

INFORME DE 10 DE FEBRERO DE 2017 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA DENEGACIÓN PRESUNTA DE LA APROBACIÓN DEL PLAN DE DESPLIEGUE DE UNA RED DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICA EN EL MUNICIPIO DE BENIGANIM (UM/024/17).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El reclamante, un prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, presentó el día 16 de mayo de 2016 un plan de despliegue de una red WIMAX-WIFI y de fibra óptica ante el Ayuntamiento de Vila Real de Beniganim. Asimismo, acompañó una declaración responsable de cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente.

El 2 de setiembre de 2016 el operador solicitó el certificado de silencio administrativo. Por Decreto de fecha 9 de enero de 2017 del Concejal Delegado de Urbanismo 2017-0002, se rechazó dicha petición, se declaró que el efecto del silencio era negativo y se ordenó a la secretaria de la Corporación la emisión de un certificado del silencio en esos términos.

Con fecha 19 de enero de 2017 entró en el registro de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (en adelante, SCUM), la reclamación del operador al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

No consta que el Ayuntamiento haya resuelto de forma expresa la solicitud de aprobación del plan de despliegue.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Normativa reguladora del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas.

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), se refiere en sus artículos 34, 35 y 36 a la normativa de las administraciones públicas que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Entre otros principios, se prevé que ésta, así como los instrumentos de planificación territorial o urbanística, no podrá establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. Por el contrario, 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 e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.

Por su parte, el artículo 34.3 de la LGTel impone la obligación de garantizar la existencia de una oferta de lugares suficientes para ubicar las infraestructuras de los operadores de comunicaciones electrónicas en los siguientes términos:

“las administraciones públicas contribuirán a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras identificando dichos lugares y espacios físicos en los que poder cumplir el doble objetivo de que los operadores puedan ubicar sus infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas así como la obtención de un despliegue de las redes ordenado desde el punto de vista territorial”.

El apartado 6 del artículo 34 de la LGTel opta por la falta de exigencia de licencia para las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, a excepción de las que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, las que ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, cuando tengan impacto en espacios naturales protegidos.

En su lugar, se deberán exigir declaraciones responsables, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la actualidad en el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, relativas al cumplimiento de las previsiones legales establecidas en la normativa vigente. La declaración responsable deberá contener una manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente, incluido, en su caso, estar en posesión de la documentación que así lo acredite.

Por su parte, el apartado 7 del artículo 34 se refiere a las actuaciones de innovación tecnológica o adaptación técnica que supongan la incorporación de nuevo equipamiento o la realización de emisiones radioeléctricas en nuevas bandas de frecuencias con otras tecnologías, sin variar los elementos de obra civil o mástil, a realizar en las infraestructuras de redes públicas de comunicaciones electrónicas, incluidas las estaciones radioeléctricas de comunicaciones electrónicas, con independencia de si están ubicadas en dominio público o privado, en cuyo caso no se requerirá ningún tipo de concesión, autorización, licencia nueva o modificación de la existente o declaración responsable o comunicación previa a las administraciones públicas

competentes por razones de ordenación del territorio, urbanismo o medioambientales.

De lo anterior se concluye que la LGTel excepciona la necesidad de requerir autorización o licencia previa y sustituye ésta por una declaración responsable para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas o de estaciones radioeléctricas en dominio privado distintas de las señaladas en la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, esto es, (i) las estaciones radioeléctricas que se ubiquen en dominio privado y tengan una superficie superior a 300 m², (ii) las que tengan impacto en el patrimonio histórico artístico o (ii) que tengan impacto en espacios naturales protegidos.

En los supuestos diferentes, cuando el operador haya presentado 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, no podrá exigirse por parte de las administraciones públicas competentes la obtención de licencia o autorización previa de 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.

Por lo tanto, las condiciones que se exigen para que el plan de despliegue o instalación tenga como efecto la sustitución de la licencia o autorización previa por la declaración responsable son dos:

- 1) que el plan haya sido aprobado por la administración competente para el otorgamiento de la licencia o autorización y,
- 2) que la infraestructura que se pretende instalar mediante declaración responsable esté incluida en ese plan

La exposición de motivos de la Ley señala que la sustitución de las licencias y autorizaciones cuando previamente el operador haya presentado ante las administraciones competentes un plan de despliegue y éste haya sido aprobado, se justifica *“por cuanto que, en estos casos, la administración competente ya ha analizado y ponderado los intereses inherentes al ejercicio de sus propias competencias”*. Por tanto, en el plan se deberá contemplar, respecto cada una de las redes públicas de comunicaciones electrónicas o de estaciones radioeléctricas incluidas en él, la información necesaria para que la Administración pueda realizar ese análisis y ponderación de intereses, que en el caso de los Ayuntamientos serán los relacionados, principalmente con sus competencias en materia de urbanismo, medio ambiente y protección del patrimonio histórico.

