



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 61\_xaneiro-xuño 2021 | pp. 75-111  
Santiago de Compostela, 2021  
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4765>  
© Lourdes de la Torre Martínez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 17/05/2021 | Aceptado: 16/06/2021  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

# Os concellos e as infraestruturas da sociedade da información<sup>1</sup>

Los municipios y las infraestructuras de la sociedad de la información

Municipalities and infrastructures of information society

61 Regap

Regap



ESTUDIOS

LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ  
Profesora titular de Dereito Administrativo  
Universidade de Jaén  
<https://orcid.org/0000-0001-5295-0807>  
lotorre@ujaen.es

**Resumo:** A eliminación de barreiras e a globalización tiveron incidencia, tamén, no ámbito local. Boa mostra diso é a crecente instalación de infraestruturas que permitan un desenvolvemento axeitado de servizos propios da denominada sociedade da información. Na actualidade xurdiron algunhas cuestións controvertidas respecto das ordenanzas reguladoras desta materia, que impoñen limitacións á citada instalación, como a existencia de autorizacións ou licenzas previas, aínda sabendo que os operadores gozan do dereito de ocupación legalmente recoñecido ou mesmo tendo estes presentado un plan de despregamento. Malia que a lexislación sectorial e a xurisprudencia dos distintos tribunais contribuíron á

<sup>1</sup> Este traballo realízase no marco do Proxecto I+D+i do Plan Nacional "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Andalucía" (DER2016-74843-C3-3-R), do que son investigadora principal. Este proxecto intégrase no proxecto coordinado: "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea" (DER2016-74843-C3-1-R), do que a investigadora principal é Eloísa Carbonell Porras. Pola súa vez, ambos están integrados no Grupo de Investigación PAIDI SEJ-630: "Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico" (APCI).

súa delimitación e aplicación, recentemente xurdiron novos conflitos, pois tales restricións poden impedir o desenvolvemento desta actividade económica.<sup>2</sup>

**Palabras clave:** Concellos, sociedade da información, autorización ou licenza previa, plan de despregamento de infraestruturas, unidade de mercado, razón imperiosa de interese xeral.

**Resumen:** La eliminación de barreras y la globalización han tenido incidencia, también, en el ámbito local. Buena muestra de ello es la creciente instalación de infraestructuras que permitan un desarrollo adecuado de servicios propios de la denominada sociedad de la información. En la actualidad han surgido algunas cuestiones controvertidas respecto de las ordenanzas reguladoras de esta materia, que imponen limitaciones a la citada instalación, como la exigencia de autorizaciones o licencias previas, aun sabiendo que los operadores gozan del derecho de ocupación legalmente reconocido o incluso habiendo estos presentado un plan de despliegue. Si bien la legislación sectorial y la jurisprudencia de los distintos tribunales han contribuido a su delimitación y aplicación, recientemente se plantean nuevos conflictos, pues tales restricciones pueden impedir el desarrollo de esta actividad económica.

**Palabras clave:** Municipios, sociedad de la información, autorización o licencia previa, plan de despliegue de infraestructuras, unidad de mercado, razón imperiosa de interés general.

**Abstract:** The elimination of barriers and the globalization have had an impact at the local level too. A good example is the installation of infrastructures for an adequate development of the services that the so-called information society entails. At present, some controversial issues have arisen regarding the regulatory ordinances on this matter, which impose limitations on the aforementioned facility, such as the requirement of prior authorizations or licenses, even knowing that the operators enjoy the legally recognized right of occupation or even having presented a deployment plan. Although the sectoral legislation and the jurisprudence of the different Courts have contributed to its delimitation and application, new conflicts have recently arisen as such restrictions may impede the exercise of this economic activity.

**Key words:** Municipalities, information society, prior authorization or license, infrastructure deployment plan, market unity, overriding reason relating to the public interest.

**SUMARIO:** 1 Enfoque inicial. 2 A intervención dos concellos na instalación de infraestruturas para a sociedade da información. 2.1 Xustificación na normativa aplicable. 2.2 O papel dos concellos na súa regulación: doutrina xurisprudencial do Tribunal Supremo. 3 A non existencia de licenzas previas á instalación de redes como principio xeral e a recuperación da unidade de mercado. 3.1 O sometemento das comunicacións electrónicas como actividade económica á LGUM e a eliminación de autorizacións previas como regra xeral. 3.2 Cando poden substituír os concellos a existencia de autorizacións previas por declaracións responsables aos operadores? 3.3 Enténdese aprobado por silencio administrativo un plan de despregamento se transcorre o prazo máximo de resolución? 3.4 Desaprobación xudicial ás ordenanzas de infraestruturas de comunicacións electrónicas coa brida da LGUM. 3.5 Últimos informes da CNMC sobre existencia de licenza previa por concellos ao despregamento de redes. 4 Reflexión última.

## 1 Enfoque inicial

A sociedade da información desencadeou unha revolución do mundo no que vivimos e foi evolucionando á par das innovacións tecnolóxicas. Hoxe en día, nun contorno

<sup>2</sup> Este traballo realízase no marco do proxecto I+D+i do Plan Nacional "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Andalucía" (DER2016-74843-C3-3-R), do que son investigadora principal. Este proxecto intégrase no proxecto coordinado: "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea" (DER2016-74843-C3-1-R), do que a investigadora principal é Eloísa Carbonell Porras. Pola súa vez, ambos están integrados no Grupo de Investigación PAIDI SEJ-630: "Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico" (APCI).

globalizado<sup>3</sup>, polo tanto, non resulta nada desatinada a combinación concellos e comunicacións electrónicas<sup>4</sup>, pois vén sendo habitual que estas administracións regulasen e aprobasen ordenanzas reguladoras de instalación de infraestruturas nesta materia<sup>5</sup> ou mesmo que presten determinados servizos de telecomunicacións, xa sexa por si mesmos ou a través de diferentes operadores<sup>6</sup>, como por exemplo o servizo wifi<sup>7</sup> nas bibliotecas, nos museos, en prazas e, en definitiva, nos denominados centros de vida pública local, incluídos os espazos ao aire libre accesibles ao público en xeral, así como as zonas rurais e os lugares remotos. Nos últimos anos o impulso europeo para conseguir o despregamento de redes e servizos de comunicacións electrónicas foi crecente co obxectivo de crear un mercado único dixital no marco configurado pola Axenda Dixital 2020 para levar a banda larga básica a todos os europeos e garantir un acceso a velocidades máis altas de Internet<sup>8</sup>. Neste contexto, tampouco podemos perder de vista a aprobación do Código europeo das comunicacións electrónicas en

Regap



ESTUDIOS

<sup>3</sup> JIMÉNEZ-BLANCO sostén que «a tecnoloxía (a “dixitalización”, co seu arsenal de palabras novas: *bitcoin*, *blockchain*, *smart cities*...) se aliou coa globalización para dar lugar a un mundo que (agora si) non é máis que un pano e no cal as cousas interactúan, pero no que, en desquite, volveron aparecer, esporeados polos movementos migratorios, toda sorte de nacionalismos, aldeanismos e tribalismos que chegaron mesmo aos países anglosaxóns, os *modernos*, o Reino Unido e USA, que ata agora parecían mostrarse adaiás do cosmopolitismo e estar situados a resguardo deste tipo de virus». (JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho: Estudios (2014-2019)*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Allen and Overy, 2019, p. 16).

<sup>4</sup> Mostra diso é o traballo que se publicou en 2006, hai xa 15 anos, ao que nos remitimos: DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *La intervención de los Municipios en las telecomunicaciones*, Prólogo Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>5</sup> Un estudo destas ordenanzas contense en DOMÈNEC SIBINA, T., “Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 0, 2002, pp. 146-169.

<sup>6</sup> Sobre a posibilidade de que a Administración pública se erixa en operador de telecomunicacións e sobre a necesidade de comunicalo previamente e inscribirse no Rexistro de Operadores, remitímonos a DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por organismos públicos: ¿nuevos operadores?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 108, setembro-décembro 2020, pp. 19-72.

<sup>7</sup> Unha monografía, a cal foi pioneira nesta materia, que aborda as cuestións xurídicas que xorden arredor das redes sen arames municipais: FUERTES LÓPEZ, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005. Un estudo posterior atopámolo en DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Municipios y servicios WiFi. Fomento europeo para la conectividad a internet en el ámbito local”, Carbonell Porras, E. e Piperata, G., (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles, 2019, pp. 345-381.

<sup>8</sup> Téñase en conta o Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeo e do Consello do 25 de novembro de 2015 polo que se establecen medidas en relación co acceso a unha Internet aberta e se modifica a Directiva 2002/22/CE relativa ao servizo universal e aos dereitos dos usuarios en relación coas redes e os servizos de comunicacións electrónicas aprobado mediante o Regulamento (UE) n. 531/2012 relativo á itinerancia nas redes públicas de comunicacións móbiles na Unión.

2018<sup>9</sup>, non trasposto aínda ao ordenamento español<sup>10</sup>, aínda que se aprobou un anteproxecto de Lei xeral de telecomunicacións<sup>11</sup>.

En consecuencia, a sociedade da información tamén acadou o ámbito local, como non podía ser doutro xeito, e a súa realización efectiva segue xerando algunhas in-  
quedanzas, como a posibilidade de que os concellos, xeralmente mediante as súas  
ordenanzas reguladoras, exixan aos operadores de telecomunicacións excesivas  
autorizacións, ou licenzas previas á instalación de infraestruturas, que puidesen  
na práctica supor un freo ao despregamento de redes e servizos de comunicacións  
electrónicas<sup>12</sup>. Con carácter previo, é imprescindible recordar os argumentos que

<sup>9</sup> Aprobado pola Directiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeo e do Consello, do 11 de decembro de 2018, pola que se establece o Código europeo das comunicacións electrónicas (DOUE L321/36 do 17 de decembro de 2018). O prazo de transposición ao ordenamento xurídico interno do Código europeo das comunicacións electrónicas finalizou o día 21 de decembro de 2020 e a transposición levarase a cabo a través da aprobación dunha nova LXTT, que derrogará a actualmente vixente Lei 9/2014 e que está a culminar a súa tramitación. De feito, a Comisión Europea incoou procedementos de infracción contra 24 Estados membros, entre os que se atopa España, por non ter trasposto estas normas. Este código refunde as catro directivas que estaban ata ese momento vixentes en materia de comunicacións electrónicas: Directiva 2002/19/CE, do 7 de marzo de 2002, relativa ao acceso ás redes de comunicacións electrónicas e recursos asociados, e á súa interconexión (Directiva acceso) (DOUE L108/7 do 24 de abril de 2002); Directiva 2002/20/CE, do 7 de marzo de 2002, relativa á autorización de redes e servizos de comunicacións electrónicas (Directiva autorización) (DOUE L108/21 do 24 de abril de 2002); Directiva 2002/21/CE, do 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común das redes e os servizos de comunicacións electrónicas (Directiva marco) (DOUE L108/33 do 24 de abril de 2002); e Directiva 2002/22/CE, do 7 de marzo de 2002, relativa ao servizo universal e os dereitos dos usuarios en relación coas redes e os servizos de comunicacións electrónicas (Directiva servizo universal) (DOUE L108/51 do 24 de abril de 2002). As citadas directivas xa foran obxecto dunha revisión en 2009 polas directivas 2009/136/CE e 2009/140/CE, do 25 de novembro de 2009. Co código, procédese á adopción dun novo acto xurídico que integra tanto modificacións de fondo ás directivas anteriormente en vigor como as disposicións dos devanditos actos normativos que permanecen inalteradas. O código consolida, por conseguinte, nun único texto as principais normas que resultarán de aplicación a nivel europeo aos servizos e redes de comunicacións electrónicas, sen prexuízo en todo caso das materias específicas que se atopan reguladas pola vía de regulamentos (directamente aplicables). O código viuse complementado coa adopción do Regulamento (UE) 2018/1971, do 11 de decembro de 2018, polo que se establecen o Organismo de Reguladores Europeos das Comunicacións Electrónicas (ORECE) e a Axencia de apoio ao ORECE (Oficina do ORECE).

<sup>10</sup> Esta afirmación non é totalmente correcta, pois o Real decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores, recolle, no título IV, que consta dun único artigo noveno, unha modificación puntual e concreta do artigo 64.2 LXTT vixente, co fin de modificar a duración dos títulos habilitantes do uso do dominio público radioeléctrico con limitación de número. Como explica o preámbulo da norma, o artigo 49.2 do Código europeo das comunicacións electrónicas adopta como medida regulatoria dirixida a aumentar a previsibilidade dos investimentos para contribuir a un despregamento máis rápido das redes e a mellores servizos, a garantir a estabilidade para apoiar o comercio e o alugueiro do espectro radioeléctrico, así como a permitir a recuperación dos investimentos realizados, unha ampliación dos prazos mínimos de duración dos dereitos individuais de uso do espectro radioeléctrico con condicións harmonizadas. E o artigo 50 do dito código permite adicionalmente a renovación dos títulos habilitantes do uso do dominio público radioeléctrico. As medidas que introduce o código para incentivar a realización polos operadores de investimentos en redes de comunicacións electrónicas de alta capacidade afectan ao despregamento de redes fixas e móbiles, que requiren o uso do dominio público radioeléctrico. E, entre estas medidas regulatorias, e no que se refire de xeito particular ao uso do dominio público radioeléctrico, destaca a ampliación da duración das concesións demaniais: permite que os dereitos de uso do dominio público radioeléctrico poidan chegar a ter unha duración ilimitada e, no caso de que se fixe unha duración limitada, esta debe garantir un período mínimo inicial de 20 anos, sendo posible a súa prórroga. Como explica a propia norma, a "razón principal para incluír esta medida tan concreta e particular neste real decreto-lei e non esperar á culminación e aprobación da nova Lei xeral de telecomunicacións que traspoña na súa integridade o citado código, radica en que se vai convocar moi en breve unha nova licitación de concesións demaniais para o uso do dominio público radioeléctrico na banda de frecuencias de 700 MHz (provenientes do segundo dividendo dixital)".

<sup>11</sup> Aprobouse un anteproxecto de Lei xeral de telecomunicacións que pasou o trámite de información pública e foi obxecto de informe pola CNMC o 4 de decembro de 2020. A CNMC, no seu informe ao citado anteproxecto, en global valora de xeito positivo o seu contido e considera que incorpora de forma axeitada ao dereito español o código e outras normas ditas a nivel europeo. Erixese nun único texto integrado co fin de facilitar a aplicación da normativa sectorial de telecomunicacións a nivel nacional. Acordo da CNMC polo que se emite informe relativo ao anteproxecto de Lei xeral de telecomunicacións IPN/ CNMC/034/20.

<sup>12</sup> Unha evidencia de que, en ocasións, dereito e realidade levan camiños paralelos. DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Derecho e incertidumbre: disputas metodolóxicas de ayer e hoy*, Prólogo de José Esteve Pardo, Iustel, Madrid, 2020, p. 24.

xustifican a atribución de competencias aos concellos en materia de comunicacións electrónicas. Para iso, cómpre acudir tanto á regulación de réxime local, á lexislación de telecomunicacións –como instrumentos para determinar o réxime xurídico aplicable á instalación das infraestruturas de telecomunicacións no ámbito local– como á importante doutrina xurisprudencial do TS ditada ata os nosos días<sup>13</sup>.

