



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión 11/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de marzo de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba el:

INFORME AL AYUNTAMIENTO DE SANT FELIU DE LLOBREGAT EN RELACIÓN CON LA APROBACIÓN PROVISIONAL DEL PLAN ESPECIAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE INFRAESTRUCTURAS DE RADIOCOMUNICACIÓN (RO 2007/59).

I. ANTECEDENTES.

Con fecha 8 de enero de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito del Secretario del Ayuntamiento de Sant Feliu manifestando que, en sesión ordinaria de 12 de diciembre de 2006, el Pleno de la Corporación acordó la aprobación inicial del Plan Especial sobre Infraestructuras de Radiocomunicación en el municipio de Sant Feliu de Llobregat (en adelante, "Plan Especial").

Posteriormente, con fecha 25 de enero de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito del Secretario del Ayuntamiento de Sant Feliu de Llobregat, mediante el que solicita que sea emitido por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el informe previsto en el artículo 83.5 del Texto Refundido de la Ley Catalana de Urbanismo aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, (en adelante, "Ley Catalana de Urbanismo").

Al escrito se adjuntan los siguientes documentos:

- a) Acta de los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local en sesión de 12 de diciembre de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Copia del Plan Especial en soporte informático.

Durante el periodo de información pública, tanto la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A. como la Dirección General de Calidad Ambiental del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña se pronunciaron en sentido favorable a las determinaciones del Plan Especial a los efectos de su aprobación provisional.

Finalmente, con fecha 12 de abril de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito del Secretario del Ayuntamiento de Sant Feliu, informando que, en sesión ordinaria de 27 de marzo de 2007, el Pleno de la Corporación acordó la aprobación provisional del citado Plan Especial a los efectos de su posterior aprobación definitiva por la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat de Cataluña de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77.1 e) de la Ley Catalana de Urbanismo.

II. OBJETO DEL INFORME.

El presente informe tiene por objeto el análisis, desde la perspectiva competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, del Plan Especial aprobado provisionalmente por el Pleno del Ayuntamiento de Sant Feliu de Llobregat.

El Ayuntamiento justifica su petición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.5 de la Ley Catalana de Urbanismo que dispone, en relación con la tramitación de los planes de ordenación urbanística municipal y de los planes urbanísticos derivados, lo siguiente:

“5. Simultáneamente al trámite de información pública de un plan de ordenación urbanística municipal o de un plan urbanístico derivado, hay que solicitar un informe a los organismos afectados por razón de sus competencias sectoriales”.

El informe al que se refiere el artículo 83.5 de la Ley Catalana de Urbanismo es el informe que han de recabar los órganos encargados de la redacción de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística de la Administración General del Estado sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, al amparo de lo establecido en el artículo 26.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel). Por lo tanto, de conformidad con los artículos 26.2 de la LGTel y 83.5 de la Ley Catalana de Urbanismo corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la elaboración de dicho informe.

No obstante lo anterior, el artículo 48.3.h) de la LGTel establece, como una de las funciones de esta Comisión, la de asesorar a las Corporaciones Locales a petición de los órganos competentes de cada una de ellas *“en relación con el ejercicio de las competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello y de conformidad con el citado artículo 48.3 h) de la LGTel, esta Comisión, mediante el presente informe al proyecto de Plan Especial, asesora al Ayuntamiento de Sant Feliu en relación con lo dispuesto en la normativa de telecomunicaciones, y, en particular, con el ejercicio de las competencias propias de las Administraciones Públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones. Con tal fin, se recogen en este informe los comentarios técnicos y jurídicos que objeto de análisis sugiere a esta Comisión el proyecto de Plan Especial.

III. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE PLAN ESPECIAL SOBRE INFRAESTRUCTURAS DE RADIOCOMUNICACIÓN EN EL MUNICIPIO DE SANT FELIU DE LLOBREGAT.

