



CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES
DE CATALUNYA

**D I C T A M E N 22/2014, de 3 de novembre,
sobre la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de telecomunicaciones**

El Consell de Garanties Estatutàries, con la asistencia del presidente Joan Egea Fernàndez, del vicepresidente Pere Jover Presa, de los consejeros Eliseo Aja, Marc Carrillo y Jaume Vernet Llobet, del consejero secretario Àlex Bas Vilafranca, y de los consejeros Francesc de Paula Caminal Badia, Joan Ridao Martín y Carles Jaume Fernández, ha acordado emitir el siguiente

D I C T A M E N

Solicitado por el Gobierno de la Generalitat, sobre la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de telecomunicaciones (BOE núm. 114, de 10 de mayo de 2014).

ANTECEDENTES

1. El día 1 de octubre de 2014 tuvo entrada en el Registro del Consell de Garanties Estatutàries un escrito de la vicepresidenta del Gobierno, de 30 de septiembre de 2014 (Reg. núm. 4274), por el que, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 16.2.a y 31.1 de la Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consell de Garanties Estatutàries, se comunicaba al Consell el Acuerdo del Gobierno de la Generalitat, de 30 de septiembre de 2014, de solicitud de emisión de dictamen sobre la conformidad con la Constitución española y el Estatuto de autonomía de Cataluña de los artículos 34.3, .5 y .6, 35.4 y .7, 45.4, 65, 69.6 y, por conexión, de los artículos 73 y 74 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de telecomunicaciones.

El órgano solicitante pide de este Consell el dictamen, que tiene carácter preceptivo según el artículo 76.3 EAC, el caso de que se acuerde interponer un recurso de inconstitucionalidad.

2. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sesión del día 2 de octubre de 2014, tras examinar la legitimación y el contenido de la solicitud, la admitió a trámite y se declaró competente para emitir el dictamen correspondiente, de acuerdo con el artículo 24.2 de su Ley reguladora. Se designó ponente al consejero sr. Eliseo Aja.

3. En la misma sesión, de acuerdo con el artículo 25, apartado 5, de la Ley 2/2009, el Consell acordó dirigirse al Gobierno con el fin de solicitarle la información y la documentación complementarias de que dispusiera con relación a la materia sometida a dictamen.

4. Finalmente, tras las correspondientes sesiones de deliberación, se fijó como fecha para la votación y para la aprobación del Dictamen el día 3 de noviembre de 2014.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. El objeto del dictamen

Tal como se indica en los antecedentes, se solicita dictamen de este Consell sobre la adecuación a la Constitución y al Estatuto de autonomía de Cataluña de determinados preceptos de la Ley 9/2014, de 9 de junio, de telecomunicaciones (en adelante, Ley 9/2014 o LT). Este Dictamen se emite, con carácter preceptivo, previamente a la eventual interposición de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 76.3 EAC y 16.2.a y 31.1 de la Ley 2/2009, de 12 de febrero).

Con el fin de abordar adecuadamente el objeto del Dictamen, nos referiremos, en primer lugar, a la finalidad y contenido de la Ley mencionada y al contexto normativo en el que se inserta, y, seguidamente, expondremos las dudas que expresa el escrito de solicitud y los motivos que las fundamentan, para acabar con la indicación de la estructura que adoptará el Dictamen.

1. La Ley 9/2014, que constituye la nueva norma de cabecera del sector de las telecomunicaciones, al derogar la Ley 11/1998, de 24 de abril, en lo todavía vigente, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ambas con el título de general de telecomunicaciones, consta de ochenta y cuatro artículos agrupados en ocho títulos, diecinueve disposiciones adicionales, doce

disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, once disposiciones finales y dos anexos.

Su objetivo principal es, de acuerdo con el preámbulo (apartado III, primer párrafo), «asegurar un marco regulatorio claro y estable que fomente la inversión, proporcione seguridad jurídica y elimine las barreras que han dificultado el despliegue de redes, y un mayor grado de competencia en el mercado». Con el fin de facilitar el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, según la exposición de motivos, establece procedimientos de coordinación y resolución de conflictos entre la legislación sectorial estatal y la legislación de las administraciones competentes dictada en el ejercicio de sus competencias que pueda afectar a este despliegue de las redes. Asimismo, y con esta finalidad, se reducen las cargas administrativas, eliminando la exigencia de determinadas licencias y autorizaciones y reduciendo las obligaciones de información de los operadores.

Según el artículo 1.1, el objeto de la Ley 9/2014 es la regulación de las telecomunicaciones, «que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados». Ahora bien, como pone de relieve el preámbulo, éste no se ciñe a la regulación de las comunicaciones electrónicas, que es el ámbito sobre el cual se ha proyectado la normativa europea en esta materia, sino que la Ley pretende abordar «de manera integral, el régimen de las “telecomunicaciones” a que se refiere el artículo 149.1.21 de la Constitución española». Por eso, no solo se regulan los aspectos relativos a los derechos y las obligaciones de los operadores que explotan redes y prestan servicios de comunicaciones electrónicas, sino también otros como la instalación de equipos y sistemas, la interceptación legal de las telecomunicaciones o la evaluación de conformidad de equipos y aparatos.

Desde el punto de vista de la delimitación negativa del objeto de la Ley, los apartados 2 y 3 del artículo 1, excluyen de su ámbito de aplicación la regulación de los contenidos difundidos a través de los medios de comunicación audiovisual, así como la prestación de los llamados servicios de la sociedad de la información, que quedan sometidos a la normativa específica respectiva.

La norma se dicta al amparo de la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones, prevista en el artículo 149.1.21 CE, y «las disposiciones de la Ley dirigidas a garantizar la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones se dictan al amparo del artículo 149.1.1 de la Constitución, sobre regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y del artículo 149.1.13 de la Constitución, sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (disposición final novena).

En cuanto al contenido de la Ley, el título I (art. 1 a 4) contiene las disposiciones generales relativas al objeto, el ámbito de aplicación, la declaración de telecomunicaciones como servicios de interés general y los objetivos de la norma legal. El título II regula la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones en libre competencia (art. 5 a 22).

El título III establece los derechos y las obligaciones de los operadores en la explotación de las redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y, en particular, regula las obligaciones de servicio público, como la prestación del servicio universal (art. 23 a 28), y los derechos de ocupación del dominio público y la propiedad privada cuando sea estrictamente necesario para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas (art. 29 a 38). Asimismo, este título regula determinados aspectos relativos al secreto de las comunicaciones y la

protección de datos personales (art. 39 a 44), las infraestructuras comunes y las redes de comunicaciones electrónicas en los edificios (art. 45) y los derechos de los usuarios (art. 46 a 55).

Los títulos IV y V regulan, respectivamente, la evaluación de la conformidad de equipos y aparatos (art. 56 a 59) y el dominio público radioeléctrico (art. 60 a 67). Las competencias de los órganos estatales en materia de telecomunicaciones se determinan en el título VI (art. 68 a 70) y las tasas en esta materia en el título VII (art. 71), que se remite al anexo I, dónde se definen. Finalmente, el título VIII contiene el régimen sancionador y la inspección (art. 72 a 84).

2. El sector de las telecomunicaciones constituye un ámbito regulador que ha vivido en las últimas décadas una intensa transformación de los principios sobre los que se ha construido su régimen jurídico, habiendo pasado de ser calificado como un servicio público de titularidad estatal a reconocer que las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. En efecto, la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, procedió a la *publicatio* de las telecomunicaciones al declararlas, al amparo del artículo 128.2 CE, «servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público» (art. 2.1 Ley 31/1987).

Ante la extendida configuración en diferentes países europeos de este sector económico como monopolio de titularidad pública, la Comisión europea emprendió, durante la década de los años noventa, un conjunto de medidas de impulso de una progresiva liberalización de estos servicios. Como consecuencia de la normativa europea en la materia, se aprobó la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones, que realizaba la transposición de diversas directivas, la cual representó un cambio de paradigma en la regulación ya que eliminó la *publicatio* global de las

telecomunicaciones y reconoció la libertad de prestación en un marco de competencia. Con el fin de alcanzar este último objetivo, al partir de una situación de gestión monopolista, la mencionada Ley dispuso una serie de obligaciones asimétricas a cargo del operador dominante, entonces, el antiguo monopolista, la «Compañía Telefónica Nacional de España», con el fin de posibilitar la entrada en el mercado de nuevos operadores (como obligaciones de interconexión, control de precios, prestación del servicio universal, etc.).

El año 2002 se aprobó un importante conjunto de Directivas (Directiva 2002/21/CE, denominada Directiva marco; 2002/20/CE, Directiva de autorizaciones; 2002/19/CE, Directiva de acceso; y 2002/22/CE, Directiva de servicio universal) que establecían un marco normativo para las comunicaciones electrónicas (denominación que sustituía en la normativa europea a la de telecomunicaciones) que superaba la fase de transición a la competencia y regulaba la plena liberalización de la prestación de estos servicios en régimen de competencia efectiva. Estas Directivas fueron objeto de transposición por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, que regulaba el régimen de acceso al mercado, la interconexión de las redes, la gestión de los recursos escasos (como el uso del espacio radioeléctrico o la ocupación de dominio público y propiedad privada con el fin de desplegar las redes públicas de comunicaciones) y la imposición de obligaciones de servicio público. Esta Ley fue modificada recientemente por el Real decreto ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas.

A la vista de la evolución normativa expuesta, el preámbulo afirma que la Ley objeto de dictamen no sólo responde a un mandato europeo de transposición de nuevos principios reguladores en el sector de las telecomunicaciones, sino que constituye una sistematización y profundización

del marco normativo vigente, con una regulación más detallada (la Ley 32/2003 tenía cincuenta y ocho artículos, mientras que la Ley 9/2014 tiene ochenta y cuatro, muchos de ellos especialmente prolijos) y persigue como objetivos principales eliminar barreras y cargas administrativas y alcanzar un mayor grado de competencia en el mercado.