## 2 A intervención dos concellos na instalación de infraestruturas para a sociedade da información

### 2.1 Xustificación na normativa aplicable

Agora cuestionámonos a xustificación coa que contan os concellos, con carácter xeral, como Administración que goza de autonomía local constitucionalmente garantida (artigo 137 Constitución española, en diante CE), para intervir na instalación das infraestruturas necesarias en materia de telecomunicacións. Para iso, é preciso partir da análise da CE e da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LBRL), e continuar co estudo das previsións consideradas na lexislación sectorial de telecomunicacións, máis aínda cando sabemos que o artigo 149.1.21 CE lle atribúe en exclusiva ao Estado as competencias sobre “telecomunicacións”. Pola súa banda, o artigo 149.1.27 CE asignele competencia en relación coas normas básicas do réxime de prensa, radio e televisión e, en xeral, de todos os medios de comunicación social, sen prexuízo das facultades que no seu desenvolvemento e execución lles correspondan ás comunidades autónomas. O primeiro dos títulos supón unha competencia exclusiva do Estado na ordenación do réxime xeral de telecomunicacións, mentres que o segundo permite articular o réxime de radiodifusión de acordo cun sistema de competencias compartidas entre o Estado e as comunidades autónomas<sup>14</sup>. Existe unha doutrina xurisprudencial relevante do TC sobre a delimitación constitucional de competencias entre Estado e comunidades autónomas en materia de telecomunicacións e radiodifusión, pois foi unha das cuestións sobre as que máis se pronunciou<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Algúns traballos que analizaron a xurisprudencia nesta materia: MARTI DEL MORAL, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 115, xullo-setembro 2002, pp. 405-431; GARCÍA GARRO, M.A., “La intervención local sobre las infraestructuras de telefonía móvil según nuestra jurisprudencia”, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, n. 114, 2012, pp. 36-40.

<sup>14</sup> Deixamos a un lado o apartado 27 relativo aos medios de comunicación en xeral, ao exceder do noso obxecto de estudo, e centrámonos no apartado 21. En relación co marco constitucional das telecomunicacións: ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las Telecomunicaciones”, Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. e Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, 4.ª ed., Ariel Derecho, Madrid, 1996, pp. 515 e ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e QUADRA-SALCEDO, T. (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 540; CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 211 e ss.; DE LA TORRE LLUCH, C. e BENZO SÁINZ, I., “Telecomunicaciones y medios de comunicación social”, Ballesteros Fernández, A. e Castro Abella, F. (coords.), *Derecho Local Especial*, vol. 2, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Madrid, 1999, pp. 349-383.

<sup>15</sup> Mostra diso son as sentenzas do TC: 168/1993, do 27 de maio, que desestima os recursos de inconstitucionalidade promovidos polo Goberno de Canarias, a Xunta de Galicia e o Consello Executivo da Generalitat de Cataluña, respectivamente, contra determinados preceptos da Lei 31/1987, do 18 de decembro, de ordenación das telecomunicacións; 127/1994, do 5

Facemos fincapé sobre a declaración básica contida no artigo 149.1.21 CE, que lle atribúe a competencia exclusiva ao Estado en materia de telecomunicacións. Deste xeito, constitucionalmente a posibilidade normativa dos concellos aséntase sobre dous institutos xurídicos, que actúan de forma coordinada e conxunta: a autonomía local e os intereses locais. Ambos os dous resultan imprescindibles para comprender o sistema que deseña a CE de 1978.

Doutro lado, é lóxico que os concellos poidan aprobar ordenanzas que afecten á instalación de infraestruturas para a sociedade da información, ao teren atribuídas competencias específicas nas leis estatais ou autonómicas sobre outras materias que, non sendo as telecomunicacións, están de xeito estreito relacionadas con elas, como: urbanismo, protección do medio ambiente, saúde pública e seguridade pública e tributación por ocupación do dominio público (artigos 2.1<sup>16</sup>, 4.1 e 25.2 LBRL)<sup>17</sup>.

Especial interese reviste neste estudo, como veremos, o artigo 84 bis.2.2 da LBRL, tras a reforma última operada pola Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (LRSAL)<sup>18</sup>, que prevé a necesidade de norma con rango de lei para a existencia dunha autorización e a necesaria proporcionalidade.

Tampouco podemos perder de vista que os operadores de telecomunicacións, con base nos dereitos que lles outorga a lexislación sectorial de telecomunicacións, tratan de facer valer o seu dereito de ocupación do dominio público local fronte aos concellos, titulares deste. Pola súa banda, estes últimos deben velar polo pleno respecto dos intereses comúns e xerais que o concello representa e administra, e que, pola súa vez, veñen limitar ou condicionar os dereitos dos operadores que, en ningún caso son absolutos.

O seguinte paso será acudir á lexislación sectorial aplicable para lograr unha correcta interpretación do conxunto normativo que integra o noso ordenamento

---

de maio, en que o TC desestima os recursos de inconstitucionalidade interpostos polo Consello Executivo e o Parlamento de Cataluña, o Parlamento Vasco e 50 Deputados do Grupo Parlamentario Popular, contra diversos preceptos da Lei 10/1988, do 3 de maio, de televisión privada. Na doutrina remitímonos a: MARTI DEL MORAL, A. e DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., "La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de telecomunicaciones, radio y televisión", *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. II, IAAP, Madrid, 2003, pp. 537 a 563.

<sup>16</sup> En idéntico modo maniféstase a Carta Europea da Autonomía Local, aprobada o 15 de outubro de 1985, cando establece o dereito das entidades locais a "exercer a súa iniciativa en toda materia que non estea excluída da súa competencia ou atribuída a outra autoridade" (artigo 4.2). Tamén contempla que as actuacións das entidades locais serán libres na determinación das súas necesidades e a súa consecución, salvo que estas materias "fosen excluídas da súa competencia ou atribuída a outra autoridade", pero non pola simple vontade do lexislador, senón sempre que esta, pola súa amplitude, natureza ou polas necesidades de eficacia ou economía, non poida ser exercida pola entidade local (artigo 4.3).

<sup>17</sup> Dos artigos 2.1 e 25.1 LBRL deriva un recoñecemento da competencia universal dos concellos aos seus intereses. Trátase dunha cláusula xeral que consagra o principio de capacidade xeral do concello (correctamente diferenciado das súas competencias concretas). SANTAMARÍA PASTOR explica o significado da tese da "competencia universal do Concello", segundo o cal «este é unha persoa xurídica que, polo seu carácter natural, posúe unha capacidade omnicomprensiva, non susceptible de ser limitada ou circunscrita a tarefas concretas; o Concello está habilitado para facer todo, para levar a cabo calquera actividade, sempre e cando –claro está– esta tenda a satisfacer os intereses propios e específicos da respectiva comunidade local.» (SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 1144 e 1146).

<sup>18</sup> Sobre a reforma de réxime local, a bibliografía é inabarcable. Polo seu interese resaltamos o libro colectivo que estuda o seu impacto en España e Italia: CARBONELL PORRAS, E. e PIPERATA, G. (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles 2019.

xurídico. Agora ben, a operación de articular a lexislación xeral de telecomunicacións e a de réxime local en relación coa ocupación do dominio público local non resultou sinxela desde o principio<sup>19</sup>. Os problemas que xorden neste punto presentan elementos comúns á intervención administrativa xeral na economía e un deles é a necesidade de encontrar os títulos concretos para a acción administrativa<sup>20</sup>.

O que resulta indubidable é que as telecomunicacións constitúen unha competencia exclusiva do Estado (artigo 149.1.21 CE), o cal non pode interpretarse no sentido de que as demais administracións públicas deban absterse de actuar na citada materia, sempre e cando exerzan algunha competencia propia que teña relación co dito título competencial. As competencias con que conta o Estado, sobre a base do precepto citado, afectan á regulación e ordenación dos servizos de telecomunicacións. Esta capacidade, en relación co dereito de ocupación do dominio público e a propiedade privada en materia de telecomunicacións, exerceuna o Estado mediante a aprobación da Lei 9/2014, do 9 de maio, xeral de telecomunicacións (LXTT), como lei sectorial que ordena a materia no seu conxunto. En particular, os artigos 29 a 38 recollen os “Dereitos dos operadores e despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas”. En especial, os “Dereitos dos operadores á ocupación do dominio público, a ser beneficiarios no procedemento de expropiación forzosa e ao establecemento ao seu favor de servidumes e de limitacións á propiedade” (artigos 29 a 33) e a “Normativa das administracións públicas que afecte ao despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas” (artigos 34 a 36)<sup>21</sup>. Pola súa banda, o anteproxecto de LXTT reforza algunhas das medidas relativas aos dereitos dos operadores no despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas, que, como afirma a CNMC, demostraron ser esenciais para promover o despregamento de redes de alta velocidade en España<sup>22</sup>.

A doutrina veu denunciando a falta de conexión da lexislación de telecomunicacións coa urbanística e a de réxime local<sup>23</sup>. De aí que, neste ámbito, tivese un papel crucial a xurisprudencia do TS ditada a partir do ano 2000, que foi recollida na LXTT –primeiro na xa derogada de 2003 e agora na vixente de 2014– e veu aclarar a

<sup>19</sup> Esta relación hoxe en día contéplase na LXTT, pero alá polo ano 2000 era máis complexa, pois, en termos de GONZÁLEZ GARCÍA, tratábase de dous ordenamentos xurídicos que se ignoraban reciprocamente (GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, Prólogo de Carmen Chinchilla Marín, Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n. 7, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 31).

<sup>20</sup> VILLAR PALASÍ mantén que «o gran problema do dereito administrativo consistiu desde os seus comezos no achado de títulos de potestade que lexitimaran a acción administrativa». Ademais, «a maior ou menor intensidade da actitude da potestade pública en relación coa economía depende non soamente de circunstancias de puro feito, do desenvolvemento natural da actividade económica, senón tamén das fórmulas políticas e da ideoloxía dominante en cada época sobre a finalidade que ao Estado incumbe» (VILLAR PALASÍ, J.L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 15 e 121).

<sup>21</sup> Con anterioridade regulábase nos artigos 26 a 29 da xa derogada Lei 32/2003, do 3 de novembro, xeral de telecomunicacións. E antes no artigo 47 da derogada Lei 11/1998, do 24 de abril, xeral de telecomunicacións, e nos artigos 47 e seguintes do Real decreto 1736/1998, do 31 de xullo, polo que se aproba o Regulamento polo que se desenvolve o título III da LXTT no relativo ao servizo universal de telecomunicacións, ás demais obrigas de servizo público e ás obrigas de carácter público na prestación dos servizos e na explotación das redes de telecomunicacións.

<sup>22</sup> Acordo do 4 de decembro de 2020 da CNMC polo que se emite informe relativo ao anteproxecto de Lei xeral de telecomunicacións IPN/CNMC/034/20.

<sup>23</sup> Por exemplo, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, cit., p. 31.



incerteza que había en canto á regulación desta materia, e, polo tanto, a súa aplicación polos tribunais de xustiza<sup>24</sup>. Na actualidade, podemos afirmar que se dota o noso ordenamento xurídico dun marco normativo completo, regulador da intervención local nas telecomunicacións, mesmo cando seguen xurdindo dúbidas sobre a súa correcta aplicación e interpretación.

## 2.2 O papel dos concellos na súa regulación: doutrina xurisprudencial do Tribunal Supremo

Como afirmamos, con carácter previo á aprobación da LXTT de 2003, o panorama relativo ás posibilidades de intervención dos concellos nas telecomunicacións, e a súa potestade normativa na instalación de infraestruturas de telecomunicacións, tanto se se atendía á lexislación sectorial de telecomunicacións de 1998 como á xurisprudencia dos diversos tribunais superiores de xustiza na materia, resultaba, cando menos, incerto e pouco claro. Por iso, adquire un papel destacado a xurisprudencia do TS. En particular, as sentenzas do 24 de xaneiro de 2000, do 18 de xuño de 2001<sup>25</sup> e do 15 de decembro de 2003<sup>26</sup>, que revisten especial interese, polo menos, ao seren os primeiros pronunciamentos do TS en casación ordinaria sobre a legalidade de determinadas ordenanzas locais que afectan á instalación de infraestruturas de telecomunicacións; en definitiva, sobre a potestade normativa dos concellos en telecomunicacións, e porque o TS, con esta xurisprudencia, diseña e vaticina unha

---

<sup>24</sup> Desde antigo, a doutrina verteu numerosas críticas sobre a regulación de telecomunicacións en 1998 relativas á escasa integración entre as lexislacións de telecomunicacións, a urbanística e a de réxime local, ao papel secundario que ocuparon as entidades locais nas ditas normas, e á imperfección técnica que a caracteriza, pois xeraba problemas polo modo en que acometeu a transposición do dereito comunitario do que traía causa GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, cit., p. 35. De igual xeito, fíxoo patente o propio TS, na Sentenza do 2 de febreiro de 2000, cando declarou a prevalencia do denominado Regulamento de Servizo Universal de 1998 (Real decreto 1736/1998, do 31 de xullo, polo que se aproba o Regulamento polo que se desenvolve o título III da Lei xeral de telecomunicacións no relativo ao servizo universal de telecomunicacións, ás demais obrigas de servizo público e ás obrigas de carácter público na prestación dos servizos e na explotación das redes de telecomunicacións) sobre a LXTT de 1998, pois adaptábase mellor ás disposicións comunitarias das cales as dúas normas traían causa. Sentenza do TS do 2 de febreiro de 2000, pola que se resolve o recurso formulado por Telefónica, S.A., contra o RSU de 1998. Un estudo crítico na doutrina desta sentenza pode consultarse en ESCOBAR ROCA, G., "El nuevo Derecho de las telecomunicaciones ante el Tribunal Supremo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 108, outubro-dicembro 2000, pp. 588 e ss. Malia o anterior, o certo é que, ao noso xuízo, a LXTT de 1998 continúa xa as relacións precisas dos distintos ámbitos normativos aquí implicados e contemplaba os concellos na súa xusta medida. En particular, recollía diversas mencións á lexislación urbanística e ao réxime local (artigos 44.3 e 45), aínda que non o facía de forma clara.

<sup>25</sup> Sentenza do 24 de xaneiro de 2000 (Sala Terceira, Sección Cuarta, casación n. 114/1994, relator: Fernández Montalvo), na cal o TS procede a axuizar unha ordenanza municipal aprobada polo Concello de Las Palmas de Gran Canaria do 20 de marzo de 1991 sobre calas e canalizacións, e Sentenza do 18 de xuño de 2001 (Sala Terceira, Sección Cuarta, casación n. 8603/1994, relator: Xiol Ríos), en que o TS axuiza a impugnación por Telefónica de España, S.A., da ordenanza de instalación de antenas que aprobou o Concello de Barcelona o 28 de setembro de 1990. En ambos os dous supostos, o TS confirma as sentenzas de instancia: Sentenza do TSX de Canarias do 9 de decembro de 1993, recurso n. 44/1992, e Sentenza do TSX de Cataluña do 26 de setembro de 1994, respectivamente. Na doutrina, un comentario pormenorizado destas dúas sentenzas do TS pode verse en: MARTI DEL MORAL, A., "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones", cit., pp. 405-431.

<sup>26</sup> Sentenza do TS do 15 de decembro de 2003 (Sala Terceira, Sección Cuarta, casación n. 3127/2001, relator: Fernández Montalvo), na que Telefónica Servizos Móviles, S.A., recorre contra a Sentenza do 14 de xullo de 2000, ditada pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Canarias, con sede en Las Palmas, no recurso n. 2916/97, en que se impugnaba unha ordenanza municipal sobre instalación de antenas, aprobada polo concello o 26 de setembro de 1997. Nesta ocasión, o TS vén ratificar e confirmar a xurisprudencia sentada coas dúas sentenzas previas (do 24 de xaneiro de 2000 e do 18 de xuño de 2001), pero non achega declaracións novas. O TS limitase a reproducir e facer remisións expresas aos pronunciamentos que la preceden.



doutrina na materia que será a que despois acolla o lexislador na LXTT de 2003, primeiro, e na de 2014, despois. Máis recentes, resaltamos as sentenzas do TS do 11 de febreiro de 2019<sup>27</sup>, do 25 de xuño de 2019<sup>28</sup> e do 15 de outubro de 2019<sup>29</sup>. Como veremos, os reiterados conflitos suscitados en relación con este tipo de ordenanzas municipais, desde unha perspectiva material, xiraron arredor de determinados ámbitos competenciais, imputándoselles a estas ter invadido competencias sanitarias ou de telecomunicacións propias do Estado.

