



ASUNTO: /

Problemas con una Estación Base de Telefonía Móvil, instalada en la terraza de una vivienda ubicada en el núcleo urbano de la localidad

82/11

F

INFORME

I. ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento de XXXXX, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

1. Con fecha 3 de marzo de 2011, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento de XXXXX, en relación con una Estación Base de Telefonía Móvil, instalada en la terraza de una vivienda de la localidad, en base la licencia de obras concedida por el Ayuntamiento, con fecha 13 de abril de 2000, y se solicita informe sobre las cuestiones que se relacionan a continuación:





"1. ¿Debió tramitar el Ayto. Licencia de Actividad Clasificada?

2. Al concederle licencia de obras, ¿se le concedió Licencia de Actividad?

3. Con los datos expuestos: concesión de licencia de obras, e informe favorable de la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Badajoz, ¿podría el Ayto. decretar la clausura de la Actividad?

4. Por carecer hoy en día de Licencia de Actividad, ¿podría el Ayto. decretar la clausura de la Actividad? ¿Debería iniciar con carácter previo expediente de legalización?

5. De no ser legalizable, ¿consideran que el Ayto podría incurrir en un caso de responsabilidad patrimonial exigible?

6. De ser legalizable, ¿sería justificable diferenciar entre las dos empresas implicadas, una por tener la actividad en funcionamiento y otra por ser de nueva implantación?

7. Me podría indicar con los datos aportados, ¿cuál debe ser el proceder correcto del Ayuntamiento?"

II. LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978 (CE).
 - Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
 - Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLR).
 - Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (LSOTEX), modificada por la modificada por la Ley 9/2010, de 18 de octubre, y por la Ley 12/2010, de 16 de noviembre, de Impulso al Nacimiento y Consolidación de Empresas en la Comunidad Autónoma de Extremadura (LINCE).
 - Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL).
-
-



- Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio (RDU).
- Ley 5/2010, de 23 de junio, de prevención y calidad ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura (LPCAEX).
- Decreto 18/2009, de 6 de febrero, por el que se simplifica la tramitación administrativa de las actividades clasificadas de pequeño impacto en el medio ambiente (DACPIEX).
- Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (RAC), vigente en tanto no se desarrolla la LPCAEX.
- Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOTG).
- Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTC), derogada casi en su totalidad por la Ley 32/2003, de 13 de noviembre.
- Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, aprobado por el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre (RDPRE).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

III. FONDO DEL ASUNTO.

1º. ¿Debió tramitar el Ayto. Licencia de Actividad Clasificada?

Debe señalarse en primer término que, a la luz del nomenclator que incorpora el RAC, la actividad de Estación Base de Telefonía Móvil, no aparece en el mismo, lo cual es normal si tenemos en cuenta que el Reglamento data del año 1961, fecha en la que no había el menor atisbo de la futura existencia del fenómeno de la telefonía móvil y su incidencia en la sociedad actual. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el nomenclator no clasifica e incorpora una relación



exhaustiva y cerrada de actividades, según prevé el artículo 2, *“Quedan sometidas a las prescripciones de este Reglamento, en la medida que a cada una corresponda, todas aquellas actividades que a los efectos del mismo sean calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, de acuerdo con las definiciones que figuran en los artículos siguientes e independientemente de que consten o no en el nomenclátor anejo, que no tiene carácter limitativo.”*, por lo cual nada impediría tramitar una licencia como actividad clasificada, pese a no estar incluida. Bastaría a simple vista con relacionarla con cualquiera de la existentes, pero tras realizar una revisión pormenorizada del nomenclator no se detecta ninguna actividad ya clasificada que tenga una naturaleza similar a la Estación Base de Telefonía Móvil. No obstante, no parece que sea este el único camino que pueda seguirse al respecto, habida cuenta el carácter dinámico de todo lo relacionado con las nuevas tecnologías. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su Sentencia 1965/2008, de 29 diciembre, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“A la vista del Nomenclátor de Actividades Calificadas que contiene el Decreto Estatal Decreto 2414/1961 y Decreto Autonómico 54/1990 se hace difícil pensar en una actividad que no venga incluida dentro del Nomenclátor, ahora bien, tanto la legislación estatal en el art. 2 como el art. 1 de la Ley 3/1989 establecen que no tiene carácter limitativo, por tanto, lo que determina la necesidad de obtener licencia de actividad es el hecho de que pueda calificarse una actividad como molesta, insalubre, nociva o peligrosa.

