera como obra mayor “*Las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo*”. La informante afirma que esta calificación es contraria a la de obra menor que, según ella, le atribuye la Ley 5/2022, pero se advierte que dicha Ley no define ni delimita obras mayores y menores, por lo que, a falta de otros datos y de una justificación por parte de la informante que fundamente su postura, ha de concluirse que la obra es mayor.

En todo caso, habida cuenta de que la informante presentó su solicitud el 9 de junio de 2023 y atendió el 15 de noviembre de 2023 el requerimiento de 3 de julio de 2023 efectuado en el marco de la tramitación de su solicitud de licencia, cabe concluir que, se entienda como obra mayor o menor, la solicitud ha sido desestimada por silencio negativo.

En cuanto a la solicitud de concesión administrativa, de la reclamación y documentación acompañada a ésta se desprende que la reclamante atendió la petición de presentación independiente de la solicitud de concesión administrativa, aunque discrepe de esa petición, y que tal presentación tuvo lugar el 15 de noviembre de 2023. Sea como fuere, se atienda a la fecha de presentación inicial (conjunta) de las solicitudes de licencia y concesión o a la de

² De acuerdo con el primero de los artículos citados: “*Las licencias urbanísticas de obras menores habrán de otorgarse en el plazo máximo de un mes y las restantes licencias urbanísticas en el de tres meses. El plazo para resolver las licencias urbanísticas se suspenderá en los términos previstos con carácter general, en la legislación del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, desde que se soliciten los informes vinculantes, concesiones, licencias o autorizaciones de carácter previo atribuidas a la competencia de la Administración General del Estado o de la Comunidad Autónoma hasta su emisión. Transcurrido el plazo de resolución de la licencia urbanística sin haberse notificado ésta, el interesado podrá entender desestimada su petición por silencio administrativo.*”

En atención al segundo de los citados: “*En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legítima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.*”

presentación independiente, se concluye que también dicha solicitud ha sido desestimada por silencio administrativo, a la luz de los artículos 21.3 y 24.1 LPACAP, por el transcurso del plazo de tres meses aplicable a falta de previsión de otro superior.

III.2 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.”

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 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).”

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.

El artículo 49.6.b) LGTel declara que las Administraciones Públicas deben:

“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,

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>).

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:

“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.”

En este caso la Administración no ha resuelto las peticiones de la informante de forma justificada con base en los criterios exigidos por el precepto transcrito (objetividad, transparencia, no discriminación y proporcionalidad), sino que se ha abstenido de resolver. Esta omisión, en línea con lo ya manifestado, integra un supuesto de silencio negativo que, como establece la normativa (artículo 24 LPACAP) y jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 550/2023, de 4 de mayo, RC 5954/2021, entre otras muchas), es una ficción legal dirigida a posibilitar la impugnación en sede

administrativa o jurisdiccional que, además, constituye un concepto distinto de la inactividad. Muestra de ello es que el sentido desestimatorio del silencio no exime de dictar resolución expresa posterior, que no se ve condicionada por ese sentido desestimatorio. Al tratarse de una ficción y no de un acto presunto (como sí es el obtenido por silencio positivo), no cabe atribuir una manifestación de voluntad a la autoridad competente, la cual, por tanto, no autoriza, pero tampoco deniega expresamente las solicitudes, de modo que no se está en presencia de una resolución.

Si bien, en principio, no cabría analizar esas inexistentes resoluciones desde la óptica de la necesidad y proporcionalidad, la prolongación de la demora injustificada en el dictado de resolución expresa podría erigirse, no obstante, en un límite indebido al acceso a la actividad económica, en la medida en que la falta de resolución expresa impide el ejercicio de la actividad, al privarla de uno de los requisitos para éste. Por ello, y dado que la ausencia de resolución expresa no permite conocer las razones en que, en su caso, se apoyaría la autoridad competente para denegar las solicitudes, es necesario que por la autoridad competente se dé cumplimiento al deber de dictar resolución expresa a fin de que se facilite la actividad o, de no hacerlo, se exterioricen los motivos que justifiquen la denegación y se evite una situación que *de facto* impide la implantación⁷.

IV. CONCLUSIONES

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

Al ser el silencio negativo una ficción legal que no permite atribuir una determinada voluntad a la autoridad competente más allá de posibilitar el acceso a la vía impugnatoria administrativa o jurisdiccional e impedir la falta de resolución expresa el ejercicio de la actividad, lo que podría erigirse en una limitación injustificada, resulta preciso que se dicten las oportunas resoluciones a fin de que el solicitante conozca el sentido estimatorio o desestimatorio y, en este segundo caso, cuáles son los motivos en que se apoyan las denegaciones.

⁷ Esta conclusión coincide con la plasmada en el Informe UM/011/24.