En consecuencia, existe xa unha liña xurisprudencial que soluciona algunhas das controversias xurdidas e marca a actuación das administracións implicadas. O TS mantén que se trata dunha “doutrina fortemente consolidada e arraigada” (STS do 11 de febreiro de 2019, FX 4), que reconece a existencia de títulos competenciais de distinta natureza –sectoriais e transversais– que concorren ou converxen no mesmo ámbito físico entendido como territorio –solo, subsolo e voo–, con obxectos distintos e ata ás veces con distintas intensidades<sup>30</sup>. Pola súa transcendencia, sintetizamos esta doutrina xurisprudencial sentada polo TS á hora de axuizar diferentes ordenanzas reguladoras destas instalacións nos seguintes dez apartados:

- Primeiro. A competencia exclusiva do Estado, en materia de telecomunicacións, refírese aos aspectos técnicos.

O Estado conta con competencia exclusiva sobre o réxime xeral das telecomunicacións (artigo 149.1.21 CE), que se cingue aos aspectos propiamente técnicos (tales como configuración e deseño técnico e despregamento da rede) e, polo tanto, non supón a regulación íntegra e global do fenómeno. O contrario suporía unha expansión estatal ilexítima doutras competencias autonómicas ou locais. Polo tanto, tampouco cabe que os concellos estendan a súa regulación a cuestións técnicas, baixo o pretexto de regular temas urbanísticos, protección do patrimonio histórico-cultural, medio ambiente ou salubridade pública. Así o reconeceu tamén o TC (SSTC 168/1993, 244/1993, 31/2010 e 8/2012), que analiza o problema da concorrencia competencial entre a competencia sectorial estatal en telecomunicacións e a autonómica noutros títulos transversais, aínda que tamén sexan exclusivos, desde o punto de vista da

<sup>27</sup> Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019 (Sección Quinta, casación n. 155/2019, relator: Octavio Juan Herrero Pina), na que Telefónica Móviles España, S.A., recorre contra a Sentenza do 7 de setembro de 2015, aclarada por auto do 10 de novembro de 2015, ditada polo Pleno da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Andalucía (Málaga) no recurso n. 767/2012, estimada en parte, na que se impugna a ordenanza municipal das condicións de instalación de equipos de radiocomunicación do 31 de agosto de 2012, aprobada polo Concello de Rincón de la Victoria.

<sup>28</sup> Sentenza do TS do 25 de xuño de 2019 (Sección Terceira, casación n. 2571/2016, relator: Eduardo Espín Templado), na que Vodafone España, S.A., recorre contra a Sentenza do TSX de Valencia do 25 de maio de 2016, que desestimou o recurso contencioso-administrativo 44/2013 contra a modificación da ordenanza sobre antenas de telefonía, radio e televisión do Concello de Paterna realizada por acordo do Pleno do 28 de novembro de 2012.

<sup>29</sup> Sentenza do TS do 15 de outubro de 2019 (Sección Quinta, casación n. 109/2017, relator: Fernández Montalvo), na que Vodafone España, S.A.U., recorre contra a Sentenza 757/2016, do 4 de abril de 2016, ditada pola Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Andalucía (Sala de Málaga), en recurso contencioso-administrativo 800/2012, sobre aprobación polo Pleno do Concello de Rincón de la Victoria (Málaga) da ordenanza municipal reguladora das condicións urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación (BOP do 31 de agosto de 2012). Vodafone esgrime varios motivos de impugnación e solicita a nulidade da ordenanza ao ter sido aprobada incumprindo o procedemento legalmente establecido, pois aprobouse sen solicitar o informe preceptivo e vinculante sectorial de telecomunicacións exixido polo artigo 26 da LXTT. Finalmente, o TS estima o recurso, anula a sentenza previa e a citada ordenanza.

<sup>30</sup> O TS refírese á liña xurisprudencial xurdida a partir das SSTS de 22 de marzo de 2011, 12 de abril de 2011 e 14 de xullo de 2011 sobre a concorrencia competencial en materia das telecomunicacións.

extensión e o alcance de cada unha das regulacións que converxen nun mesmo ámbito físico (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 4).

- Segundo. A dita competencia estatal supón un ámbito infranqueable que non pode ser desvirtuado polos concellos.

A competencia exclusiva estatal no sector das telecomunicacións determina un ámbito propio infranqueable de regulación (e execución) sobre o ámbito físico, incluso cando poidan condicionarse outros títulos competenciais, mesmo tamén exclusivos doutras administracións. Esta competencia exclusiva estatal non pode pasarse por alto ou quedar desvirtuada polo exercicio que realicen as corporacións locais, logo de habilitación legal, pois existe un interese xeral subxacente na prestación do servizo de telefonía móbil que debe preservar o Estado (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 4).

- Terceiro. Esta competencia estatal non anula nin exclúe a dos concellos.

A competencia do Estado en materia de telecomunicacións non anula nin exclúe a dos concellos, xa que, en calquera caso, estes teñen a xestión dos seus respectivos intereses derivados do recoñecemento legal deles, e dentro da habilitación estatal e autonómica que se lles outorgue, segundo deriva do artigo 137 CE e dos artigos 4.1.a) e 25.2 LBRL: os concellos gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses. Tales intereses plásmanse en títulos competenciais transversais, como a ordenación do territorio e urbanismo, ou protección do medio ambiente, e cuxo exercicio se concreta nas condicións e exixencias que imponen para situar e establecer instalacións e infraestruturas de telefonía móbil<sup>31</sup>.

- Cuarto. Os concellos poden aprobar ordenanzas no ámbito de telecomunicacións para os efectos da instalación e localización das infraestruturas.

Non cabe dúbida ningunha da capacidade dos concellos de aprobar ordenanzas no sector das telecomunicacións, no exercicio das súas competencias e no marco que a lexislación estatal e autonómica prefixaron, para os efectos da instalación e localización de infraestruturas e equipos de telefonía móbil (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 4).

- Quinto. Estas ordenanzas poden incluír restricións ou condicións.

Os concellos, nas súas ordenanzas, poden establecer condicións para as novas redes de telecomunicacións e contemplar exixencias para as súas instalacións, aínda que os operadores de telecomunicacións teñen recoñecido o dereito de ocupación de propiedade privada e de dominio público *ex lege*, nos artigos 29 e ss. LXIII. Estas exixencias impostas polos concellos, en atención aos intereses cuxa xestión lles encomenda o ordenamento, deben ser conformes a este, e non poden supor restricións absolutas ao dereito dos operadores a establecer as súas instalacións. De feito, o axuízamento das ordenanzas nesta materia debe facerse en cada caso á luz de principios como o de proporcionalidade, o que implica un xuízo sobre a idoneidade, utilidade e correspondencia intrínseca da limitación que se faga ao dereito do operador e sobre o interese público que se intenta preservar.

---

<sup>31</sup> Sentenzas do TS do 11 de febreiro de 2019 (FX 4) e do 25 de xuño de 2019 (FX 3).

- Sexto. Estas ordenanzas non poden incluír normas adicionais de protección da saúde pública, pois xa están fixadas a nivel estatal.

Os concellos non contan con marxe de regulación mediante ordenanzas para adoptar normas adicionais de protección da saúde pública, ao abeiro do artigo 25.2 h) LBRL, máis estritas que as fixadas pola normativa estatal básica en relación cos límites de emisión radioelétrica e na fixación de distancias mínimas ás correspondentes infraestruturas.

O TS afirmou que o Estado xa regulou, de forma completa e esgotada, as medidas de protección sanitaria fronte aos niveis tolerables de exposición e estas emisións mediante o RD 1066/2001, do 28 de setembro, e a Orde de desenvolvemento CTE/23/2002, do 11 de xaneiro. Nas ditas normas o Estado fixa os límites de exposición ás zonas nas que poidan permanecer habitualmente persoas, con carácter básico, segundo se desprende do artigo 14.9.16 CE e dos artigos 18, 19, 41 e 40 da Lei xeral de sanidade. O Estado establece eses límites con vocación de uniformidade e xeneralidade para todo o territorio nacional e materializa o principio de precaución recollido na Recomendación do Consello da Unión Europea 1999/519 EC, relativa á exposición ao público en xeral aos campos electromagnéticos. En consecuencia, a xuízo do TS, estes límites non poden ser superados por unha pretendida competencia dos concellos para a maior protección sanitaria, pois o sistema de protección contemplado na normativa estatal xa contén os mecanismos precisos (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 4).

En relación coa protección da saúde e a posible incidencia nela das antenas de telefonía e radiotelevisión, atopamos numerosas sentenzas respecto de ordenanzas municipais sobre antenas de telefonía, radio e televisión<sup>32</sup>. Nelas o TS recorda que o Estado, por medio do Real decreto 1066/2001, no exercicio das súas competencias en materia de sanidade e telecomunicacións, está a configurar un procedemento para a determinación dos niveis de emisión radioelétrica tolerable, para a súa actualización conforme o progreso científico e para o control do cumprimento polos operadores destes niveis de emisión a través dun sistema de autorización, seguimento, inspección e control en que se entrelazan aspectos sanitarios e aspectos de telecomunicacións. O TS estima que a regulación dos niveis de emisión persegue unha uniformidade que responde a un claro interese xeral, dun lado, porque os niveis tolerables para a saúde deben selo para todos os cidadáns por igual e, doutro, porque estes operan como presuposto do exercicio das competencias estatais en materia de telecomunicacións e, en concreto, do exercicio das facultades de autorización, seguimento e inspección das instalacións radioelétricas. Á vez, tales niveis de emisión fixados polo Estado funcionan como un elemento determinante do réxime xurídico dos operadores de instalacións de radiocomunicación e da funcionalidade do mercado das telecomunicacións, asegurando a súa unidade. En definitiva, a través do Real decreto 1066/2001, o Estado estableceu unha regulación que ofrece, para todo o ámbito

<sup>32</sup> Un estudo sobre o impacto visual e as antenas pode consultarse en: MOLINA GIMÉNEZ, A., *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico: Análisis de los impactos visuales y radioeléctricos en las comunicaciones móviles*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2002.

nacional, unha solución de equilibrio entre a preservación da protección da saúde e o interese público ao que responde a ordenación do sector das telecomunicacións. O exercicio polo Estado das súas competencias neste eido (a adopción das pertinentes medidas sanitarias fronte aos riscos derivados da exposición da poboación a emisións radioelétricas) representa para os concellos un límite ao exercicio das competencias que a eles lles poderían corresponder en virtude dos artigos 25.2 h e 28 LRBRL.

En consecuencia, segundo o TS, nin o principio de autonomía local que garante o artigo 140 CE nin o principio de subsidiariedade da acción dos entes locais que recoñece o artigo 28 LRBRL, entre outros campos no da sanidade, se pode invocar cando o Estado, no exercicio das súas competencias e velando polos intereses xerais que a el lle corresponden, estableceu unha regulación sobre a mesma materia á que sen dúbida ningunha pode atribuírse unha vocación de exclusividade, como sucede co RD 1066/2001, que esgota as medidas que se poidan tomar baseadas no principio de precaución e impiden calquera actuación local adoptada con base no mesmo título habilitante.

O TS admite que nos atopamos ante unha competencia configurada como estatal e no seu exercicio o Estado procurou este réxime de intervención mínima. Polo tanto, unha intromisión dos concellos neste sentido atacaría frontalmente o principio de intervención mínima que vén auspiciado pola Administración estatal competente. Unicamente resultará lexítimo aos concellos incorporar estes elementos de control se esta intervención atopa xustificación suficiente na necesaria salvagarda ou compatibilización dunha competencia propia, pero non naqueles casos en que os elementos carezan de conexión na defensa dun interese propio ou resulten desproporcionados ao fin perseguido<sup>33</sup>.

- Sétimo. Posibilidade de que as ditas ordenanzas fixen restricións respecto da situación xeográfica das antenas.

A posibilidade de que as ordenanzas locais establezan restricións desde o punto de vista da localización xeográfica á instalación de antenas no termo municipal foi examinada pola xurisprudencia do TS<sup>34</sup>.

O TS recorda que o risco que pode ocasionar á saúde a exposición prolongada a radiacións electromagnéticas é un tema que produciu unha gran preocupación á sociedade. Nese contexto aprobouse o Real decreto 1066/2001, que establece uns límites máximos de emisión e recolle os criterios de protección sanitaria fronte a campos electromagnéticos procedentes de emisións radioelétricas, fixados na Recomendación do Consello de Europa do 12 de xullo de 1999, relativa á exposición ao público en xeral aos campos electromagnéticos. O TS advirte que o feito de que este risco, xerado polos campos electromagnéticos procedentes de emisións radioelétricas, non poida ser considerado pechado desde un punto de vista científico levou os concellos a impor medidas adicionais de protección nesta materia, ben exixindo límites ou condicións complementarios aos establecidos no citado Real decreto

<sup>33</sup> A Sentenza do TS do 25 de xuño de 2019 (FX 3) remite á do 11 de febreiro de 2013 (rec. 4490/2007) e a STC 8/2012, do 18 de xaneiro.

<sup>34</sup> Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5.

1066/2001, ben establecendo distancias de protección fronte a determinadas zonas sensibles (colexios, hospitais, parques e xardíns públicos) fixando unhas áreas de seguridade en que non se permita a instalación de estacións emisoras de radiacións electromagnéticas, cunha finalidade preventiva.

A cuestión que xorde é qué sucede cando tal prohibición, pola súa intensidade, impide o dereito dos operadores do sector a prestar o servizo no termo municipal. Para resolvelo, o TS remite á súa doutrina anterior nesta materia<sup>35</sup> e matiza que a lei prohíbe articular unha restrición absoluta do dereito dos operadores a establecer as súas instalacións no municipio<sup>36</sup>.

- Oitavo: Posibilidade de que estas ordenanzas exixan a presentación previa dun plan de implantación de infraestruturas.

O TS reitera a doutrina da sala ao respecto<sup>37</sup> e recorda que, co fin de racionalizar o uso do dominio público e reducir o impacto negativo sobre o medio ambiente, con frecuencia, numerosas ordenanzas locais exixen aos operadores a presentación ante o concello dun plan técnico de implantación, cuxa aprobación polo concello é un presuposto para que as distintas empresas poidan obter licenzas de obras ou de funcionamento. Para o TS, a exixencia deste plan técnico previo preséntase coa finalidade de garantir unha boa cobertura territorial mediante a disposición xeográfica da rede e a axeitada localización das antenas e a pertinente protección dos edificios ou conxuntos catalogados, vías públicas e paisaxe urbana. Estas materias están estreitamente relacionadas coa protección dos intereses locais citados. Por iso, o TS non considera desproporcionada a exixencia dunha planificación das empresas operadoras que examine, coordine e mesmo aprrobe o concello.

En definitiva, trátase dunha exixencia relativa á implantación do servizo, que se xustifica pola finalidade de garantir a protección dos intereses locais e, por iso, tamén resulta exixible, polas mesmas razóns e co mesmo obxecto, a comunicación da modificación do plan ao concello. E á inversa, a alteración ou modificación das circunstancias urbanísticas xustifican o requirimento polo concello á operadora para a presentación dun plan actualizado, é dicir, axeitado á situación real da ordenación municipal (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5).

- Noveno. Posibilidade de que as ordenanzas exixan a obtención de licenzas previas á ocupación ou mesmo a necesidade de acreditar a conformidade previa á ocupación do titular do terreo.

<sup>35</sup> Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5, que se remite á súa doutrina previa: Sentenza do 18 de xuño de 2001, rec. 8603/1994, do 17 de novembro de 2009, rec. 5583/2007, do 14 de setembro de 2010, rec. 5475/2005 e do 4 de maio de 2010, rec. 4801/2006.