El artículo 1 del Plan Especial remitido por el Ayuntamiento de Sant Feliu de Llobregat señala que éste tiene por objeto *“la ordenación de los emplazamientos de las instalaciones de radiocomunicación en el término municipal de Sant Feliu de Llobregat, complementar las determinaciones del Plan General metropolitano y establecer las determinaciones urbanísticas adecuadas que conjuguen el interés público de preservación del medio ambiente, integración de las instalaciones en el medio, salud de las personas, y de regulación de los lugares adecuados donde situar los emplazamientos con los intereses de prestación de servicio público inherentes al ejercicio de las actividades privadas que desarrollen los operadores de telecomunicación.”*

El ámbito territorial del Plan Especial de referencia es el municipio de Sant Feliu de Llobregat situado en la provincia de Barcelona.

El proyecto de Plan Especial consta de los siguientes apartados:

1. Memoria Informativa.
2. Memoria justificativa.
3. Normativa (contiene el concreto Proyecto de Plan Especial).
4. Anexos.
 - Anexo I. Cuadro Anexo de Emplazamientos y Áreas.
 - Anexo II. Estudio de las infraestructuras de radiocomunicación de Sant Feliu de Llobregat.
5. Planos de información y de ordenación.

La Memoria Informativa del Plan Especial señala que *“el crecimiento repentino y en ocasiones desordenado que durante los últimos años ha experimentado el sector de la radiocomunicación y especialmente el de la telefonía móvil, ha comportado la proliferación de antenas en el paisaje urbano y ha generado un nuevo tipo de sensibilización social que ha hecho evidente la necesidad de regulación de este sector desde diferentes ópticas. Básicamente la sensibilización social se ha producido por la preocupación ante los hipotéticos efectos nocivos para la salud de este tipo de instalaciones que muy a menudo se emplazan en zonas muy cercanas a viviendas, edificios de equipamientos y dotaciones.”* Y añade que *“la Administración Local, que por su proximidad al ciudadano es la primera en percibir dicha sensibilidad, se ve en la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesidad de darle respuesta, promoviendo el progreso tecnológico dentro de su ámbito de actuación.”

Igualmente, la Memoria Justificativa del Plan Especial manifiesta que “a pesar de la regulación sectorial sobre esta materia, y de la competencia exclusiva del Estado respecto a la materia de telecomunicaciones y uso del espacio radioeléctrico, lo cierto es que el conjunto de operadores en el despliegue concreto de sus infraestructuras están sometidos a las determinaciones de normas de otro tipo, como la normativa específica dictada por las administraciones públicas con competencias en medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional, ordenación urbana o territorial y tributación por la ocupación del dominio público; así pues, entre otras, las normas urbanísticas pueden establecer un conjunto de determinaciones que pueden afectar de alguna manera a este despliegue.”

El Plan Especial, instrumento de planeamiento que aprueba el Ayuntamiento de Sant Feliu de Llobregat, ha sido el medio utilizado para determinar aquellos ámbitos o instalaciones en los que, por motivos de medio ambiente, salud pública, u ordenación urbana y territorial, los operadores deberán compartir el dominio público o la propiedad privada, o bien las infraestructuras en que se vayan a apoyar las redes, según resulte necesario.

La jurisprudencia se ha hecho eco de estas consideraciones, señalando que las previsiones sobre ubicación de antenas son más propias de un instrumento de planeamiento, destacando, al respecto de estos instrumentos de planeamiento, que está previsto un mecanismo de coordinación de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones con la municipal o autonómica en materia de urbanismo.¹

Para la elaboración del proyecto de Plan Especial, se requirieron a diversos operadores habilitados para el establecimiento de redes públicas de comunicaciones electrónicas, que pudieran estar interesados en instalaciones radioeléctricas, la presentación de la documentación relativa a su red existente y su plan de implantación de instalaciones radioeléctricas. En concreto, se solicitó información a los Servicios Técnicos del Ayuntamiento y a los siguientes operadores:

Retevisión Móvil, S.A. (en la actualidad, France Telecom España, S.A.)
Telefónica Móviles España, S.A.
Airtel Móvil (en la actualidad, Vodafone España, S.A.)
Xfera Móviles, S.A.