3. El escrito del Gobierno solicita nuestro dictamen respecto de los artículos 34.3, .5 y .6, 35.4 y .7, 45.4, 65, 69.6 y, por conexión con éstos dos últimos, los artículos 73 y 74 de la Ley 9/2014. Con el fin de exponer sucintamente el contenido de estos preceptos y las dudas que plantean al Gobierno, los dividiremos en dos bloques temáticos.

A) Un primer grupo de artículos (art. 34.3, .5 y .6, 35.4 y .7 y 45.4) suscitan la problemática de su incidencia, contraria al bloque de constitucionalidad en opinión del Gobierno, sobre los títulos competenciales de la Generalitat en materia de ordenación del territorio y de urbanismo (art. 149.1 y .5 EAC, respectivamente). Estos preceptos contienen diferentes aspectos reguladores del derecho de ocupación de los operadores sobre el dominio público y la propiedad privada con el fin de desplegar redes públicas de comunicaciones electrónicas, es decir, aquellas que se utilicen para prestar servicios disponibles al público.

El artículo 34.3 LT establece determinadas condiciones y límites a la normativa elaborada las administraciones públicas y a los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas. Esta regulación tiene su antecedente en las previsiones contenidas en el artículo 29 de la Ley 32/2003, pero añade un límite adicional, en el sentido de que esta normativa o estos instrumentos de planificación no podrán imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones determinadas donde instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. En opinión del Gobierno, esta prohibición en la

parte referida a los «itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas» constituye «un desapoderamiento absoluto y general de la competencia autonómica para la fijación de los usos del suelo [...] que no es proporcional ni imprescindible para satisfacer la finalidad pretendida» de favorecer el despliegue de las redes, razón por la cual se considera que vulnera las competencias de la Generalitat sobre ordenación territorial y urbanismo.

El artículo 34.5 LT prevé que, en caso de inexistencia de canalizaciones subterráneas o cuando el uso de las existentes no sea posible por motivos técnicos o económicos, los operadores puedan efectuar despliegues aéreos, siguiendo los ya existentes, o por fachadas. Esta previsión vulnera, según el escrito del Gobierno, la competencia en materia de urbanismo porque corresponde a los instrumentos de planificación urbanística la determinación de las condiciones técnicas que deben cumplir los servicios urbanos, como las infraestructuras de telecomunicaciones. El mismo reproche se dirige al artículo 45.4 LT, relativo a las infraestructuras comunes y redes de comunicaciones electrónicas en los edificios, que habilita a los operadores a instalar los tramos finales de las redes sobre las fachadas, cuando por razones técnicas o económicas no puedan realizar la instalación en el interior del edificio. Asimismo, y en relación con lo anterior, considera la solicitud que el artículo 34.6 LT, al habilitar a los operadores a incluir los despliegues aéreos o por fachadas en los planes de despliegue que se someten a la aprobación de la administración competente, no deja margen de maniobra a ésta porque, al configurar la posibilidad de estos tipos de despliegues aéreos o por fachadas como un derecho, la aprobación por parte de la administración competente «no deja de ser un acto debido».

El artículo 35.4 LT prevé un mecanismo de resolución de los desacuerdos entre la administración general del Estado y las administraciones autonómicas o municipales sobre el despliegue de redes de comunicaciones

electrónicas. Según el precepto, la instalación y el despliegue de estas redes tienen la consideración de obras de interés general y, en caso de desacuerdo entre las administraciones públicas, «cuando quede plenamente justificada la necesidad de redes públicas de comunicaciones electrónicas, y siempre que se cumplan los parámetros y requerimientos técnicos esenciales», el Consejo de Ministros puede autorizar la ubicación o el itinerario concreto de una infraestructura de red y la administración correspondiente queda obligada a incorporar esta determinación en su instrumento de planificación.

De acuerdo con la solicitud del Gobierno, este mecanismo tiene un ámbito de aplicación que cubre todos los casos de despliegue de redes, porque este despliegue se considera *ope legis* como obra de interés general y, contrariamente a lo que hacen mecanismos equivalentes en otras leyes sectoriales (por ejemplo, disposición adicional décima Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo), no se limita a los casos excepcionales en que se acrediten razones de urgencia o de excepcional interés público. Por otra parte, en opinión del Gobierno, los presupuestos que deben darse para poder activar la intervención del Consejo de Ministros no garantizan que resulte exigible una negociación previa entre las administraciones con competencias concurrentes, tal como exige la jurisprudencia constitucional (STC 77/1984, de 3 de julio, FJ 2, y 40/1998, de 19 de febrero, FJ 30). Por estos dos motivos, se considera que el artículo 35.4 LT vulnera los artículos 149.1 y .5 EAC.

El artículo 35.7 LT prevé que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo apruebe recomendaciones para la elaboración por parte de las administraciones públicas competentes de las normas o instrumentos de ordenación territorial y urbanística referidos al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, a las que se podrán incorporar modelos de ordenanza municipal, de manera que si los municipios las adoptan

voluntariamente exentos de solicitar el informe preceptivo del Ministerio sobre la adecuación de los mencionados instrumentos de planificación a la normativa sectorial de telecomunicaciones y sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones.

Según el Gobierno, aunque el precepto configura esta actuación de un órgano estatal como meras recomendaciones, lo cierto es que su seguimiento tiene consecuencias (exención de informe preceptivo) y el Estado no ostenta ningún título competencial para fijar directrices sobre la elaboración de los instrumentos de planificación territorial y urbanística, de manera que nos encontramos ante una vulneración de las competencias reconocidas por el Estatuto en esta materia (art. 149.1.b y .5.c EAC).

B) Un segundo bloque de preceptos (art. 65, 69.6 y, por conexión, art. 73 y 74) plantean el problema de una posible invasión de la competencia de la Generalitat en materia audiovisual (art. 149 EAC) derivada de la atribución de determinadas potestades ejecutivas a órganos estatales en relación con el control preventivo del uso del dominio público radioeléctrico.

El artículo 65 LT atribuye al Estado la facultad de efectuar una protección activa del dominio público radioeléctrico mediante emisiones sin contenido en aquellos canales y frecuencias cuyos derechos, en el ámbito territorial correspondiente, no se hayan otorgado. Esta competencia la ejercerá, de acuerdo con el artículo 69.6 LT, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones. En opinión del Gobierno, esta función estatal de protección activa del espectro radioeléctrico vulnera las competencias de la Generalitat de inspección, control y sanción sobre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que incumplan las condiciones técnicas de prestación del servicio o que actúen sin título habilitante.

Actualmente, sobre esta cuestión, está pendiente un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno (RI núm. 6687-2012) contra, entre otros, el artículo 7 de la Ley 2/2012, del 22 de febrero, de modificación de diversas leyes en materia audiovisual, que modificó el apartado *j* del artículo 111.2 de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de comunicación audiovisual de Cataluña, en el sentido de atribuir al Gobierno de la Generalitat la competencia para «tomar las medidas de protección activa del espectro, de acuerdo con la normativa vigente».

Por último, el escrito de solicitud considera que, por conexión con los artículos 65 y 69.6 LT, los artículos 73 y 74 LT que regulan, respectivamente, las potestades de inspección y la responsabilidad por las infracciones en materia de telecomunicaciones, podrían vulnerar las competencias de la Generalitat en la medida en que los operadores de medios de comunicación pueden ser objeto de inspección o de responsabilidad al amparo de estos preceptos.

4. Finalmente, con el fin de responder adecuadamente a la solicitud de dictamen, en el fundamento jurídico segundo expondremos el marco constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de telecomunicaciones en relación con las de ordenación territorial y de urbanismo y lo aplicaremos a los preceptos cuestionados relativos a la regulación del derecho de ocupación de los operadores, y en el fundamento jurídico tercero, nos pronunciaremos sobre la adecuación al bloque de constitucionalidad de la atribución de potestades ejecutivas al Estado sobre el espacio radioeléctrico que pueden incidir en el ámbito competencial de la Generalitat relativo a los medios de comunicación audiovisual.

Segundo. El marco constitucional y estatutario de competencias en relación con el despliegue de redes públicas e infraestructuras comunes de comunicaciones electrónicas y su aplicación a los preceptos solicitados

El escrito del Gobierno solicita dictamen respecto del artículo 34, apartados 3, 5 y 6; el artículo 35, apartados 4 y 7, y el artículo 45.4. Los dos primeros preceptos se integran en el capítulo II del título III de la Ley 9/2014, relativo a los derechos de los operadores y despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Por su parte, el artículo 45.4 forma parte del capítulo IV del mismo título, que regula las infraestructuras comunes y redes de comunicaciones electrónicas en los edificios. Con el fin de dar respuesta a la solicitud, en primer lugar, describiremos el objeto y la finalidad de la regulación en la que se integran estos preceptos, exponiendo de manera sucinta el régimen jurídico del derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores para desplegar las redes públicas de comunicaciones. A continuación, procederemos a encuadrar los artículos solicitados en los títulos competenciales correspondientes y analizaremos el alcance de éstos, según la jurisprudencia constitucional. Finalmente, a partir del marco competencial expuesto, nos pronunciaremos respecto de las dudas formuladas en relación con cada uno de los preceptos citados.

1. El despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas requiere, el uso del espacio físico, de titularidad pública o privada, con el fin de ubicar las canalizaciones y las infraestructuras necesarias. Con la finalidad de facilitar el emplazamiento de las instalaciones de la red, la normativa de telecomunicaciones ha reconocido, en favor del prestador del servicio de comunicaciones electrónicas, el derecho a ocupar el dominio público o la propiedad privada necesarios. Así lo hacía la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, respecto del operador

que gestionaba en régimen de monopolio y en virtud de concesión administrativa el servicio público de telecomunicaciones (art. 17 y 18 LOT).