Ahora bien, no se trata de la inclusión de actividades como calificadas en base a meros informes genéricos. Cuando nos encontramos con una actividad verdaderamente nueva no incluida en nomenclátor la labor de un Ayuntamiento para llevar a cabo la inclusión será, en primer lugar, elaborar un informe siguiendo las pautas del Anexo I del Decreto Autonómico 54/1990 y examinar si debe ser "actividad Calificada" por molesta, nociva, insalubre o peligrosa, en segundo lugar, establecer en función del punto anterior los posibles grados de molestia, nocividad, insalubridad o peligrosidad, en tercer lugar, con base en el punto anterior determinar las medidas correctoras conforme al Anexo II del Decreto 54/1990 y, en cuarto lugar, cuando pase a informe de la Comisión Provincial de Actividades Calificadas de aceptar los tres puntos



anteriores deberá remitirlo a la Autoridad Competente para que la incluya en el nomenclátor y no se de la paradoja que una actividad sea calificada en un municipio y en otro no le sea o siendo calificada en los diversos municipios estén dándole clasificaciones diversas y adoptando o exigiendo medidas correctoras diferentes, el principio de Seguridad Jurídica recogido en el art. 9 de la Constitución (RCL 1978, 2836) exige coherencia en el punto examinado.”

Es evidente que no fue la voluntad del Ayuntamiento tramitar la licencia por el referido procedimiento y a la luz de lo expuesto parece que tenía argumentos para ello, sobre todo porque la licencia se otorga a la vista del informe técnico, que como se asegura en el escrito del Ayuntamiento fue emitido con carácter favorable con fecha, 13 de abril de 2000.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la norma vigente en la materia en el momento del otorgamiento era el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio y el RDU, estableciendo el apartado 12 del artículo de esta última norma (que es precepto aplicable por la remisión a la normativa urbanística que hace el artículo 242.3 del Texto Refundido citado en primer término) que: *“Estarán sujetos a previa licencia, sin perjuicio de las autorizaciones que fueren procedentes con arreglo a la legislación específica aplicable, los siguientes actos: ... 12. El uso del vuelo sobre las edificaciones e instalaciones de todas clases existentes.”* Esa licencia no puede ser otra que la licencia urbanística y las autorizaciones serán las que deba otorgar el órgano competente en la materia, que en este caso, es la de utilización del dominio público radioeléctrico y la de las telecomunicaciones. En este sentido, los artículos 82, 84 , y Disposición Transitoria 11 de la entonces vigente LGT, atribuyen la inspección y control a Estado, y el RDPRE, añade además el régimen sancionador como competencia del Estado, sin perjuicio de la cooperación y coordinación con las Comunidades Autónomas , que recoge el propio Reglamento para los aspectos técnico y sanitario. En la actualidad esa competencia sigue detentándola el Estado, de conformidad con los artículos 43 y siguientes de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, que, como se ha dicho, derogó la práctica totalidad de la LGT.



2º. Al concederle licencia de obras, ¿se le concedió Licencia de Actividad?

Es casi unánime la doctrina que entiende que con el otorgamiento de la licencia de obras que especifica un uso o actividad concretos, debe tramitarse con carácter previo la licencia de actividad. En la práctica, lo que supone es que debe indagarse primero si esos usos o actividad son susceptibles de llevarlos a cabo en el emplazamiento propuesto. Si el uso o actividad están permitidos se tramitará la licencia de obras que se obtendrá o no en función de que la obra que se pretende ejecutar sea o no conforme con la ordenación territorial y urbanística; caso contrario, si el uso o actividad no están permitidos, se denegará la licencia de instalación, resultando improcedente la tramitación de la licencia de obras. Ello es así, porque la licencia de obras otorga a su titular la facultad para edificar, de manera que si realizada la inversión en la edificación (normalmente cuantiosa) para realizar en el futuro una concreta actividad y no puede llevarla a cabo por la existencia de condicionantes de otro orden que lo impiden, se le habría ocasionado un perjuicio económico que seguramente hubiera sido evitable.

Con todo, lo expuesto hasta ahora no quiere decir en modo alguno que, otorgada la licencia de obras, debe entenderse de facto que se ha obtenido la licencia de actividad. De los antecedentes aportados se desprende que la licencia tramitada es urbanística, porque urbanístico es el informe que emite, con fecha 13/04/2000, el Arquitecto Técnico Municipal.

3º. Con los datos expuestos: concesión de licencia de obras, e informe favorable de la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Badajoz, ¿podría el Ayto. decretar la clausura de la Actividad?

El RSCL contiene las disposiciones que se reproducen a continuación, que son de aplicación para el supuesto que se plantea:

- Artículo 12.1, "Las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero."
-
-



- *Artículo 15.1, "Las licencias relativas a las condiciones de una obra o instalación tendrán vigencia mientras subsistan aquéllas."*
- *Artículo 16.1, "Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación."*

Del las reglas recogidas en los preceptos transcritos, se evidencia que la licencia no es una institución cerrada, sobre la que, una vez concedida, no cabe actuación posterior de clase alguna. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no deben deparar perjuicio para terceros, que sobrepasen el límite de lo normalmente soportable, de manera tal que, adoptadas las medidas de corrección propuestas en el proyecto sobre el que se sustenta la licencia, así como las propuestas por el acuerdo de concesión, si estas en su conjunto se mostraran ineficientes deben adoptarse y ponerse en práctica las medidas adicionales a que haya lugar, ese es precisamente el significado que tienen los dos primeros preceptos transcritos. Además, se podrán revocar si aparecen nuevas circunstancias o se adoptan nuevos criterios en relación con el uso o actividad amparado por la licencia.