La Memoria Justificativa deja claro que la pretensión del Plan Especial se concreta en realizar de forma ordenada la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, respetando las condiciones urbanísticas, sanitarias y medioambientales del municipio.

¹ Estos criterios se manifiestan en abundante Jurisprudencia, como la sentencia de TSJ de Murcia de 30 de enero de 2003 y en la Sentencia del TSJ de Cantabria de 17 de junio de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, se pretende por parte del Ayuntamiento que sea imperativo el principio de proporcionalidad de las medidas impuestas para preservar el interés público y la no discriminación entre operadores tratando de alcanzar el equilibrio entre la protección urbanística, medioambiental y salud de los ciudadanos con la prestación de servicios de telecomunicaciones por parte de los operadores.

La Memoria Justificativa destaca que los operadores han manifestado su interés en mantener los emplazamientos existentes así como nuevos emplazamientos para su posterior desarrollo. A este respecto, el Plan Especial ha recogido parcialmente estas solicitudes, manteniendo los emplazamientos existentes y previendo la posibilidad de situar nuevos emplazamientos aunque no necesariamente en los lugares que los operadores han identificado en sus propuestas por lo que se les concederán diferentes opciones para poder situarlos.

IV. OBSERVACIONES PARTICULARES AL ARTICULADO DEL PLAN ESPECIAL.

Bajo el epígrafe “Normativa”, el apartado 3 de la documentación remitida recoge el articulado concreto del Plan Especial, se subdivide en cuatro secciones, dos disposiciones transitorias, una disposición adicional y dos disposiciones finales.

La sección primera contiene las disposiciones generales: el objeto del plan especial, su ámbito de aplicación, la documentación que contiene, el régimen legal y la vinculación normativa en caso de que se resuelva aprobar una ordenanza municipal.

La sección segunda del proyecto de Plan Especial regula los emplazamientos, distinguiendo en función de la categoría del régimen del suelo, las áreas dónde localizar emplazamientos, distinguiéndolas en función de su grado de restricciones, la localización de emplazamientos concretos y el establecimiento de las áreas en las que la localización de emplazamientos no específicamente reconocidos se considera incompatible.

La sección tercera establece las reglas de minimización del impacto ambiental y visual de estas instalaciones.

La sección cuarta regula las disposiciones sobre emplazamientos e instalaciones compartidas por diversos operadores.

El Plan Especial prevé la situación transitoria de aquellas instalaciones preexistentes que se reconocen como emplazamientos, exigiendo la obtención de las pertinentes licencias en cuanto se haya aprobado definitivamente dicho Plan, teniendo en cuenta sus determinaciones.

Por otro lado, el Plan Especial prevé también un régimen transitorio respecto a las instalaciones preexistentes que no se reconocen como emplazamientos, estableciendo unos plazos para su reubicación, regulándose expresamente en las disposiciones transitorias como emplazamientos transitorios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IV.1. Marco normativo aplicable.

Según se ha indicado con anterioridad, el artículo 1 del proyecto de Plan Especial establece que el citado Plan Especial tiene por objeto *“la ordenación de los emplazamientos de las instalaciones de radiocomunicación en el término municipal de Sant Feliu de Llobregat, complementar las determinaciones del Plan General metropolitano y establecer las determinaciones urbanísticas adecuadas que conjuguen el interés público de preservación del medio ambiente, integración de las instalaciones en el medio, salud de las personas, y de regulación de los lugares adecuados donde situar los emplazamientos con los intereses de prestación de servicio público inherentes al ejercicio de las actividades privadas que desarrollen los operadores de telecomunicación.”*²

Una interpretación literal del citado artículo 1 del proyecto Plan Especial da a entender que el Ayuntamiento de Sant Feliu califica los servicios de telecomunicaciones como servicios públicos.

A este respecto, esta Comisión recuerda que de conformidad con el artículo 2 de la LGTel, las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. Igualmente, el artículo 5.1 de la LGTel dispone que la explotación de redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en dicha LGTel y en su normativa de desarrollo.