La liberalización del sector, operada a través de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones, supuso la entrada de nuevos operadores en régimen de competencia, a los que también se les reconoció el derecho de ocupación (art. 43 a 48). El mismo derecho está previsto en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, en el artículo 11, bajo la denominación de derechos de paso, estableciendo el mandato a los Estados miembros de reconocer «derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de las mismas, a favor de una empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones», mediante procedimientos sencillos, eficientes, transparentes y accesibles al público y aplicando los principios de transparencia y no discriminación. Esta regulación europea fue objeto de transposición la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, que regulaba los derechos de ocupa en los artículos 26 a 32.

La Ley 9/2014 reconoce a los operadores el derecho de ocupación de la propiedad privada «cuando resulte estrictamente necesario para la instalación de la red», cosa que se llevará a cabo a través de la expropiación forzosa o mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso (art. 29 LT), así como el derecho de ocupación del dominio público cuando «ello sea necesario» para el establecimiento de la red (art. 30 LT). En ambos casos, el derecho únicamente se reconoce para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, es decir, aquéllas que estén destinadas a prestar servicios dirigidos al público, tal como las describe el apartado 32 del anexo II de la Ley, dedicado a las definiciones.

La efectividad de este derecho de ocupación puede venir condicionada, sin embargo, por la normativa de otras administraciones públicas dictada para proteger diferentes intereses autonómicos, como los territoriales y los urbanísticos en relación con la ordenación de las ubicaciones de las instalaciones necesarias para el despliegue de las redes. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, en este caso, «[e]ste derecho ni es ni puede ser absoluto e incondicionado y la regulación estatal del mismo no puede obviar las competencias que legítimamente corresponden a las Comunidades Autónomas en materias como la ordenación territorial y el urbanismo[...], el medio ambiente [...] o la sanidad» (STC 8/2012, de 18 de enero, FJ 8). Ahora bien, a pesar de reconocer que el ejercicio de las competencias de otras administraciones puede afectar al despliegue de las redes, la legislación estatal ha previsto una serie de límites a las administraciones autonómicas y locales. Así, el artículo 31 LT, como consecuencia de la regulación europea citada, exige a la normativa dictada por otras administraciones, por una parte, el reconocimiento, en todo caso, del derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada y, de la otra, que cumpla una serie de requisitos: que las normas sean publicadas en el diario oficial; que prevean un procedimiento rápido, sencillo, eficiente y no discriminatorio para resolver las solicitudes; que garanticen la transparencia y favorezcan la competencia leal y efectiva entre los operadores; y, finalmente, que garanticen «el respeto de los límites impuestos a la intervención administrativa en esta Ley en protección de los derechos de los operadores».

Buena parte de los límites específicos que impone la Ley 9/2014 a la normativa autonómica o local que afecta al derecho de ocupación se contienen en los artículos 34 y 35, dedicados formalmente a la colaboración, algunos de cuyos apartados, cómo hemos visto, son objeto de la solicitud de dictamen y se tratarán específicamente más adelante en este mismo fundamento jurídico. Sin perjuicio de lo que se , el límite principal al que se

someten las normas de otras administraciones que inciden sobre el ejercicio del derecho de ocupación es el principio de proporcionalidad.

2. Una vez explicitado el objeto y la finalidad de la regulación del derecho de ocupación p la Ley 9/2014, que contiene los artículos solicitados, es posible proceder al encuadre de la materia en los títulos competenciales que se invocan. Como ya se ha expuesto, la disposición final novena de la Ley aduce como fundamento constitucional, junto con la competencia sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE), las competencias del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y sobre regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). Estos dos últimos títulos se invocan en relación con las disposiciones de la Ley dirigidas a garantizar la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones, aunque no se identifican los concretos preceptos que las contienen. Sin embargo, a la vista del objeto y la finalidad de la regulación del derecho de ocupación, podemos descartar, de entrada, estas dos competencias transversales y considerar como prevalente, de entre los títulos estatales, por ser más específico, la competencia estatal sobre telecomunicaciones, que se proyecta sobre toda la Ley.

En relación con el artículo 149.1.13 CE, con el fin de poder afirmar que este título competencial ampara la regulación del derecho de ocupación habría de aplicarse, tal como hemos hecho en numerosos dictámenes desde el DCGE 2/2011, de 21 de marzo, FJ 4, el test de la incidencia directa y significativa de la regulación sobre la actividad económica general, pues como ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, es necesario que las medidas dictadas invocando esta competencia tengan «una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general [...] pues de no ser así "se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más

específico”» (entre otras, STC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5). El reconocimiento del derecho de ocupación tiene, sin duda, efectos sobre la economía, pero su conexión es más directa e inmediata con la materia de telecomunicaciones, porque la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas requiere necesariamente la utilización de determinados recursos, como el dominio público y privado, sin los cuales, sencillamente, la red, que es el presupuesto técnico indispensable para el servicio, no existiría.

En efecto, la competencia del Estado *ex artículo* 149.1.13 CE lo habilita para fijar «las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4.b). Ahora bien, cuando la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre un determinado sector económico, como las telecomunicaciones, cuya importancia para la actividad económica general no resulta dudosa, el título reconocido en el artículo 149.1.13 CE resulta desplazado por el título más específico.

En cuanto al artículo 149.1.1 CE también procede descartarlo, como ya hemos apuntado. El Tribunal Constitucional, desde la importante STC 61/1997, de 20 de marzo, cuya doctrina ha sido recogida y reiterada recientemente en la STC 141/2014, de 11 de septiembre, ha delimitado este título competencial en su vertiente positiva y negativa. Desde el punto de vista positivo, este precepto constitucional atribuye al Estado la competencia «para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales» (STC 61/1997, FJ 7.a). La materia sobre la que se proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto y «sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guardan una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce» (STC 61/1997,

FJ 7. *b*). Desde un punto de vista negativo, el Tribunal Constitucional ha señalado que «el título 149.1.1 CE no puede operar como un título horizontal, “capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente hacia un derecho o deber constitucional” [STC 61/1997, FJ 7. *b*] » (STC 141/2014, FJ 5. B).

En este sentido, el derecho de ocupación es un derecho legal, fruto de la creación del legislador. Es cierto que es una pieza muy importante del patrimonio jurídico de los operadores de comunicaciones electrónicas, sin embargo, aunque se podría conceder una relación más o menos mediata con el ejercicio de la libertad de empresa en este sector (art. 38 CE), no constituye en ningún caso una condición básica referida «al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...) [...] que integran el derecho» (STC 61/1997, FJ 8).

La Ley 9/2014, y, en particular, la regulación del derecho de ocupación se encuadra, claramente, en el título competencial del Estado sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE). La interpretación del alcance de este título la ha realizado el Tribunal Constitucional, en buena parte, a la hora de delimitar las materias de telecomunicaciones y de medios de comunicación social (art. 149.1.27 CE). Así, según el Tribunal, el artículo 149.1.21 CE «se refiere a la ordenación del dominio público radioeléctrico y, muy particularmente, a los aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven —las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas—» (STC 72/2014, de 8 de mayo, FJ 3). Se distingue, de esta manera, entre el soporte técnico de las redes («telecomunicaciones», art. 149.1.21 CE) y el contenido o servicio de comunicación audiovisual, relacionado con el derecho a comunicar y recibir

información y la libertad de expresión («medios de comunicación social», art. 149.1.27 CE).

Más allá de los aspectos directamente vinculados con el espectro radioeléctrico, la competencia sobre telecomunicaciones permite al Estado la regulación de este sector «—sin perjuicio de las competencias autonómicas sobre medios de comunicación social—, así como las condiciones de prestación del servicio y de explotación de las redes, y el régimen jurídico de los operadores» (STC 8/2012, FJ 7). Este carácter global del título implica una potencialidad expansiva que ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional y ante la cual ha afirmado la necesidad de que el alcance de este título sea objeto de una interpretación restrictiva: «habida cuenta de que el título competencial del art. 149.1.21 C.E. es virtualmente más expansivo que el dispuesto en el art. 149.1.27 C.E. y para impedir una injustificable exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión aquella regla de deslinde debe ser interpretada restrictivamente» (STC 244/1993, de 15 de julio, FJ 2).

Con respecto a las infraestructuras de canalización y despliegue de las redes de comunicaciones, hay que tener en cuenta el artículo 140 EAC sobre «Infraestructuras del transporte y de las comunicaciones» y, más concretamente, el apartado 7 de este precepto que contiene una competencia ejecutiva de la Generalitat en materia de comunicaciones electrónicas que incluye diversos aspectos, como la inspección y sanción de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones (art. 140.7.b EAC) y la gestión del registro de instaladores de infraestructuras (art. 140.7.d EAC). La atribución de estas competencias ejecutivas fue considerada conforme a la Constitución por parte del Tribunal Constitucional a partir del argumento de que estas funciones no se encuadran en la materia telecomunicaciones, sino en la de «régimen general de comunicaciones», también recogida en el artículo 149.1.21 CE, y que confiere al Estado un título eminentemente

normativo, que permite el ejercicio por parte de las comunidades autónomas de ciertas funciones ejecutivas. De acuerdo con la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 85), «las infraestructuras de las telecomunicaciones ni constituyen un elemento propio del espectro radioeléctrico ni un elemento vinculado a la protección del derecho fundamental previsto en el art. 20 CE» y, por eso, «se inscriben con naturalidad en el señalado “régimen general de comunicaciones” en cuanto aseguran la efectividad de las comunicaciones en todo el territorio nacional y con ello la virtualidad de las competencias estatales afectadas (art. 149.1.21 y 149.1.27)».

