



Roj: **STSJ CL 6225/2002 - ECLI:ES:TSJCL:2002:6225**

Id Cendoj: **09059330012002100935**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2002**

Nº de Recurso: **173/2002**

Nº de Resolución: **354/2002**

Procedimiento: **OTROS ASUNTOS CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN IGNACIO MORENO-LUQUE CASARIEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la ciudad de Burgos, a veinte de Diciembre de dos mil dos.

En el recurso número **173/2002**, interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. representado por el Procurador Doña Blanca Herrera Castellanos y defendido por el Letrado Don Ramiro García Boto, contra Ordenanza Reguladora de Instalaciones de Telecomunicaciones, aprobada por acuerdo del Pleno Municipal de fecha 27 de diciembre de 2001, habiendo comparecido, como parte demandada Excmo. Ayuntamiento de Burgos, representada por el Procurador Don Eugenio Echevarrieta Herrera y defendida por el Letrado Santiago Dalmau Moliner en virtud de representación que por ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala el día 15 de marzo de 2002.

Admitido a trámite se dio al mismo la publicidad legal y se reclamó el expediente administrativo; recibido se confirió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 20 de mayo de 2002, que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando se dicte Sentencia por la que: estimando el presente Recurso Contencioso-Administrativo se declare nulo o en su caso anule, por ser contrario a derecho:

En el párrafo 2º del Artículo 28, la frase "o el uso compartido si prevé una necesidad mayor"

El párrafo 4º del Artículo 28 o, subsidiariamente, se declare nula o se anule la previsión contenida en dicho párrafo 4º de limitación temporal 12 años de realización de nuevas obras que impliquen apertura en zona de pavimentos nobles.

Párrafos 41 y párrafo 7º del Artículo 31 de la Ordenanza Municipal.

SEGUNDO: Se confirió traslado de la demanda por término legal a Excmo. Ayuntamiento de Burgos, quien contestó a medio de escrito de 17 de julio de 2002, oponiéndose al recurso y solicitando su desestimación en base a los fundamentos jurídicos que aduce.

TERCERO: No habiéndose solicitado por las partes el recibimiento a prueba y no estimándolo necesaria la sala se dio trámite de conclusiones evacuando dicho trámite la parte actora por escrito de 5 de septiembre de 2002, y la parte demandada por escrito de 11 de octubre de 2002, que obran unidos al recurso y señalándose el día 19 de diciembre de 2002 para su votación y fallo, lo que se efectuó.

Se han observado las prescripciones prevenidas en la Ley en la tramitación de este recurso jurisdiccional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: El objeto del presente recurso, impugna la acuerdo del pleno del ayuntamiento de Burgos adoptado en sesión celebrada el 27 de diciembre de 2001, por el que se aprueba la Ordenanza municipal reguladora de las instalaciones de telecomunicaciones.

Que el presente recurso contencioso impugna en concreto los siguientes preceptos de la Ordenanza municipal reguladora de las instalaciones de telecomunicaciones en el término municipal de Burgos: El artículo 28 párrafo segundo y cuarto; el artículo 25; y el artículo 31 en sus párrafos cuarto y séptimo.

Que no obstante centrarse el recurso en la impugnación de los mencionados artículos; la demanda articula una denuncia de carácter genérico contra la Ordenanza impugnada por contravenir el artículo 149.1.21 de la Constitución Española, al entender la parte actora que las telecomunicaciones constituyen una materia reservada a la exclusiva competencia del estado. Por ello el artículo 1º de la Ley General de telecomunicaciones dispone que el objeto de esta Ley sea la regulación de las telecomunicaciones en ejercicio de la competencia exclusiva que corresponde al estado de acuerdo con el artículo 149.1 de la Constitución.

SEGUNDO: Que en base a ello, y como cuestión previa a referirnos al enjuiciamiento en concreto de los aspectos impugnados de la ordenanza, se hace necesario dilucidar estas cuestiones del entorno competencial, teniendo en cuenta la existencia de pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la materia, que resultan altamente clarificadores al objeto de poder discernir después los principios que han de informar los aspectos concretos de la ordenanza que se recurren.

Así vemos cómo la sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, sección 4ª de 18 de junio de 2001, recurso de casación número 8603/1994, declara no haber lugar al recurso de casación imponiendo las costas a la Compañía Telefónica de España, declarando que la competencia exclusiva no es patente de curso, cuando su ejercicio implica la invasión de otros aspectos cuya competencia descansa en diferentes Administraciones Públicas, para lo cual se hace necesario la compatibilidad entre los ámbitos normativos sin agresiones competenciales; a lo que se llega en virtud de la recta aplicación del principio de proporcionalidad que habrá de dirimirse caso por caso.