La Exposición de Motivos de la vigente LGTel indica que *“las redes utilizadas como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, las redes de televisión por cable y los recursos asociados, como parte integrante de las comunicaciones electrónicas, estarán sujetos a lo establecido en esta Ley”*, pero no lo están los contenidos difundidos a través de medios audiovisuales, que constituyen parte del régimen de los medios de comunicación social (radiodifusión sonora y televisión).

Frente a tal afirmación y de conformidad con lo expuesto, resultaría conveniente su modificación o supresión para que, sin perjuicio de los diferentes motivos que lleven al Ayuntamiento de Sant Feliu a elaborar el Plan Especial de referencia, se califique los servicios de telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia y, por lo tanto, no suponga una vulneración del ordenamiento jurídico vigente.

Por otro lado, el artículo 4 del proyecto de Plan Especial detalla la normativa en la que se basa la redacción del mismo. Así, por un lado, hace referencia a la normativa autonómica, en concreto, al Decreto 148/2001, de 7 de junio, de Ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación (en adelante, “Decreto 148/2001”) ³ y, por otro lado, a la legislación urbanística catalana

² El subrayado es nuestro.

³ Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 7 junio 2001.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vigente. Y añade que también *“será de aplicación a este tipo de instalaciones el conjunto de la normativa sectorial en vigor aplicable a las mismas (...)”*.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación material del proyecto de Plan Especial afecta a la ordenación de las infraestructuras de radiocomunicación, esta Comisión considera necesario la inclusión dentro del citado artículo 4 de las normas que a continuación se detallan: la LGTel y, en especial, el Capítulo II del Título III del citado texto legal, y el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

En el mismo sentido, esta Comisión recuerda la necesaria observancia de las normas reguladoras del dominio público radioeléctrico cuya titularidad, gestión, planificación, administración y control corresponden al Estado, por lo que, dentro del marco legal de referencia del presente Plan Especial debería hacerse referencia a las siguientes normas:

- Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitarias frente a emisiones radioeléctricas, aprobado por (en adelante, Real Decreto 1066/2001);
- Orden de 9 de marzo de 2000, por la que el Reglamento de Desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por Orden de 9 de marzo de 2000; y
- Orden ITC/1791/2006, de 5 de junio, por la que se aprueba el Reglamento de uso de dominio público radioeléctrico para aficionados.

IV.2. Limitación de instalaciones y minimización del impacto visual.

Según se ha mencionado, la sección segunda del Plan Especial (artículos 5-12) contiene la regulación de los emplazamientos distinguiendo en función de la categoría del régimen del suelo, las áreas dónde localizar emplazamientos, distinguiéndolas en función de su grado de restricciones, la localización de emplazamientos concretos y el establecimiento de las áreas en las que la localización de emplazamientos no específicamente reconocidos se considera incompatible. Por su parte, la sección tercera establece las reglas de minimización del impacto ambiental y visual de estas instalaciones.

Los artículos 26 y 27 de la LGTel, desarrollados por el artículo 57 del Reglamento del Servicio Universal, declaran el derecho individual de los operadores a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cabe matizar que los operadores tienen derecho a la ocupación de la propiedad privada ya sea a través de su expropiación forzosa o mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso para la instalación de infraestructura de redes públicas de comunicaciones electrónicas cuando resulte estrictamente necesario para la instalación de la red en la medida prevista en el proyecto técnico presentado y siempre que no existan otras alternativas económicamente viables.

La competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales. Por ello, los Ayuntamientos pueden establecer condiciones y requisitos para la instalación de infraestructuras de radiocomunicación cuya finalidad es la de preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos [artículo 25.2 a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas [artículo 25.2 b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [artículo 25.2 c)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [artículo 25.2 d)], protección del medio ambiente [artículo 25.2 f)], patrimonio histórico-artístico [artículo 25.2 e)] y protección de la salubridad pública [artículo 25.2 f)]. Si bien, el ejercicio de dicha competencia municipal no puede entrar en contradicción con la LGTel ni traducirse, por lo tanto, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

