

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 ZAMUDIO (BIZKAIA) DE TRES SOLICITUDES DE LICENCIA DE OBRAS MENORES PARA LA INSTALACIÓN DE NUEVA CANALIZACIÓN DE FIBRA ÓPTICA EN VÍA PÚBLICA

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

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 31 de octubre de 2023

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 11 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital 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 posible denegación, mediante silencio administrativo negativo, por parte del Ayuntamiento de Zamudio de tres solicitudes de licencia de obras para la instalación de nueva canalización de fibra óptica en vía pública presentadas en 2022 y 2023.

El informante aporta junto a su escrito los siguientes documentos:

- a) Certificado emitido, el 15 de diciembre de 2021, por el Secretario del Consejo de la CNMC, en el que se hace constar que el interesado figura

inscrito en el Registro de Operadores como persona autorizada para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

- b) Justificante de entrada número 905-2022-2223 en el registro telemático del Ayuntamiento de Zamudio de fecha 3 de noviembre de 2022 de una solicitud de licencia de obra menor.
- c) Justificante de entrada número 905-2022-2621 en el registro telemático del Ayuntamiento de Zamudio de fecha 23 de diciembre de 2022 de una solicitud de licencia de obra menor.
- d) Justificante de entrada número 905-2023-1418 en el registro telemático del Ayuntamiento de Zamudio de fecha 27 de mayo de 2023 de una solicitud de licencia de obra menor.

No se adjuntan, sin embargo, ni los escritos de solicitud de licencia de obra propiamente dichos ni tampoco la documentación técnica que los acompaña.

La informante denuncia en su escrito un incumplimiento de “*la normativa de procedimiento administrativo y la sectorial de telecomunicaciones*” que conlleva una vulneración de “*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).

En el marco del presente procedimiento del artículo 28 LGUM, la SUM ha emitido Informe 28/23022 de 9 de octubre de 2023 en el que concluye 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.

Asimismo, en la página 10 del citado Informe 28/23022 de 9 de octubre de 2023, la SUM efectúa unas consideraciones específicas sobre el silencio administrativo negativo y la aplicación de la LGUM en relación con la normativa sectorial de telecomunicaciones que serán objeto de mención al final del presente informe (apartado III.3).

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.

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).

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

III.1.- Normativa aplicable al silencio administrativo en materia urbanística y de procedimiento administrativo general

De la documentación aportada por el informante junto al escrito rector del presente procedimiento resulta que la empresa reclamante presentó tres solicitudes de licencia de obra menor fechadas los días 3 de noviembre de 2022, 23 de diciembre de 2022 y 27 de mayo de 2023.

El régimen del silencio administrativo resulta tanto de la legislación específica de urbanismo como de la legislación administrativa general, esto es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Por un lado, el artículo 34 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Municipio de Zamudio (NNSS)², reguladoras del procedimiento abreviado para la obtención de licencias de obras menores, no hablan explícitamente del silencio administrativo. Sin embargo, dichas NNSS de Zamudio establecen explícitamente la necesidad de que la Administración local se pronuncie expresamente sobre la solicitud de licencia, ya sea para concederla o bien para denegarla. La regulación municipal coincide con la obligación general de resolver expresamente impuesta a la Administración en el artículo 21.1 LPAC³.

Por su parte, el artículo 207.1 letra q) de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de Euskadi⁴ (LSUE), establece, en los apartados 6 a 7 del artículo 210, una regla general de silencio positivo a favor del solicitante de licencias, una vez transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud. Sin embargo, el artículo 211 LSUE también declara que: “*En ningún caso podrán adquirirse, ni aun por silencio administrativo positivo, facultades o derechos disconformes con la ordenación urbanística ni con la legalidad vigente*”.

También el artículo 24.1 LPAC declara explícitamente que el silencio administrativo será, en este caso, negativo:

El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran, al solicitante o a terceros, facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que

² <https://www.zamudio.eus/es-ES/Ayuntamiento/Ordenanzas-Reglamentos/Paginas/normas-subsidiarias-planeamiento-zamudio.aspx>.

³ La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

⁴ BOPV» núm. 138, de 20/07/2006 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17400>).

puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En el presente supuesto, tal como señalan la interesada y la SUM, se habría dado una desestimación presunta por silencio.

III.2.- Normativa sectorial de comunicaciones electrónicas

Respecto a la ocupación de dominio público para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, el artículo 45 LGTel recoge expresamente el derecho de los operadores a acceder a dicho dominio público:

“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 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.

(.....)

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 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

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.”

Y, entre las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 se encuentran la protección del “entorno urbano” y la conservación del “patrimonio histórico y artístico”.

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.”*

Sin perjuicio de lo anterior, 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 2021⁵, UM/041/21 de 14 de julio de 2021⁶ y UM/049/21 de 28 de julio de 2021⁷ 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

⁵ <https://www.cnmc.es/node/387403>.

⁶ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04121>.

⁷ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04921>.

Supervisión Regulatoria, de fecha 26 de julio de 2018⁸. 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.”

Finalmente, la SUM en sus informes 28/23019 y 28/23020 de 13 de septiembre de 2023⁹ y 28/23016 y 28/23017 de 19 de septiembre de 2023¹⁰, ha señalado, en supuestos análogos al planteado en este informe, que:

En el caso que nos ocupa, sin perjuicio de la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, al tratarse de una presunta denegación por silencio administrativo de la licencia solicitada, la autoridad competente no ha vinculado esta denegación a alguna de las razones imperiosas de interés general establecidas en la LGUM y plasmadas en la LGTEL, que pudieran justificar establecer un límite al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Además, la ausencia de respuesta por parte del Ayuntamiento supone una restricción absoluta al derecho de ocupación del operador para desplegar su red, dado que como es obvio, conlleva la inexistencia de propuestas de alternativas que pudieran ser valoradas en un análisis de proporcionalidad.

8 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>).

9 [https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0282TELECOMUNICACIONES-Red Fibra %C3%93ptica Cartagena1.aspx](https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0282TELECOMUNICACIONES-Red%20Fibra%20%C3%93ptica%20Cartagena1.aspx).

<https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0283TELECOMUNICACIONESRedFibra%C3%93pticaCartagena2.aspx>.

10 [https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0285TELECOMUNICACIONES%E2%80%93Red fibra %C3%B3ptica Algeciras.aspx](https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0285TELECOMUNICACIONES%E2%80%93Red%20fibra%20%C3%B3ptica%20Algeciras.aspx).

<https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0284TELECOMUNICACIONESInstalacionfibra%C3%B3pticaMeco.aspx>.

Las misma observación es incluida en la página 10 del Informe 28/23022 de la SUM de 9 de octubre de 2023 referido a este expediente.

IV. CONCLUSIONES

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

- 1^a. 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 los artículos 45 LGTel (en relación con el artículo 49.6.b)) y 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.
- 2^a. Tal y como se señaló en los anteriores Informes UM/017/21 de 17 de marzo de 2021¹¹, UM/041/21 de 14 de julio de 2021¹² y UM/049/21 de 28 de julio de 2021¹³ 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 2018¹⁴ y se desprende del artículo 49.4 LGTel.

¹¹ <https://www.cnmc.es/node/387403>.

¹² <https://www.cnmc.es/expedientes/um04121>.

¹³ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04921>.

¹⁴ 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>.