Lo expuesto en modo alguno faculta sin más a la clausura de la actividad. Es más, la materia está hoy en día fuertemente influida por la Directiva 2006/123/CE que consagra los principios de *"in dubio pro apertura"* y *"favor libertatis"*. Estos principios han sido transpuesto en nuestro ordenamiento por medio de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en el ámbito estatal, y por la Ley 12/2010, de 16 de noviembre, de Impulso al Nacimiento y Consolidación de Empresas en la Comunidad Autónoma de Extremadura (la citada LINCE), en el autonómico.



4º. Por carecer hoy en día de Licencia de Actividad, ¿podría el Ayto. decretar la clausura de la Actividad? ¿Debería iniciar con carácter previo expediente de legalización?

En nuestra Comunidad Autónoma, la normativa específicamente aplicable se encuentra en la Ley de prevención y calidad ambiental y en el Decreto sobre actividades clasificadas de pequeño impacto. La propia LPCAEX, en la Disposición Adicional Tercera, determina la inaplicación del RAC, si bien pudiera tener aplicación transitoria en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, que es precisamente la que remite así mismo al DACPIEX. Hay que determinar por tanto si es la Ley, y con ella el RAC, la norma aplicable o, si por el contrario, lo es el Decreto. La solución se encuentra en el nomenclator de una y otra norma y ambas contemplan la actividad:

- LPCAEX:
 - ANEXO VII. Actividades sometidas a comunicación ambiental. GRUPO 4. Otras actividades. 4.2. Instalaciones de antenas de comunicación en suelo urbanizable o subestaciones de energía eléctrica.
 - ANEXO VI. Actividades sometidas a autorización ambiental unificada. GRUPO 10. Otras Actividades. 10.6. Cualquier actividad que a juicio de la Consejería competente en materia de medio ambiente, tenga una incidencia ambiental importante y no esté recogida expresamente en los Anexos V y VI. (aplicable para las instalaciones en suelo no urbanizable)
- DACPIEX:
 - ANEXO ÚNICO. GRUPO 4. Otras actividades. 4.2. Instalaciones de antenas de comunicación o centros de transformación de energía eléctrica.

La redacción no ofrece lugar a dudas, las instalaciones de antenas de comunicación en suelo urbano seguirán el procedimiento abreviado previsto en el DACPIEX, en tanto que aquéllas cuya instalación se pretenda en suelo urbanizable



o suelo no urbanizable habrán de seguir los procedimientos, más agravados, previstos en la LPCAEX para las actividades sometidas a comunicación ambiental o de actividades sometidas a autorización ambiental unificada, respectivamente. En nuestro caso, dado que la antena se ubica en suelo urbano, como recoge el informe del Arquitecto Técnico Municipal de 13/04/2000, a la actividad le es aplicable el régimen de las actividades clasificadas de pequeño impacto en el medio ambiente, por lo que desde su entrada en vigor el Ayuntamiento está en condiciones de exigir al titular de la antena la tramitación de la licencia de actividad. Si llegado el caso no hubiera lugar a la concesión de la licencia por no reunir los requisitos y condiciones establecidos en dicha norma o resultar insalvables las medidas correctoras propuestas, el Ayuntamiento estaría en condiciones de denegar la licencia y ordenar el cese de la actividad. No obstante, se advierte que la actividad revisora de la Administración, está limitada conforme al artículo 106 de la LRJPAC que dispone: *“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”*

5º. De no ser legalizable, ¿consideran que el Ayto podría incurrir en un caso de responsabilidad patrimonial exigible?

En opinión de este funcionario, por los argumentos expuestos en el apartado 2º de este informe, le va a resultar al Ayuntamiento muy difícil eludir esa responsabilidad patrimonial, por cuanto concedió una licencia de obras que especificaba un uso o actividad concreto. Además está el límite de la actividad revisora de la Administración al que se ha aludido al final del apartado anterior. La norma que regula la responsabilidad patrimonial, artículo 139.1 de la LRJPAC, establece: *“1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.”*, por lo que si en el eventual procedimiento el Ayuntamiento consigue demostrar que el daño patrimonial no es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los



servicios público, podrá eludir esa responsabilidad patrimonial, si no es así tendrá que responder por ella.

6º. De ser legalizable, ¿sería justificable diferenciar entre las dos empresas implicadas, una por tener la actividad en funcionamiento y otra por ser de nueva implantación?

Del contenido del informe del Arquitecto Técnico Municipal de 14 de enero de 2011, se deduce que se está informando la licencia de obras, por lo que debe ser así mismo en términos urbanísticos en los que se establezca la comparación, además deben compararse situaciones similares y del informe citado se deduce que la nueva instalación se pretende llevar a cabo en suelo urbanizable o no urbanizable, en tanto que la anterior lo fue para suelo urbano.

Analizando la situación desde la perspectiva urbanística, que es precisamente el ámbito en el que las competencias municipales tienen mayor proyección, conforme a los artículos 26.2.d) de la LBRL y 2.1 de la LSOTEX, se pueden dar situaciones diversas: 1, puede haberse producido una modificación en el planeamiento de manera que haya incorporado condicionantes que antes no figuraban en el mismo, que no permitan actualmente usos que antes sí estaban consentidos; 2, Los distintos tipos de suelo pueden dar lugar a distintos tratamientos de manera que estén autorizados usos y actividades distintos para cada clase de suelo; 3, que la licencia que se otorgó en su momento fue informada favorablemente por error; 4, incluso que la licencia ahora solicitada se informa desfavorablemente por error; etc. Estas situaciones deben resolverse desde esa perspectiva urbanística, con las instituciones que le son propias. Algunas de las posibilidades apuntadas justifican por si mismas la diferencia de trato entre una y otra solicitud, tal sería el caso de las dos primeras. Por lo que respecta a la tercera hipótesis, habida cuenta el tiempo transcurrido, la obra o instalación queda "fuera de ordenación", de conformidad con el artículo 174.4 de la LSOTEX, cuyo contenido se transcribe a continuación:



“4. Transcurridos cuatro años desde la terminación de las obras, los trabajos e instalaciones o el cese de los usos o las actividades clandestinos o ilegales, la Administración no podrá ordenar la demolición de las edificaciones, instalaciones o construcciones derivadas de las mismas.

No obstante, dichas edificaciones, instalaciones y construcciones quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación y cualquier acto que implique su reforma, ampliación o consolidación requerirá la previa aprobación de un proyecto de legalización. En este proyecto se contemplará el conjunto de medidas necesarias para la reducción o eliminación del impacto en los servicios urbanísticos, dotación de espacios públicos u otros análogos. La Administración podrá aprobar dichos proyectos de oficio.”

En fin, sería conveniente revisar el expediente de la licencia denegada con fecha 14/01/2011, por si hubiera lugar a su concesión desde el punto de vista urbanístico, ello sin perjuicio de tramitar con carácter previo la correspondiente licencia de actividad, por los procedimientos previstos en la LPCAEX, según la actividad se sitúe en suelo urbanizable o suelo no urbanizable, o en el DACPIEX, si la instalación de la antena se va a realizar en suelo urbano.

7º. Me podría indicar con los datos aportados, ¿cuál debe ser el proceder correcto del Ayuntamiento?

A la vista de los antecedentes expuestos, en opinión de este funcionario, el Ayuntamiento debería adoptar las siguientes medidas:

1º. Requerir a la empresa titular de la antena ya instalada en suelo urbano, para que solicite la licencia de actividad, que se tramitará por el procedimiento abreviado previsto en el DACPIEX.

2º. Requerir a la empresa solicitante de la segunda antena para que solicite la licencia de actividad, que se tramitara por los procedimientos que, para cada caso, se prevén en la LPCAEX, salvo que la instalación se vaya a llevar a cabo en suelo urbano, en cuyo caso se seguirá la tramitación del DACPIEX.



3º. Si el expediente anterior tiene resultado positivo y procede la concesión de la licencia de actividad, debe tramitarse la licencia de obras, conforme a lo dispuesto en la LSOTEX. Acto reglado que dará lugar ineludiblemente a su concesión si es conforme con la ordenación territorial y urbanística, o a su denegación, también de manera ineludible, si no lo fuera.

Para finalizar, se realizan dos últimas precisiones:

- Reiterar lo ya dicho en el apartado 3º de este informe, en relación con el alcance de los artículos 12.1, 15.1 y 16.1 del RSCL, en el sentido de que cualquier actividad sujeta a licencia (la tenga o no), está compelida en todo momento al cumplimiento de las condiciones y de la normativa que regulan su funcionamiento.
- Así mismo, se recuerda que, conforme al artículo 169 y siguientes de la LSOTEX, corresponden al Municipio las funciones de garantía y protección de la ordenación territorial y urbanística, mediante el ejercicio de las consiguientes actividades de control, inspección y disciplina urbanísticas.

Este es el informe del Servicio de Asesoramiento y Asistencia Jurídica, Económica y Contable – Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de **XXXXXXXX**, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente, resolverá lo pertinente.

En Badajoz, a 12 de abril de 2011.