Ahora bien, la virtualidad de este título respecto de la regulación del derecho de ocupación de los operadores de comunicaciones electrónicas, en la medida en que este se concreta en el despliegue de infraestructuras de comunicaciones, no parece tener una relevancia autónoma y distinta de la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones. Así, en la STC 8/2012 (FJ 9) en relación con la regulación por parte del Estado de la ubicación y la compartición de infraestructuras de redes de comunicaciones, el Tribunal afirma que encuentra amparo en la competencia estatal sobre telecomunicaciones «en la medida en que persigue hacer efectivo el derecho de ocupación de los operadores necesario para el establecimiento de la red y afecta a las condiciones de prestación de los servicios de telecomunicaciones y al régimen jurídico de los operadores». No obstante, este encuadre competencial de la mencionada regulación, como advierte al propio Tribunal, «no puede [...] eliminar la esfera de decisión y regulación que ostentan, en virtud de sus competencias, las Comunidades Autónomas acerca de la localización de las infraestructuras de telecomunicaciones» (STC 8/2012, FJ 9). Adicionalmente, también se cita la competencia sobre régimen general de comunicaciones como título que ampara la mencionada regulación «al tratarse de una regulación de las infraestructuras que persigue asegurar la efectividad de las comunicaciones»,

pero con un efecto, claramente, coextenso con la competencia sobre telecomunicaciones.

Los preceptos solicitados contienen una regulación que, en opinión del Gobierno, invade las competencias de la Generalitat sobre ordenación del territorio y urbanismo (art. 149.1 y .5 EAC). En relación con la competencia sobre ordenación del territorio, permite desplegar «la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo [...] y habilita a su titular para la formulación de una política global del territorio coordinadora de las diferentes acciones públicas y privadas con impacto territorial» (STC 306/2000, de 12 de diciembre, FJ 5). Esta competencia permite a las comunidades autónomas aprobar instrumentos de planeamiento territorial, que «forman parte del Ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos por imperativo del art. 9.1 CE, de modo que el Estado, en principio y como regla general, tendrá que conformar los actos que pretenda realizar al planeamiento existente haciendo compatibles sus planes y proyectos con la ordenación territorial de la Comunidad Autónoma» (STC 46/2007, de 1 de marzo, FJ 9).

Aun así, como después diremos, también el Tribunal Constitucional ha señalado que «el ejercicio de la competencia autonómica sobre ordenación del territorio no puede impedir el ejercicio de otras por el hecho de que incidan en la misma, resultando obligada la utilización de técnicas de colaboración para evitar los conflictos que pudieran surgir y llegar a una solución concertada de las posibles discrepancias» (ibídem).

Por su parte, la competencia sobre urbanismo ha sido definida por la STC 170/2012, de 4 de octubre, citando el fundamento jurídico 6.a de la ya mencionada STC 61/1997, en los términos siguientes:

«"[E]l urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la "ordenación urbanística", como objeto normativo de las leyes urbanísticas [...], el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación", [...] no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la CE es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales Entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto.» (FJ 12)

Tal como ha resumido la reciente STC 141/2014, «[e]n definitiva, la competencia en materia de urbanismo abarca, fundamentalmente, "las políticas de ordenación de la ciudad"; es decir, la determinación del "cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos" (STC 61/1997, FJ 6)» (STC 141/2014, FJ 5.A). En este mismo sentido, en el DCGE 6/2011 hemos declarado que «es a las comunidades autónomas —en el caso que nos ocupa, la Generalitat—, y no al Estado, a quien corresponde fijar normativamente sus políticas de ordenación de la ciudad y, con esta finalidad, hacer uso de las técnicas e instituciones jurídicas que se consideren más adecuadas» (FJ 3).

No obstante lo anterior, de la misma manera que respecto de la competencia sobre ordenación territorial, también el ejercicio de la competencia exclusiva de urbanismo puede resultar afectado otros títulos competenciales estatales

dotados de una dimensión espacial, de manera que como ha indicado el Tribunal Constitucional «[p]rocede, pues, afirmar que la competencia autonómica en materia de urbanismo tiene que coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material» (STC 61/1997, FJ 5).

Como ya hemos señalado, el derecho de ocupación de los operadores de telecomunicaciones no puede ser absoluto ni incondicionado y su regulación no puede ignorar las competencias autonómicas, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, «las Comunidades Autónomas pueden imponer límites al derecho de ocupación del dominio público y de la propiedad privada que los operadores tienen reconocido en la legislación estatal de telecomunicaciones, siempre que sea necesario para preservar los intereses públicos que tienen encomendados, entre ellos los medioambientales, paisajísticos y urbanísticos» (STC 8/2012, FJ 7). Se produce, pues, en este ámbito una yuxtaposición o concurrencia sobre el mismo espacio físico de un título sectorial estatal y de títulos competenciales autonómicos, que se limitan recíprocamente y que han de articularse de manera conforme al sistema constitucional de distribución de competencias.

En este punto, se debe recordar la consolidada doctrina constitucional sobre este tipo de concurrencia competencial en la que se enfatizan tres exigencias principales. Por una parte, se subraya la necesidad de que se respeten cuidadosamente las esferas de decisión que corresponden a cada instancia territorial, de manera que el ejercicio de una competencia no comporte la adopción de decisiones sobre el territorio que corresponde a la otra administración. Así, en relación con la coexistencia de las competencias estatales y autonómicas que estamos considerando en este fundamento jurídico, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «las competencias de telecomunicaciones, ordenación territorial, urbanismo [...] se limitan

recíprocamente, imponiéndose una regulación tanto estatal como autonómica —cada una de ellas en su ámbito respectivo— que sea respetuosa con la esfera de regulación que corresponde a cada instancia territorial» (STC 8/2012, FJ 8).

Por otra parte, el segundo requisito es la exigencia de utilizar técnicas de cooperación con el fin de articular las competencias concurrentes, preservando los intereses respectivos. Así, para este tipo de situaciones de coexistencia de competencias sobre un mismo espacio, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada «la obligación de buscar las fórmulas de cooperación que, en cada caso, permitan la concreta articulación de las competencias concurrentes; fórmulas que tienen que perseguir la optimización de las competencias en cuestión (STC 40/1998, FJ 30), pudiendo elegirse la técnica que se estime más adecuada a estos efectos: mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etc. (STC 204/2002, FJ 30)» (STC 8/2012, FJ 8).

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha establecido que en los casos en que los mecanismos de colaboración resulten infructuosos y sea necesario resolver el conflicto «preservará necesariamente la decisión estatal, que se impondrá a las entidades territoriales únicamente en los aspectos que son de su exclusiva competencia, sin desplazar a la correlativa competencia autonómica.» (STC 195/2012, de 31 de octubre, FJ 6 y STC 5/2013, de 17 de enero, FJ 6). Ahora bien, al mismo tiempo, se ha subrayado que esta prevalencia no puede ser definida como regla general, de manera absoluta y sin ningún , porque de configurarse en este sentido nos encontraríamos ante un vaciamiento de las competencias autonómicas constitucionalmente rechazable (STC 46/2007, FJ 10).

3. De acuerdo con el marco constitucional y estatutario de competencias que hemos descrito, procederemos, seguidamente, a determinar si los artículos de la Ley 9/2014 solicitados, relativos al régimen jurídico del derecho de ocupación de los operadores, respetan la esfera de decisión que corresponde a la Generalitat, en el ejercicio de sus competencias, en la protección de los intereses urbanísticos, paisajísticos y de ordenación del territorio ante el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas.

A) El artículo 34 LT contiene una regulación extensa y prolija que tiene por objeto, de acuerdo con su título, la «[c]olaboración entre administraciones públicas en el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas», con el objetivo de garantizar la efectividad del derecho de los operadores de comunicaciones electrónicas de ocupar la propiedad pública y privada para desplegar las redes públicas de comunicaciones (art. 34.1 LT).

Con esta finalidad, el apartado 2 del precepto establece que estas redes públicas constituyen equipamiento de carácter básico y que, a los efectos de planificación urbanística, tienen el carácter de determinaciones estructurantes. Además, se declara que su instalación y el despliegue tienen la consideración de obras de interés general.

A partir de estos de tipo clasificatorio que deberán tener en cuenta las autoridades planificadoras, el artículo 34.3, objeto de la solicitud, precisa un conjunto de obligaciones que han de cumplir tanto la normativa autonómica y municipal que afecte al despliegue de las redes mencionadas como los instrumentos de planificación territorial o urbanística. Entre estas obligaciones, el segundo párrafo de este precepto establece lo siguiente:

«De esta manera, dicha normativa o instrumentos de planificación no podrán establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer

soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. En este sentido, cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá estar plenamente justificado e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.»

El escrito del Gobierno considera que la prohibición de que el plan urbanístico o territorial pueda concretar itinerarios o ubicaciones concretas de las redes constituye un desapoderamiento absoluto y general de la competencia de la Generalitat para la fijación de los usos del suelo y no respeta el principio de proporcionalidad, sobre todo —dice el escrito— «el art. 35.2 de la propia Ley 9/2014 ha dispuesto la sujeción de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que afecten al despliegue de las redes de comunicación electrónica al informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo».

A juicio del Gobierno, por lo tanto, el inciso del segundo párrafo del artículo 34.3 LT mencionado, relativo a la prohibición de imponer itinerarios o ubicaciones concretas, resulta contrario al principio de proporcionalidad, porque es una prohibición innecesaria para alcanzar el objetivo de hacer efectivo el derecho de ocupación de los operadores, y produce un vaciamiento de la competencia de la Generalitat en materia de ordenación territorial y de urbanismo (art. 149.1 y .5 EAC).

Para valorar este argumento, el escrito del Gobierno pone de relieve que la actual regulación de los límites de la normativa o de los planes elaborados por las administraciones públicas, que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, recoge en buena parte la contenida en el artículo 29.1, segundo párrafo, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre,

general de telecomunicaciones. Ahora bien, el artículo 34.3 LT ha añadido a la prohibición precedente de las restricciones absolutas y desproporcionadas, la más específica que impide «imponer [...] itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas». Dentro de la economía del precepto, esta prohibición adicional de una previsión normativa o planificadora que fije itinerarios o ubicaciones determinadas para la instalación de las infraestructuras de red, impide la aplicación del principio de proporcionalidad que deriva de la norma.