Reproducimos aquí algunas partes de esta importante sentencias de Don Juan Antonio Xiol Ríos, que resulta sumamente ilustrativa para el enfoque de las cuestiones concretas a tratar posteriormente:

a) La competencia estatal en relación con las 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 consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de «calas y canalizaciones» o instalaciones en edificios (art. 4.1 a) de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local [RCL 1985799, 1372 y ApNDL 205] y 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales [RCL 195685 y NDL 22516]), tendentes a 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)).

b) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Estas premisas nos permiten concluir sobre la improcedencia de estimar el primer motivo del recurso, pues:

a) La Sala de instancia mantiene la competencia municipal en materia de urbanismo y medio ambiente como habilitante para una regulación municipal, en materia de antenas de telecomunicaciones.

Frente a esta afirmación, la parte recurrente parece partir del principio, en contra de la jurisprudencia expuesta, de que la imposición de condiciones técnicas en materia de instalaciones de telecomunicaciones está reservada al Estado de manera absoluta y excluyente de toda intervención municipal.



b) En segundo lugar, la Sala de instancia afirma que no se ha probado que las exigencias técnicas de la Ordenanza resulten impeditivas del ámbito de las telecomunicaciones, o sea, de imposible cumplimiento (sin perjuicio de lo que proceda resolver en la impugnación de los actos de aplicación).

Frente a esta afirmación, perfectamente acorde también con nuestra jurisprudencia, la parte recurrente alega que la Ordenanza condiciona gravemente las competencias exclusivas de carácter estatal hasta poder llegar, por ejemplo, a impedir la instalación de una antena que contase con las autorizaciones y aprobación estatales. Sin embargo, no demuestra esta afirmación, pues la misma se funda en una hipotética interpretación ilegal o abusiva de las cláusulas de la Ordenanza que no se justifica que constituya una interpretación necesaria de la misma. Como hemos declarado reiteradamente, no puede pretenderse la anulación de una disposición general, en este caso municipal, fundándose en que permite interpretaciones ilegales, por lo que resulta plenamente adecuada al ordenamiento la afirmación de la sentencia de instancia según la cual debe remitirse la cuestión al examen de los actos de aplicación.

Un examen de la prueba de instancia, realizada por esta Sala con el fin de integrar la relación de hechos de la sentencia impugnada -como hoy autoriza a hacerlo el artículo 88.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que recoge jurisprudencia anterior- no permite llegar a la conclusión de que las limitaciones impuestas sean desproporcionadas o impeditivas del ejercicio de su derecho por parte de los operadores...."

TERCERO: Entrando en aspecto concreto del recurso, nos referimos en primer término al artículo 28 párrafo segundo de la Ordenanza municipal, donde dice: "no obstante, el ayuntamiento podrá imponer la instalación de un mayor número de tubos o el uso compartido si prevé una necesidad mayor".

Se impugna específicamente este último aspecto en cuanto el ayuntamiento se reserva la posibilidad de decretar el uso compartido de algún tubo de la urbanización para atender a la necesidad de distribución de las redes de telecomunicación, y ello en base a la necesidad de una previa Orden ministerial, para la utilización compartida de las infraestructuras de las en redes públicas de telecomunicaciones, que se apoya en el artículo 47.1 de la Ley General de telecomunicaciones, que dice: "que en el supuesto de que algún operador de redes públicas de telecomunicaciones manifieste su interés en la utilización compartida de bienes de propiedad pública o privada, el correspondiente expediente de ocupación del bien se suspenderá en su tramitación, otorgándose un plazo de veinte días a las partes para que fijen libremente las condiciones para ello. Y en caso de no existir acuerdo entre las partes en el plazo indicado, a petición de una cualquiera de ellas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá mediante resolución las condiciones del uso compartido. E igualmente el artículo 49 del Real Decreto 1.736/98 que aprueba el reglamento del servicio universal dispone, que es por Orden del Ministerio de Fomento donde se establecerán los supuestos en los que, con carácter previo a la emisión del informe o de la resolución, será necesario efectuar anuncio público, otorgando un plazo de veinte días a los operadores de redes públicas, para que manifiesten su interés en la utilización compartida".