Para que opere la sustitución de licencias o autorizaciones municipales el plan habrá tenido que ser aprobado por el Ayuntamiento. Por tanto, la aprobación de

un plan de despliegue por una Comunidad Autónoma no surte efecto sobre la sustitución de licencias y autorizaciones municipales. Además, el plan aprobado por el Ayuntamiento no surte ese efecto sobre la sustitución de las licencias o autorizaciones que deba otorgar la Comunidad Autónoma.

En cuanto al contenido del plan de despliegue, el artículo 34.6 de la LGTel se limita a establecer que *“deberá prever los supuestos en los que se van a efectuar despliegues aéreos o por fachadas de cables y equipos”* y se remite a un posterior desarrollo normativo en lo que se refiere a la concreción del contenido del plan y de las condiciones técnicas.

Las reglas para ese desligue aéreo son las contenidas en el apartado 5 del artículo 36:

- Los operadores deberán hacer uso de las canalizaciones subterráneas o en el interior de las edificaciones que permitan el despliegue y explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas.
- En los casos en los que no existan dichas canalizaciones o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas, los operadores podrán efectuar despliegues aéreos siguiendo los previamente existentes.
- Igualmente, en los mismos casos, los operadores podrán efectuar por fachadas despliegue de cables y equipos que constituyan redes públicas de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados, si bien para ello deberán utilizar, en la medida de lo posible, los despliegues, canalizaciones, instalaciones y equipos previamente instalados.
- Los despliegues aéreos y por fachadas no podrán realizarse en casos justificados de edificaciones del patrimonio histórico-artístico o que puedan afectar a la seguridad pública.

La Ley no se refiere al procedimiento para la aprobación del plan de despliegue pero sí establece los efectos del silencio administrativo en su artículo 34.6:

“El plan de despliegue o instalación de red pública de comunicaciones electrónicas se entenderá aprobado si, transcurridos dos meses desde su presentación, la administración pública competente no ha dictado resolución expresa”.

Tal y como señala el Ayuntamiento, el inciso **“transcurridos dos meses desde su presentación”** del párrafo quinto del apartado 6 ha sido declarado nulo e inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2016, de 4 de febrero.

Dicha Sentencia reconoce que el artículo 34.6 de la LGTel, en cuanto contempla los planes de despliegue o instalación con efectos liberatorios de autorizaciones y licencias autonómicas o municipales, tiene apoyo en el art. 149.1.13 y 21 CE y no vulnera las competencias autonómicas sobre urbanismo, ordenación del territorio y medio ambiente puesto que dichos planes han de ser aprobados, en ejercicio de esas competencias, por la Administración autonómica o municipal correspondiente. La previsión de silencio positivo también tiene amparo en los mismos títulos competenciales estatales. Ello, puesto que dicha previsión no es sino una medida dirigida a dotar de plena virtualidad o eficacia al sistema y a garantizar que la eliminación de las autorizaciones y licencias que, en última instancia se pretende, tiene realmente lugar.

A este respecto, el TC señala que:

“Si, como recordamos en la STC 171/1996, FJ 3, la «necesidad de conciliar los títulos competenciales» «se traduce en la exigencia de que las decisiones que el Estado adopte con base en el art. 149.1.13 CE, se ciñan a aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los fines de política económica que aquellas persigan (entre otras muchas, SSTC 152/1988, fundamento jurídico 4 y 201/1988, fundamento jurídico 2)» el establecimiento de una regla general de silencio positivo en este caso, que no resulta directamente de la legislación básica sobre procedimiento administrativo, se considera necesario para garantizar el funcionamiento del sistema en el sentido expuesto. En todo caso, no condicionan ilegítimamente las competencias autonómicas ya que las Comunidades Autónomas pueden ejercerlas sin limitación alguna dentro del plazo máximo para resolver el procedimiento, por lo que se trata, únicamente, de eliminar la incertidumbre asociada a la falta de respuesta al vencimiento del plazo, dando al silencio el efecto estimatorio de la aprobación de los planes.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional consideró que los arts. 149.1.13 y 21 CE no amparan la fijación del concreto plazo de dos meses para la aprobación de los planes porque no es necesaria o imprescindible para garantizar la virtualidad del sistema e invade las competencias autonómicas que determinan que la aprobación de los planes se realice por estas Administraciones y no por el Estado.

En consecuencia, el resultado del silencio ante la falta de resolución expresa a las peticiones de aprobación de un plan de despliegue sigue siendo positivo, sin perjuicio de que el plazo para resolverla será el establecido con carácter general y no el de dos meses previsto en la LGTel.

En todo caso, la resolución que se dicte podrá aprobar el plan, denegar esa aprobación o excluir de la aprobación determinadas instalaciones. En caso de denegación total o parcial de la aprobación, la resolución deberá ser motivada

–art. 35 de la Ley 39/2015 - y fundamentada únicamente en las normas de protección de los intereses municipales respecto de los que el Ayuntamiento tenga competencias, tales como las del planeamiento urbanístico, planes especiales de protección del patrimonio histórico cultural, las de protección de los bienes catalogados o las de protección del paisaje urbano. Dicho de otra manera: si el efecto de la aprobación del plan es la sustitución de las licencias municipales por declaraciones responsables, las normas en las que se debería fundamentar la denegación de la aprobación deberían ser las que resulten de aplicación a la concesión de las licencias que se sustituyen.

En lo que se refiere a las licencias urbanísticas para desplegar redes en edificaciones de dominio privado, la disposición final tercera de la LGTel modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, e introduce una disposición adicional octava con el siguiente texto:

«Disposición adicional octava. Instalación de infraestructuras de red o estaciones radioeléctricas en edificaciones de dominio privado.

Las obras de instalación de infraestructuras de red o estaciones radioeléctricas en edificaciones de dominio privado no requerirán la obtención de licencia de obras o edificación ni otras autorizaciones, si bien, en todo caso el promotor de las mismas habrá de presentar ante la autoridad competente en materia de obras de edificación una declaración responsable donde conste que las obras se llevarán a cabo según un proyecto o una memoria técnica suscritos por técnico competente, según corresponda, justificativa del cumplimiento de los requisitos aplicables del Código Técnico de la Edificación. Una vez ejecutadas y finalizadas las obras de instalación de las infraestructuras de las redes de comunicaciones electrónicas, el promotor deberá presentar ante la autoridad competente una comunicación de la finalización de las obras y de que las mismas se han llevado a cabo según el proyecto técnico o memoria técnica.»

De esta manera, se exceptúa la necesidad de obtener licencia de obras para instalar redes de comunicaciones electrónicas en edificios que tengan ese carácter.

El principio de simplificación también está presente en la actual redacción dada por la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, al artículo 84bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) que, entre otros extremos, señala que las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado.

Dicho régimen supone que las administraciones locales no podrán exigir ningún tipo de autorización previa o licencia para la instalación o el despliegue de infraestructuras necesarias para el ejercicio de actividades económicas excepto cuando concurren los siguientes requisitos acumulativos: (i) lo prevea una norma con rango de Ley que defina los requisitos esenciales de esa autorización; (ii) concorra una de las siguientes razones imperiosas de interés general: la protección del medioambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico, la seguridad o la salud públicas y (ii) la exigencia de autorización sea proporcionada (es decir, que no exista un medio más adecuado).

En sustitución de la autorización habilitante, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial (art. 84ter LBRL).

Además, la LBRL contiene una regla para evitar el caso de que además de la licencia o autorización local se precise la de otra administración. En ese caso, se deberá motivar expresamente que el interés general que motiva la necesidad de autorización o licencia no está ya suficientemente protegido por la previa. Dicha previsión se ajusta al principio de simplificación de cargas previsto en el artículo 7 de la LGUM.

El desarrollo reglamentario de los preceptos señalados se ha producido con el 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 lo que se refiere al acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, coordinación de obras civiles y publicación de información sobre concesión de permisos.

II.2) Afectación a los principios protegidos en la LGUM por parte de la actuación del Ayuntamiento Vila Real de Beniganim.

Sin perjuicio de la posible infracción del ordenamiento jurídico, en concreto del artículo 34.6 de la LGTel en lo que se refiere a los efectos del silencio administrativo, según se ha expuesto más arriba, y de la necesidad de resolución expresa de la solicitud presentada por el reclamante en los términos expuesto por el artículo 88 de la Ley 39/2015, en lo que respecta al objeto del presente informe, debe analizarse si la actuación del Ayuntamiento de Vila Real de Beniganim podría constituir una infracción de los principios de garantía de las libertades de establecimiento y circulación y, en especial, del de necesidad y proporcionalidad recogidos expresamente en la LGUM.

En efecto, cuando una norma incorpora principios de garantía de las libertades de establecimiento y circulación, su vulneración puede suponer una doble infracción: por un lado, la de dicha norma y, por otro, la de los preceptos de la LGUM que los recogen.

En este caso, el artículo 5 de la LGUM se refiere a los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes en los siguientes términos:

Artículo 5. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley 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 ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Por su parte, el artículo 17 de la LGUM se refiere a la instrumentación de esos principios, de manera que, con carácter general, 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. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización, respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, solo cuando:

- (i) sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y
- (ii) estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

El grado de intervención administrativa se rebaja en el caso de que la normativa exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados, en cuyo caso bastará la presentación de una declaración responsable para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas o una comunicación cuando, por alguna razón imperiosa de interés general, tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.

La LGTel contiene, de acuerdo con la LGUM, criterios que son el resultado de analizar la proporcionalidad de los medios de intervención administrativa sobre el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas. Entre esos criterios se incluye la exigencia de que la documentación que los operadores deban aportar de conformidad con la normativa que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones deberá ser motivada, tener una justificación objetiva, ser proporcionada al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario. De esta manera, la LGTel ha incorporado las exigencias de la LGUM, y en especial los criterios de necesidad y proporcionalidad, al ámbito del despliegue de estaciones o infraestructuras radioeléctricas.

La exigencia de un título habilitante previo (licencia o autorización) constituye un límite para el acceso o, en su caso, ejercicio de una actividad económica, por lo que su justificación debe basarse en una razón imperiosa de interés general y en caso contrario sería contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad.

No obstante, de los hechos expuestos por el operador se desprende que el obstáculo denunciado es la inactividad de la corporación local para aprobar o, en su caso, rechazar el plan de despliegue presentado, lo que impide al reclamante el despliegue de su red. La aprobación del plan de despliegue, como se ha expuesto, supone la sustitución de las licencias o autorizaciones previas y su sustitución por declaraciones responsables en el caso de las infraestructuras o estaciones allí previstas.

Ciertamente, la mera presentación de una declaración responsable sin la aprobación previa del plan de despliegue (aunque sea de forma tácita) no puede sustituir las licencias necesarias para instalar la red.

No obstante, en la medida en que la administración actuante no resuelve expresamente sobre la solicitud de aprobación del plan de despliegue y, además, rechaza su aprobación tácita en clara contradicción del artículo 34.6 de la LGTel (ya se ha expuesto el TC no anuló el sentido del silencio –positivo-, sino tan solo el plazo de dos meses en que se tenía por producido éste), está impidiendo la libre iniciativa económico del operador y exigiendo, por tanto, autorizaciones a las infraestructuras contenidas en el plan de despliegue con clara infracción de los criterios de instrumentalización del principio de necesidad y proporcionalidad y la preferencia, en la normativa sectorial, por la declaración responsable como medio de intervención. .

Y ello porque dichos criterios, como se ha expuesto, solo exigen respecto de las instalaciones o infraestructuras físicas autorizaciones cuando sean susceptibles de general daños sobre el medio ambiente, el entorno urbano, la seguridad o la salud pública o el patrimonio histórico artístico. La LGTel, para favorecer el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, ha reservado dicho análisis de necesidad al procedimiento de aprobación del plan de

despliegue, y otorgado al mismo, por el mismo motivo, un efecto positivo al silencio administrativo.

A su vez, el análisis de proporcionalidad implica que el instrumento de intervención se limite a una declaración responsable cuando, aprobado el plan de despliegue, se pretenda la construcción de determinadas infraestructuras cuya autorización corresponda a la misma administración que aprobó el plan de despliegue.

Es por ello por lo que la falta de aprobación del plan de despliegue, incluso cuando ésta sea tácita por no resolver en plazo la solicitud, al impedir la mera declaración responsable para la instalación de la red de comunicaciones electrónicas en los términos previstos en el plan de despliegue, infringe el principio de necesidad y proporcionalidad en los términos incorporados en la LGTel.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- Sin perjuicio del deber del Ayuntamiento de resolver de forma expresa la solicitud del reclamante de aprobación de su plan de despliegue y de considerarla aprobada por silencio positivo una vez transcurrido el plazo general previsto en la normativa de aplicación, la actuación administrativa impugnada vulnera los principios de necesidad y proporcionalidad y su instrumentalización en los términos dispuestos en el artículo 17 de la LGUM en relación con el artículo 34.6 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones.

2º.- En el caso de que la autoridad administrativa autora de la actuación contra la que se ha presentado la reclamación mantuviera su criterio, esta Comisión estaría legitimada para impugnarla, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.