

INFORME DE 10 DE JUNIO DE 2015 SOBRE LA RECLAMACIÓN 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 ORDENANZA REGULADORA DE LAS INSTALACIONES RADIOELÉCTRICAS PERTENECIENTES A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES EN EL MUNICIPIO DE LLODIO ((UM/026/15).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 21 de mayo de 2015 entró en el registro de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (en adelante, SCUM) un escrito presentado por una asociación del sector de las telecomunicaciones en el que informa de la existencia de obstáculos para la libertad de establecimiento y ejercicio de actividades económicas al amparo del art. 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

En concreto, la asociación denuncia la existencia de restricciones al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas al imponerse la utilización de determinados emplazamientos para las instalaciones radioeléctricas pertenecientes a redes de comunicaciones electrónicas y el traslado de algunas de las ya existentes.

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 a los principios protegidos en la LGUM por parte de la Ordenanza Reguladora de las Instalaciones Radioeléctricas pertenecientes a las redes de telecomunicaciones en el municipio de Llodio.

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

Con carácter general, el artículo 31 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones se refiere a la normativa aplicable a la ocupación del dominio público. El punto de partida es el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas por parte de los operadores, de manera que la normativa dictada por cualquier Administración Pública que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas deberá, en todo caso, reconocer ese derecho.

Entre los requisitos que debe cumplir dicha normativa se incluye garantizar el respeto de los límites impuestos a la intervención administrativa en protección de los derechos de los operadores. En particular, la exigencia de documentación que los operadores hayan de aportar deberá ser motivada, tener una justificación objetiva, ser proporcionada al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario.

La LGTel también 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. Con carácter general, entre otros principios, se prevé que 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 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 señala en su segundo párrafo, que:

“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.”

A los efectos que más adelante se concretarán, el apartado 6 del artículo 34 de la LGTel opta por la falta de exigencia de licencia para la instalación de las estaciones o infraestructuras radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, con determinadas excepciones. 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, 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.

Asimismo, el artículo 32 de la LGTel se refiere a la ubicación compartida y al uso compartido de la propiedad pública o privada. El principio general es que los operadores de comunicaciones electrónicas podrán celebrar de manera voluntaria acuerdos entre sí para determinar las condiciones para la ubicación o el uso compartido de sus infraestructuras. No obstante, la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados y la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada también podrá ser impuesta de manera obligatoria a los operadores que tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada. Para ello, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo trámite de audiencia a los operadores afectados y de manera motivada, podrá imponer, con carácter general o para casos concretos, la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras y recursos asociados¹.

La Administración local, cuando considere que por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial procede la imposición de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada, podrá instar de manera motivada al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio del procedimiento, que deberá incluir un trámite de alegaciones de la Administración instantánea.

Asimismo, debe señalarse que la facultad para resolver los conflictos que pudieran suscitarse en estos supuestos corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.2 d), a esta Comisión.

Cabe resaltar también lo dispuesto en el artículo 34.7 de la LGTel, en el que expresamente se señala que:

“En el caso de que sobre una infraestructura de red pública de comunicaciones electrónicas, fija o móvil, incluidas las estaciones radioeléctricas de comunicaciones electrónicas, ya esté ubicada en dominio público o privado, se realicen 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 o con otras tecnologías, sin variar los elementos de obra civil y mástil, no se requerirá ningún tipo de concesión, autorización o licencia nueva o modificación de la existente o declaración responsable o comunicación previa a las

¹ En el mismo sentido se encontraba redactado el artículo 30 de la LGTel de 2003, en su redacción dada por el Real Decreto 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

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

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con la Disposición transitoria novena de la LGTel, *“la normativa y los instrumentos de planificación territorial o urbanística elaborados por las administraciones públicas competentes que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán adaptarse a lo establecido en los artículos 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley”*, plazo que ha finalizado el pasado 11 de mayo de 2015.

II.2) Afectación a los principios protegidos en la LGUM por parte de la Ordenanza de Llodio.

La Ordenanza Reguladora de las Instalaciones Radioeléctricas pertenecientes a las redes de telecomunicaciones en el municipio de Llodio, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Álava de 12 de enero de 2011 y que no ha sido adaptada, de conformidad con la Disposición Transitoria novena de la LGTel a la actual normativa sectorial, tiene por objeto regular las condiciones a las que se deberá someter la ubicación, instalación y el funcionamiento de las instalaciones de servicios de telefonía móvil en el término municipal de Llodio de manera que su implantación produzca el menor impacto visual y medioambiental en el entorno.

A tal efecto, se establece, en sus artículos 3 a 5, que cada operador deberá presentar un Programa de Desarrollo con, entre otros extremos, la ubicación de las estaciones base y antenas, que deberá ser alguna de las indicadas expresamente por el Ayuntamiento. También se sujeta la instalación de antenas a la obtención de una licencia previa (artículo 6), entre cuyas condiciones se encuentra que las instalaciones se ubiquen en los emplazamientos señalados por el Ayuntamiento en la propia Ordenanza (Anexo). Asimismo, tal y como denuncia la asociación, la Disposición Transitoria Quinta prevé que el titular de una instalación concreta la traslade a determinado centro compartido en el plazo de dos años.