<sup>36</sup> De forma que, a xuízo do TS, "a interdicción de establecer restricións absolutas ao dereito de ocupación do dominio público ou privado dos operadores a que alude o artigo 29.5 non debe ser interpretada no sentido de que deba garantirse, sequera alternativamente, o dereito dos operadores á ocupación de cada franxa ou porción, ben do dominio público, ben do dominio privado (...). En tal caso, as competencias municipais que se proxectan sobre o campo das telecomunicacións, en especial a urbanística, sanitaria e ambiental, veríanse claramente recortadas, impedíndolle *de facto* establecer prohibicións ao establecemento de instalacións sobre zonas determinadas. Debemos entender, pola contra, que a prohibición de establecer restricións absolutas se refire, ben á imposibilidade de prestar axeitadamente o servizo en determinada zona ou lugar, ben á posibilidade de prestalo só en condicións de gravosidade desproporcionada en relación cos beneficios que a restrición poida reverter aos intereses municipais" (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5).

<sup>37</sup> Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5, remítase á súa doutrina previa: Sentenza do 22 de febreiro de 2011 (rec. 4212/2008), Sentenza do 4 de maio (recurso de casación 4801/2006) e do 5 de outubro de 2010 (rec. 5973/2006).

Outra cuestión controvertida é a viabilidade de que nestas ordenanzas se estableza a suxeición a licenza das instalacións do servizo de telecomunicación, a cal foi confirmada pola xurisprudencia, como veremos separadamente, polo seu interese e complexidade, na seguinte epígrafe<sup>38</sup>.

Doutro lado, algunhas ordenanzas municipais previron, para obter a licenza municipal, a necesidade de acreditar a conformidade do titular do terreo ou predio sobre o que se situará a instalación. Ao respecto, o TS afirmou que a lexislación xeral de telecomunicacións, no artigo 31 LXTT, recolle as condicións en que os operadores titulares de redes públicas de telecomunicacións poden exixir que se lles permita a ocupación da propiedade privada, cando iso resulte necesario para a instalación da rede, prevendo para iso dous instrumentos xuridicamente hábiles para a ocupación: a expropiación forzosa e a declaración de servidume forzosa de paso da infraestructura de redes públicas de telecomunicacións. Polo tanto, á luz destas previsións, o TS entende que exixir aos operadores contar coa conformidade do titular do terreo supón contradicir o carácter imperativo con que se impón a ocupación a este, de conformidade coa lexislación estatal, sen prexuízo de axeitado resarcimento mediante a expropiación forzosa. Algo similar sucede con algunhas cláusulas destas ordenanzas locais que consideran a obtención previa dun acordo da comunidade de propietarios ou dun contrato co propietario do inmovible. En definitiva, o TS estima que tales cláusulas supoñen a introdución de obstáculos ao dereito dos operadores á ocupación do dominio privado de cara á prestación do servizo (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5)<sup>39</sup>.

- Décimo. Necesidade de solicitar o informe previo e vinculante do Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo.

A LXTT, agora no artigo 35 LXTT –anterior artigo 26.2 LXTT de 2003–, recolle unha serie de mecanismos de colaboración entre o Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo e as administracións públicas para o despregamento das redes públicas de comunicacións electrónicas. Así, os órganos encargados dos procedementos de aprobación, modificación ou revisión dos instrumentos de planificación territorial ou urbanística que afecten ao despregamento das redes públicas de comunicacións electrónicas deberán solicitar un informe do Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo. O informe é de carácter preceptivo e vinculante e será previo á aprobación

<sup>38</sup> Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5, remítese á Sentenza do 18 de xaneiro de 2011 (rec. 11220/2004), que se refire á posibilidade de que os concellos poidan someter a instalación de elementos destinados a servir ás telecomunicacións no seu termo municipal á exigencia de licenza de actividade, con remisión ás sentenzas do 4 de maio de 2010 (rec. 4801/2006) e 17 de novembro de 2010 (rec. 2345/2005).

<sup>39</sup> O TS, con motivo da análise das licenzas de funcionamento ou de utilización, nalgunhas das ordenanzas reguladoras en materia de telecomunicacións, diferenciou entre a potestade normativa do concello en materia de telecomunicacións e as súas potestades de policía, que lle permite exercer un control sobre a actividade, para preservar os cidadáns cando as instalacións ou o seu funcionamento fosen perigosos ou ameazasen selo para a seguridade ou a salubridade públicas, aínda que se atope regulada no ámbito estatal ou autonómico. O control e inspección das instalacións amparadas nas ditas licenzas terán por obxecto verificar se se seguen mantendo as condicións baixo as cales aquelas licenzas foron outorgadas. En definitiva, trátase dun control municipal da utilización da instalación conforme a licenza de obras concedida, cuxa competencia ten atribuída o concello conforme o previsto no Regulamento de disciplina urbanística da Comunidade Autónoma de Andalucía, aprobado polo Decreto 60/2010, do 16 de marzo. O TS na Sentenza do 11 de febreiro de 2019, FX 5, remítese á doutrina previa: a Sentenza do 18 de novembro de 2011 (rec. 11220/2004), a do 10 de xaneiro de 2007 (rec. 4051/2004) e a do 3 de abril de 2007 (rec. 5193/2004).

do instrumento de planificación de que se trate e versará sobre a adecuación dos ditos instrumentos de planificación coa normativa sectorial de telecomunicacións e sobre as necesidades de redes públicas de comunicacións electrónicas no ámbito territorial a que se refiran. O TS admite que o trámite de informe citado é exixible, á marxe de constituír un instrumento axeitado para a obrigada coordinación competencial.

O TS é coñecedor dos conflitos competenciais xurdidos como consecuencia do exercicio das competencias urbanísticas e ambientais, dunha parte, e das de sanidade e telecomunicacións, doutra, así como da dificultade existente para o establecemento de límites claros<sup>40</sup>. Por iso, a xuízo do tribunal, nin a Administración xeral do Estado pode impor, sen máis, as redes de comunicación sen tomar en consideración as características urbanísticas e ambientais, á marxe das sanitarias, de cada concello, nin estes están lexitimados para establecer limitacións, ao abeiro de competencias autorizatorias, urbanísticas ou ambientais, ás redes estatais de comunicación. E iso porque tanto unhas como outras competencias van encamiñadas á protección dos intereses xerais.

Neste contexto, a exixencia do informe do ministerio competente, a xuízo do TS, preséntase como un instrumento eficaz e necesario para a coordinación das administracións implicadas. O TS rexeita unha interpretación, semántica e literal, do contido e alcance do concepto “instrumentos de planeamento e de ordenación territorial”<sup>41</sup>.

Unha vez que coñecemos os títulos que habilitan os concellos a intervir na instalación de infraestruturas de comunicacións electrónicas, pasamos a analizar se poden introducir limitacións ou restricións aos operadores exixindo, nas ordenanzas reguladoras, a obtención dunha autorización ou licenza previa.

regap



ESTUDIOS

<sup>40</sup> A iso contribuíu a xurisprudencia: STS do 29 de xaneiro de 2013, recurso n. 4490/2007 e STC 8/2012, do 18 de xaneiro

<sup>41</sup> A Sentenza do 15 de outubro de 2019 (FX 6) remite ás SSTS do 9 e do 22 de marzo de 2011, recursos 3037/2008 e 1845/2006, respectivamente, e sostén que os instrumentos de planificación territorial ou urbanística deberán recoller as necesidades de establecemento de redes públicas de telecomunicacións, sinaladas nos informes elaborados nese trámite polo órgano estatal competente e atendendo á finalidade e contido da norma para proceder á interpretación do concepto instrumentos de planeamento, e tomando en consideración o denominado “realismo xurídico”. O TS admitiu que o importante, para estes efectos, non é a denominación formal do instrumento xurídico, senón a súa natureza, finalidade e contido real (Sentenza do TS do 27 de maio de 2008, recurso de casación n. 5748/2005), o determinante para requirir a emisión dese informe será que, a través da iniciativa autonómica ou municipal concernida con independencia da súa caracterización ou presentación formal, se pretenda introducir unha ordenación xurídica con repercusión sobre a ordenación territorial e urbanística, que como tal incida directamente na esfera de intereses que xustamente quere protexer e salvagardar a atribución competencial a favor do Estado en materia de telecomunicacións.



### 3 A non existencia de licenzas previas á instalación de redes como principio xeral e a recuperación da unidade de mercado

#### 3.1 O sometemento das comunicacións electrónicas como actividade económica á LGUM e a eliminación de autorizacións previas como regra xeral

Tras a aprobación da Directiva servizos, Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello<sup>42</sup>, e as súas leis de transposición no noso ordenamento xurídico, como a Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, e a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado (LGUM), non hai dúbida de que as telecomunicacións, como actividade económica, se inclúen no ámbito da citada lei<sup>43</sup>. En particular, a propia LGUM recolle unha definición de “actividades económicas” como calquera actividade de carácter empresarial que supoña a ordenación por conta propia dos medios de produción, dos recursos humanos, ou ambos os dous, coa finalidade de intervir na produción ou distribución de bens ou na prestación de servizos (anexo, apartado b) e establece que será de aplicación ao acceso de actividades económicas en condicións de mercado e o seu exercicio por parte de operadores legalmente establecidos en calquera lugar do territorio nacional (artigo 2 LGUM). Polo tanto, a prestación de servizos de telecomunicacións e o despregamento de redes de comunicacións electrónicas constitúen actividades económicas e como tales se inclúen no ámbito de aplicación da LGUM<sup>44</sup>.

Nesta materia resaltamos os artigos 5 e 17 LGUM, que consagran os principios de necesidade e de proporcionalidade das actuacións das autoridades competentes, e a

<sup>42</sup> Sobre a Directiva servizos e a súa transposición ao noso ordenamento xurídico, escribiuse moito. En relación coas autorizacións previas e as comunicacións previas e declaracións responsables, pode consultarse GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Autorizacións, comunicacións previas e declaracións responsables en a transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 11, outubro 2010, pp. 255-293.

<sup>43</sup> Sobre a LGUM pódense consultar numerosos traballos, entre outros: MUÑOZ MACHADO, S., “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 11 e ss.; REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 23 e ss.; TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular el principio de eficacia”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 19, 2014, pp. 163 e ss.; CASARES MARCOS, A.B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 831-919; PADRÓS I REIG, C. e MACÍAS CASTAÑO, J.M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014, pp. 113 e ss.; RUIZ PIÑEIRO, F., “Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Escritura Pública*, n. 86, 2014, pp. 42-43; SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015, pp. 142 e ss.; REBOLLO PUIG, M., “El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 91, 2015, pp. 91-146; e CASARES MARCOS, A.B., “Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado”, López Ramón, F. (coord.), *Vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA, INAP, Madrid, 2016, pp. 523 e ss.

<sup>44</sup> PENSADO SEIJAS, A., “Regulación jurídica actual de las antenas de telefonía móvil: de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 36, maio 2016, pp. 34-36.

súa instrumentación, como garantía ao libre establecemento e circulación. Trátase de dous preceptos esenciais, pois supoñen a limitación máis xeral a todos os poderes públicos infraestatais. Así, en canto á posibilidade de impor límites ao acceso a unha actividade económica ou ao seu exercicio, ou á existencia de requisitos para o desenvolvemento dunha actividade, o artigo 5 LGUM consagra que as autoridades competentes, no exercicio das súas respectivas competencias, motivarán a súa necesidade na salvagarda dalgunha razón imperiosa de interese xeral de entre as comprendidas no artigo 3.11 da Lei 17/2009. Ademais, calquera límite ou requisito que se fixe “deberá ser proporcionado á razón imperiosa de interese xeral invocada, e deberá ser tal que non exista outro medio menos restritivo ou distorsionador para a actividade económica”. Polo tanto, só se admitirán límites á liberdade de empresa por determinadas razóns imperiosas de interese xeral que están taxadas<sup>45</sup>, e son as que se enumeran no artigo 3.11 da Lei 17/2009<sup>46</sup>.

Así pois, a LGUM toma a súa base no dereito europeo, pero transfórmao: podemos afirmar que o artigo 5.1 LGUM vai máis lonxe da simple preservación da unidade de mercado, pois impón límites a calquera restrición ás liberdades económicas, e o que pretende é reforzar a liberdade de empresa ou a libre iniciativa económica, de forma que restrinxen calquera posibilidade do lexislador de limitar o seu exercicio<sup>47</sup>.

Doutro lado, en canto ao sometemento a autorización, o artigo 17 LGUM admite a súa existencia “sempre que concorran os principios de necesidade e proporcionalidade, que se deberán motivar suficientemente na lei que estableza o dito réxime”. Ademais, cando o réxime de autorización se exixa por norma comunitaria ou tratado internacional, as autorizacións poderán estar previstas nunha norma de rango inferior á lei. A LGUM entende que concorren os principios de necesidade e proporcionalidade para a existencia dunha autorización nos seguintes supostos: 1. En relación cos operadores económicos, cando estea xustificando por razóns de orde pública, seguridade pública, saúde pública ou protección do medio ambiente no lugar concreto onde se realiza a actividade, e estas razóns non se poidan salvagardar

<sup>45</sup> Trátase de protexer uns cantos intereses elixidos polo mesmo lexislador estatal e calquera outro interese xeral queda proscribido como posible xustificación de límites ás liberdades económicas, como posible finalidade das restricións a esas liberdades, e iso con independencia de que supoñan ou non trabas para a libre circulación ou unidade de mercado. Así pois, aínda que a lista das razóns imperiosas de interese xeral é ampla, tamén é certo que é moito o que queda fóra dela. REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, cit., pp. 23 e ss.

<sup>46</sup> Esta lei afirma que é “Razón imperiosa de interese xeral: razón definida e interpretada a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, limitadas as seguintes: a orde pública, a seguridade pública, a protección civil, a saúde pública, a preservación do equilibrio financeiro do réxime de seguridade social, a protección dos dereitos, a seguridade e a saúde dos consumidores, dos destinatarios de servizos e dos traballadores, as exixencias da boa fe nas transaccións comerciais, a loita contra a fraude, a protección do medio ambiente e do contorno urbano, a sanidade animal, a propiedade intelectual e industrial, a conservación do patrimonio histórico e artístico nacional e os obxectivos da política social e cultural” (artigo 3.11 Lei 17/2009).

<sup>47</sup> A xuízo de REBOLLO PUIG, o que a LGUM presenta como principio de necesidade non é ao que se lle chamou así de xeito tradicional. De forma que, segundo o autor, a necesidade de que antes se falaba era unha parte do principio de proporcionalidade e solo significaba que a medida adoptada, aínda que fose restritiva dalgunha liberdade ou da unidade de mercado, debía ser a menos restritiva das adecuadas para conseguir a finalidade perseguida. Polo tanto, a necesidade comportaba que, partindo de calquera finalidade lícita, se elixise a menos restritiva. Co principio de necesidade agora coa LGUM introduciuse unha idea nova e distinta: unha limitación ás finalidades que pode perseguir mesmo o lexislador para limitar a liberdade económica. REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, cit., pp. 23-33. Tamén pode consultarse, entre outros: FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 124.

coa presentación dunha declaración responsable ou dunha comunicación previa; 2. Respecto ás instalacións ou infraestruturas físicas necesarias para o exercicio de actividades económicas, cando poidan xerar danos sobre o medio ambiente e o contorno urbano, a seguridade ou a saúde pública e o patrimonio histórico-artístico, e estas razóns non poidan salvagardarse mediante a presentación dunha declaración responsable ou dunha comunicación; 3. Cando o número de operadores económicos do mercado sexa limitado debido: á escaseza de recursos naturais, á utilización de dominio público, á existencia de inequívocos impedimentos técnicos ou en función da existencia de servizos públicos sometidos a tarifas reguladas; 4. Cando a normativa da Unión Europea ou tratados e convenios internacionais así o contemple, incluíndo a aplicación, se é o caso, do principio de precaución. Ademais, as inscricións en rexistros con carácter habilitante terán para todos os efectos o carácter de autorización.

