

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 LOIU (BIZKAIA) DE UNA SOLICITUD DE LICENCIA DE OBRAS PARA CANALIZACIÓN DE FIBRA ÓPTICA Y TUBO EN LA FACHADA DE UNA EDIFICACIÓN DE PROPIEDAD PRIVADA

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 octubre 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 Loiu (Bikzaia) de una solicitud de licencia de obras para canalización de fibra óptica y tubo en la fachada de una edificación de propiedad privada.

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 inscrita en el Registro de Operadores como persona autorizada para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas.
- b) Justificante de entrada número 903-2023-681 en el registro telemático del Ayuntamiento de Loiu de fecha 24 de mayo de 2023 de una solicitud de licencia de obra de canalización de fibra óptica. Concretamente, se solicita la realización de una canalización de 6,5 metros de longitud en terreno privado, a ejecutar mediante una zanja de 25 cm de ancho con una profundidad máxima de 0,80 metros una arqueta tipo H (70x80x90 cm).
- c) Memoria de obra civil para realización de nueva canalización de fibra óptica en zona privada. En el apartado 4 de la citada Memoria (página 3) se describe el objeto y descripción de los trabajos con las siguientes palabras:

“LT (operador informante) precisa realizar obras civiles en su zona y solicita autorización para conectar: Desde cámara de registro CR-28 de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SA. (TESA) existente en tierra-jardín en zona pública se entroncará con una nueva salida lateral de LT en fachada del cliente, teniendo acuerdos vigentes con ambas partes para la realización de dichas obras. En dicha zanja no realizaremos ningún registro de LT.”

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).

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 una solicitud de licencia de obras en fecha 24 de mayo de 2023 para canalización de fibra óptica y tubo en la fachada de una edificación de propiedad privada.

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 5 letra q) de las Ordenanzas de Edificación y Urbanización de Loiu² sujetan a licencia urbanística:

La instalación de tendidos eléctricos, telefónicos u otros similares y de redes de telecomunicaciones o transporte de energía y la colocación de antenas de cualquier clase.

Y el apartado 03 (terminación) del artículo 7 (procedimiento general de concesiones urbanísticas) de dichas Ordenanzas exige un pronunciamiento expreso por parte del Ayuntamiento:

El expediente terminará, por acuerdo del órgano municipal competente, con:

— *Denegación de la licencia, por no ser conforme al Ordenamiento Jurídico, el ejercicio del derecho que se presente. Deberá ser, en todo caso, motivada.*

— *Concesión, por ajustarse la pretensión a derecho. En este supuesto, el acuerdo de concesión conllevará la aprobación del proyecto o proyectos presentados, y cuando estos se refieran a Obras Complementarias de Urbanización, supondrá explícita o implícitamente orden de ejecución de las mismas. El proyecto Básico será suficiente para la concesión de la Licencia, si bien las obras no podrán comenzar hasta la aprobación del Proyecto de Ejecución.*

Todas las Licencias quedan sujetas a la inspección de los servicios municipales, debiendo colaborar los interesados en tal labor inspectora y facilitar aquella documentación e información que a tal efecto les sea requerida

² BOB núm. 110. Miércoles, 11 de junio de 2014 (<https://www.loiu.eus/es-ES/Servicios/Urbanismo/Paginas/PGOU.aspx>).

Por su parte, el artículo 207.1 letra q) de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de Euskadi³ (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 negativo en los supuestos de ocupación de dominio público. Sin embargo, en este caso no se está ante un supuesto de ocupación de dominio público, sino de una propiedad privada.

III.2.- Normativa sectorial de comunicaciones electrónicas

Respecto a la ocupación, el artículo 44 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), recoge expresamente el derecho de ocupación de la propiedad privada por parte de los operadores para la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas:

Los operadores tendrán derecho, en los términos de este capítulo, a la ocupación de la propiedad privada cuando resulte estrictamente necesario para la instalación, despliegue y explotación de la red en la medida prevista en el proyecto técnico presentado y siempre que no existan otras alternativas técnica o económicamente viables, ya sea a través de su expropiación forzosa o mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso para la instalación, despliegue y explotación de infraestructura de redes públicas de comunicaciones electrónicas. En ambos casos tendrán la condición de beneficiarios en los expedientes que se tramiten, conforme a lo dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa.

Por su parte, el artículo 49.6.b) LGTel añade que:

6. La normativa elaborada por las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias que afecte a la instalación y explotación de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos: (...)

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

³ BOPV núm. 138, de 20/07/2006 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17400>).

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;

En este supuesto concreto, existe un plazo inferior de 3 meses con silencio positivo regulado en la normativa urbanística vasca, en el artículo 210 LSUE.

Y, más concretamente, en el apartado 9 del artículo 49 LGTel se indica que:

Para la instalación o explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas fijas o de estaciones o infraestructuras radioeléctricas y sus recursos asociados en dominio privado distintas de las señaladas en el párrafo anterior, no podrá exigirse por parte de las Administraciones públicas competentes la obtención de licencia o autorización previa de obras, 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 voluntariamente 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, y siempre que el citado plan haya sido aprobado por dicha administración.

En este supuesto concreto y salvo que la instalación de fibra se efectuara en una edificación declarada bien de interés cultural o tuviera impacto en un espacio natural protegido, no resultaría, incluso, necesaria la presentación de licencia si el operador hubiese tenido aprobado anteriormente un plan de despliegue en esa zona por parte del Ayuntamiento de Loiu, aspecto sobre el que no se tiene constancia en el supuesto analizado.

Finalmente, 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 embargo, tal y como se ha dicho anteriormente en este informe, **NO estamos ante la ocupación de dominio público sino de propiedad privada**, por lo que no concurre dicha razón imperiosa de interés general. De hecho, según se ha indicado anteriormente, no resultaría siquiera exigible licencia, de acuerdo con el artículo 49.9 LGTel, si el operador tuviera aprobado un plan de despliegue en esa zona y la instalación no se realizase en una edificación declarada bien de interés cultural o no tuviese impacto en un espacio natural protegido.

Sin embargo, la aprobación de un plan de despliegue no exoneraría a los operadores de observar las normas urbanísticas aplicables, como se ha indicado en sus Informes UM/022/20, de 10 de junio de 2020⁴, y UM/017/21 de 17 de marzo de 2021⁵ y UM/041/21 de 14 de julio de 2021⁶.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se concluye que, de acuerdo con el artículo 49.9 LGTel, podría no resultar exigible una licencia si el operador tuviera aprobado (lo que no se acredita en este caso) un plan de despliegue en esa zona y la instalación no se realizase en una edificación declarada bien de interés cultural o no tuviera impacto en un espacio natural protegido, si bien la aprobación de dicho plan de despliegue de redes no exonera a los operadores de observar las normas urbanísticas aplicables, como se ha indicado en sus Informes UM/022/20, de 10 de junio de 2020⁷, y UM/017/21 de 17 de marzo de 2021⁸ y UM/041/21 de 14 de julio de 2021⁹.

⁴ <https://www.cnmc.es/expedientes/um02220>.

⁵ <https://www.cnmc.es/expedientes/um01721>.

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

⁷ <https://www.cnmc.es/expedientes/um02220>.

⁸ <https://www.cnmc.es/expedientes/um01721>.

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