En este mismo sentido, las Resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 18 de octubre de 2007⁴, 29 de noviembre de 2007⁵ y 28 de febrero de 2008⁶ han declarado:

“Sobre la base de motivos de ordenación urbana y de protección ambiental, los Ayuntamientos y Comunidades Autónomas pueden establecer determinaciones en materia de ubicación de instalaciones de radiocomunicación. Se trata de aspectos que dependerán de las características propias de cada municipio. En este ámbito, los Ayuntamientos pueden establecer condiciones a la instalación de estaciones base, cuando esas condiciones sean necesarias para conseguir los objetivos de ordenación urbana y para asegurar la compatibilidad de las infraestructuras que se instalan con el entorno.”

Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000 y 18 de junio de 2001, respectivamente, señalan que la apreciación de los motivos de interés público de adecuación del entorno así como la apreciación de los intereses de ordenación urbana, tiene que realizarse de manera ponderada y proporcionada,

⁴ Resolución por la se informa al Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz en relación con el Plan Especial de Impacto Medioambiental de las antenas de radiocomunicaciones en el citado municipio.

⁵ Resolución por la que se informa al Ayuntamiento de Vilafant en relación con el Plan Especial de Infraestructuras de Telecomunicaciones en su término municipal.

⁶ Resolución por la que se informa al Ayuntamiento de Esparraguera en relación con la aprobación provisional del Plan Especial Urbanístico de Ordenación de Infraestructuras de Telecomunicaciones en su término municipal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

valorando las consecuencias que las medidas a adoptar causen en el derecho que tiene el operador de telecomunicaciones a establecer su red, y valorando, también, el peligro que puedan comportar estas medidas para el objetivo de protección de la salud pública, seguridad pública, defensa nacional o la ordenación urbana y territorial. Esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho de ocupación del dominio público y de la propiedad privada y del interés público que se intenta preservar.

Cabe destacar de modo favorable por esta Comisión que en el Plan Especial de referencia se justifican las limitaciones impuestas en aras a evitar un impacto visual y ambiental negativo, de tal manera que, se imponen unas distancias, retranqueos, medidas en cubiertas, y otras medidas en función del mayor o menor impacto visual de las instalaciones o torres necesarias para las telecomunicaciones.

A este respecto, esta Comisión entiende que las limitaciones impuestas no son arbitrarias ni desproporcionadas sino que están justificadas en el deber que tiene el Ayuntamiento de Sant Feliu de Llobregat de controlar las actuaciones urbanísticas, de tal manera que permitiendo el desarrollo tecnológico, no se consienta una anarquía urbanística en esta materia al libre arbitrio del operador. El Ayuntamiento de Sant Feliu en el ejercicio de sus competencias urbanísticas ha de procurar que el impacto de las infraestructuras de radiocomunicación sea el mínimo posible, y con esta finalidad ha impuesto estas limitaciones en cuanto a las distancias, que en principio, no son desproporcionadas, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento ha diferenciado entre los distintos tipos de instalaciones.

Sin embargo, ello no autoriza al Ayuntamiento de Sant Feliu a imponer unas “limitaciones adicionales” a las que están previstas en el Real Decreto 1066/2001 y en la Orden CTE/23/2002, sino que de lo que se trata es de que también estas Administraciones, en el ejercicio de sus competencias, den cumplimiento a las previsiones de dichas normas. En consecuencia, esta Comisión estima que el Ayuntamiento de Sant Feliu, en el ejercicio de sus competencias, debe dar cumplimiento a las previsiones de dichas normas, sin menoscabo de las condiciones establecidas en aplicación de la normativa estatal.

IV.3. Las licencias como actos administrativos reglados.

El párrafo segundo del artículo 11 del proyecto de Plan Especial establece que “la concesión de la licencia es una decisión discrecional en la que el municipio podrá tener en cuenta las restricciones previstas, en su caso, por la Ordenanza Municipal específica”.