A LGUM somete a condicións de necesidade o establecemento de declaracións responsables e de comunicacións previas. O artigo 17 prevé que se considerará que concorren os principios de necesidade e proporcionalidade para exixir a presentación dunha declaración responsable para o acceso a unha actividade económica ou o seu exercicio, ou para as instalacións ou infraestruturas físicas para o exercicio de actividades económicas, “cando na normativa se exixa o cumprimento de requisitos xustificadas por algunha razón imperiosa de interese xeral e sexan proporcionados”. Ademais, as autoridades competentes poderán exixir a presentación dunha comunicación cando, “por algunha razón imperiosa de interese xeral, tales autoridades precisen coñecer o número de operadores económicos, as instalacións ou as infraestruturas físicas no mercado”<sup>48</sup>. Con carácter xeral, as autoridades competentes velarán por minimizar as cargas administrativas soportadas polos operadores económicos, de maneira que, unha vez aplicado o principio de necesidade e proporcionalidade de acordo co previsto no artigo 17 LGUM, elixirán un único medio de intervención, “ben sexa a presentación dunha comunicación, dunha declaración responsable ou a solicitude dunha autorización”.

En definitiva, a LGUM supón unha restrición importante para os concellos á hora de aprobar normas neste sentido. Mostra diso son as sentenzas da AN do 26 de xuño de 2018<sup>49</sup> e do 2 de novembro de 2018<sup>50</sup> nas cales se estiman recursos contencioso-administrativos contra ordenanzas<sup>51</sup> que prevían a existencia de autorizacións pre-

<sup>48</sup> Parece que o que pretende o lexislador é poder contar cos datos imprescindibles para poder exercer o control *ex post* (PERNAS GARCÍA, J.J., “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 461 e ss.).

<sup>49</sup> Recurso contencioso-administrativo n. 204/2015 tramitado como procedemento da LGUM contra os artigos X.1.3 apartado O; X.1.5. 2-A apartado I), do título X das ordenanzas do Concello de Hernani publicadas no BOP 228 do 28 de novembro de 2014.

<sup>50</sup> Recurso contencioso-administrativo n. 206/15 tramitado como procedemento da LGUM contra determinados preceptos (artigos 10.5 e 6, 12.3 e 38.7) da ordenanza de paisaxe urbana de Santa Cruz de Tenerife do 6 de xuño de 2014.

<sup>51</sup> No mesmo sentido pronúnciase a AN na Sentenza do 8 de xuño de 2019, recurso contencioso-administrativo n. 278/2016 tramitado como procedemento da LGUM. Trátase doutra sentenza de grande interese da AN, na cal aquí non nos detemos porque non impugna unha ordenanza local, senón que o seu obxecto é a revisión dun PXOU. Nela, a AN estima o recurso contra a Resolución do Conselleiro de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio de Andalucía do 20 de abril de 2016, pola que se desestima a reclamación do artigo 26 LGUM da Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnoloxías da Información, Telecomunicacións e Contidos Dixitais (AMETIC) e determinados preceptos do Plan Xeral de Ordenación Urbana de Jaén, na

vias á instalación de infraestruturas de comunicacións electrónicas. O feito, polo tanto, de que algunhas ordenanzas locais sometan as instalacións de infraestruturas da sociedade da información a un réxime de autorización previa veu sendo polémico<sup>52</sup>. Tamén suscitaron discusión as ordenanzas reguladoras de instalacións radioelétricas que fixan límites aos niveis de emisión radioelétrica<sup>53</sup>.

### 3.2 Cando poden substituír os concellos a exigencia de autorizacións previas por declaracións responsables aos operadores?

A LXTT persegue, como un dos seus principais obxectivos, o de “recuperar a unidade de mercado no sector das telecomunicacións”. Para iso, a lei establece procedementos de coordinación e resolución de conflitos entre a lexislación sectorial estatal e a lexislación das administracións competentes, ditada no exercicio das súas competencias, que poida afectar ao despregamento de redes e á prestación de servizos. Co mesmo fin, preténdese “unha simplificación administrativa, eliminando licenzas e autorizacións, por parte da administración das telecomunicacións, para determinadas categorías de instalacións que fan uso do espectro. Na mesma liña, prevese unha revisión das licenzas ou autorizacións por parte das administracións competentes, eliminando a súa exixibilidade para determinadas instalacións en propiedade privada ou para a renovación tecnolóxica das redes, e facilítase o despregamento das novas redes permitindo o acceso ás infraestruturas doutros sectores económicos susceptibles de seren utilizadas para o despregamento de redes de comunicacións electrónicas” (preámbulo da LXTT).

Todos estes criterios de liberalización do sector, libre competencia, de recuperación da unidade de mercado e de redución de cargas procuran achegar seguridade

Regap



ESTUDIOS

versión revisada publicada no *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* (BOJA) número 37, do 24 de febreiro de 2016, mediante Orde do 3 de febreiro de 2016 da Consellaría andaluza de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio. Finalmente, a AN anula a citada resolución e os preceptos impugnados do PXOU por non seren conformes a dereito.

<sup>52</sup> Esta cuestión foi controvertida e así o manifestou a doutrina, entre outros: LOBO RODRIGO, A., “La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 31, maio-agosto de 2002, pp. 107 a 145; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 242, Madrid, 2008, pp. 177-232; PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, setembro-diciembre de 2009, pp. 217-218; RAZQUIN LIZARRAGA, M., “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, maio 2010, pp. 127-128; PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El nuevo régimen de intervención administrativa en las Entidades locales de Galicia, tras la transposición de Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior”, *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, n. 14, 2010, pp. 635-663; CHOLBI CACHÁ, F. e MERINO MOLLINS, V., “Comentario crítico sobre la Directiva de servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 7, 2010, pp. 1035-1065.

<sup>53</sup> Un estudo detallado dos informes da Secretaría do Consello para a Unidade de Mercado (en diante, SECUM) ante reclamacións realizadas por asociacións de empresarios de telecomunicacións fronte a ordenanzas reguladoras de instalacións de infraestruturas de telecomunicacións: 1) ordenanzas locais que sometan as instalacións de comunicacións electrónicas a un réxime de autorización previa (é o caso da ordenanza de Santa Cruz de Tenerife e de Hernani); 2) ordenanza reguladora de instalacións radioelétricas que fixa límites aos niveis de emisión radioelétrica (refírese á ordenanza de Vitoria-Gasteiz) pode consultarse en DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, outubro-diciembre 2016, pp. 190-223.

xurídica aos operadores e crear as condicións necesarias para a existencia dunha competencia efectiva.

Podemos afirmar que, en consecuencia, a LXTT de 2014 parte da non existencia de licenzas, autorizacións previas de instalación, funcionamento, de actividade ou de carácter ambiental ou outras licenzas ou aprobacións de carácter similar ás instalacións de infraestruturas de telecomunicacións. Estas licenzas foron substituídas por declaracións responsables, como deriva da lexislación sectorial aplicable, en particular do artigo 34.6 e 7 LXTT e da LGUM (disposición derradeira 9.<sup>a</sup> LXTT).

Como xa sabemos, os operadores de telecomunicacións teñen recoñecido o dereito de ocupación de propiedade privada (artigo 29 LXTT) e do dominio público (artigo 30 LXTT). Neste sentido, a propia LXTT advirte de que a normativa ditada por calquera Administración pública que afecte ao despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas debe recoñecer os citados dereitos dos operadores (artigo 31.1 LXTT) e debe cumprir, polo menos, os requisitos contidos no artigo 31.2 LXTT. Ademais, a LXTT recolle unha serie de criterios que deben rexer a normativa das administracións públicas que afecte ao despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas nos artigos 34 a 36 LXTT, como lexislación básica estatal, e a colaboración entre administracións públicas no dito despregamento.

Detémonos no artigo 34.6 LXTT, que adquire especial relevancia no noso traballo, pois refírese de forma directa á existencia ou non de licenzas previas á instalación destas infraestruturas e distingue cando a ocupación do operador sexa de dominio público ou privado.

Primeiro, o precepto dispón que para a instalación de estacións ou infraestruturas radioeléctricas utilizadas para a prestación de servizos de comunicacións electrónicas dispoñibles para o público, ás cales se refire a disposición adicional terceira da Lei 12/2012, do 26 de decembro, de medidas urxentes de liberalización do comercio e de determinados servizos, non se poderá exixir a obtención previa de licenza de instalacións, de funcionamento ou de actividade, nin outras de clase similar ou análogas, nos termos indicados na citada lei.

Despois, respecto da ocupación do dominio privado, o artigo 34.6 LXTT prevé que, para a instalación de redes públicas de comunicacións electrónicas ou de estacións radioeléctricas en dominio privado polas administracións públicas competentes, non se poderá exixir a obtención de licenza ou autorización previa de instalacións, de funcionamento ou de actividade, ou de carácter ambiental, nin outras licenzas ou aprobacións de clase similar ou análogas que suxeiten a autorización previa a dita instalación, no caso de que o operador presentase á Administración pública competente para o outorgamento da licenza ou autorización un plan de despregamento ou instalación de rede de comunicacións electrónicas, no cal se contemplen esas infraestruturas ou estacións, e sempre que o citado plan fose aprobado pola mencionada Administración. Con tal fin, a LXTT establece que, no citado plan de despregamento ou instalación, o operador: deberá prever os supostos en que se van efectuar despregamentos aéreos ou por fachadas, de cables e equipos; suxeitarase ao contido e deberá respectar as condicións técnicas exixidas mediante Real decreto

acordado en Consello de Ministros. En calquera caso, o artigo 34.6 LXTT substitúe as licenzas ou autorizacións previas que non poidan ser exixidas, de acordo co que acabamos de expor, por declaracións responsables, segundo se prevé na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, LPAC, e na Lei 39/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, LRXSP. Estas declaracións responsables conterán unha manifestación explícita do cumprimento dos requisitos que resulten exixibles segundo a normativa vixente.

Doutro lado, a LXTT establece que a presentación da declaración responsable, co efecto de habilitación a partir dese momento para executar a instalación, non prexulga a situación e o acomodo efectivo das condicións da infraestrutura ou estación radioelétrica á normativa aplicable, nin limitará o exercicio das potestades administrativas de comprobación, inspección, sanción e, en xeral, de control que á Administración en calquera orde –estatal, autonómica ou local– lle estean atribuídas polo ordenamento sectorial aplicable en cada caso.

Pola súa parte, a inexactitude, falsidade ou omisión, de carácter esencial, en calquera dato, manifestación ou documento que se achegue ou incorpore a unha declaración responsable, ou a non presentación da declaración responsable, determina a imposibilidade de explotar a instalación e mesmo, se é o caso, a obriga de retirala cando se teña constancia de tales feitos, e todo iso sen prexuízo das responsabilidades penais, civís ou administrativas a que houbese lugar.

Tamén, o artigo 34.6 LXTT contempla que mediante regulamento se establecerán os elementos da declaración responsable que terán ese carácter esencial.

En caso de que a infraestrutura xa estea situada en dominio público ou privado e se proceda á súa innovación tecnolóxica ou adaptación técnica, a LXTT dispón que se aplica o principio de non exixencia de licenza previa, sempre que tales actuacións supoñan a incorporación de novo equipamento ou a realización de emisións radioelétricas en novas bandas de frecuencias ou con outras tecnoloxías, sen variar os elementos de obra civil e mastro. O artigo 34.7 LXTT dispón que non se requirirá ningún tipo de concesión, autorización ou licenza nova ou modificación da existente ou declaración responsable ou comunicación previa ás administracións públicas competentes por razóns de ordenación do territorio, urbanismo ou ambientais.

Polo tanto, unha análise completa da non exixencia de licenzas ou autorizacións previas á instalación de redes ou instalacións de telecomunicacións require examinar a LXTT e a LGUM, na medida en que as dúas leis constitúen o parámetro para valorar as normas reguladoras que afectan ás infraestruturas de comunicacións electrónicas, que poden aprobar as administracións competentes, como os concellos, por distintos títulos competenciais<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> MARTI DEL MORAL, A., “La incidencia de la unidad de mercado en las telecomunicaciones: la no exigencia de licencias previas a la instalación de redes de comunicaciones electrónicas”, Guillén Caramés, J. e Cuervo Mir, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Prólogo de José M.ª Marín Quemada, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 470.



### 3.3 Enténdese aprobado por silencio administrativo un plan de despregamento se transcorre o prazo máximo de resolución?

Non podemos concluír esta epígrafe sen sinalar que este precepto, o artigo 34.6 LXTT, foi obxecto dun importante pronunciamento por parte do TC, que declarou nulo o inciso relativo ao silencio administrativo positivo sobre o plan de despregamento ou instalación de rede pública de comunicacións electrónicas se transcorreron “dous meses desde a súa presentación” e a Administración pública competente non ditou resolución expresa. Referímonos á Sentenza do TC 20/2016, do 4 de febreiro de 2016<sup>55</sup>.

Trátase dun recurso de inconstitucionalidade interposto pola Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos da LXTT (sobre todo ao seu fundamento xurídico 7). A Generalitat non cuestiona a substitución das licenzas ou autorizacións previas por declaracións responsables para o caso de aprobación dos plans de despregamento<sup>56</sup>, que prevé o artigo 34.6 LXTT, senón que considera que estes plans –e os seus efectos liberatorios da obtención de licenzas e autorizacións municipais e/ou autonómicas de carácter urbanístico ou ambiental– non teñen cobertura no artigo 149.1, apartados 1, 13 e 21 do CE, e vulneran as competencias autonómicas sobre urbanismo, ordenación do territorio e medio ambiente dos artigos 144 e 149.1 e 5 do Estatuto de autonomía de Cataluña, pois a súa aprobación non se suxeita ao cumprimento da normativa e instrumentos de ordenación territorial, urbanística e ambiental, senón á observancia das condicións técnicas que estableza unha norma estatal.

O TC afirma que os plans de despregamento ou instalación, con efectos liberatorios da obtención de licenzas e autorizacións, constitúen un mecanismo tendente a facilitar o despregamento das redes de comunicacións electrónicas de forma unitaria no territorio nacional, polo que o tribunal estima que a súa regulación no artigo 34.6 LXTT ten cobertura nos títulos competenciais do artigo 149.1.13 e 21 CE invocados polo Estado<sup>57</sup>. Por iso, o TC aplica a doutrina previa do tribunal ao caso concreto e recorda que, dada a importancia do sector das telecomunicacións para a economía

<sup>55</sup> Recurso de inconstitucionalidade n. 709/2015.

<sup>56</sup> Sobre os plans de implantación de telefonía móbil, pode consultarse GRAJAL BLANCO, M., “La instalación de telecomunicaciones en un Municipio desde el punto de vista del impacto urbanístico”, *Revista del Instituto Universitario de Urbanística de la Universidad de Valladolid*, n. 11, 2008, pp. 139-140.

<sup>57</sup> O TC no FX 7 remítese á súa doutrina previa: en particular, en canto ao artigo 149.1.13 CE, como xa admitiu o TC na Sentenza 34/2013, FX 9: “reiteradamente na nosa doutrina aceptamos que, tratándose dun sector de importancia para a economía xeral (...) o Estado pode, en exercicio da competencia que lle atribúe o artigo 149.1.13 CE, fixar obxectivos de política sectorial (SSTC 80/1985, do 4 de xullo, FX 1; 188/1989, do 16 de novembro, FX 5; e STC 96/1990, do 24 de maio, FX 3). Por referirnos aos supostos máis recentes, o tribunal admitiu na STC 26/2012, do 1 de marzo, FX 5, que o Estado imponha un marco máis flexible e transparente para o acceso e exercicio de actividades no sector servizos (dispondo para o efecto que deben eliminarse todos aqueles réximes de autorización que non estean xustificadas por unha razón imperiosa de interese xeral); na STC 135/2012, do 19 de xuño, FX 4, que o Estado optase por un sistema económico integrado no sector do transporte e distribución de gas (fixando, para que ese obxectivo se logre dun xeito eficaz, unha serie de criterios uniformes que vinculan a autorización de instalacións); nas SSTC 170/2012, do 4 de outubro, FX 10; e 233/2012, do 13 de decembro, FFX 2 e 4, que o Estado sinala o obxectivo de favorecer unha maior competencia dentro do sector da distribución retalista de produtos petrolíferos, establecendo para a súa materialización (a) a incorporación de estacións de servizo nos establecementos comerciais de nova apertura como medio de aumentar o número de oferentes; (b) a previsión de silencio positivo respecto das licenzas municipais necesarias para a súa construción e posta en funcionamento nos centros que estivesen operativos á entrada en vigor da norma” (STC 20/2016, do 4 de febreiro de 2016, FX 7).



xeral, é conforme coa orde constitucional de competencias a articulación polo Estado dun sistema que, neste sector das telecomunicacións, libere os operadores da obtención de licenzas ou autorizacións necesarias para o despregamento das redes se é aprobado un plan de despregamento ou instalación polas autoridades municipais ou autonómicas competentes. A xuízo do TC, trátase de contribuír á consecución dos obxectivos xerais da LXTT que declara de forma expresa no seu preámbulo: garantir a unidade de mercado, facilitar a instalación e despregamento das redes e a prestación de novos servizos, incentivar os investimentos e promover a competencia efectiva mediante unha medida que é consecvente cos obxectivos globais citados e proporcionada á importancia do sector. Por todo iso, o TC conclúe que o Estado pode perseguir eses obxectivos de forma lexítima, ao abeiro das súas competencias de ordenación xeral da economía do artigo 149.1.13 CE no sector económico das telecomunicacións sobre o que ten competencia exclusiva segundo prevé o artigo 149.1.21 CE (Sentenza do TC 20/2016, FX 7).