Que hemos de considerar, que según nuestro criterio tales artículos hacen referencia a las limitaciones para la utilización de las infraestructuras de comunicaciones en sentido estricto, es decir instalaciones de operadores, postes, cables o antenas que dando servicio a una determinada entidad, pudieran ser aprovechados por otra entidad diferente para desplegar su servicio; sin embargo, en este preciso supuesto, y a pesar del mal entendido que puede generar el concepto "compartir", lo que se comparte no es infraestructuras de telecomunicación, sino infraestructura urbanística, es decir tubos, lugares subterráneos o interiores que debe incorporarse al proyecto urbanístico, para que discurra posteriormente lo que es propiamente la instalación de telecomunicación; y es a esta última, a la que entendemos se refieren los artículos antes mencionados, pero no a los tubos soterrados, que como otros, que se instalan para dar determinados servicios, tales como electricidad, teléfono, etc, o incluso los de desagüe a colectores, tienen un carácter eminentemente urbanístico, y nada se perturba por simultanear su servicio si con ello no se perjudica a la estructura de la instalación de telecomunicaciones que ya estuviese operativa.

Hablamos en definitiva de cuestiones distintas, y en este sentido es plenamente aplicable el argumento de la parte demandada en cuanto se refiere a que carece de sentido común imaginar, que en una urbanización reciente, puedan las operadoras de cable abrir el pavimento a su antojo por donde mejor les parezca a cada una, para instalar canalizaciones independientes, cuando en el peor de los casos esto no fuera posible, o en el mejor de los casos, bastase una canalización correctamente diseñada para dar un servicio común a varias operadoras. De otra forma, se podría incluso hablar de restricciones por insuficiente previsión urbanística, al despliegue de la pluralidad de medios en materia de telecomunicaciones.

CUARTO: La siguiente denuncia hace referencia al artículo 25 de la Ordenanza, cuando señala que: "en los proyectos correspondientes de obra nueva, de obras de acondicionamiento o rehabilitación integral de



edificios, se prevé la instalación de la red de infraestructuras comunes y se colocará la arqueta de acceso y la canalización en todo el frente de fachada".

Se denuncia más que la redacción en sí, la imprevisión del artículo al no referirse a los conjuntos inmobiliarios. Considerando que la sala de lo contencioso no es quien tiene que dar la redacción a los artículos, el precepto mencionado en nada vulnera el ordenamiento jurídico específico; pero la ausencia denunciada sobre la base del artículo 2 apartado a del Real Decreto 1/98 27 de febrero nos parece intrascendente desde el momento en que la Ordenanza recoge un aspecto aún más concreto como el de los proyectos de obras, pues los conjuntos inmobiliarios no se sustraen a la obligación de acometer la obra nueva.

QUINTO: Que la siguiente impugnación hace referencia al artículo 28 párrafo cuarto: "todo ello derivado de la protección que el dominio necesite, el cual justifica que una vez abierta una calle, no vuelva a ser abierta hasta pasados cuatro años como mínimo, excepto en zonas de pavimentos nobles en que el plazo se eleva a 12 años o en casos de avería de urgente de reparación con permiso especial".

La impugnación se sustenta en una limitación temporal al derecho reconocido en el artículo 43 de la Ley General Telecomunicaciones por vulnerar el principio de continuidad previsto en la legislación sectorial en concreto el artículo 35.2 del mismo precepto legal, que recoge dicho principio para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del servicio público.

Hemos de considerar que las limitaciones temporales impuestas por el ayuntamiento en un ámbito de su exclusiva competencia, como son en definitiva la acometida de obras de urbanización, no pueden ser anuladas como contrarias a derecho por la mera invocación de un precepto tipo de la L.G. de Telecomunicaciones, que dispone el derecho a la continuidad en la explotación mejora o extensión de los servicios de comunicación.

Resulta lógico que la vecindad no este permanentemente expuesta a las obras de reurbanización recién terminadas las mismas, pues dichas obras son altamente molestas para el vecindario que no debe quedar expuesto a la mera iniciativa de las compañías, por eso no es injusto que se establezcan unos plazos de seguridad que son conciliables con los demás principios, si tenemos en cuenta que para nada se prueba que exista exageración o desproporcionalidad en la cautela impuesta. Además, el problema se resuelve precisamente acudiendo a la posibilidad de compartir canalizaciones que hemos tratado anteriormente.

SEXTO: Por lo que respecta a la siguiente causa de impugnación, se denuncia la nulidad del párrafo 4º del art. 31 de la Ordenanza Municipal, que hace referencia a las redes colocadas con anterioridad, que deberán de ser soterradas por la compañía propietaria en el plazo de 20 años y a su cargo.