Frente a tal afirmación, cabe recordar que la licencia urbanística es un acto administrativo de naturaleza reglada⁷ por la que se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado verificando si se ajusta o no a las exigencias

⁷ En este sentido existe una muy reiterada jurisprudencia, en sentencias del Tribunal Supremo 2 de marzo (RJ 1991, 1968) y 25 de mayo de 1991 (RJ 1991, 4295) , 8 de julio (RJ 1992, 6157) y 25 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6985) y 14 de abril de 1993 (RJ 1993, 2837) .



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del interés público establecido en el ordenamiento urbanístico. Esto es, constituye un acto debido en cuanto a que necesariamente debe otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable.

En consecuencia, resultaría aconsejable que se modificase la redacción del párrafo indicado para evitar posibles errores de interpretación.

IV.4. Régimen jurídico de la compartición de infraestructuras.

El artículo 18 del proyecto de Plan Especial titulado “*Criterios para establecer la obligación de compartir el emplazamiento o las instalaciones*” regula el régimen jurídico de la compartición de infraestructuras que se prevé en el Plan Especial.

Así, de conformidad con en el apartado primero del citado artículo 18, el “*Ayuntamiento, cuando razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas lo aconsejen, y previa audiencia a los interesados, siguiendo el procedimiento legalmente establecido y con intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando no exista acuerdo entre los operadores, puede establecer de manera justificada la obligación de compartir emplazamientos por parte de diferentes operadores*”.

Y añade, en el apartado segundo: “*La decisión de obligar a compartir se fundamentará en la información de las instalaciones existentes y del programa de despliegue presentado por los operadores, el impacto medioambiental y visual, la afectación de la salud de las personas, las previsiones, en su caso, de la Ordenanza específica, de los instrumentos de planeamiento y de las Ordenanzas urbanísticas. Se tendrá que establecer la obligación de compartir cuando, valorados ya los anteriores elementos y de conformidad con dicha Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, resulte más adecuado para el alcance de un nivel más alto de protección del medio y de la población, para garantizar mejor la integración de las instalaciones en el entorno en el que se sitúen o para favorecer el despliegue de aquellas infraestructuras que produzcan un menor impacto visual y ambiental sobre el entorno*”. Por su parte, el apartado tercero delimita cuando se entienden que existen razones urbanísticas que obligan a compartir infraestructuras de radiocomunicación.

El apartado sexto señala que “*al adoptar la decisión de compartir emplazamientos se ponderarán los intereses en presencia, y se incorporará al proceso de ponderación de intereses las alegaciones de los operadores en relación a la dificultad o la imposibilidad técnica y el impacto en emplazamientos separados o en forma conjunta de las instalaciones y la actividad*”. Además el apartado séptimo dispone que “*los operadores de infraestructuras fomentarán y promoverán la compartición de infraestructuras allá donde sea técnica, urbanística y ambientalmente viable, de acuerdo con los principios de objetividad, transparencia, publicidad, proporcionalidad e igualdad de trato entre operadores*”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Plan Especial establece como límites al uso de la compartición que *“no procederá la compartición de emplazamientos o de infraestructuras cuando el impacto visual de la compartición sea superior al de implantar las instalaciones separadamente [apartado cuarto]”* y, que [apartado quinto] *“no podrán sobrepasarse los niveles de referencia establecidos por las normas sectoriales estatales y autonómicas, teniendo en cuenta el funcionamiento conjunto de todas las instalaciones. Los sucesivos operadores finales tendrán que acreditar el cumplimiento de este requisito”*.

La lectura de los apartados transcritos del artículo 18 del Plan Especial evidencia que el Ayuntamiento de Sant Feliu de Llobregat no impone *“per se”* el uso compartido de las infraestructuras de radiocomunicación sino que, sólo en determinados supuestos, cuando concurren razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas (de competencia municipal) podrá establecerse la obligación de compartir emplazamientos por diferentes operadores, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en la LGTel.

