

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 EL RÉGIMEN DE LEGALIZACIÓN DE LAS INSTALACIONES DE TELECOMUNICACIONES SITAS EN EL MACIZO DE ROCACORBA PREVISTO EN LAS NORMAS URBANÍSTICAS DEL AYUNTAMIENTO DE CANET D'ADRI

Expediente: UM/059/22

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D.^a. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D.^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 26 de julio de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 5 de julio de 2022 tuvo entrada en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital el escrito presentado por la entidad RETIX TELECOM, SL a través del cual se informa, al amparo de lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado (LGUM, en adelante), sobre los obstáculos a la aplicación de esta ley que se derivan de la disposición transitoria 5ª de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Canet d'Adri (Gerona).

El 6 de julio de 2022, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) dio traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 28 LGUM.

Dice así la aludida disposición transitoria 5ª de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Canet d'Adri¹, aprobadas definitivamente el 10 de marzo de 1999², bajo la rúbrica “Antenas”:

“Quedan legitimadas, con la aprobación de estas Normas, las antenas y construcciones anejas de Radiotelevisión Española, Corporación Catalana de Radiotelevisión y Telefónica sitas en el Macizo de Rocacorba.

Todas las instalaciones de otras entidades quedarán fuera de ordenación y será necesario, en caso de querer mantener las instalaciones, formalizar un acuerdo con las instituciones anteriormente descritas para poder utilizar sus infraestructuras.

En caso de discrepancia o imposibilidad de acuerdo entre las empresas legitimadas en estas Normas y otras empresas que deban ser acogidas en sus instalaciones, el Ayuntamiento actuará en arbitraje y su resolución será vinculante.

¹ <http://www.canet-adri.cat/lajuntament/planejament-urbanistic-municipal/>.

² El texto refundido de dichas normas fue aprobado por la Comisión de Urbanismo de Girona el 15 de marzo de 2007 (expediente 07/026397).

El plazo de adaptación de las instalaciones fuera de ordenación se establece en un periodo de dos años.

No obstante, de acuerdo con las determinaciones del Decreto 328/1992, de 14 de diciembre, de aprobación del Plan de Espacios de Interés Natural, cualquier posible actuación que implique la construcción de un nuevo mástil quedará sometida al procedimiento de evaluación de impacto ambiental establecido por el Decreto 114/1998, de 7 de abril; por tanto, el proyecto, junto con el correspondiente estudio de impacto ambiental, deberá seguir la tramitación prevista en el mismo Decreto 114/1988.”

En el escrito presentado por el operador económico (RETIX TELECOM, SL) se cita la Resolución CFT/DTSA/045/21, de 28 de abril de 2022, del conflicto del gestor del múltiple interpuesto por DRACVISIÓ contra TV GIRONA por la designación del gestor del múltiple digital en la demarcación de GIRONA TL03GI (programa 39)³, en la que la Sala de Supervisión Regulatoria de esta Comisión señala:

“En todo caso, esta Sala entiende que la disposición adicional quinta de las Normas Subsidiarias de Canet d’Adri podría resultar contraria a lo dispuesto en los artículos 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), en consonancia con el artículo 34.3 de la LGTel, de conformidad con el cual:

«La normativa elaborada por las administraciones públicas que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para impulsar o facilitar el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, en particular, para garantizar la libre competencia en la instalación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y la disponibilidad de

³ <https://www.cnmc.es/expedientes/cftdtsa04521>

una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras.

*De esta manera, dicha normativa o instrumentos de planificación no podrán 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. 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 e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores **y su ejercicio en igualdad de condiciones**». (El subrayado es nuestro).*

En efecto, en dicha disposición se legalizan únicamente tres de las antenas y construcciones anejas ubicadas en el espacio natural del macizo de Rocacorba, no justificándose las razones que conllevan la exclusión del resto de las instalaciones (entre las que se encuentra la analizada en el marco del presente expediente), lo que podría resultar contrario al principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 3 de la LGTel y fundamentar la presentación de una reclamación ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la LGUM.