En efecto, ha de partirse de la premisa, fijada en la doctrina constitucional, de que el derecho de ocupación de los operadores no es absoluto ni incondicionado y que «las Comunidades Autónomas pueden imponer límites al derecho de ocupación del dominio público y de la propiedad privada que los operadores tienen reconocido en la legislación estatal de telecomunicaciones, siempre que sea necesario para preservar los intereses públicos que tienen encomendados, entre ellos los medioambientales, paisajísticos y urbanísticos» (STC 8/2012, FJ 7).

De acuerdo con el artículo 34.2, segundo párrafo LT, que ahora se dictamina, esta regulación autonómica, por una parte, no puede establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación y, de la otra, tampoco puede imponer itinerarios o ubicaciones determinadas donde instalar infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas.

Respecto de esta segunda constricción que prevé la Ley que dictaminamos, hay que recordar que las comunidades autónomas, en ejercicio de sus competencias, tienen que poder regular y decidir sobre la localización de las infraestructuras de las comunicaciones, siempre que no impidan la efectividad del ejercicio del derecho de ocupación de los operadores. En este sentido, la prohibición de que la normativa autonómica o local no pueda fijar itinerarios o ubicaciones determinadas en el despliegue de las redes públicas

de comunicaciones electrónicas es claramente excesiva, ya que la determinación concreta de estos itinerarios o ubicaciones no tiene porqué constituir una restricción desproporcionada ni absoluta que impida el ejercicio del derecho de ocupación. Dicho de otra manera, corresponde a las comunidades autónomas establecer como se ejerce el derecho de ocupación en su ámbito territorial, con el límite de que esta regulación no lo puede restringir de manera absoluta o desproporcionada. El artículo 34.3 LT, en el inciso que estamos examinando, limita, pues, injustificadamente las competencias de la Generalitat al impedir que se pueda regular la forma de ejercicio del derecho de ocupación con el fin de preservar los intereses públicos en materia de ordenación territorial y urbanística, mediante el establecimiento de itinerarios concretos y ubicaciones determinadas.

En vista de lo anterior, la previsión del artículo 34.3 LT, segundo párrafo, en la parte «que» prohíbe «imponer [...] itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas» vulnera las competencias de la Generalitat en materia de ordenación territorial y de urbanismo y es contraria a los artículos 149.1 y .5 EAC.

B) El artículo 34.5 LT establece como regla general que los operadores deben usar las canalizaciones subterráneas o en el interior de las edificaciones con el fin de desplegar y explotar las redes públicas de comunicaciones electrónicas. Se prevén, sin embargo, dos excepciones a esta regla en los casos en que no existan canalizaciones o éstas no puedan utilizarse por razones técnicas o económicas: en primer lugar, se podrán efectuar despliegues aéreos siguiendo los ya existentes, y, en segundo lugar, el despliegue de cables y equipos se podrá llevar a cabo por fachadas, si bien, en este supuesto, se tendrán que seguir, «en la medida del posible», los despliegues, canalizaciones, instalaciones y equipos ya instalados.

El escrito del Gobierno considera que esta regulación vulnera las competencias autonómicas en materia de urbanismo porque las infraestructuras de las telecomunicaciones constituyen servicios urbanísticos que están sometidos a las determinaciones del planeamiento urbanístico y de los instrumentos establecidos para su ejecución, a los que les corresponde «precisar las condiciones técnicas que tienen que cumplir los servicios urbanos». En más, se pone de manifiesto en el escrito, que el despliegue de cables aéreos y por fachadas incide negativamente en la imagen urbana, que es también un ámbito propio de la competencia urbanística.

La regulación contenida en el artículo 34.5 LT pretende asegurar un alto nivel de efectividad del derecho de ocupación de los operadores al exonerarles del deber de construir canalizaciones subterráneas, si éstas no existen previamente, e impidiendo que se les obligue a utilizar las ya existentes, si su uso no resulta posible «por razones técnicas o económicas». Como alternativa, les habilita para efectuar el despliegue de las redes públicas de comunicaciones bien ocupando el vuelo del dominio público, cuando ya haya despliegues aéreos, o bien por fachadas, tanto si existen canalizaciones o instalaciones previas como si no.

Ha de poner de manifiesto, de entrada, que la regulación del señalamiento y la localización de las infraestructuras de comunicaciones electrónicas es una materia propia del planeamiento y, por lo tanto, se encuadra en la competencia de urbanismo (STC 61/1997, FJ 6.a). Así, en el ámbito de la normativa urbanística catalana, el artículo 58.2 del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, establece que entre las determinaciones que debe contener el plan de ordenación urbanística, respecto del suelo urbano, está regular «el uso del subsuelo [...] para hacer factibles la prestación de los servicios y la implantación de las infraestructuras necesarias para la colectividad [...]». Entre los planes especiales urbanísticos, los planes de

mejora urbana, en relación con el suelo urbano consolidado, tienen por objeto, entre otros extremos, «regular la composición volumétrica y de fachadas».

Por ello, el legislador estatal no puede configurar el derecho de ocupación de los operadores del dominio público y privado como absoluto e incondicionado ni obviar las competencias que corresponden a las comunidades autónomas en materias como la ordenación territorial y el urbanismo, como ha subrayado la STC 8/2012 (FJ 8).

Por el contrario, el artículo 34.5 LT, en cambio, permite a los operadores el despliegue aéreo o por fachadas siempre que no haya previamente canalizaciones o su uso no resulte posible por razones técnicas o económicas. De esta manera, el despliegue por parte de los operadores de las redes de comunicaciones electrónicas limita en todo caso la competencia de las administraciones correspondientes de ordenar los emplazamientos de los cables, instalaciones y equipos con la finalidad de proteger los intereses territoriales y urbanísticos que tienen encomendados. En definitiva, nos encontramos ante una regulación de detalle que se proyecta sobre aspectos claramente urbanísticos como es decidir la localización y la ubicación en la trama urbana de las infraestructuras de comunicaciones.

El artículo 34.6 LT, por su parte, también refleja este carácter limitativo de la competencia de urbanismo, consecuencia del derecho de los operadores a efectuar despliegues aéreos o por fachadas de las redes públicas de comunicaciones electrónicas. Este precepto prevé que los operadores puedan elaborar un plan de despliegue que se presente para su aprobación ante la administración correspondiente. La aprobación del plan exime al operador de la obligación de solicitar licencias y autorizaciones previas para las diferentes operaciones que comporte el despliegue de la red. El tercer párrafo del artículo mencionado habilita a los operadores a incluir en el plan las

previsiones sobre despliegues aéreos o por fachadas. Estas previsiones están amparadas por el derecho configurado en el artículo 34.5 LT, de manera que la administración ve limitada su propia esfera de decisión sobre la ubicación de los despliegues de redes porque está vinculada por el derecho otorgado a los operadores de efectuar estos tipos de despliegues no subterráneos.

En vista de lo anterior, el artículo 34.5 LT y el artículo 34.6, tercer párrafo, LT, que disponen que el plan de despliegue o de instalación del operador ha de prever los supuestos de despliegue aéreo o por fachadas, vulneran las competencias de la Generalitat en materia de ordenación territorial y de urbanismo (art. 149.1 y .5 EAC).

Finalmente, en este mismo apartado, por razón de su conexión temática, hay que analizar el artículo 45.4 LT. Este precepto forma parte del capítulo IV, del título III, relativo a las infraestructuras comunes y las redes de comunicaciones electrónicas en los edificios. En concreto, el mencionado apartado 4, regula la instalación por parte de los operadores de los tramos finales de las redes en los edificios, fincas y conjuntos inmobiliarios acogidos al régimen de propiedad horizontal. En el párrafo segundo, *in fine*, se dice que «[e]n los casos en que no sea posible llevar a cabo la instalación en el interior de la edificación o finca por razones técnicas o económicas, la instalación podrá realizarse utilizando las fachadas de las edificaciones». De nuevo, el legislador estatal habilita a los operadores de comunicaciones electrónicas a utilizar las fachadas para la instalación de las redes, obviando las determinaciones que hayan podido realizar las administraciones competentes sobre el uso de este elemento arquitectónico. Esta preferencia general e incondicionada también vulnera, por las mismas razones expuestas anteriormente, las competencias de la Generalitat reconocidas en los apartados 1 y 5 del artículo 149 EAC.

En conclusión, los artículos 34.5, 34.6, tercer párrafo, y 45.4, segundo párrafo, *in fine*, vulneran las competencias de la Generalitat en materia de ordenación territorial y de urbanismo y son contrarios a los artículos 149.1 y .5 EAC.

C) Como hemos avanzado, el solicitante pide también nuestra opinión consultiva respecto del apartado 4 del artículo 35 LT. En el fundamento jurídico primero ya hemos hecho mención a este artículo que, según indica su título, pretende regular mecanismos de colaboración entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y las administraciones públicas para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas.

El escrito del Gobierno cuestiona la previsión del mencionado apartado 4 y la compara con mecanismos equivalentes que están presentes en la disposición adicional décima de la Ley del suelo (Texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio) y en el artículo 190 de la Ley de urbanismo de Cataluña (Texto refundido aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto) que permiten la decisión última del Estado cuando concurren razones de urgencia o de excepcional interés público, mientras que en este caso la decisión estatal «se hace derivar del hecho de que la instalación y el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas se declaran «ope legis» obras de interés general». A este argumento añade que el artículo 35.4 LT no establece ningún «procedimiento a fin de que las administraciones con competencias concurrentes negocien la forma de garantizar las respectivas competencias [...] tal como requiere la jurisprudencia constitucional».

Antes de examinar con más detalle el contenido del cuestionado apartado 4, deberíamos que situarlo en el contexto más general de lo regulado en el artículo 35 LT.

