

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 NEGATIVO POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE ALGECIRAS DE UNA SOLICITUD DE LICENCIA PARA CANALIZACIÓN DE TENDIDO DE FIBRA ÓPTICA

Expediente: UM/055/23

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 28 de mayo 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 Algeciras (Cádiz) de una solicitud de licencia para canalización de tendido de fibra óptica.

En su escrito, la entidad informante alega que, habiendo solicitado licencia para canalizar un tendido de fibra óptica el 29 de agosto de 2022, no ha recibido resolución definitiva al respecto del Ayuntamiento de Algeciras.

La informante señala en su escrito 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 en la correspondiente sectorial 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.”*

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

- Certificación de inscripción en el registro de operadores expedida por el Secretario de esta Comisión en fecha 15 de diciembre de 2021 (páginas 10 a 12 del documento electrónico presentado por la informante).
- Registro de presentación ante el Ayuntamiento de Algeciras de solicitud de licencia para canalización de fibra óptica fechado el 29 de agosto de 2022, con el número de referencia registral 2022005000008480 (páginas 13 a 15).
- Registro de queja presentado ante al Ayuntamiento de Algeciras por inactividad administrativa, fechado el 2 de noviembre de 2022, con el número de referencia registral 2022005000010656 (páginas 16 a 18).
- Requerimiento de subsanación remitido por el Ayuntamiento de Algeciras remitido el 10 de enero de 2023 con el número de referencia registral 2023001000000435, solicitando la presentación de estudio de seguridad y salud en el marco del expediente de licencia de obras mayores URB-OMAY-ICAN-120-2022 (página 19).
- Registro de remisión de estudio de seguridad y salud fechado el 24 de enero de 2023, con el número de referencia registral 2023005000000776.

Finalmente, la entidad informante entiende que en este supuesto habría operado el silencio administrativo negativo por aplicación del artículo 24.1.2º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)¹.

¹ 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 puedan dañar

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 artículo 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 Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel)² y constituye una actividad sometida a

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

² 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

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/004/15³) y de 2 de noviembre de 2018 (recurso 206/2015, Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en expediente UM/002/15⁴).

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 Algeciras de su solicitud de licencia para llevar a cabo obras de canalización de una red de fibra óptica en dicho término supondría tanto la infracción de los principios de libertad de establecimiento, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de las autoridades competentes, recogidos en la LGUM, como la vulneración del artículo 49.6.b) LGTel y de las disposiciones 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).

Debe recordarse que 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.

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. 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.

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.

³<https://weco.cnmc.es/Expediente.aspx?num=UM%2f004%2f15&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado>.

⁴<https://weco.cnmc.es/Expediente.aspx?num=UM%2f002%2f15&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado>.

Así se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo y 14 de julio de 2011⁵ 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 2015⁶ 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 2023⁷ y 28/23012 de 4 de agosto de 2023⁸:

“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

⁵ 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.”

⁶ [UM/076/14 - ANTENAS HERNANI | CNMC](#)

⁷ Véase página 9.

⁸ Véase página 18 (<https://portal.mineco.gob.es/es-es/economia-y-empresa/unidad-mercado/gum/buscador/Paginas/28-0279TELECOMFibraopticaAlcaladeJucar.aspx>).

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.

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 el artículo 49.6.b) antes transcrito.

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.

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. E incluso, tal y como se señaló en los anteriores Informes UM/017/21 de 17 de marzo de 2021⁹, UM/041/21 de 14 de julio de 2021¹⁰ y UM/049/21 de 28 de julio de 2021¹¹ 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 2018¹². 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 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

⁹ <https://www.cnmc.es/node/387403>.

¹⁰ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04121>.

¹¹ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04921>.

¹² 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>).

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 implantación¹³.

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.

¹³ Esta conclusión coincide con la plasmada en el Informe UM/011/24.