Agora ben, o TC tamén recoñece que, se para lograr a finalidade pretendida cos plans de despregamento e instalación, se eliminan as licenzas ou autorizacións autonómicas nos casos previstos, a norma ten incidencia sobre as competencias das comunidades autónomas invocadas pola Generalitat.

Pois ben, o TC estima que o artigo 34.6 LXTT deixa a salvo tales competencias cando contempla que os plans deberán ser aprobados pola Administración competente para o outorgamento das licenzas ou autorizacións da necesidade das cales dispensa, polo que non se produce extralimitación competencial. O precepto refírese a que o operador, ao presentar o plan, se suxeitará ao contido e condicións técnicas exixidas mediante real decreto. A xuízo do TC, isto é consecvente coa competencia exclusiva estatal do artigo 149.1.21 CE, pero non obsta para que a aprobación do plan polas administracións competentes deba versar sobre as materias da súa competencia; polo tanto, sobre a adecuación ás normas urbanísticas, de ordenación territorial e, se é o caso, ambientais (Sentenza do TC 20/2016, FX 7)<sup>58</sup>.

Para o TC, os plans de despregamento ou instalación configúranse no artigo 34.6 LXTT coa finalidade que lles recoñeceu na Sentenza 8/2012 ao examinar os plans territoriais de despregamento de rede en solo rústico regulados na Lei das Cortes de Castela-A Mancha 8/2001, do 28 de xuño, sobre ordenación das instalacións de radiocomunicación na dita comunidade. Neste caso, o TC afirmou que estes plans están dirixidos a “proporcionar a información necesaria para que a comunidade autónoma afectada poida realizar un control previo da conformidade das previsións de novas instalacións coa normativa sectorial que ditase no exercicio das súas competencias para a preservación de intereses públicos que lle están encomendados de forma exclusiva ou compartida co Estado (ordenación do territorio, urbanismo, medio ambiente, sanidade)”. Polo tanto, permiten o exercicio coordinado das competencias

<sup>58</sup> De feito, como recorda o TC, así o afirma o preámbulo da LXTT: “nesta lei establécese que para o resto de actuacións de despregamento de redes en dominio privado se poidan substituír igualmente as licenzas por unha declaración responsable naqueles casos en que previamente o operador presentase ante as administracións competentes un plan de despregamento e este fose aprobado, xa que, nestes casos, a Administración competente xa analizou e ponderou os intereses inherentes ao exercicio das súas propias competencias” (apartado IV). Sentenza do TC 20/2016, FX 7.

estatais e autonómicas concorrentes neste ámbito en que “deben buscarse aquelas solucións con que se consiga optimizar o exercicio de ambas as dúas competencias” (Sentenza do TC 20/2016, FX 7).

En consecuencia, o TC afirma que, se entendemos que o artigo 34.6 LXTT, en canto contempla os plans de despregamento ou instalación con efectos liberatorios de autorizacións e licenzas autonómicas ou municipais, se ampara no artigo 149.1.13 e 21 CE e non vulnera as competencias autonómicas sobre urbanismo, ordenación do territorio e medio ambiente, xa que os ditos plans deben ser aprobados, en exercicio das competencias, pola Administración autonómica ou municipal correspondente, o silencio positivo que recolle o artigo 34.6 LXTT debe ter apoio nos mesmos títulos competenciais estatais. Por iso, o tribunal entende que esta previsión, por un lado, é unha medida dirixida a dotar de plena virtualidade ou eficacia o sistema e a garantir que a eliminación das autorizacións e licenzas que se pretende ten realmente lugar, e, por outro, que non condiciona ilexítimamente as competencias autonómicas, xa que as comunidades autónomas poden exercelas sen limitación ningunha dentro do prazo máximo para resolver o procedemento, polo que se trata, unicamente, de eliminar a incerteza asociada á falta de resposta ao vencemento do prazo, dando ao silencio o efecto estimatorio da aprobación dos plans.

Segundo o TC, os artigos 149.1.13 e 21 CE non amparan a fixación do prazo específico de dous meses que prevé o artigo 34.6 LXTT para a aprobación dos plans e considera que esta previsión “non é necesaria ou imprescindible para garantir a virtualidade do sistema e invade as competencias autonómicas que determinan que a aprobación dos plans sexa realizada por estas administracións e non polo Estado. Distinto sería o establecemento polo Estado dun prazo máximo de resolución que lles permitise ás administracións competentes marxe suficiente de modulación en exercicio das súas competencias e atendendo ás circunstancias de cada caso, modulación que, na redacción actual do precepto e dada a brevidade de prazo previsto, non resulta posible” (FX 7). Por iso, o TC afirma que o parágrafo quinto do artigo 34.6 LXTT é inconstitucional e nulo.

Tras a Sentenza do TC do 4 de febreiro de 2016, podemos afirmar que: primeiro, o silencio segue sendo positivo ás solicitudes de aprobación dun plan de despregamento, na medida en que coa dita aprobación non se transfiran ao solicitante facultades relativas ao dominio público (artigo 24.1 LPAC); a natureza positiva do silencio que tamén xerou polémicas e sobre ela volveremos. Segundo, en ausencia dun prazo específico, aplicarase o prazo de 3 meses establecido con carácter xeral na LPAC. Como consecuencia desta sentenza, os operadores que presenten plans de despregamento e non obteñan resolución expresa da Administración, terán que someterse ao prazo xeral supletorio de 3 meses, en lugar de 2 meses, para que actúe o silencio administrativo.

### 3.4 Desaprobación xudicial ás ordenanzas de infraestruturas de comunicacións electrónicas coa brida da LGUM

Agora detémonos na análise de dúas ordenanzas locais que contemplan a existencia de licenzas previas á implantación de infraestruturas de telecomunicacións e que son obxecto de impugnación mediante dous recursos contencioso-administrativos ante a AN, tramitados como procedementos da LGUM.

Referímonos ás sentenzas da AN do 26 de xuño de 2018<sup>59</sup> e do 2 de novembro de 2018<sup>60</sup>, que son dous primeiros pronunciamentos deste tribunal polos que se estiman os recursos e se anulan determinados preceptos de ordenanzas reguladoras de telecomunicacións ao ser contrarios aos principios de necesidade e proporcionalidade da LGUM.

A Sentenza da AN do 26 de xuño de 2018 resolve e estima un recurso contencioso-administrativo no que se impugnan determinados preceptos das ordenanzas do Concello de Hernani. Con carácter previo, o 2 de xaneiro de 2015, a CNMC emitiu o seu Informe UM/76/14 e nas conclusións indica que: a existencia de autorización ou licenza municipal para a implantación en dominio privado de canalizacións, equipos, cableados ou antenas (artigo X.1.3, letra O) do apartado 2) e a existencia de autorización ou licenza municipal previa á implantación de antenas en dominio privado (artigo X.1-5, apartado 2.i)<sup>61</sup> eran contrarias ao principio de necesidade e proporcionalidade dos artigos 5 e 17 LGUM.

Para a resolución do recurso, a AN parte da análise da LGUM e da súa propia xurisprudencia previa. En particular, remítese ao recurso 50/2015 referido á aplicación da LGUM, onde para explicar a razón de ser e os obxectivos da lei trae a colación a propia exposición de motivos da norma<sup>62</sup> e recorda que é preciso ter en conta a experiencia solicitada durante o proceso de transposición da Directiva servizos, pois o feito de que expresamente se indique que a LGUM non supón un exercicio de transposición de normativa europea fai que revista unha importancia especial a análise detallada da xurisprudencia do TXUE. En consecuencia, a implementación plena da LGUM dependerá do seu grao de identificación coa xurisprudencia do TXUE. Tamén resulta

<sup>59</sup> Recurso contencioso-administrativo n. 204/2015 contra os artigos X.1.3, apartado O; X.1.5. 2-A apartado I, do título X das ordenanzas do Concello de Hernani do 28 de novembro de 2014. Relator: José Guerrero Zaplana.

<sup>60</sup> Recurso contencioso-administrativo n. 206/15 contra determinados preceptos (artigos 10.5 e 6, 12.3 e 38.7) da ordenanza de paisaxe urbana de Santa Cruz de Tenerife do 6 de xuño de 2014. Relator: Santiago Pablo Soldevila Fragoso.

<sup>61</sup> O contido dos preceptos impugnados é o seguinte: o artigo X.1-3.2 prevé que, en todo caso, quedarán suxeitas tamén á obtención previa de autorización municipal as actuacións seguintes: O. A execución de obras e construcións e a implantación de canalizacións, equipos, cableado, antenas, paneis solares, ou fotovoltaicos, etc., asociados ben aos servizos urbanos (telecomunicación, gas, electricidade, saneamento, auga, etc.), ben ás instalacións de servizo das edificacións, con independencia da súa localización respecto do terreo (sobre, ou baixo rasante), ou dos propios edificios (interior, en fachada ou sobre cuberta), e sempre que non formen parte doutras actuacións que deban ser obxecto de autorización municipal específica. O artigo X.1.5 2 dispón que: Grupo 1- Execución de obras. A. Son obras maiores as que corresponden a actuacións de: i) A implantación de antenas e equipos das redes de infraestruturas (repetidores, cassetas de telecomunicacións, centros de transformación, etc.).

<sup>62</sup> Segundo esta, a transposición da Directiva servizos realizouse no noso ordenamento xurídico a través da Lei 17/2009, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio. Por iso, a LGUM, segundo se manifesta aquí, pretende establecer un réxime máis favorable en actividades que van máis alá do ámbito da directiva citada e aplícase tamén á libre circulación de produtos e a determinadas actividades excluídas da Directiva de servizos, á luz da xurisprudencia do TXUE sobre os principios de necesidade, eficacia nacional, proporcionalidade e non discriminación.

esencial determinar o encaixe da LGUM no sistema constitucional español e a súa compatibilidade co Estado das autonomías<sup>63</sup>.

A continuación, a AN detense no exame do principal motivo de impugnación da resolución obxecto de recurso, que se refire á existencia da obtención de autorización administrativa para a instalación de redes públicas de comunicacións electrónicas e para a instalación de estacións radioeléctricas ao entender que a dita existencia é contraria á disposición adicional terceira da Lei 12/2012 en relación co artigo 3 (relativo á inexhibibilidade de licenza) e ao artigo 34.6 en relación co artigo 34.4 LXIII (FX 5).

Por último, a AN estima o recurso e anula os preceptos impugnados da ordenanza ao considerar que o propio Concello de Hernani asumiu que os artigos impugnados da ordenanza son contrarios á lexislación aplicable pola súa conduta<sup>64</sup> e afirma que “é claro que o sometemento a autorización previa da instalación de elementos é contrario ás exigencias da Lei de unidade de mercado e deben deixarse sen efecto” (FX 6).

Na Sentenza do 2 de novembro de 2018, a AN estima o recurso contencioso-administrativo que trae causa da impugnación da ordenanza de paisaxe urbana de Santa Cruz de Tenerife. Tras a aprobación desa ordenanza, a Asociación Multisectorial de Empresas de Electrónica, Tecnoloxías da Información e Comunicación, das Telecomunicacións e dos Contidos Dixitais (Ametic) presentou unha reclamación ante a Secretaría do Consello da Comisión Nacional da Competencia e dos Mercados SECUM, o 5 de decembro de 2014, contra o disposto nos artigos 10.5 e 10.6, 12.3 e 38.7 da ordenanza<sup>65</sup>. Seguidamente, a CNMC remitiu ao concello un requirimento previo á

<sup>63</sup> O tribunal recorda que xa existe un corpo de xurisprudencia constitucional consolidado sobre esta materia, ao que deberá adaptarse a LGUM; desde a inicial STC 37/1981, o concepto de unidade de mercado ten carta de natureza no noso ordenamento xurídico e foise perfilando á luz de dous principios irrenunciáveis: a igualdade das condicións básicas de exercicio da actividade económica (artigo 149.1.1CE) e o de que ningunha autoridade poderá adoptar medidas que directa ou indirectamente obstaculicen a liberdade de circulación e establecemento das persoas e a libre circulación de bens en todo o territorio español (artigo 139.2 CE) (FX 3). A AN, na Sentenza do 26 de xuño de 2018, no seu FX 3 recolle os pronunciamentos máis relevantes do TC na materia. Así, remítase, primeiro, á STC 88/1986, en que o TC afirma que tal unidade “non significa uniformidade, xa que a mesma configuración do Estado español e a existencia de entidades con autonomía política, como son as comunidades autónomas, supón necesariamente unha diversidade de réximes xurídicos. A compatibilidade entre a unidade económica da nación e a diversidade xurídica que deriva da autonomía debe buscarse, pois, nun equilibrio entre os dous principios”; que se reitera na STC 87/1987 (FX 6). Segundo, a AN refírese á STC 64/1990, en que reconece que a unidade de mercado é compatible co sistema autonómico sempre que as disposicións dos ditos entes resulten proporcionadas aos fins perseguidos e non cree obstáculos innecesarios que veñan cuestionar os principios fundamentais en que se asenta o concepto de unidade de mercado (FFXX 5 e 6). Terceiro, a AN refírese á reiteración desta doutrina nas SSTC 210/2012, 34/2013, 96/2013.

<sup>64</sup> O concello solicitou a suspensión do procedemento para non instar, despois, a prosecución; non contestou á demanda; e manifestou no seu último escrito de alegacións que se atopaba en trámite unha modificación dos preceptos da ordenanza impugnada.

<sup>65</sup> Polo seu interese, recolleamos o disposto nos preceptos impugnados da ordenanza local de Santa Cruz de Tenerife. O artigo 10.5 establecía que “en xeral non se admite a colocación de condutos, aparatos e outros elementos das instalacións, individuais ou comunitarias, sobre as fachadas dos edificios, como, por exemplo, instalacións de aire acondicionado, chemineas de extracción de fumes, etc. Non obstante, poderá exceptuarse esta condición, debidamente xustificada e sempre en edificacións existentes, logo da presentación dun proxecto de integración global en composición arquitectónica do edificio que terá que será aceptado por servizos técnicos municipais mediante a correspondente licenza. Entre estas excepcións poderá admitirse tamén a instalación dos elementos mencionados en patios de parcela pechados, debidamente xustificada e realizado de modo que se cumpra cos requirimentos de illamento e integración arquitectónica e non se invada en ningún caso a dimensión mínima do patio. No caso de que o patio de parcela pechado quede visible desde a vía pública, unicamente se admitirá a instalación destes elementos integrándose esteticamente no conxunto, de xeito que se minimize o impacto visual, nestas circunstancias podendo adoptarse outras medidas correctoras (...)”. O artigo 10.6 dispuña que “as instalacións ou conducións xerais exteriores serán subterráneas, e nunca sobre as fachadas das edificacións, salvo que se xustificase cabalmente á súa improcedencia. As compañías de subministración son responsables do mantemento, seguridade e decoro destas instalacións, e teñen a obriga de impedir en todo momento as provisionalidades, desordes, abandonos, e a súa visibilidade

interposición do recurso contencioso-administrativo que foi contestado polo concello recoñecendo que debía proceder a efectuar determinados cambios na ordenanza.

