

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 POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE CARTAGENA (MURCIA) DE UNA SOLICITUD DE LICENCIA DE OBRAS DE NUEVA CANALIZACIÓN EN VÍA PÚBLICA PARA TENDIDO DE FIBRA ÓPTICA

(UM/057/23)

CONSEJO. PLENO

Presidenta

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

Secretaria del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de junio de 2024

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 7 de agosto de 2023, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital un escrito presentado por la entidad Lyntia Networks S.A.U. a través del cual informa sobre los obstáculos a la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM, en adelante), que derivan de la denegación por parte del Ayuntamiento de Cartagena (Murcia) de una solicitud de licencia de obras de nueva canalización en vía pública para tendido de fibra óptica.

En su escrito, la entidad informante señala que en fecha 26 de agosto de 2022 presentó su solicitud al Ayuntamiento de Cartagena, no habiendo recibido respuesta del mismo hasta el momento.

Junto a su solicitud, la entidad informante presenta la siguiente documentación:

- Certificación de inscripción de Lyntia Networks S.A.U. en el registro de operadores de esta Comisión expedida por el Secretario de la CNMC con fecha 15 de diciembre de 2021 (páginas 9 a 11 del documento electrónico remitido por la entidad informante).
- Justificante de registro de presentación al Ayuntamiento de Cartagena de solicitud de licencia de obras de nuevas canalizaciones de fibra óptica en vía pública por parte de Lyntia Networks S.A.U, con fecha 26 de agosto de 2022 y número de entrada 97914 / 2022 (páginas 12 a 13).

La informante pone de manifiesto que *“se ha producido un periodo de inactividad en la tramitación del expediente de la licencia de obras, incumpliendo lo dispuesto en la normativa de procedimiento administrativo y sectorial de telecomunicaciones”*, lo que supondría también *“vulnerar los principios de libertad de establecimiento, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de las autoridades competentes, recogidos en la LGUM”*.

Concretamente, se denuncia la vulneración del artículo 49.6.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel) y de las disposiciones del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre (RD 330/2016), relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, así como de la obligación administrativa de resolver del artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Finalmente, al tratarse de un expediente de obras de nueva canalización de fibra en vía pública, la entidad informante entiende que opera el silencio administrativo de carácter desestimatorio, conforme al artículo 24.1. 2º párrafo LPAC.

La Secretaría para la Unidad de Mercado ha dado traslado a esta Comisión de la información y la documentación presentada con la finalidad de que por este organismo se emita un informe, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 28 LGUM.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

“1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.*”

En el caso que nos ocupa, la actividad sobre la que versa la información presentada consiste en la instalación de la infraestructura necesaria para suministrar servicios de comunicaciones electrónicas.

La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas viene definida en el apartado 70 del Anexo II (Definiciones) de la vigente LGTel¹ y constituye una actividad sometida a la LGUM, pues supone la ordenación de medios por cuenta propia con la finalidad de prestar un servicio en condiciones de mercado.

A mayor abundamiento, 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/004/15²) y de 2 de noviembre de

¹ *Servicio de comunicaciones electrónicas: el prestado por lo general a cambio de una remuneración a través de redes de comunicaciones electrónicas, que incluye, con la excepción de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos, los siguientes tipos de servicios:*

a) el servicio de acceso a internet

b) el servicio de comunicaciones interpersonales, y

c) servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales, como son los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios máquina a máquina y para la radiodifusión.

2

<https://weco.cnmc.es/Expediente.aspx?num=UM%2f004%2f15&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado>.

2018 (recurso 206/2015, Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en expediente UM/002/15³).

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

III.1 Aplicación de los principios de la LGUM con relación a la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas

La informante indica en su escrito que la denegación, mediante silencio administrativo negativo, por parte del Ayuntamiento de Cartagena de su solicitud de licencia de obras de nuevas canalizaciones de fibra óptica en vía pública en dicho término municipal supondría tanto la infracción del artículo 49.6.b) de la LGTel y las disposiciones del RD 330/2016 electrónicas de alta velocidad, como de los principios de libertad de establecimiento, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de las autoridades competentes recogidos en la LGUM.

El artículo 9 LGUM prevé que los actos y disposiciones de la Administración (inclusive sus actos presuntos) observen, entre otros, los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

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 LGTel de 2022. 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 2011⁴ 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

3

<https://weco.cnmc.es/Expediente.aspx?num=UM%2f002%2f15&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado>.

⁴ 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.

CNMC UM/076/14 de 02 de enero de 2015⁵ 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 recientes informes 26/23031 de 21 de agosto de 2023⁶ y 28/23012 de 4 de agosto de 2023⁷:

“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).”

III.2 Marco normativo sectorial en materia de instalación de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad

Respecto a la ocupación de dominio público para la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas, el artículo 45 LGTel recoge expresamente el derecho de acceso de los operadores:

“Los titulares del dominio público garantizarán el acceso de todos los operadores a dicho dominio en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso u ocupación de dicho dominio público en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En particular, la ocupación o el derecho de uso de dominio público para la instalación o explotación de una red no podrá ser otorgado o asignado mediante procedimientos de licitación.”

Y el artículo 49.6.b) LGTel 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

⁵ [UM/076/14 - ANTENAS HERNANI | CNMC](#)

⁶ Véase página 9.

⁷ Véase página 18 (<https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiyempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0279TELECOMFibraopticaAlcaladelJucar.aspx>).

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 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.

Los planes de despliegue o instalación son documentos de carácter descriptivo e informativo, no debiendo tener un grado de detalle propio de un proyecto técnico y su presentación es potestativa para los operadores. Su contenido se considera confidencial.

En el plan de despliegue o instalación, el operador efectuará una mera previsión de los supuestos en los que se pueden efectuar despliegues aéreos o por fachadas de cables y equipos en los términos indicados en el apartado anterior.

Este plan de despliegue o instalación a presentar por el operador se sujetará al contenido y deberá respetar las condiciones técnicas exigidas mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros.

El plan de despliegue o instalación de red pública de comunicaciones electrónicas se entenderá aprobado si, transcurrido el plazo máximo de tres meses desde su presentación, la Administración Pública competente no ha dictado resolución expresa. La Administración Pública competente podrá fijar un plazo de resolución inferior.

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 específica tanto el artículo 49.6.b) antes transcrito como el artículo 8 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.3 Aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad de los artículos 5 y 17 LGUM en relación con la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas y la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas

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.”

En términos muy similares al artículo 17.1.c) LGUM, y en el ámbito de las Administraciones Locales, el artículo 84bis.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 la solicitud de la entidad informante, se producirá una ocupación de dominio público, por lo que resulta exigible una autorización de acuerdo con los artículos 17.1.c) LGUM y 84bis1.b) LRBRL.

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, 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 2021⁸, UM/041/21 de 14 de julio de 2021⁹ y UM/049/21 de 28 de julio de 2021¹⁰ 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

⁸ <https://www.cnmc.es/node/387403>.

⁹ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04121>.

¹⁰ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04921>.

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 2018¹¹. Ello también se desprende del artículo 49.4 LGTel:

“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.”

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 LPAC) 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

11 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>).

que justifiquen la denegación y se evite una situación que *de facto* impide la implantación¹².

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

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.

¹² Esta conclusión coincide con la plasmada en el Informe UM/011/24.