Su apartado 1 encabeza la declaración general de que la Administración estatal (el Ministerio de Industria, Energía y Turismo) y las administraciones públicas tienen el deber de información recíproca y de colaboración mutuas en el ejercicio de sus actuaciones de regulación que puedan afectar a las telecomunicaciones, que se articularán por medio de los mecanismos que la propia norma establece, que pueden complementarse con acuerdos de coordinación y de cooperación.

Los apartados 2 y 3 prevén la intervención del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas. A modo de resumen, podemos decir que esta intervención consiste en la emisión de un primer informe preceptivo de carácter vinculante sobre la adecuación de dichos instrumentos a la normativa sectorial de telecomunicaciones y sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, como también en la posibilidad de solicitar un segundo informe de la misma naturaleza y objeto, en caso de que el primero sea desfavorable. En cuanto a los efectos de los informes bastará también con señalar que, tanto si no se solicita el primero como si alguno de los dos es desfavorable, no podrá aprobarse el instrumento de planificación territorial o urbanística correspondiente con respecto al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones. Finalmente, se remite al Ministro el establecimiento, mediante una orden del procedimiento de solicitud de los informes indicados.

Llegados a este punto, pues, hay que determinar cuál es el contenido y la finalidad de la regulación del apartado 4 del artículo 35, objeto de nuestro Dictamen. Su párrafo primero parte de la declaración efectuada en el artículo 34.2 LT, según la cual la instalación y el despliegue de las redes de comunicación electrónica constituyen «obras de interés general», y establece

que todas las administraciones tienen la obligación de facilitar el despliegue de las infraestructuras de estas redes en su ámbito territorial, y reitera, una vez más, la necesidad de que dichas administraciones, en el ejercicio de sus actuaciones y competencias, den cumplimiento a los deberes de información recíproca, colaboración y cooperación mutuas.

El segundo párrafo establece un mecanismo con el fin de resolver los casos en que no haya acuerdo entre las administraciones públicas. En este sentido, a pesar de que el texto de la norma no sea suficientemente explícito, una interpretación sistemática de su contenido y su ubicación en el conjunto del artículo 35 nos permite deducir que este «defecto de acuerdo» haría referencia al resultado del anteriormente expuesto procedimiento de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística (apdo. 1 a 3). En especial, el desacuerdo con el que puede finalizar, en relación con la ubicación o el itinerario concreto de una infraestructura de red de comunicaciones electrónicas y su previsión en el correspondiente instrumento de planeamiento. En otras palabras, cuando no haya avenencia en esta cuestión entre lo que determina el informe vinculante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y la administración pública competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

En estos supuestos, dado que no se ha podido aprobar el correspondiente instrumento de planificación con respecto al aspecto controvertido, el artículo 35.4 LT dispone que el Consejo de Ministros puede autorizar la ubicación o el itinerario concreto de la infraestructura de red de comunicaciones electrónicas, siempre que quede plenamente justificada la necesidad de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial afectado y que se cumplan los parámetros y los requerimientos técnicos esenciales. Como consecuencia de esta autorización, la administración competente estará obligada a incorporar en los respectivos instrumentos de

ordenación las rectificaciones que sean imprescindibles para acomodar sus determinaciones a la decisión de dicho órgano estatal.

A la vista de lo que se ha expuesto, resulta claro que la finalidad de la norma es otorgar al Consejo de Ministros, en todos los casos en que haya un conflicto o disentimiento entre las partes, la decisión final sobre la ubicación o el itinerario de una concreta infraestructura de red de comunicaciones electrónicas, tanto en el ámbito del planeamiento territorial como del planeamiento urbanístico. Por lo que ahora interesa, sin embargo, se puede constatar que, a pesar de la dicción literal del párrafo primero del artículo 35.4 LT, a esta decisión final no se llega, sin embargo, tras un procedimiento basado en el principio de colaboración mutua, sino después de una tramitación en el que el Ministerio, mediante informes vinculantes, impone, en última instancia, su criterio.

De esta manera, debemos deducir que si tras el procedimiento de los informes vinculantes previsto al artículo 35.2 LT no hay acuerdo sobre las determinaciones estatales que debería incluir el instrumento de planificación territorial o urbanística afectado, con relación a las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, la consecuencia es que este instrumento no puede aprobarse en la parte que es objeto de desavenencia.

Más concretamente, con relación a la decisión de los emplazamientos de las infraestructuras de las redes de comunicaciones electrónicas, que ahora nos ocupa, ya se ha dicho anteriormente, al examinar el artículo 34.3 LT, que corresponde adoptarla a las administraciones con competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo (art. 149.1.b y d y 149.5.c EAC). Y ello, entre otras razones, porque, como ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC 8/2012, FJ 8 y 9), la determinación de las ubicaciones o los itinerarios de aquellas infraestructuras facilita su inserción en un contexto

más general de ordenación del territorio y de planificación de sus usos y protección, permitiendo, además, conciliar y preservar los diversos intereses legítimos en juego, objeto de las competencias autonómicas (medioambientales, paisajísticos, urbanísticos, etc.).

La doctrina constitucional sobre la coincidencia en un mismo espacio físico de competencias referidas a distintas materias ha sido analizada previamente en el parámetro constitucional y estatutario de este Dictamen y con ocasión del examen del artículo 34. Sin perjuicio de una remisión con carácter general, es preciso recordar brevemente algunos criterios utilizados por el Tribunal Constitucional en los casos en que los instrumentos de ordenación territorial deberían tener en cuenta y aceptar las decisiones adoptadas por el Estado en ejercicio de sus competencias. Así, esta intervención del Estado tendría que venir precedida necesariamente por el ensayo y la realización de verdaderos mecanismos de colaboración y cooperación. Igualmente, no se puede entender en «términos incondicionados» y debería estar avalada por un ejercicio de las competencias estatales dentro de los límites que le son propios, sin constreñir la competencia autonómica más allá de lo necesario. Por otra parte, sería necesario analizar caso por caso de forma singularizada y decidir si concurren los presupuestos excepcionales de urgencia o de interés público que justificaran apartarse de la planificación territorial o urbanística establecida o que quiera establecer la administración competente.

Así, el Tribunal Constitucional, con ocasión del pronunciamiento sobre el mecanismo de informe vinculante previsto en el artículo 10 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, recuerda que «tales sugerencias vinculantes no implican la asunción de competencias urbanísticas por el Ministerio, sino la determinación de criterios flexibles que, sin imponer soluciones urbanísticas concretas, tienen que ser atendidos por la autoridad urbanística competente en el planeamiento para que no quede afectada la

carretera objeto de la competencia estatal» (STC 65/1998, de 18 de marzo, FJ 14).

Y en la STC 46/2007 ya citada anteriormente declara contrario al orden de competencias el carácter vinculante del informe previsto en la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las directrices de ordenación territorial de las Illes Balears y de medidas tributarias porque «excede del marco competencial, así como del ámbito de colaboración y cooperación interadministrativa [...], pues el informe de la Comunidad Autónoma se configura no sólo como preceptivo sino, además, como vinculante para el Estado, lo que supone en última instancia la imposición unilateral del criterio autonómico en un ámbito de decisión materialmente compartido por proyectarse sobre un mismo espacio físico», además de no «asegurar la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico e imponer la subordinación de unos a otros.» (FJ 10).

Por lo tanto, aunque el Tribunal Constitucional ha admitido en alguna ocasión el informe vinculante como medio de colaboración, el artículo 35.2 LT no recoge los requisitos exigidos por su doctrina. Y ello porque los trámites que prevé actúan, más bien, como un medio de control de una parte sobre la otra, desplazando la correlativa competencia de las comunidades autónomas y desapoderándolas de su capacidad de decisión, que se traslada al autor del informe.

Es cierto que en el caso que ahora se dictamina, la Ley 9/2014 considera que las infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas son determinaciones estructurantes de los instrumentos de planificación urbanística y que la instalación y despliegue de estas redes tienen la consideración de «obras de interés general» (art. 34.2 LT). Pero esta categorización general, que se efectúa indiscriminadamente y que no distingue la importancia de la infraestructura, no se corresponde en ningún

caso con la materia competencial prevista en el artículo 149.1.24 CE, entre otros, porque, en el caso que nos ocupa, no tienen tratarse de obras públicas de titularidad estatal ni afectar al territorio de más de una comunidad autónoma. No implica, por lo tanto, una naturaleza especial que habilite la intervención del Estado, más allá de lo que corresponde según la distribución competencial en la materia.

En este mismo sentido, ya desde un inicio, se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional, recordando que «la persecución del “interés general” que representa el Estado “se ha de materializar ‘a través de’ no ‘a pesar de’ los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución”» (STC 75/1989, de 21 de abril, FJ 2). Por lo tanto, aunque el Estado considere que el interés general requiere una determinada actuación, no está autorizado a invadir competencias ajenas, sino que debe desarrollar su actividad respetando las competencias que la Constitución, que se entiende que también ha valorado el interés general, ha reservado a otros entes territoriales (STC 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 3).

La afirmación anterior no obsta para que en supuestos excepcionales, por su importancia, debidamente justificados y, siempre como a última *ratio*, el Estado pueda hacer prevalecer su criterio sobre la ubicación o el itinerario de una concreta infraestructura de red de comunicaciones electrónicas, tras el correspondiente procedimiento de colaboración y cooperación mutuas que, entre otras cosas, permita ponderar adecuadamente los intereses en juego. Y este no es el caso del precepto que ahora se dictamina que, como solución de todos los conflictos ordinarios que se susciten sobre los emplazamientos de dichas infraestructuras, atribuye a la Administración del Estado una competencia que corresponde a las comunidades autónomas, mediante un informe vinculante y sin una gradación de la importancia de la infraestructura o de los supuestos afectados. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha destacado el estrecho vínculo que existe entre el principio de lealtad

constitucional y el principio de colaboración, lo cual comporta que el Estado haya de extremar el celo para llegar a acuerdos con las otras administraciones competentes (STC 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 6 y 8).

Se produce, pues, un uso ilegítimo y expansivo de la competencia estatal sobre telecomunicaciones, más allá de los límites que le son propios, que no puede fundamentar la prevalencia de la decisión del Consejo de Ministros prevista en el artículo 35.4 LT.

Por las razones expuestas, el segundo párrafo del artículo 35.4 LT vulnera las competencias de la Generalitat en materia de ordenación territorial y de urbanismos y es contrario al artículo 149.1 y .5 EAC.

D) La petición del Gobierno hace referencia también al apartado 7 del artículo 35 LT, que atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo la competencia para aprobar recomendaciones para la elaboración de las normas o los instrumentos de planificación territorial o urbanística por parte de las administraciones públicas competentes. Estas recomendaciones pueden llegar a contener, incluso, modelos de ordenanzas municipales, que se elaboran conjuntamente con la asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación. En el caso de los municipios, la adopción de las recomendaciones permite sustituir el informe preceptivo y vinculante, que tal como dispone el artículo 35.2 LT debe emitir el mencionado Ministerio, por una declaración responsable del alcalde sobre el cumplimiento de éstas.

El escrito del Gobierno critica la norma porque considera que no se trata de meras recomendaciones, ya que su seguimiento puede sustituir el informe preceptivo al que ha de someterse el instrumento de planificación, cuando resulta que el Estado no tiene título competencial para fijar directrices sobre la elaboración del planeamiento territorial o urbanístico, que es competencia exclusiva de la Generalitat (art. 149.1.b y 149.5.c EAC).

Se puede decir, pues, que con estas recomendaciones se pretende anticipar una serie de criterios generales aplicables a todos los supuestos de aprobación, modificación o revisión del planeamiento territorial y urbanístico, en aquello que afecte al cumplimiento de la Ley 9/2014, la normativa sectorial en materia de telecomunicaciones y las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

En el caso de los municipios, estos pueden sustituir, además, la preceptiva emisión, particularizada y para un determinado ámbito territorial, de un informe vinculante (art. 35.2 LT), con la condición, sin embargo, de que pueden escoger entre las recomendaciones *ex ante* o el informe *ex post*.

Con todo, la formulación por parte del Ministerio de estas recomendaciones y modelos de ordenanzas constituye una clara intervención del Estado en la dimensión normativa que es competencia exclusiva de la Generalitat en materia de ordenación del territorio y de urbanismo, concretamente, en el establecimiento y la regulación de los instrumentos de planeamiento territorial y de planeamiento y gestión urbanística, y también de su procedimiento de tramitación y aprobación (art. 149.1.b y .5.c EAC).

De hecho, resulta claro que estas recomendaciones de la Administración estatal tienen una vocación de generalidad y homogeneización que, en la práctica, condicionarán la forma y el contenido de los instrumentos de planificación sobre la ubicación y itinerario de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, principalmente de los de ordenación urbanística, en la medida en que los ayuntamientos no quieran someterse individual y preceptivamente al referido informe vinculante.

En este sentido, hay que recordar que es competencia exclusiva de la Generalitat la regulación de las figuras del planeamiento urbanístico y su

contenido y que el Estado no puede establecer directrices en esta materia, haciendo un uso expansivo de lo que le permite el artículo 149.1.21 CE. Y se llega a esta conclusión, aunque las recomendaciones no tengan carácter vinculante, de forma parecida a lo que ha argumentado el Tribunal Constitucional para los supuestos en que el Estado ha dictado normas con carácter supletorio en ámbitos reservados por la Constitución y el Estatuto a las comunidades autónomas, como el urbanismo, a pesar de haber alegado otros títulos competenciales que inciden en la materia (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 12.c).

Así, el artículo 35.7 LT vulnera las competencias de la Generalitat en materia de ordenación territorial y de urbanismo y es contrario al artículo 149.1 y .5 EAC.

Tercero. El marco constitucional y estatutario de competencias en relación con la protección activa del dominio público radioeléctrico y su aplicación a los preceptos solicitados

En este último fundamento jurídico analizaremos la adecuación de los artículos 65 y 69.j.6 LT al parámetro constitucional y estatutario que deriva de la doctrina constitucional para distinguir entre la materia de telecomunicaciones y la de medios de comunicación social, sometidas a diferentes reglas competenciales, y en concreto su proyección a la actividad de «protección activa» del dominio público radioeléctrico. Para finalizar, haremos referencia también a las dudas que suscitan los artículos 73 y 74 LT.

El artículo 65 LT, siguiendo lo que prevé el artículo 60.4.c LT sobre las funciones de control en la administración del dominio público radioeléctrico, atribuye a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad

de la Información la posibilidad de «efectuar, en cualquier momento, una protección activa del dominio público radioeléctrico, mediante la realización de emisiones sin contenidos sustantivos en aquellas frecuencias y canales radioeléctricos» que estén siendo utilizados sin haber obtenido el título habilitante, en el ámbito territorial correspondiente. Se trata de una potestad que consistiría en la aplicación del mecanismo conocido por los profesionales del sector como «el pitido», que impide emitir cuando no carece del derecho para hacerlo y que, según el apartado 1 del artículo 65, puede efectuar el Estado «en cualquier momento», sin perjuicio de las actuaciones inspectoras y sancionadoras que se puedan llevar a cabo por el uso del dominio público radioeléctrico sin disponer de título habilitante, por la producción de interferencias perjudiciales o por la comisión de cualquier otra infracción tipificada en los artículos 74 y siguientes de la Ley 9/2014 (apdo. 1). A continuación, la norma habilita a un reglamento para fijar el procedimiento para el ejercicio de esta protección activa, de acuerdo con las reglas que se establecen, entre las que destaca la garantía de la celebración de un trámite de audiencia previa a la persona, física o jurídica, que efectúa la ocupación (apdo. 2).

En consonancia con lo anterior, el artículo 69.j.6 LT asigna al Ministerio de Industria, Energía y Turismo la función de protección del dominio público radioeléctrico, que incluye, entre otras actuaciones, la anteriormente mencionada posibilidad de llevar a cabo emisiones en las frecuencias y canales radioeléctricos cuyos derechos de uso, en el ámbito territorial correspondiente, no se hayan otorgado.

Se cuestionan también, por conexión, el artículo 73 LT, relativo a las facultades de inspección en materia de telecomunicaciones, y el artículo 74 LT, sobre la responsabilidad administrativa por las infracciones en el ámbito de las telecomunicaciones.

El escrito del Gobierno considera que la regulación mencionada atribuye en exclusiva a la Administración estatal la actuación de la protección activa «sin prever la posibilidad de que corresponda también a otras administraciones en ejercicio de sus competencias», razón por la cual la mencionada atribución «comporta que la Generalitat de Cataluña, en el ejercicio de sus facultades de inspección, control y sanción sobre los prestadores de servicios audiovisuales, pueda llevar a cabo actuaciones de protección activa del espectro ante actuaciones de prestadores de servicios de comunicación audiovisual que incumplen las condiciones técnicas de prestación del servicio o que actúan sin título habilitante». Para fundamentar su posición cita la doctrina de la STC 5/2012, de 17 de enero (FJ 5), considerando que reconoce que las facultades de inspección y sanción de los prestadores de los servicios audiovisuales que operan sin título habilitante son accesorias de las facultades audiovisuales y corresponden a la Generalitat.

En el ámbito de las comunicaciones audiovisuales, el artículo 56 de la Ley del Estado 7/2010, de 31 de marzo, atribuye a las comunidades autónomas las competencias de supervisión, control y protección activa para garantizar el cumplimiento de esta Ley y, en su caso, la potestad sancionadora en relación con los servicios de comunicación audiovisual cuyo ámbito de cobertura, sea cual sea el medio empleado, no sobrepase los ámbitos territoriales respectivos.

Por su parte, hay que señalar que el artículo 111. j de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña, según la redacción dada por el artículo 7 de la Ley 2/2012, de 22 de febrero, atribuye al Gobierno «las potestades de inspección, control y sanción en los aspectos técnicos de la prestación de servicios de comunicación audiovisual y en la prestación de estos servicios sin el título habilitante [...]» de manera que, «[e]n ejercicio de estas potestades, puede tomar medidas de protección activa del espectro, de acuerdo con la normativa vigente».

Como hemos indicado en el fundamento jurídico primero, este artículo 7 de la Ley 2/2012, entre otros, ha sido impugnado por el presidente del Gobierno del Estado mediante la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad, y está pendiente del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En este sentido, conviene hacer mención del ATC 60/2013, de 26 de febrero, que, tras analizar si las medidas de protección activa que pudiera adoptar a la Generalitat pueden comportar o no un perjuicio para el interés general y situaciones de hecho irreversibles, levanta la suspensión del precepto. Por una parte, porque el Tribunal considera que la protección activa es una facultad que complementa las potestades de inspección, control y sanción de los aspectos técnicos de la prestación de servicios de comunicación audiovisual, como también de la prestación de dichos servicios sin título habilitante. Y, de la otra, en la medida que la protección activa que pueda ejercer la Generalitat sobre el espacio radioeléctrico no es susceptible, de forma inmediata o automática, de obstruir el ejercicio el Estado de sus competencias de planificación y gestión en esta materia. Por último, entiende que la atribución normativa de esta facultad de control a la Generalitat no predetermina el instrumento técnico que se utilizará ni la manera en que se realice (FJ 5. b).

En cuanto a la delimitación del alcance de los títulos competenciales en materia de telecomunicaciones, y de medios de comunicación social, existe una jurisprudencia constitucional consolidada, cuyas líneas generales se han expuesto en el fundamento jurídico anterior. Hay que recordar, sin embargo, que la competencia en telecomunicaciones recae sobre la actividad centrada en el transporte de señales mediante la utilización del espectro radioeléctrico mientras que los medios de comunicación social y los servicios audiovisuales consisten en contenidos informativos, culturales o de ocio. El Tribunal Constitucional ha mantenido esta «regla de deslinde» de los títulos ex artículo 149.1.21 y 149.1.27 CE, desde la temprana STC 26/1982, de 24 de

mayo (FJ 7), en sucesivos pronunciamientos (STC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4 y 244/1993, de 15 de julio, FJ 2).