A continuación, a CNMC interpuxo recurso contencioso-administrativo contra a ordenanza no cal se solicitaba a anulación dos citados preceptos por non seren conformes a dereito por varios motivos: Primeiro, pola inadecuación da ordenanza aos principios da LXTT. Segundo, respecto ao réxime de canalizacións, a LXTT impón as canalizacións subterráneas permitindo de forma excepcional os despregamentos aéreos ou en fachada; deste xeito, prohíbense de forma absoluta só no suposto de edificacións do patrimonio histórico-artístico ou que afecten á seguridade pública; por outra banda, non pode exixirse licenza nin autorización previa para as instalacións radioeléctricas que ocupen unha superficie inferior a 300 metros cadrados, o que é aplicable ao resto de instalacións, substituíndose a obriga de solicitar licenza por unha declaración responsable. Terceiro, a exixencia de licenzas pola ordenanza impugnada para a instalación de comunicacións electrónicas é contraria ao principio de proporcionalidade e ao de necesidade, de acordo tamén co informe da SECUM (artigos 5 LGUM e 34.3 LXTT), pois entende que os preceptos da ordenanza que imponen limitacións á instalación de infraestruturas de comunicacións son máis restritivos que a normativa sectorial aplicable e, polo tanto, contrarios aos principios de proporcionalidade e necesidade. A CNMC conclúe que a normativa impugnada vulnera o principio de libre iniciativa económica do artigo 16 LGUM, pois tales restricións impedirían o exercicio dunha actividade económica como o despregamento e a explotación de redes de comunicacións electrónicas (antecedente de feito 2).

A AN resalta que, neste suposto, o Concello de Santa Cruz de Tenerife aceptou plenamente todas as peticións formuladas pola CNMC con carácter previo (FX 2). Finalmente, a AN estima o recurso e declara a nulidade dos preceptos impugnados da ordenanza local.

---

ostensible. No caso de que haxa sobre as fachadas existentes condutos ou instalacións, como por exemplo cables de subministración de servizos (telefonía, iluminación, etc.) que pola súa situación ou falta de mantemento ou restauración prexudiquen a percepción da fachada, estes elementos serán eliminados ou reconducidos". O artigo 12.3 consideraba respecto da instalación de antenas que: "1. A instalación de todo tipo de antenas e os seus elementos auxiliares de conexión ao exterior teñen que someterse a esta ordenanza. Inclúense tanto as antenas de recepción como de emisión de ondas electromagnéticas de radiodifusión, televisión, telecomunicacións, telemando, etc., en calquera das súas formas posibles: de filamento, de piar ou torre, parabólicas, por elementos ou calquera outra que a tecnoloxía actual ou futura faga posible. 2. A instalación de antenas nas edificacións queda expresamente prohibida nas fachadas, a excepción daquelas instalacións minimalistas que necesariamente deban instalarse nesta situación e que deben quedar plenamente integradas no seu deseño. 3. Nas azoteas e cubertas inclinadas das edificacións tenderase á racionalización e colectivización do espazo, refundindo as instalacións de antenas no menor número posible. 4. Nos proxectos de construción de edificios de nova planta e de rehabilitación integral preverase a instalación de antenas, definindo a súa situación. Necesariamente terán que situarse nas azoteas ou cubertas inclinadas, garantir a menor percepción posible desde a vía pública e non prexudicar a imaxe histórica dos edificios incluídos no catálogo de Patrimonio Histórico ou dos Conxuntos Históricos. Todo iso enmarcado nas condicións establecidas nesta ordenanza, no artigo 34, Normas comúns aos Conxuntos Históricos, da Lei de Patrimonio Histórico de Canarias, nas directrices específicas ao respecto das telecomunicacións e no Código de Boas Prácticas para a instalación de infraestruturas de telefonía móbil da FEMP". O artigo 38.7.7 prevía que "se admite a colocación dunha soa antena para a función de TV de radio e de comunicación na azotea ou cuberta dun edificio, que non se fixará en elementos ou partes singulares deste e será o menos visible posible desde os espazos públicos inmediatos. As antenas non poden incorporar, en ningún caso, lendas ou anagramas visibles de carácter identificador nin publicitario".

Regap



ESTUDIOS

### 3.5 Últimos informes da CNMC sobre exigencia de licenza previa por concellos ao despregamento de redes

Neste apartado centrámonos no exame de dous casos recentes similares de reclamacións presentadas por operadores, ao abeiro do artigo 26 LGUM, en relación coa exigencia de licenza urbanística previa no despregamento de fibra óptica imposta polo Concello de Aldeamayor de San Martín, no primeiro, e contra a exigencia imposta polo Concello de Boecillo dunha licenza urbanística previa para a instalación dun enlace *backhaul* entre os concellos de Boecillo e Tudela de Duero, no segundo<sup>66</sup>.

Con carácter xeral, a CNMC nestes informes conclúe que a exigencia dunha licenza urbanística previa ao despregamento de infraestruturas a un operador, tras ter presentado plan de despregamento, pode vulnerar os principios de necesidade e proporcionalidade dos artigos 5 e 17 LGUM, en relación co artigo 34.6 LXTT.

A CNMC parte de que a aprobación dos plans de despregamento por silencio administrativo positivo considerada no artigo 34.6 LXTT non exonera da obriga de respectar a normativa urbanística aplicable. Ademais, a CNMC recorda que, no suposto de ocupación de dominio público para o despregamento de redes, aínda que os operadores contan co dereito á ocupación (artigo 30 LXTT), deben solicitar a correspondente autorización ou licenza á Administración titular do dominio público de acordo co artigo 84 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas, e co artigo 77 do Real decreto 1372/1986, do 13 de xuño, polo que se aproba o Regulamento de bens das entidades locais (RBEL). A dita autorización ou licenza, en calquera caso, outorgarase ou denegarase tendo en conta os principios de necesidade e proporcionalidade do artigo 5 LGUM. Para o suposto de que se denegue de forma xustificada, a Administración deberá ofrecerlle outras alternativas viables para poder levar a cabo a instalación, de acordo co principio de menor distorsión posible da actividade económica do artigo 5 LGUM e o dereito á ocupación do artigo 30 LXTT.

No primeiro caso, o operador denuncia a exigencia indebida de licenza urbanística para despregar o enlace para interconectar as redes de fibra óptica ata o fogar no citado municipio, pois aprobárase un plan de despregamento por silencio administrativo positivo, en aplicación do artigo 34.6 LXTT. Por iso, o operador estima que o requirimento de licenza neste suposto sería contrario aos principios de necesidade e proporcionalidade do artigo 5 LGUM.

A CNMC, tras facer referencia á normativa urbanística aplicable, realiza unha análise das limitacións previstas na normativa sectorial aplicable en materia de telecomunicacións, que se centra, primeiro, no exame conxunto do artigo 34.6 LXTT e a Sentenza do TC 20/2016, do 4 de febreiro de 2016, e, segundo, na aplicación do

<sup>66</sup> Referímonos a dous informes da CNMC: Informe da CNMC do 10 de xuño de 2020 sobre a reclamación presentada, ao abeiro do artigo 26 da LGUM, contra as limitacións ao despregamento de redes de comunicacións electrónicas en relación coa presentación de plans de despregamento (UM/022/20); Informe da CNMC do 17 de marzo de 2021 sobre a reclamación presentada, ao abeiro do artigo 26 da LGUM, con referencia á exigencia por parte do Concello de Boecillo dunha licenza urbanística previa para a instalación dun enlace de *backhaul* necesario para despregar unha rede de fibra óptica ata o fogar (FTTH) entre as poboacións de Boecillo e Tudela de Duero (Valladolid), tras ser aprobado o plan de despregamento de rede presentado polo operador (UM/017/21).



citado precepto e da doutrina fixada pola citada Sentenza do TC polos tribunais superiores de xustiza (TSX). Non obstante, este precepto, como xa sabemos, incluía un inciso (“transcorridos dous meses desde a súa presentación”) que se declarou inconstitucional e nulo pola STC 20/2016, do 4 de febreiro de 2016, aínda que mantivo o silencio administrativo positivo do precepto. O TC afirma que “a previsión silencio positivo que o precepto contempla ten amparo nos mesmos títulos competenciais estatais” (FX 7, STC 20/2016).

A CNMC recorda que esta doutrina do TC xa a aplicaron algúns TSX, como mostra a Sentenza do TSX de Murcia 245/2019, do 16 de abril de 2019 (recurso 246/2018). Neste caso, rexítase a aplicación directa do prazo xeral de 3 meses do artigo 21.3 LPAC para entender aprobados os plans de despregamento por silencio administrativo positivo se, como consecuencia, se outorgan ao solicitante dereitos ou facultades que resulten contrarios ao ordenamento urbanístico. O TSX considera que non pode entenderse aprobado o plan técnico de implantación e as súas actualizacións por silencio administrativo positivo e non considera aplicable neste caso o artigo 42.3 da antiga Lei 30/1992, pois non é que a norma non fixe un prazo máximo de resolución, senón que este foi declarado inconstitucional. Para o efecto, o TSX recorda a xurisprudencia reiterada que declara que “non cabe entender obtidas por silencio administrativo positivo licenzas ou autorizacións en contra do disposto no ordenamento xurídico” (STS do 17 de outubro de 2007)<sup>67</sup>.

Neste sentido, a CNMC recorda que o artigo 25 da LPAC vixente foi redactado de forma similar ao antigo artigo 43 da Lei 30/1992 e, en consecuencia, os plans de despregamento deben entenderse aprobados por silencio positivo sempre que neles non se outorguen facultades sobre o dominio público ou afecten ao medio ambiente. Agora ben, a súa aprobación non exonera da obtención das licenzas de carácter urbanístico que resulten necesarias, pois a simplificación administrativa do artigo 34.6 LXTT refírese ás licenzas ou autorizacións previas de instalacións, ás de funcionamento ou de actividade, ou a aquelas de carácter ambiental, polo que o operador, aínda que teña aprobado o plan de despregamento, terá que solicitar as licenzas urbanísticas ou de obras oportunas.

Seguidamente, a CNMC revisa as limitacións previstas á luz da LGUM. En particular, refírese aos artigos 5, 7 e 17.1 LGUM. O artigo 17.2 LGUM dispón que “se considerará que concorren os principios de necesidade e proporcionalidade para exixir a presentación dunha declaración responsable para as instalacións ou infraestruturas físicas para o exercicio de actividades económicas cando na normativa se exixa o cumprimento de requisitos xustificadas por algunha razón imperiosa de interese xeral e sexan xustificadas”. Polo tanto, considerárase que concorren os principios de necesidade e proporcionalidade para a exixencia dunha autorización ou licenza previa, entre outros supostos: “respecto das instalacións ou infraestruturas físicas necesarias para o exercicio de actividades económicas, cando sexan susceptibles de

<sup>67</sup> Sobre o silencio administrativo e a prohibición de obter licenzas contrarias ao ordenamento urbanístico, a doutrina é abundante. Pode consultarse SANZ RUBIALES, I., “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico”, *Revista de Administración Pública*, n. 171, Madrid, setembro-décembro 2006, pp. 181-214.



xerar danos sobre o medio ambiente e o contorno urbano e estas razóns non poidan salvagardarse mediante a presentación dunha declaración responsable ou dunha comunicación”, e en caso de “utilización do dominio público”, o cal si concorre neste suposto, ao discorrer por camiños rústicos o despregamento de rede. A CNMC advirte que o discutido non é a existencia de licenza, senón o requisito adicional da autorización excepcional de uso en solo rústico que, de conformidade coa normativa urbanística autonómica, debe outorgar a Comisión Territorial de Medio e Urbanismo da Junta de Castela e León. Neste punto, a CNMC fai referencia ao artigo 84 bis.2. 2 LBRL, tras a reforma operada pola LRSAL. Este precepto prevé que só se someterán a un réxime de autorización as instalacións ou infraestruturas físicas para o exercicio de actividades económicas cando o estableza unha lei que defina os seus requisitos esenciais e as ditas instalacións sexan susceptibles de xerar danos sobre o medio ambiente, o contorno urbano, a seguridade, a saúde pública ou o patrimonio histórico e que ese réxime de autorización resulte proporcionado. Por iso, a avaliación deste risco débese determinar en función das características das instalacións, entre as que estarán as seguintes: a) a potencia eléctrica ou enerxética da instalación; b) a capacidade da instalación; c) a contaminación acústica; d) a composición das augas residuais que emita a instalación e a súa capacidade de depuración; e) a existencia de materiais inflamables ou contaminantes; f) as instalacións que afecten a bens declarados integrantes do patrimonio histórico.

A CNMC considera que en todos estes artigos se exige a aplicación dos principios de necesidade, proporcionalidade e mínima distorsión á actividade económica afectada pola restrición imposta pola Administración. Ademais, recorda que a observancia da normativa sectorial de telecomunicacións foi considerada como unha garantía da unidade de mercado polo TS<sup>68</sup> e trae a colación algúns informes anteriores da CNMC e da SECUM<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> En particular, refírese ás súas sentenzas do 22 de marzo e do 14 de xullo de 2011 (recursos de casación n.1845/2006 e 31/2007). O Tribunal Supremo afirma que “no ámbito das telecomunicacións, a unidade de mercado é un obxectivo xurídico requirido polo tan citado artigo 149.1.21 da Constitución, porque esa unidade é tamén, e antes que iso, un imperativo de política económica, que o xurista non pode desdeñar desde o momento en que a través desa unidade se trata de impedir a fragmentación do espazo económico nacional e garantir unha economía de escala, esencial nun ámbito como este en que a dimensión do mercado se erixe como un parámetro fundamental do seu desenvolvemento económico, perspectiva socioeconómica que non pode eludirse no proceso de interpretación e aplicación das normas examinadas, que, en canto instrumentos ao servizo dunha política de telecomunicacións única conformadora dun modelo económico común, deben ser interpretadas non só desde unha perspectiva xurídico-formal, senón tamén desde un punto de vista finalista, teleolóxico, que teña en conta o contexto en que se enmarcan e o fin que persegue. En consecuencia, no ámbito da ordenación técnica das telecomunicacións non nos situamos ante unha tarefa para realizar conxuntamente polo Estado e as comunidades autónomas, senón ante o exercicio dunha competencia exclusiva do Estado ex artigo 149.1.21 da Constitución, que se enmarca na existencia da unidade da orde económica en todo o ámbito do Estado, e que exige un mínimo normativo como orzamento necesario para que a repartición de competencias entre o Estado e as distintas comunidades autónomas en materias económicas non conduza a resultados disfuncionais ou disgregadores (véxanse sentenzas do Tribunal Constitucional 96/1984, do 19 de outubro, fundamento xurídico terceiro, e 133/1997, do 16 de xullo, fundamento xurídico sétimo)”.