Las limitaciones establecidas en la referida Ordenanza podrían constituir una infracción de los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos expresamente en la LGUM.

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 exigencia de un título habilitante previo (licencia) constituye un límite para el acceso o, en su caso, ejercicios de una actividad económica, por lo que su justificación debe basarse en una razón imperiosa de interés general.

El artículo 6 de la Ordenanza de Llodio condiciona a la obtención de licencia municipal previa la instalación de estaciones o infraestructuras radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, requisito que resulta contrario a lo establecido en la normativa sectorial de telecomunicaciones (apartado 6 del artículo 34 LGTel) en el que se prevé expresamente la sustitución de licencias o autorizaciones por declaraciones responsables.

Se da la circunstancia de que, además, el mismo artículo 6 de la Ordenanza contiene, junto con la exigencia de licencia, la condición de que los emplazamientos de las instalaciones sean algunos de los prefijados en la propia norma. Ello crea una barrera adicional, pues supone un requisito que no se justifica en criterios de necesidad o proporcionalidad y supone una infracción de los principios y criterios de la normativa sectorial (artículo 34.3 de la LGTel) que impide a las administraciones públicas imponer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas.

Por otro lado, las estipulaciones contenidas en el artículo 8 de la Ordenanza, en el que se exige la previa comunicación al Ayuntamiento de las situaciones de cambio de titularidad, sustitución o modificación sustancial de elementos de las instalaciones relacionadas con los servicios de telefónica móvil para su autorización por parte de esa administración, resultan claramente contrarias a lo establecido en el artículo 34.7 de la LGTel, en el que expresamente se señala que:

“En el caso de que sobre una infraestructura de red pública de comunicaciones electrónicas, fija o móvil, incluidas las estaciones radioeléctricas de comunicaciones electrónicas, ya esté ubicada en dominio público o privado, se realicen 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 o con otras tecnologías, sin variar los elementos de obra civil y mástil, no se requerirá ningún tipo de concesión, autorización o 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.”

Como consecuencia de lo expuesto y de conformidad con lo señalado por la SECUM , en su Informe de 27 de junio de 2014:

*“una instalación o infraestructura física puede estar sometida a un régimen de autorización pero únicamente cuando concurren determinadas razones de interés general y siempre tras la realización de un test previo de proporcionalidad en el que quede acreditado que estas razones no pueden salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación. **La normativa sectorial aplicable (LGTel) ha realizado este test de proporcionalidad previo, al considerar que la declaración responsable es la actuación administrativa necesaria y proporcionada para salvaguardar las razones imperiosas de interés general que se esgrimen en determinados supuestos establecidos en la citada Ley”.***

Por ello, la SECUM concluyó en su citado Informe que:

“Esta Secretaría considera que la solicitud de autorización, licencia u otro control previo con carácter general para cualquier instalación de líneas telefónicas o similares o para la colocación de antenas o dispositivos de telecomunicaciones es contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad contenidos en la LGUM”.

De esta manera, la aplicación del principio de proporcionalidad previsto en los artículos 5 y 17 LGUM referenciados conduce a concluir que el título de intervención en el caso de instalaciones radioeléctricas no debe ser el de autorización, pues aunque la razón alegada es la protección del medio ambiente y el entorno urbano (necesidad), la Ordenanza de Llodio, aprobada en el año 2011 y no modificada posteriormente de conformidad con la Disposición transitoria novena de la LGTel a la que se ha hecho referencia, no justifica las razones específicas por las cuales dicho interés no pueda salvaguardarse mediante la mera presentación de una declaración responsable.

En efecto, 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, a la que más arriba se ha hecho referencia, 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. El incumplimiento de esas exigencias, por tanto, también lo es desde el punto de vista de la Unidad de Mercado y sus principios.

Debe destacarse, finalmente, la extralimitación competencial contemplada en el artículo 13 de la Ordenanza de Llodio, de conformidad con el cual:

“cuando un operador manifieste su interés en la utilización compartida lo comunicará al Ayuntamiento, otorgándose a las partes un plazo de veinte días naturales para que fijen, libremente las condiciones para ello (...) y si no llegaran a acuerdo alguno, la resolución del Ayuntamiento podrá recoger la obligación de garantizar el uso compartido del emplazamiento que se autoriza”.

A este respecto debe destacarse que la facultad para efectuar las declaraciones de uso compartido no corresponde, en el momento actual, a las administraciones locales (artículo 32 de la LGTel). Tampoco los Ayuntamientos son las administraciones competentes para la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse en estos supuestos, facultad que, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 70.2 d) de la LGTel corresponde expresamente a esta Comisión.

III. CONCLUSIÓN

A juicio de esta Comisión la Ordenanza Reguladora de las Instalaciones Radioeléctricas pertenecientes a las redes de telecomunicaciones en el municipio de Llodio deberá modificarse de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria novena de la LGTel, para ajustarse a las previsiones de la normativa sectorial y, de esta manera, respetar los principios de necesidad y proporcionalidad y su instrumentación en los términos previstos en la LGUM.