

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 INSTALACIÓN DE NUEVA CANALIZACIÓN DE FIBRA ÓPTICA EN VÍA PÚBLICA

(UM/058/23)

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 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 instalación de nueva canalización de fibra óptica en vía pública.

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.
- Justificante de registro de presentación al Ayuntamiento de Cartagena de solicitud de licencia de obras para apertura de zanjas con el fin de efectuar canalizaciones de fibra óptica en vía pública por parte de Lyntia Networks S.A.U, con fecha 9 de marzo de 2023 y número de entrada 32782 / 2023.
- Requerimiento de subsanación del Ayuntamiento de Cartagena de fecha 13 de marzo de 2023 efectuado en el marco del expediente 745152J y con el número de registro de salida 22430 / 2023.
- Justificantes de registro de la presentación al Ayuntamiento de Cartagena de la documentación solicitada en el anterior requerimiento de subsanación y fechados, respectivamente, los días 28 de marzo de 2023 y 14 de abril de 2023 con sendos números de registro de entrada 44398 / 2023 y 52283 / 2023.

La informante pone de manifiesto que *“se ha producido un periodo de inactividad en la tramitación del expediente de la licencia de obras, desde la presentación de la subsanación al requerimiento realizada con fecha 14/04/2023, incumpliendo lo dispuesto en la normativa de procedimiento administrativo y la Ley General de Telecomunicaciones, como a continuación se motiva, lo cual, conlleva a 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 (SUM) 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.

Con fecha 13 de septiembre de 2023, la SUM emitió Informe 28/23020 en el que concluyó lo siguiente:

“La aprobación de licencias para la instalación de infraestructuras de redes públicas de comunicaciones electrónicas y ocupación de dominio público para su despliegue debe adecuarse al principio de necesidad y proporcionalidad previsto en el artículo 5 de la LGUM y desarrollado en el artículo 17 de esa misma norma.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la LGTEL ha previsto determinadas consideraciones para compatibilizar el derecho de los operadores a desplegar unas redes que se consideran equipamientos de carácter básico y que prestan un servicio de interés general, con la necesaria protección de las posibles razones imperiosas de interés general que pudieran verse afectadas.”

Finalmente, en fecha 29 de septiembre de 2023, el Ayuntamiento de Cartagena comunica a la SUM que *“vista la documentación aportada por el interesado, se estima que no existe inconveniente en que se autorice la ejecución de la obra descrita en la documentación técnica aportada”*. Sin embargo, dicha autorización queda sujeta a la observancia, por parte del interesado, de determinadas condiciones generales (por ejemplo, el depósito de una fianza en garantía de la reposición de posibles desperfectos) y de condiciones técnicas específicas (por ejemplo, el vallado del perímetro de la zanja), todas ellas vinculadas a la ejecución del proyecto.

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 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 2011² en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012,

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).

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 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).”

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.”

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

⁴ Véase página 9.

⁵ Véase página 18 (<https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiyempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0279TELECOMFibraopticaAlcaladelJucar.aspx>).

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 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 8.3 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.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.1b) 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 8.3 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 2021⁶, UM/041/21 de 14 de julio de 2021⁷ y UM/049/21 de 28 de julio de 2021⁸ 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 2018⁹. 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 el presente caso, el Ayuntamiento de Cartagena ha emitido informe de 29 de septiembre de 2023, que se adjunta, en que se recoge que:

“Vista la documentación aportada por el interesado, se estima que no existe inconveniente en que se autorice la ejecución de la obra descrita en la documentación técnica aportada, quedando la misma sujeta a las siguientes condiciones: (...)”.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que la solicitud del operador habrá sido atendida, con desaparición de los obstáculos a la actividad.

IV. CONCLUSIONES

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

1^a. En el supuesto de ocupación de dominio público para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, si bien los operadores tienen derecho a

⁶ <https://www.cnmc.es/node/387403>.

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

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

⁹ 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>.

dicha ocupación según prevé el artículo 45 LGTel, deben 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). Dicha autorización o licencia será otorgada o denegada considerando también los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

- 2ª.** Asimismo, 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. En el presente caso, al tratarse de una denegación presunta, el Ayuntamiento no ha vinculado la misma a alguno de los criterios expuestos.
- 3ª.** Finalmente, tal y como se señaló en los anteriores Informes UM/017/21 de 17 de marzo de 2021¹⁰, UM/041/21 de 14 de julio de 2021¹¹ y UM/049/21 de 28 de julio de 2021¹² 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 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 2018¹³ y se desprende del artículo 49.4 LGTel. En el presente caso, sin embargo, la ausencia de respuesta por parte del Ayuntamiento conllevó la inexistencia de propuestas alternativas que pudieran ser valoradas en un análisis de proporcionalidad.

¹⁰ <https://www.cnmc.es/node/387403>.

¹¹ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04121>.

¹² <https://www.cnmc.es/expedientes/um04921>.

¹³ 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>).

- 4^a.** No obstante, en el presente caso, habida cuenta del informe que se adjunta, podría entenderse que actualmente habrán desaparecido los obstáculos a la actividad, extremo que la Administración deberá haber aclarado a través del otorgamiento de la oportuna licencia.