La imposición a la Compañía del soterramiento a su exclusivo cargo choca en primer término con el artículo 4 del Decreto de 13 de mayo de 1954, que establecía la obligación de compartir el gasto a medias con los titulares de los servicios que exigían la modificación o el traslado de una línea. Tal precepto está vigente a pesar de los esfuerzos argumentales de la parte demandada, pues se trata de una normativa ordenadora que no vulnera a nuestro juicio ningún precepto constitucional; sin embargo discrepamos de que esta sea la cuestión esencial, pues se trata de un artículo que no puede pretenderse de aplicación a todas las situaciones actuales y variadas que sugiere la Ordenanza.

Sin embargo, resulta llamativo el precepto de porqué, (límites temporales a parte), se obliga a una compañía, que en su día fue autorizada con pleno conocimiento de la autoridad local a realizar una instalación en determinadas condiciones, a realizar reformas a su costa por mor de una Ordenanza con exigencias urbanísticas de fecha posterior.

Esta claro como viene señalando constante jurisprudencia que las determinaciones urbanísticas son susceptibles de variación por las exigencias del acondicionamiento y adaptación a la realidad social del tiempo (Ius Variandi), lo que justifica la exigencia de modificación. Pero tales variaciones implican un respeto a los derechos adquiridos (como las situaciones fuera de ordenación) o en caso de conculcación de derechos, las indemnizaciones para neutralizar el carácter retroactivo de las normas mas gravosas.

En cualquier caso, la Ordenanza impone la aplicación retroactiva de condiciones ordenando soportar el gravamen de forma exclusiva en el propio afectado, desentendiéndose de lo que un día fue tolerado por la propia Administración local. Y tal aplicación retroactiva por imponer gravámenes o cargas al recurrente contraría el art. 9 de la Constitución Española y el artículo 2.3 del Código civil, porque la retroactividad solo puede venir determinada por ley, pero no por una norma de rango inferior, lo que conlleva la estimación del recurso en este caso, en el sentido de suprimir la exigencia del cargo exclusivo a la compañía que actualiza la instalación; porque es una cuestión a determinar en cada caso concreto, dependiendo de las circunstancias y entidades o personas afectadas al objeto de compartir la carga en la forma mas equitativa.



SEPTIMO: Por último se impugna el artículo 31 párrafo séptimo de la ordenanza que establece que no se permitirá la ampliación, sustitución o modificación de ninguna red aérea existente y la ampliación sustitución o modificación en aéreo de redes existentes.

La denuncia del precepto se basa en la redacción confusa que parece prohibir no sólo la ampliación o modificación de redes aéreas, sino también la realización de meras obras de conservación, mantenimiento o reparación de aquellas, cuando la misma implica la sustitución de la instalación deteriorada.

Que en este caso no podemos compartir el criterio que sostiene la demanda, pues el precepto está bien claro, ya que lo que pretende es precisamente evitar la perpetuación de instalaciones no permitidas por la Ordenanza bajo el subterfugio del mantenimiento o la conservación, pues una cosa es conservar y reparar lo existente, y otra bien distinta que su deterioro conlleve la sustitución o ampliación, lo que debe dar lugar al cambio de instalación en las condiciones exigidas por la ordenanza; y tal exigencia tiene correspondencia específica con la situación urbanística de fuera de ordenación que en el ámbito del artículo 64 de la ley de urbanismo de Castilla y León 5/1999 8 de abril, prohíbe incluso las reparaciones salvo aquellas estrictamente exigibles para la seguridad y salubridad.

OCTAVO: que no haremos pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Qué vistos los preceptos legales citados y demás de general y procedente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto la compañía telefónica de España S.A.U contra la ordenanza reguladora de instalación de las telecomunicaciones aprobada por acuerdo del pleno municipal de fecha 27 de diciembre de 2001, se estima la demanda en el aspecto concreto del artículo 31 párrafo cuarto, sólo en cuanto impone los gastos a cargo exclusivo de la compañía, respecto que debe ser suprimido por contradecir ordenamiento jurídico.

Se desestiman el resto de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación que podrá prepararse ante esta sala en el plazo de días a partir de la notificación de la misma.

A su tiempo devuélvase el expediente al órgano de procedencia, con certificación de esta sentencia, de la que se uirá otra a los auto originales.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la sentencia anterior por el Ilmo Magistrado Ponente Sr. D. Juan Ignacio Moreno- Luque Casariego, en la sesión pública de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) a veinte de Diciembre de dos mil dos, de que yo el Secretario de la Sala Certifico.