

INFORME DE 20 DE JULIO 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 EL REQUERIMIENTO PARA LA RETIRADA DE UNA ANTENA EN EL MUNICIPIO DE VILA REIAL DE BENIGANIM (UM/037/15).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 1 de julio de 2015 entró en el registro de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (en adelante, SCUM), un escrito presentado por un particular mediante el cual 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, expone que es operador de redes de comunicaciones electrónicas, pues explota comercialmente una red wifi en el municipio de Vila Reial de Beniganim. Para tal fin dispone de una antena en una parcela calificada como suelo no urbanizable de especial protección forestal y paisajística según el Plan General de Ordenación Urbana de Beniganim. El Ayuntamiento de dicha localidad ha iniciado un procedimiento de la legalidad urbanística en el cual ha requerido al solicitante la obtención de la licencia de obra, con la advertencia de que de no hacerlo, se procederá a la demolición de las instalaciones.

II. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analiza:

- 1) La normativa reguladora del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas.
- 2) El ajuste de la actuación del Ayuntamiento de Beniganim a los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación garantizados en la LGUM.

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 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 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 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.

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 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 lugar de la licencia, que sí será exigible en esos casos, 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.

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.

II.2) Ajuste de la actuación del Ayuntamiento de Beniganim a los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación garantizados en la LGUM.

Tal y como se desprende de la documentación acompañada por el reclamante, el Ayuntamiento de Beniganim exige la obtención de una licencia para regularizar las actuaciones consistentes en la instalación de la antena del reclamante, así como la construcción de una caseta (o una hornacina en la ya existente, este extremo no queda claro) y el vallado del perímetro.

La licencia es exigida en virtud de lo previsto en el artículo 213 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, según el cual, están sujetos a licencia urbanística todos los actos de uso, transformación y edificación del suelo, subsuelo y vuelo y, en particular, entre otros, las obras de ampliación de toda clase de construcciones, edificios e instalaciones existentes y las obras de modificación o reforma que afecten a la estructura de las construcciones, los edificios y las instalaciones de todas clases, cualquiera que sea su uso.

La misma Ley dispone que están sujetas a declaración responsable, entre otras actuaciones, la instalación de tendidos eléctricos, telefónicos u otros similares y la colocación de antenas o dispositivos de comunicación de cualquier clase y la

reparación de conducciones en el subsuelo, solo en suelo urbano y siempre que no afecte a dominio público.

La instalación del operador se encontraría en suelo calificado como no urbanizable de especial protección forestal y paisajística.

En este sentido, cabe recordar que, entre los supuestos en los que la LGTel permite la exigencia de licencia para la instalación de estaciones o infraestructuras radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se encuentran aquellas que tengan impacto en espacios naturales protegidos, siempre que, en este caso, se trate de instalaciones de nueva construcción.

En atención a lo previsto en el artículo 27 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, tienen la consideración de espacios naturales protegidos:

aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan al menos uno de los requisitos siguientes y sean declarados como tales:

- a) Contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo.
- b) Estar dedicados especialmente a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados.

Los espacios naturales protegidos, se clasificarán, al menos, en alguna de las siguientes categorías en función de los bienes y valores a proteger:

- a) Parques.
- b) Reservas Naturales.
- c) Áreas Marinas Protegidas.
- d) Monumentos Naturales.
- e) Paisajes Protegidos.

El artículo 34 de la citada norma dispone que los paisajes protegidos “*son partes del territorio que las Administraciones competentes, a través del planeamiento aplicable, por sus valores naturales, estéticos y culturales, y de acuerdo con el Convenio del paisaje del Consejo de Europa, consideren merecedores de una protección especial*”.

La Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, permite en su artículo 197 que la ordenación pueda prever, entre otros usos y aprovechamientos, del

suelo no urbanizable, *“las infraestructuras e instalaciones propias de las redes de suministros, transportes y comunicaciones, de necesario emplazamiento en el suelo no urbanizable”*.

El artículo 200, por su parte, señala que los actos de uso y aprovechamiento que promuevan los particulares en el suelo no urbanizable estarán sujetos a licencia municipal urbanística y, en su caso, a previa declaración de interés comunitario.

De lo anterior se deduce que la actuación del Ayuntamiento de Beniganim se encuentra amparada en la normativa autonómica de aplicación, en especial, en la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, así como en el correspondiente planeamiento urbanístico.

La citada Ley 5/2014 exige la obtención de una licencia previa para la instalación de antenas y otros elementos de redes de comunicaciones electrónicas en suelo no urbanizable, lo que como se ha expuesto, podría contradecir la LGTel, que opta por no exigir licencia alguna en los términos expuestos.

Sin perjuicio de la posible vulneración de la LGTel, desde el punto de vista de la LGUM, la exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de una actividad económica podría constituir una infracción de los principios de necesidad y proporcionalidad.

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 otra 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 al requisito de la exigencia de licencia previa para el despliegue de redes, debe señalarse que 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, con las citadas excepciones.

De lo anterior se concluye que el Ayuntamiento de Beniganim y la normativa valenciana de urbanismo, al exigir la licencia para este tipo de instalaciones, están considerando que nos encontramos ante uno de los supuestos en los que la LGTel no opta por sustituir la licencia por una declaración responsable.

Desde el punto de vista de los principios protegidos por la LGUM, esta exigencia se considera necesaria y proporcionada, puesto que la infraestructura es susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y, además, estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

En efecto, la LGTel, al establecer el diferente régimen de intervención administrativa para el despliegue de redes de telecomunicaciones, ha realizado el análisis de la necesidad y proporcionalidad de los diferentes instrumentos y

de esta manera incorporado las exigencias de la LGUM, y en especial los criterios de necesidad y proporcionalidad, al ámbito del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas. El incumplimiento de esas exigencias, por tanto, también lo sería desde el punto de vista de la unidad de mercado y sus principios.

Tras ese análisis, la norma sectorial ha concluido que la declaración responsable es la actuación administrativa necesaria y proporcionada, pero que hay razones de interés general que justifican la imposición de autorizaciones previas, entre las que se encuentra la protección de los espacios naturales. También la LGUM prevé que, respecto de las instalaciones, se considera que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente.

III. CONCLUSION.

A juicio de esta Comisión, la exigencia de una licencia para la instalación de una antena en una parcela calificada como suelo no urbanizable de especial protección forestal y paisajística, siempre que se trate de instalaciones de nueva construcción, se ajusta a los principios de necesidad y proporcionalidad a los que se refiere la LGUM.

No obstante, si se tratara de 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, la actuación debe considerarse libre y no sujeta a intervención administrativa alguna.