

INFORME DE 26 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 EXIGENCIA DE LA GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO DE ALBACETE DE RETIRADA DE UNA ANTENA PARA LA PRESTACION DE UN SERVICIO WIFI DE LA CUBIERTA DE UN EDIFICIO DE ESA CIUDAD (UM/031/15).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 11 de junio de 2015 entró en el registro de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (en adelante, SCUM), un escrito presentado por un operador de 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, el operador denuncia que el Ayuntamiento de Albacete le ha denegado una licencia para el ejercicio de la actividad consistente en la prestación de servicios de acceso a internet a través de una red wifi. Asimismo, le exige el desmontaje de la antena desde la que los presta.

El operador habría recurrido en vía contencioso-administrativa ambos actos.

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 actuación de la Gerencia de Urbanismo de Albacete y la Ordenanza Reguladora de las instalaciones de Radiocomunicación en el término municipal de Albacete.

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

Con carácter general, debe apuntarse que el artículo 31 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), se refiere a la normativa aplicable a la ocupación del dominio público y la propiedad privada. El punto de partida es el derecho de ocupación de ambos 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 deban 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 último párrafo, que:

“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”.

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 las instalaciones de redes públicas 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.

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 día 11 de mayo de 2015.

II.2) Afectación a los principios protegidos en la LGUM por parte de la Ordenanza Reguladora de las Instalaciones de Radiocomunicaciones en el término municipal de Albacete.

La Ordenanza Reguladora de las Instalaciones de Radiocomunicaciones de Albacete, aprobada por el Pleno Municipal en sesión de fecha 30 de marzo de 2006, y publicada en el Boletín Oficial de la Provincial de Albacete nº48, de 28 de abril de 2006, 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 para el establecimiento y funcionamiento de las instalaciones de radiocomunicación, sus elementos y equipos en el término municipal de Albacete, a fin de que su implantación produzca la menor ocupación del espacio, el menor impacto visual y medioambiental y no tenga efectos negativos sobre la salud de las personas. Su ámbito de aplicación es todas las instalaciones fijas de radiocomunicaciones con sistemas radiantes susceptibles de generar o recibir ondas radioeléctricas en un intervalo de frecuencia comprendido entre 10 kHz a 300 GHz que se instalen en el municipio.

La Ordenanza prevé en su artículo 30 que las instalaciones de radiocomunicación estén sujetas a la previa obtención de la correspondiente licencia de actividad. Esta previsión contradice el citado artículo 34.6 de la LGTel, como como se ha expuesto.

Asimismo, el artículo 31 de la Ordenanza establece una serie de requisitos para la obtención de las licencias de actividad que permiten la instalación de las infraestructuras de telecomunicaciones incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ordenanza. Entre esos requisitos se incluye la conformidad del titular del terreno o inmueble en que se instalen las antenas. En el caso de comunidades de propietarios, se exige la presentación del acta de la reunión en la que se recoja el voto favorable a la instalación.

Según la reclamante, la falta de dicha acreditación ha motivado la denegación de la licencia solicitada en su día y, finalmente, la orden de desmontaje de la antena con la que presta sus servicios.

Sin perjuicio de la posible vulneración de la LGTel, desde el punto de vista de la LGUM, la limitación consistente en la exigencia de una licencia por parte de ese Ayuntamiento podría constituir una infracción de los principios de necesidad y proporcionalidad previstos 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, ejercicio de una actividad económica, por lo que su justificación debe basarse en una razón imperiosa de interés general.

En cuanto a la exigencia de licencia previa para el despliegue de redes en dominio privado, debe señalarse la propia normativa sectorial de telecomunicaciones (apartado 6 del artículo 34 LGTel, al que arriba se ha hecho referencia) prevé expresamente la sustitución de licencias o autorizaciones por declaraciones responsables.

La SECUM así lo consideró, por ejemplo, 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 conduce a concluir que el título de intervención en el caso de instalaciones de comunicaciones electrónicas 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 Albacete, aprobada en el año 2006 y no modificada posteriormente de conformidad con la Disposición transitoria novena de la LGTel, 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.

Lo anterior se señala sin perjuicio del cumplimiento de las exigencias de Derecho privado, y en especial de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, en relación con la instalación de elementos de redes de comunicaciones electrónicas en elementos comunes.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

- 1.-** La Ordenanza municipal reguladora de las condiciones de emplazamiento, instalación y funcionamiento de las instalaciones de radiocomunicación en el término municipal de Albacete infringe las previsiones de la LGTel en lo que se refiere a la exigencia de una licencia de funcionamiento para las instalaciones de equipos necesarios para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.
- 2.-** Dicha infracción supone, asimismo, la de los principios de necesidad y proporcionalidad y su instrumentación en los términos previstos en la LGUM.
- 3.-** La Ordenanza deberá modificarse de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria novena de la LGTel, en orden a ajustarse a las previsiones establecidas en la misma y suprimir la exigencia de una licencia de funcionamiento para las instalaciones de equipos necesarios para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.