<sup>69</sup> No Informe da SECUM 26/17014 do 16 de febreiro de 2017 (acceso web: [https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/casos\\_gum/26.108TELECOMUNICACIONESDespliegueRedWIFIBeniganim.pdf](https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/casos_gum/26.108TELECOMUNICACIONESDespliegueRedWIFIBeniganim.pdf)), a CNMC entende que o feito de non aprobar un plan xeral de despregamento obriga o operador a solicitar autorización para cada unha das infraestruturas e instalacións contidas nel, desvirtuando así a preferencia pola declaración responsable como medio de intervención establecida na norma sectorial. Unhas conclusións similares alcanzáronse no Informe 26/1636, do 25 de maio de 2016 (acceso web: <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/26.49TELECOMUNICACIONESAntenasChiclana.pdf>). Neste suposto, a CNMC estima que á luz do artigo 34.6 LXTT só se podería exixir unha licenza en caso de estar ante instalacións con impacto no patrimonio histórico-artístico ou no uso privativo e ocupación dos bens de dominio público, no caso de que se trate de instalacións de superficie superior a 300 metros cadrados, ou no caso de instalacións de nova construción

Por último, a CNMC conclúe que a actuación administrativa impugnada podería vulnerar os principios de necesidade e proporcionalidade nos termos previstos nos artigos 5 e 17 LGUM, en relación co artigo 34.6 LXTT, sen prexuízo do deber do concello de resolver de forma expresa a solicitude do reclamante de aprobación do seu plan de despregamento e de considerala aprobada por silencio unha vez transcorrido o prazo xeral de tres meses do artigo 21.3.b) LPAC, salvo que se trate de actividades que transferisen ao solicitante ou a terceiros facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público ou que impliquen o exercicio de actividades que poidan danar o medio ambiente (artigo 24.1 LPAC). En calquera caso, para a CNMC está claro que a aprobación dos plans de despregamento por silencio administrativo positivo, segundo recolle o artigo 34.6 LXTT, non exonera os operadores da obriga de respectar a normativa urbanística aplicable.

No segundo suposto, no Informe do 17 de marzo de 2021 formúlase un caso similar: trátase dunha reclamación do artigo 26 LGUM presentada por un operador de comunicacións electrónicas contra a exigencia imposta por un concello (o de Boecillo) dunha licenza urbanística previa para a instalación dun enlace *backhaul* entre dous municipios (Boecillo e Tudela de Duero).

Ante esta situación, o concello incoou un procedemento sancionador por infracción da Lei 33/2003, de patrimonio das administracións públicas, con medida cautelar de obriga de retirar os cables enterrados e repor o camiño ao estado anterior<sup>70</sup>.

O operador estima que a exigencia de licenza urbanística previa é contraria ao artigo 18 LGUM, pois, ao seu xuízo, supón engadir un requisito adicional non incluído no artigo 34.6 LXTT, unha vez aprobado o plan de despregamento, nin na normativa urbanística autonómica aplicable [artigo 105 bis letras e) e g) da Lei 5/1999, do 8 de abril, de urbanismo de Castela e León]. En canto á normativa urbanística local, o

---

que teñan impacto en espazos naturais protexidos. É máis, aínda estando nalgún destes tres supostos, se a instalación da rede pública se efectuou en dominio privado, a xuízo da Comisión, debe terse en conta que o operador presentou un plan de despregamento ou instalación de rede ante a Administración. A autoridade competente debería manifestarse de forma expresa ante a solicitude do reclamante, motivando, se é o caso, a súa denegación conforme os principios establecidos na LGUM e na normativa sectorial de aplicación. De igual modo, maniféstase a CNMC no Informe UM/024/17 do 19 de febreiro de 2017 sobre a reclamación presentada ao abeiro do artigo 26 LGUM contra a denegación presunta da aprobación do plan de despregamento dunha rede de comunicacións electrónicas no municipio de Benigànim. Neste caso, a xuízo da CNMC, a actuación administrativa impugnada vulnera os principios de necesidade e proporcionalidade e a súa instrumentalización nos termos do artigo 17 LGUM en relación co artigo 34.6 LXTT, sen prexuízo do deber do concello de resolver de forma expresa a solicitude do reclamante de aprobación do seu plan de despregamento e de considerala aprobada por silencio positivo unha vez transcorrido o prazo xeral previsto na normativa de aplicación. No Informe da Sala de Supervisión Regulatoria, do 26 de xullo de 2018 –Informe sobre o borrador de Anteproxecto de Lei autonómica para a ordenación de instalacións de radiocomunicación en Castela-A Mancha (IPN/CNMC/008/18)–, a CNMC recorda a importancia das reformas estruturais introducidas na LXTT para facilitar o despregamento das redes de alta velocidade e a prestación de servizos aos usuarios finais cunha maior calidade e cobertura. En particular, a Comisión indica que “para cumprir o dito obxectivo se prevé que a normativa elaborada polas administracións públicas no exercicio das súas competencias, que afecte ao despregamento das redes públicas de comunicacións electrónicas (...) respecte o disposto na lexislación sectorial de telecomunicacións, resultando aplicable ao presente caso o establecido no artigo 34.3 da LXTel, de conformidade co cal, esa normativa non poderá establecer restricións absolutas ou desproporcionadas ao dereito de ocupación do dominio público e privado dos operadores, nin impor solucións tecnolóxicas concretas, itinerarios ou localizacións concretas en que instalar infraestruturas de rede de comunicacións electrónicas”. Ademais, o informe engade que nos supostos en que as restricións estivesen debidamente xustificadas, estas deben acompañarse de alternativas que garantan o dereito de ocupación dos operadores e o seu exercicio en igualdade de condicións, recomendándose, para tal efecto, a previsión de solucións alternativas para a ocupación do dominio público de forma eficiente e viable para os operadores.

<sup>70</sup> A xuízo do concello, tales obras estarían suxeitas a varias autorizacións: para uso común especial de ocupación de dominio público, de uso excepcional de solo rústico, licenza urbanística de obra e comunicación ambiental.

PXOU de Boecillo do 22 de febreiro de 2002 remítese á Lei de urbanismo de Castela e León e recolle un réxime de seis tipos de licenzas, pero non contén unha previsión especial sobre despregamento de instalacións de telecomunicacións, nin existe unha ordenanza municipal que regule especificamente o despregamento de redes de comunicacións electrónicas en Boecillo. A normativa urbanística autonómica –sobre todo a Lei 5/1999, do 8 de abril, de urbanismo de Castela e León– prevé que determinadas actuacións deste tipo están suxeitas a declaración responsable (artigo 105bis.1. 1)71; polo tanto, non están suxeitas a licenza72.

A continuación, a CNMC efectúa unha análise das limitacións previstas á luz da normativa sectorial aplicable e parte do artigo 34.6 LXTT. A CNMC recorda que a simplificación administrativa prevista neste precepto se refire ás licenzas ou autorizacións previas de instalacións, as de funcionamento ou de actividade, ou aquelas de carácter ambiental, polo que o operador, mesmo co plan de despregamento aprobado, debe solicitar as licenzas urbanísticas ou de obras oportunas se estas fosen necesarias segundo o ordenamento urbanístico. Ademais, para a CNMC, ao estar ante unha ocupación de bens de dominio público, é preciso ter en conta o artigo 3.1 RBEL e o artigo 30 LXTT, pois, aínda que exista un recoñecemento legal do dereito de ocupación do dominio público a favor dos operadores, a ocupación concreta do dominio público debe ser autorizada expresamente pola entidade titular do dominio público afectado, como se desprende do artigo 84 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas. Ademais, o artigo 77 RBEL exige a solicitude de licenza salvo cando o uso sexa privativo, caso en que se aplica o réxime de concesión.

Seguindo unha estrutura de análise idéntica ao suposto anterior, ao que nos remitimos, a CNMC estuda este caso desde a perspectiva da LGUM. Por iso, primeiro refírese aos artigos 5, 7, 17 LGUM, 4 LRXSCP e 84bis da LBRL nos que se exige a aplicación dos principios de necesidade, proporcionalidade e mínima distorsión á actividade económica afectada pola restrición imposta pola Administración, e, despois, á observancia da normativa sectorial de telecomunicacións, en que o Estado ten competencia exclusiva *ex* artigo 149.1.21 CE, que foi considerada polo TS como unha garantía da unidade de mercado: sentenzas do TS do 22 de marzo de 2011 e 14 de xullo de 2011<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> En concreto refírese ás seguintes operacións: instalación de tendidos eléctricos, telefónicos e similares; execución de obras e instalacións no subsolo, cando non teñan entidade equiparable ás obras de nova planta ou ampliación nin afecten a elementos estruturais.

<sup>72</sup> Así o xustifica a Lei 7/2014, do 12 de setembro, de medidas sobre rehabilitación, rexeneración e renovación urbana, e sobre sustentabilidade, coordinación e simplificación en materia de urbanismo na súa exposición de motivos (apartado VIII): especial mención merece a reforma da licenza urbanística, o instrumento ordinario de intervención no uso do solo. En sintonía coa evolución xeral das técnicas de control administrativo no contexto europeo, a licenza como tal resérvase para os actos de uso do solo máis relevantes, regulándose para os demais o réxime de declaración responsable, loxicamente máis sinxelo, sen prexuízo de permitir a reacción do concello ante eventuais incumprimentos da normativa. Así mesmo, o artigo 23.2.c) da Lei de urbanismo de Castela e León permite a instalación en solo rústico de infraestruturas, aínda que a somete a autorización autonómica previa, que deberá considerar o interese público do proxecto, a súa conformidade coa natureza rústica dos terreos e a súa compatibilidade cos valores (naturais) protexidos pola lexislación sectorial.

<sup>73</sup> A CNMC trae a colación outros informes previos da CNMC e a SECUM sobre esta cuestión. Remítese aos informes da SECUM 26/17014 do 16 de febreiro de 2017; 26/1636 do 25 de maio de 2016; e o Informe UM/024/17 do 19 de febreiro de 2017.

## 4 Reflexión última

O impulso comunitario, a lexislación sectorial de telecomunicacións e a xurisprudencia, todos eles, foron perfilando os contornos da intervención dos concellos no desenvolvemento e instalación de infraestruturas da chamada sociedade da información. Non obstante, o noso estudo evidencia que aínda seguen xurdindo aspectos conflictivos en tal intervención, como son a existencia de autorizacións ou licenzas previas á instalación ou ao establecemento das ditas infraestruturas, pois conflúen un conxunto de intereses públicos variados –mesmo económicos que subxacen–, de administracións públicas competentes e de dereitos diversos, así como os relativos á delimitación das facultades e das potestades que asisten os concellos en materia de infraestruturas necesarias para a sociedade da información.

O certo é que atopamos unha correcta delimitación dos títulos competenciais de distinta natureza –sectoriais e transversais– en telecomunicacións, nunha “doutrina fortemente consolidada e arraigada” pola xurisprudencia do TS (STS do 11 de febreiro de 2019, FX 4). Segundo esta doutrina xurisprudencial, nin a Administración do Estado pode impor, sen máis, as redes de comunicación sen tomar en consideración as características urbanísticas e ambientais, á marxe das sanitarias, de cada concello, nin estes están lexitimados para establecer limitacións, amparándose en competencias autorizatorias, urbanísticas ou ambientais, ás redes estatais de comunicación. E iso porque tanto unhas como outras competencias van encamiñadas á protección dos intereses xerais.

Por outra banda, en definitiva, está claro que o réxime de autorización ou licenza previa neste ámbito, ao tratarse de instalacións ou infraestruturas físicas, á luz do artigo 17.1 letra b) LGUM, debería estar xustificado por razóns de protección do medio ambiente e do contorno urbano, a seguridade ou a saúde pública e o patrimonio histórico-artístico, sen que estes intereses sexan susceptibles de protección mediante outros medios menos gravosos, como a comunicación previa ou a declaración responsable. Estas previsións víronse reforzadas co artigo 84.bis.2 LBRL, que prevé a necesidade de norma con rango de lei para a existencia dunha autorización e a necesaria proporcionalidade.

Neste traballo resaltamos dúas ordenanzas locais que recollen a existencia de licenzas previas á implantación de infraestruturas de telecomunicacións e que son obxecto de impugnación mediante dous recursos contencioso-administrativos ante a AN, tramitados como procedementos da LGUM. Teñen especial interese ao ser os dous primeiros pronunciamentos deste tribunal polos que se estiman os recursos e se anulan determinados preceptos de ordenanzas reguladoras de telecomunicacións por seren contrarios aos principios de necesidade e proporcionalidade da LGUM.

Por todo iso, unha vez máis, corresponde á xurisprudencia ordinaria aclarar a interpretación normativa do artigo 34.6 LXTT en relación co artigo 17.1 LGUM sobre o réxime de licenzas ou declaracións responsables que sexan aplicables a estas instalacións.

Regap



ESTUDIOS

## Bibliografía

- ALONSO MAS, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- CARBONELL PORRAS, E. e PIPERATA, G. (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles, 2019.
- CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 1999.
- CASARES MARCOS, A.B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- CASARES MARCOS, A.B., “Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado”, López Ramón, F. (coord.), *Vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA, INAP, Madrid, 2016.
- CHOLBI CACHÁ, F. e MERINO MOLLINS, V., “Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 7, 2010.
- DE LA TORRE LLUCH, C. e BENZO SÁINZ, I., “Telecomunicaciones y medios de comunicación social”, Ballesteros Fernández, A. e Castro Abella, F. (coords.), *Derecho Local Especial*, vol. 2, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1999.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *La intervención de los Municipios en las telecomunicaciones*, Prólogo Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, outubro-diciembre 2016.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ L., “Municipios y servicios WiFi. Fomento europeo para la conectividad a Internet en el ámbito local”, Carbonell Porras, E. e Piperata, G. (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles, 2019.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy*, Prólogo de José Esteve Pardo, Iustel, Madrid, 2020.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por organismos públicos: ¿nuevos operadores?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 108, setembro-diciembre 2020.

- DOMÈNEC SIBINA, T., “Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación”, *Cuadernos de derecho local*, n. 0, 2002.
- ESCOBAR ROCA, G., “El nuevo Derecho de las telecomunicaciones ante el Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 108, octubre-diciembre 2000.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- FUERTES LÓPEZ, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e QUADRA-SALCEDO, T. (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA GARRO, M.A., “La intervención local sobre las infraestructuras de telefonía móvil según nuestra jurisprudencia”, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, n. 114, 2012.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de Telecomunicaciones y Corporaciones Locales*, Prólogo de Carmen Chinchilla Marín, Monografía asociada a Revista Aranzadi de urbanismo y edificación, n. 7, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, n. 11, outubro 2010.
- GRAJAL BLANCO, M., “La instalación de telecomunicaciones en un Municipio desde el punto de vista del impacto urbanístico”, *Revista del Instituto Universitario de Urbanística de la Universidad de Valladolid*, n. 11, 2008.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho: Estudios (2014-2019)*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Allen and Overy, 2019.
- LOBO RODRIGO, A., “La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 31, maio-agosto de 2002.
- MARTI DEL MORAL, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 115, xullo-setembro 2002.
- MARTI DEL MORAL, A., “La incidencia de la unidad de mercado en las telecomunicaciones: la no exigencia de licencias previas a la instalación de redes de comunicaciones electrónicas”, Guillén Caramés, J. e Cuerdo Mir, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Prólogo de José M.<sup>a</sup> Marín Quemada, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- MARTI DEL MORAL, A. e DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de telecomunicaciones, radio y televisión”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. II, IAAP, Madrid, 2003.



- MOLINA GIMÉNEZ, A., *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico: Análisis de los impactos visuales y radioeléctricos en las comunicaciones móviles*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las Telecomunicaciones”, Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. e Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, 4.ª ed., Ariel Derecho, Madrid, 1996.
- PADRÓS I REIG, C. e MACÍAS CASTAÑO, J.M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014.
- PENSADO SEIJAS, A., “Regulación jurídica actual de las antenas de telefonía móvil: de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 36, maio 2016.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El nuevo régimen de intervención administrativa en las Entidades locales de Galicia, tras la transposición de Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior”, *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, n. 14, 2010.
- PERNAS GARCÍA, J.J., “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, setembro-diciembre de 2009.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M., “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, mayo 2010.
- REBOLLO PUIG, M. “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- REBOLLO PUIG, M., “El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 91, 2015.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 242, Madrid, 2008.
- RUIZ PIÑEIRO, F., “Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Escritura pública*, n. 86, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANZ RUBIALES, I., “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico”, *Revista de Administración Pública*, n. 171, Madrid, setembro-diciembre 2006.

- SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015.
- TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular el principio de eficacia”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, n. 19, 2014.
- VILLAR PALASÍ, J.L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

Regap



ESTUDIOS