El artículo 30 de la LGTel en el que se establecen los diversos pasos para llevar a cabo la compartición de redes o infraestructuras. El procedimiento para el establecimiento de la compartición entre operadores previsto en la normativa de telecomunicaciones se expone a continuación:

En primer lugar, la LGTel atribuye a la Administración competente (con competencia en cualquiera de las siguientes materias: medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial), supuesto en el que podría encontrarse el Ayuntamiento de Sant Feliu de Llobregat, la posibilidad de que, ante la falta de alternativas para la ubicación de infraestructuras o redes de comunicaciones electrónicas, acuerde la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada por motivos de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial.

En este sentido, cabe destacar de modo favorable por esta Comisión que el artículo 18.3 del Plan Especial define cuándo se entiende que concurren razones urbanísticas que obligan a compartir emplazamientos o infraestructuras. Igualmente, diversos preceptos del artículo 18 disponen que, previo a la adopción del acuerdo de compartición por parte del Ayuntamiento de Sant Feliu de Llobregat, éste ponderará los intereses en presencia teniendo en cuenta las alegaciones de los operadores relacionados, así como las dificultades o imposibilidades técnicas de dicha compartición.

El Plan Especial incluye en esta fase de declaración genérica de compartición la participación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la cual, aunque no está prevista expresamente en el artículo 30.2 de la LGTel, es perfectamente conforme a derecho, sin perjuicio de la participación necesaria en un momento posterior, tal y como expodremos a continuación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, la LGTel dispone que los operadores deberán alcanzar un acuerdo sobre las condiciones de compartición de las infraestructuras afectadas. Una vez declarada la obligación de compartición de determinados emplazamientos por las razones apuntadas, la puesta en práctica de la misma deberá articularse a través de acuerdos voluntarios entre los operadores afectados.

De esta manera, el instituto de la compartición se configura en la LGTel como un acuerdo voluntario entre operadores, aunque la intervención de la Administración competente debe producirse con carácter previo, mediante el acuerdo que declara la compartición del dominio público o la propiedad privada. En el presente supuesto a través del Plan Especial se realiza dicha declaración, para que, posteriormente, los operadores interesados en la implantación de sus redes o infraestructuras en dicho ámbito lleguen a acuerdos voluntarios en cuanto a su concreta articulación.

Y, por último tal como señala el citado artículo 30 de la LGTel, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones intervendrá a falta de acuerdo entre los operadores. El artículo 48.3.d) de la LGTel establece entre las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la de resolver los conflictos que se planteen referidos al uso compartido de infraestructuras. Es, por tanto, en este momento en el que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá intervenir si se da la condición establecida en el artículo 30.3 de la LGTel consistente en la falta de acuerdo entre los operadores

En este sentido, resulta interesante recoger la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2007⁸ por la que se anulan dos artículos del Decreto 40/2002, de 31 de julio, de ordenación de instalaciones de radiocomunicaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja de contenido similar al artículo 17 del presente Plan Especial:

“Del mismo modo, en la sentencia de 23 noviembre de 2006 (recurso número 3783/2003 [RJ 2006, 8369]) recordamos cómo el artículo 47 de la Ley 11/1998 en el inciso final de su número 2 atribuyó sólo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la fijación de las condiciones para el uso compartido. En ella nos referíamos asimismo al marco normativo ulterior, destacando cómo el nuevo artículo 30 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, «al regular la ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada, dispone, en primer término, que las Administraciones públicas fomentarán la celebración de acuerdos voluntarios entre operadores para la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras situadas en bienes de titularidad pública o privada; después, que cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, la Administración competente en dichas materias, previo trámite de información pública, acordará la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2007 (RJ2007\1989)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario; y a continuación, que el uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendado». (El subrayado es nuestro).

IV.5. Principio de neutralidad tecnológica.

El artículo 13.1 prevé que “las características de los equipos, estaciones base y, en general, cualquiera de las instalaciones previstas, tendrán que responder a la mejor tecnología disponible, en cada momento, con el fin de conseguir el menor tamaño y complejidad de la instalación y permitir así la máxima reducción del impacto visual, consiguiendo mimetismo con el paisaje arquitectónico urbano.” (El subrayado es nuestro).