En otro orden de cosas, las normas subsidiarias de planeamiento del municipio de Canet d'Adri contienen también la siguiente previsión:

«En caso de discrepancia o imposibilidad de acuerdo entre las empresas legitimadas en estas Normas y otras empresas que se tengan que acoger a sus instalaciones, el Ayuntamiento actuará de árbitro, y su resolución será vinculante».

Se recuerda que la competencia de resolución de conflictos de acceso a infraestructuras de operadores de telecomunicaciones es competencia exclusiva

de la CNMC, siendo esta previsión contraria a la LGTel y su normativa de desarrollo.”

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DENTRO DEL ÁMBITO DE LA LGUM

El art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”

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*”.

Las actividades a la que afecta la disposición transitoria 5ª de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Ayuntamiento de Canet d'Adri son la instalación y explotación de las redes de comunicaciones electrónicas, y la prestación al público de los servicios de comunicaciones electrónicas, las cuales constituyen servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, ex arts. 1.1 y 2.1 de la hoy vigente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGT, en lo sucesivo).

La aplicación de la LGUM a reclamaciones sobre posibles restricciones a la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas ha sido reconocida, entre otras, en la Sentencia, de 28 de junio de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 278/2016). En este mismo sentido nos hemos pronunciado en el Informe UM/047/21, de 28 de julio de 2021⁴.

⁴ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04721>.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

De la lectura de la disposición transitoria 5ª de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Canet d'Adri se desprende que con su aprobación quedan automáticamente legalizadas las antenas y construcciones anejas ubicadas en el Macizo de Rocacorba que sean propiedad de tres operadores económicos concretos: Radiotelevisión Española, Corporación Catalana de Radiotelevisión y Telefónica. En cambio, las instalaciones existentes en el mismo lugar que pertenezcan a otras entidades se declaran fuera de ordenación, exigiendo para su mantenimiento (*“en caso de querer mantener las instalaciones”*) que, en el plazo de dos años, se formalice un acuerdo con los operadores económicos cuyas antenas y construcciones anejas han sido automáticamente legalizadas *“para poder utilizar sus infraestructuras”*.

Llegados a este punto cabe preguntarse por qué se habla de “mantener las instalaciones” y del plazo de “adaptación de las instalaciones”, si los operadores económicos que no se han visto beneficiados por la legalización automática se ven abocados a utilizar las infraestructuras de aquellos que sí lo han sido.

Obsérvese que en el tercer párrafo de la disposición examinada se utiliza la expresión *“otras empresas que deban ser acogidas en (las) instalaciones”* de *“las empresas legitimadas en estas Normas”*.

Sea como fuere, lo cierto es que, de acuerdo con los arts. 99 y 100 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Canet d'Adri, el Macizo de Rocacorba se halla incluido en el Plan de Espacios de Interés Natural de Cataluña (PEIN), lo que implica que su uso y aprovechamiento está sometido a una serie de limitaciones por razones medioambientales, como apunta el art. 101 del mismo cuerpo normativo.

Siendo esto eso, podría mantenerse que la restricción al ejercicio de la actividad económica consistente en la instalación y explotación de las redes de comunicaciones electrónicas, y la prestación al público de los servicios de comunicaciones electrónicas, que la disposición transitoria 5ª analizada impone,

es necesaria por concurrir la razón imperiosa de interés general de protección del medio ambiente prevista en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, si bien debería haberse justificado la proporcionalidad de la restricción en relación con la mencionada razón imperiosa de interés general.

En este sentido dispone el art. 5 LGUM:

“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.”

No obstante, el hecho de que la disposición transitoria 5ª de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Canet d'Adri establezca un régimen diferenciado entre los operadores económicos que cita expresamente, que pueden continuar ejerciendo su actividad libremente, y los restantes, a quienes se somete a un procedimiento de acuerdo y, en su defecto, de arbitraje para mantener su actividad; conduce a afirmar que, cualquiera que sea la razón imperiosa de interés general que pudiera justificar la restricción impuesta, resulta claro que se está estableciendo un trato desigual entre operadores económicos, sin que se conozca el motivo de tal discriminación, como pone de manifiesto la Resolución, de 28 de abril de 2022, de la Sala de Supervisión Regulatoria, mencionada previamente.

Ahora bien, debe tenerse presente que la discriminación que proscribe la LGUM es única y exclusivamente la que se produce por razón del lugar de residencia o establecimiento.

En efecto, dispone el art. 3 de la norma citada:

“1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento.

2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.”

Por tanto, si el Ayuntamiento de Canet d'Adri pretendiera justificar el diferente trato que ofrece a los operadores económicos a los que resulta de aplicación la disposición transitoria 5ª de las Normas Subsidiarias del Planeamiento en el lugar en el que éstos tienen su residencia o establecimiento, la referida disposición sería contraria al art. 3 LGUM.

En cambio, en el supuesto de que la Entidad Local mencionada pretendiera motivar esa medida discriminatoria en cualquier otra razón, de ser ésta injustificada cabría impugnar la disposición transitoria 5ª controvertida con fundamento en los arts. 9.2 y 14 de la Constitución y en la normativa sectorial que, en su caso, resultara de aplicación.

Al respecto, interesa traer a colación el art. 49.4 LGT, en cuya virtud:

“La normativa elaborada por las Administraciones públicas que afecte a la instalación o explotación de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para permitir, impulsar o facilitar la instalación o explotación de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados en su ámbito territorial, en particular, para

garantizar la libre competencia en la instalación o explotación de redes y recursos asociados y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y la disponibilidad de una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras.

De esta manera, dicha normativa o instrumentos de planificación territorial o urbanística no podrán 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. 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.

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.”

Por tanto, el trato discriminatorio que establece entre operadores económicos la disposición transitoria 5ª de continua cita podría ser contrario al art. 49.4 LGT reproducido, lo cual podría hacerse valer a través de la interposición de un recurso contencioso-administrativo, tramitado por el cauce del procedimiento ordinario regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

IV. CONCLUSIONES

En relación con la disposición transitoria 5ª de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Canet d'Adri, objeto de información sobre barreras a la actividad, debe señalarse que:

1º) Dado que el Macizo de Rocacorba se halla incluido en el Plan de Espacios de Interés Natural de Cataluña (PEIN), podría mantenerse que la restricción al ejercicio de la actividad económica que la disposición transitoria 5ª analizada impone es necesaria por concurrir la razón imperiosa de interés general de protección del medio ambiente prevista en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, si bien debería haberse justificado la proporcionalidad de la restricción en relación con la mencionada razón imperiosa de interés general, ex art. 5 LGUM.

2º) No obstante, el hecho de que la disposición transitoria 5ª de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Canet d'Adri establezca un régimen diferenciado entre los operadores económicos conduce a afirmar que, cualquiera que sea la razón imperiosa de interés general que pudiera justificar la restricción impuesta, resulta claro que se está estableciendo un trato desigual entre operadores económicos, sin que se conozca el motivo de tal discriminación, como pone de manifiesto la Resolución, de 28 de abril de 2022, de la Sala de Supervisión Regulatoria, citada en el escrito presentado por RETIX TELECOM, SL.

3º) La discriminación que proscribe el art. 3 LGUM es única y exclusivamente la que se produce por razón del lugar de residencia o establecimiento, de manera que si el Ayuntamiento de Canet d'Adri pretendiera justificar el diferente trato que ofrece a los operadores económicos a los que resulta de aplicación la disposición transitoria 5ª de las Normas Subsidiarias del Planeamiento en el lugar en el que éstos tienen su residencia o establecimiento, la referida disposición sería contraria al art. 3 LGUM.

En cambio, si pretendiera motivar esa medida discriminatoria en cualquier otra razón, de ser ésta injustificada cabría impugnar la disposición transitoria 5ª controvertida con fundamento en los arts. 9.2 y 14 de la Constitución y en la normativa sectorial que, en su caso, resultara de aplicación.