En este sentido, la STC 5/2012, de 17 de enero, resume diversas sentencias previas y diferencia entre los «aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven —las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas-,» que forman parte de la competencia estatal exclusiva «telecomunicaciones» (art. 149.1.21 CE), para ordenar el dominio público radioeléctrico y los servicios audiovisuales que se prestan, que se encuadran en la materia «medios de comunicación social» (art. 149.1.27 CE) y se corresponden con una competencia compartida (bases/desarrollo).

Siguiendo este criterio, ha destacado que ambos títulos competenciales se limitan entre sí, de manera que ha de evitarse que puedan vaciarse mutuamente. Hay que advertir, sin embargo, que esta misma jurisprudencia también ha señalado el carácter más expansivo de la competencia sobre telecomunicaciones, y es por esta razón que el propio Tribunal ha dicho que se ha de interpretar restrictivamente con el fin de «impedir una injustificable exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión» (STC 5/2012, FJ 5). De igual manera, ha destacado la necesidad de integrar ambas competencias mediante las fórmulas de cooperación que, en cada caso, resulten más adecuadas, como el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos o la creación de órganos de composición mixta (STC 8/2012, FJ 3).

De acuerdo con esta delimitación competencial, al Estado le corresponde la totalidad de las competencias normativas en la materia de telecomunicaciones, así como «las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario» (STC 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 6). Más concretamente, el Tribunal Constitucional ha

afirmado que «[e]n virtud de sus competencias exclusivas en la materia (art. 149.1.21 CE), tenemos dicho que corresponde al Estado la administración, gestión, planificación y control del espectro radioeléctrico, lo que incluye el establecimiento de las condiciones para el uso del mismo, así como funciones de inspección y comprobación técnica (por todas, STC 8/2012, de 18 de enero, FJ 6)» (STC 72/2014, FJ 11).

A las comunidades autónomas, en cambio, les corresponde ejercer las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en relación con los medios de comunicación social, de forma que es autonómica la competencia para el otorgamiento de los títulos habilitantes para prestar servicios de comunicación audiovisual de ámbito comunitario, así como «las facultades, accesorias de aquélla principal, de inspección y control de emisiones clandestinas, precintado de los equipos y, en su caso, sanción» (STC 278/1993, de 23 de septiembre, FJ 2). Así, sobre el carácter accesorio o adjetivo de estas facultades respecto de la competencia principal para otorgar los títulos habilitantes correspondientes, la STC 5/2012, de 17 de enero, recuerda que prevalece la naturaleza de un servicio de difusión y comunicación audiovisual autorizado por la comunidad autónoma respecto del soporte o medio técnico de la emisión o la red de radiocomunicación de que se sirve, e insiste en que:

«[...] debe ser la competencia sobre el otorgamiento de la concesión y no la atribución de frecuencias y potencias, el punto de referencia que determine la titularidad de la competencia para la inspección y, en su caso, imposición de sanciones o para la adopción de medidas provisionales como puede ser el precintado de las instalaciones.» (FJ 5)

Precisamente, este carácter de mutua limitación que caracteriza la relación entre la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones y la compartida de la Generalitat en materia audiovisual, es lo que hace que sea

insuficiente la declaración del artículo 1.2 LT de exclusión de la materia de comunicación audiovisual del ámbito de aplicación de la Ley dictaminada. De esta forma, con el fin de determinar si opera o no la mencionada exclusión, hay que establecer previamente el ámbito material en que se ubica la norma cuestionada, de acuerdo con su contenido y finalidad.

Como hemos señalado, los artículos 65 y 69.j.6 LT sitúan la protección activa del dominio público radioeléctrico respecto de los usos de frecuencias y canales, cuyos títulos habilitantes no se hayan otorgado, en el ámbito de las telecomunicaciones y, por este motivo, reconocen a la Administración estatal la posibilidad de ejercerla «en cualquier momento».

En cuanto a esta atribución competencial al Estado, ha de ponerse de relieve que el aspecto que se cuestiona por parte del Gobierno es la incidencia del ejercicio de esta potestad sobre aquellas emisiones radiofónicas o televisivas que no superen el ámbito territorial de Cataluña y que se realicen sin haber obtenido la correspondiente licencia otorgada por la Generalitat.

Resulta claro que estas emisiones sin título habilitante constituyen una perturbación del ejercicio de la competencia de la Generalitat para la gestión y la organización del servicio de comunicaciones audiovisuales. En esta hipótesis, la protección activa del espectro radioeléctrico constituiría un instrumento no sólo idóneo sino necesario para el restablecimiento de la legalidad y la defensa de la competencia principal sobre el otorgamiento de las licencias.

Así pues, en la medida que la protección activa consiste en una potestad de control de naturaleza ejecutiva, que tiene carácter accesorio de la competencia sustantiva o principal, que es la vinculada al otorgamiento de los títulos habilitantes para prestar servicios audiovisuales o a su ausencia, corresponde a las comunidades autónomas (STC 5/2012, FJ 5). Y ello sin

perjuicio de la protección activa que pueda corresponder al Estado sobre los aspectos técnicos pertenecientes a la regulación del soporte o instrumento del que se sirven la radio y la televisión. De acuerdo con lo anterior, resulta oportuno indicar que la gestión estatal del espacio radioeléctrico es algo diferente de la gestión autonómica del servicio público que, posteriormente, se prestará ocupándolo, y que requiere la adopción de medidas de control sobre ese mismo espacio.

En este sentido, podríamos entender que el artículo 65.1 LT le atribuye esta facultad de control de forma potestativa, sin excluir expresamente la que pueda corresponder, con diferente objeto y finalidad, a las comunidades autónomas. De igual manera, las actuaciones inspectoras y sancionadoras a que hace referencia el propio precepto, que derivan de las responsabilidades en que se haya podido incurrir por el uso del dominio público radioeléctrico sin título habilitante (desarrolladas posteriormente por los artículos 73 y 74, también cuestionados), han de entenderse, como después argumentaremos, sin perjuicio de las que corresponden a las comunidades autónomas como titulares de la competencia principal para otorgar el título habilitante y, por lo tanto, para controlar también la emisión en ausencia de éste.

Puede suceder, pues, que sobre una parte coincidente del espacio radioeléctrico, el Estado y las comunidades autónomas ejerzan las respectivas competencias ejecutivas de control de las emisoras sin título habilitante mediante la misma técnica instrumental (emisión sin contenidos sustantivos), si bien con objetivos diferentes. Y que, por lo tanto, cuando se produzca esta situación de concurrencia competencial, se requiera la articulación de los correspondientes mecanismos de colaboración.

Dicho esto, a partir de las consideraciones expuestas, podemos concluir que los artículos 65 y 69.j.6 LT, si se interpretan en el sentido de que no excluyen el ejercicio por parte de las comunidades autónomas de la

protección activa de las emisiones sin título habilitante en el espacio radioeléctrico de su ámbito territorial, no vulneran las competencias de la Generalitat previstas al artículo 146 EAC.

Con respecto a los artículos 73 y 74 LT, el Gobierno de la Generalitat considera que la inclusión de actuaciones de los operadores de medios de comunicación audiovisual dentro de las facultades estatales de inspección y de delimitación de responsabilidad por la comisión de infracciones en materia de telecomunicaciones también vulnera las competencias de la Generalitat en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual.

Sobre esta cuestión, tenemos que dar por reproducidos los razonamientos que acabamos de utilizar para concluir que los artículos 65 y 69.j.6 LT son constitucionales si se interpretan en el sentido de que su formulación no excluye el ejercicio de la protección activa por parte de la Generalitat de Cataluña. Efectivamente, los artículos 73 y 74 LT, en la medida en que no distinguen entre los tipos de operadores y los servicios que prestan, contienen una serie de facultades que pueden derivar de la previa tramitación de un procedimiento para el ejercicio de la protección activa del dominio público radioeléctrico, como ahora la inspección y las sanciones para depurar las responsabilidades en que se haya podido incurrir por la prestación de servicios de comunicación audiovisual sin título habilitante. Por lo tanto, podrían habilitar a la Administración del Estado para ejercer facultades de supervisión y control en relación con los servicios de comunicación audiovisual cuyo espacio de cobertura no rebase el ámbito territorial de Cataluña que, de acuerdo con el artículo 146.1 EAC corresponden a la Generalitat, tal como ya prevé el artículo 132 de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña.

En consecuencia, entendemos que los artículos 73 y 74 LT no vulneran el artículo 146 EAC, si se interpretan en el sentido de que no incluyen las

facultades de controlar, supervisar y sancionar los operadores de los servicios de comunicaciones audiovisuales que emiten en el espacio radioeléctrico de Cataluña sin título habilitante.

Vistos los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos precedentes, formulamos las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. Los artículos 34.3, segundo párrafo, en el inciso que prohíbe «imponer [...] itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas»; 34.6, tercer párrafo; 35.4, segundo párrafo; 35.7; y 45.4, segundo párrafo, *in fine*, de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de telecomunicaciones, vulneran las competencias de la Generalitat en materia de ordenación del territorio y de urbanismo previstas en el artículo 149.1 y .5 EAC.

Adoptada por unanimidad.

Segunda. Los artículos 65; 69.j.6; 73; y 74 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de telecomunicaciones, interpretados en el sentido señalado en el fundamento jurídico tercero, no vulneran las competencias de la Generalitat sobre medios de comunicación social y servicios de contenido audiovisual previstas en el artículo 146 EAC.

Adoptada por unanimidad.

Este es nuestro Dictamen, que pronunciamos, emitimos y firmamos en el Palau Centelles en la fecha indicada en el encabezamiento.