El artículo 13.1 del proyecto de Plan Especial pretende establecer criterios para la construcción e instalación de las infraestructuras que se deben ser atendidos por todos los operadores. En concreto, impone como criterio el uso de la mejor tecnología disponible a fin de “minimizar el impacto visual, ambiental y de la posible afección a la salud de las personas.”

Así, el apartado 1.4 de la Memoria Informativa del Plan Especial reconoce que el emplazamiento y uso de las instalaciones de radiocomunicaciones si bien son un factor indispensable de progreso de la sociedad, también se tienen que llevar a cabo para minimizar el impacto visual de dichas instalaciones y ocupación del territorio garantizando el cumplimiento de las medidas de protección recomendadas por la Unión Europea en la recomendación del Consejo de 12 de julio de 1999.

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2005 (RJ 2005,4413)** ha examinado la legalidad de la expresión “mejor tecnología disponible” y tras recordar la doctrina de la sentencia del Alto Tribunal de 15 de diciembre de 2003 establece:

“(…) no puede compartirse el motivo de nulidad que se aprecia en la sentencia de instancia, que tras rechazar el argumento del carácter antieconómico de una permanente actualización de las antenas, entiende que conforme a la legislación de Telecomunicaciones, corresponde al Ministerio de Fomento y a las Comunidades Autónomas la evaluación de la conformidad de equipos y aparatos y en esta materia carecen los Ayuntamientos de competencia para elegir o imponer una concreta tecnología, y no se comparte dicho motivo porque con tal exigencia no se incide en la competencia estatal o autonómica sobre la evaluación de equipos y aparatos, sino que se tiene en cuenta tal evaluación como presupuesto, y la previsión de utilización de la mejor tecnología no se efectúa de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

forma abstracta sino en relación con la consecución de los fines cuya garantía incumbe al Ayuntamiento, con referencia específica a la consecución del mínimo impacto visual, que se configura como prevalente, es decir, en función de los objetivos a los que responde el ejercicio de las competencias municipales y por lo tanto dentro de sus atribuciones. (El subrayado es nuestro)

En este mismo sentido, la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 28 de febrero de 2008⁹ en la que se analiza el citado principio de neutralidad tecnológica en el seno de la planificación urbanística declara:

“El artículo 15 del proyecto de Plan Especial pretende establecer criterios para la construcción e instalación de las infraestructuras que se deben ser atendidos por todos los operadores. En concreto, impone como criterio el uso de la mejor tecnología disponible a fin de “minimizar el impacto visual, ambiental y de la posible afección a la salud de las personas.”

De esta manera, esta Comisión se muestra favorable a la imposición del citado criterio siempre y cuando su imposición tenga como finalidad la consecución de la máxima integración visual y ambiental posible de las infraestructuras de radiocomunicación con su entorno, desde cualquiera de sus puntos de observación.

Sin embargo, en el supuesto de que la imposición del criterio “mejor tecnología disponible” no tuviera dicha finalidad, esta Comisión entiende que se estaría soslayando, vía legislación en materia ambiental, la legislación de telecomunicaciones, en concreto el principio de neutralidad tecnológica imponiendo a los operadores una cláusula de progreso tecnológico.”

Por lo tanto, cabe destacar de modo favorable por esta Comisión que el objetivo de “mejor tecnología disponible, en cada momento, con el fin de (...) permitir así la máxima reducción del impacto visual, consiguiendo mimetismo con el paisaje arquitectónico urbano” justifica y legitima la medida prevista en el Plan Especial, y aunque es cierto y reconocido que la legislación de telecomunicaciones acoge el principio de neutralidad tecnológica y deja a las operadoras la libertad de elegir la solución técnica que las convenga, la limitación o determinación que aquí nos ocupa viene constreñida por razones urbanísticas que entran de lleno en la competencia municipal y que no pueden ser tachadas de arbitrarias o excesivas.

⁹ Resolución por la que se informa al Ayuntamiento de Esparraguera en relación con la aprobación provisional del Plan Especial Urbanístico de Ordenación de Infraestructuras de Telecomunicaciones en su término municipal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera