

INFORME DE 6 DE MAYO DE 2016 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, EN RELACIÓN CON LA EXIGENCIA DE UNA LICENCIA PARA LA INSTALACIÓN DE UNA TORRE DE COMUNICACIONES EN EL MUNICIPIO DE CHICLANA DE LA FRONTERA (UM/048/16).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 28 de abril de 2016 entró en el registro de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado un escrito presentado por un operador de redes de comunicaciones electrónicas en el que expone que con fecha 11 de agosto de 2015 presentó un escrito al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera en el que comunicaba un plan de despliegue de una red de comunicaciones electrónicas inalámbricas en ese municipio. A tal fin, acompañaban un proyecto técnico descriptivo.

Ante el silencio de la administración local, con fecha 28 de octubre de 2015 presentó otro escrito, que califica de “declaración responsable”, en el que comunicaba que consideraba aprobado el plan de despliegue a la vista del transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 34.6 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel).

Según refiere la reclamante, el ayuntamiento le notificó, en fecha 23 de noviembre de 2015, una comunicación en la que expone que el plan de despliegue exige la obtención de una licencia de obra mayor y que el escrito presentado por el operador no cumplía los requisitos para la obtención de ésta.

Finalmente, con fecha 21 de abril de 2016 se le notificó el resultado de la inspección realizada en fecha 5 de abril de 2016 a una de sus torres, según la cual se le incoa un procedimiento sancionador y se le ordenaría la inmediata suspensión de la ejecución de la obra.

II. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analiza:

- 1) La normativa reguladora del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas.
- 2) La afectación de los principios protegidos en la LGUM por parte de la actuación del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera.

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

Con carácter general, la 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 esta normativa, 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.

El artículo 34.3 de la LGTel impone la obligación de garantizar la existencia 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 incluidas en planes de despliegue ya aprobados, 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 presentar **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 (LRJAP y PAC), 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 independencias 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 a 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, que todavía no se ha producido, en lo que se refiere a la concreción del contenido del plan y de las condiciones técnicas.

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.

No obstante, debe señalarse que **dicho precepto ha sido anulado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2016**, de 4 de febrero de 2016, que razona que dicha previsión 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 todo caso, el plan de despliegue de redes de comunicaciones electrónicas no constituye un instrumento de ordenación urbanística.

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 –arts. 54 y 89 de la Ley 30/1992- 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 el carácter de edificaciones de dominio privado.

Los principios de necesidad y proporcionalidad, en idénticos términos a como están formulados en la LGUM, también están presentes en 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.

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

A los efectos del objeto del presente informe, debe analizarse si la inactividad del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera podría constituir una infracción de los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos expresamente en la LGUM y trasladados, como se ha expuesto, a la normativa sectorial que regular el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas.

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 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 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 que 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 Sentencia del Tribunal Constitucional arriba citada, precisamente reconoce que las disposiciones de la LGTel dirigidas a garantizar la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones se justifican en la competencia estatal para imponer medidas que faciliten la instalación y despliegue de las redes y la prestación de nuevos servicios, incentivar las inversiones y promover la competencia efectiva en ejercicio de su competencia exclusiva de ordenación general de la economía.

Del mismo modo, la reforma de la LBRL tiene por objeto el respeto a los principios previstos a la LGUM y a los límites para su instrumentación, de manera que el régimen de autorización se reserva: (i) por una norma con rango de ley que defina sus requisitos esenciales y (ii) que los mismos 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. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones.

Los criterios incorporados en la LGUM, y en diversas normas posteriores, tienen por objeto impedir obstáculos a la libre iniciativa económica en los términos expuestos en el artículo 17 de la LGUM, que permite la existencia de autorizaciones para las instalaciones e 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 (necesidad) y (ii) esas razones solo puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación (proporcionalidad).

De esta manera, la exigencia de un título habilitante previo (licencia, autorización o permiso previo) 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 vulneraría los principios de necesidad y proporcionalidad.

En este sentido, no consta en el acto administrativo de ese Ayuntamiento la justificación en las citadas razones de la exigencia de licencia.

III. CONCLUSIONES

1. A juicio de esta Comisión, la exigencia de una licencia para la instalación de una torre necesaria para el despliegue de una red de comunicaciones electrónicas, debe basarse en razones de interés general tales como la protección del medioambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico, la seguridad o la salud públicas.
2. En el caso de la reclamante, el ayuntamiento de Chiclana de la Frontera no ha justificado en dichas razones la exigencia de licencia para la instalación de una torre metálica para su antena de comunicaciones electrónicas.
3. La exigencia de una licencia, en las circunstancias descritas, constituye una infracción de los principios de garantía de las libertades de establecimiento y circulación, y en concreto, de los de necesidad y proporcionalidad exigidos por los artículos 5 y 17 LGUM.
4. En el caso de que la autoridad local no modificara su actuación para adecuarla a los principios de necesidad y proporcionalidad indicados en este informe, esta Comisión estaría legitimada para impugnar los actos administrativos dictados sin cumplir la señaladas exigencias, 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.