



Roj: **STS 2836/2005 - ECLI:ES:TS:2005:2836**

Id Cendoj: **28079130042005100225**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **04/05/2005**

Nº de Recurso: **1166/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil cinco.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1166/03, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Magdalena Cornejo Barranco en nombre y representación de Telefónica de España SA contra la sentencia, de fecha 20 de diciembre de 2002, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Burgos, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 173/02, contra la Ordenanza Reguladora de Instalaciones de Telecomunicaciones aprobada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos de 27 de diciembre de 2001. Ha sido parte recurrida el Excmo. Ayuntamiento de Burgos representado la Procuradora de los Tribunales doña Eva de Guinea Ruenes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 173/03 seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Burgos, se dictó sentencia con fecha 20 de diciembre de 2002, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "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."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. se preparó recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- La representación procesal de Telefónica de España, S.A.U., por escrito presentado el 4 de marzo de 2003, formaliza el recurso de casación e interesa se dicte resolución, por la que case y anule dicha sentencia, ordenando a la Sala de instancia la reposición de los autos para proseguirlos por sus trámites legales.

CUARTO.- La representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Burgos formalizó, con fecha 3 de noviembre de 2004, escrito de oposición al recurso de casación interesando la desestimación de éste y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Por providencia de 17 de febrero de 2005, se señaló para votación y fallo el 27 de abril de 2005, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excmo. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La representación procesal de Telefónica de España SA interpone recurso de casación contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2002 por la Sección primera de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León , con sede en Burgos en el recurso 173/2002 deducido por aquella contra la Ordenanza Reguladora de Instalaciones de Telecomunicaciones (ORIT) aprobada por acuerdo del pleno municipal de fecha 27 de diciembre de 2001 del Ayuntamiento de Burgos. Acuerda la sentencia estimar parcialmente el recurso interpuesto en el aspecto concreto del artículo 31 párrafo cuarto en cuanto impone los gastos a cargo exclusivo de la compañía lo que suprime por contradecir el ordenamiento jurídico.

Tras identificar la sentencia en su fundamento PRIMERO los preceptos impugnados de la Ordenanza reguladora de las Instalaciones de Telecomunicaciones expone que la recurrente denuncia que aquella contraviene el art. 149.1.21 CE al invadir una competencia estatal. Por ello dedica el fundamento SEGUNDO a analizar tal argumento que es rechazado trascribiendo la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2001 que declara que 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.

A partir del TERCER fundamento entra en los concretos aspectos de la Ordenanza objeto de impugnación. Rechaza infracción alguna en el inciso final del párrafo segundo del art. 28 de la Ordenanza 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". Sienta la Sala que no se refiere la Ordenanza a los supuestos contemplados en el art. 47.1 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT/1998) ni en el art. 49 del RD 1736/1998, que aprueba el Reglamento del Servicio Universal (RSU), pues estos hacen referencia a utilizaciones de las infraestructuras de telecomunicaciones en sentido estricto, es decir de operadores. Sin embargo entiende que lo que se comparte en la Ordenanza es "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,"

En el CUARTO analiza la denuncia de imprevisión de los conjuntos inmobiliarios en el 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". Es rechazada por cuanto no existe vulneración del ordenamiento siendo intrascendente el alegato al recoger la ordenanza aspectos más concretos como el de los proyectos de obras.

Ya en el QUINTO examina el artículo 28 párrafo cuarto : "Todo ello derivado de la protección que el dominio público necesita, 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 (zonas peatonales principalmente), en que el plazo se eleva a 12 años, o en casos de avería de urgente de reparación con permiso especial". Considera que las limitaciones temporales impuestas por el ayuntamiento en un ámbito de su exclusiva competencia no pueden ser anuladas por la mera invocación del art. 43 LGT/1998 en relación art. 35.2 , relativo principio de continuidad para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del citado servicio público.

En el SEXTO estima la nulidad del párrafo cuarto del art. 31 de la Ordenanza que hace referencia a que las redes colocadas con anterioridad deberán de ser soterradas por la compañía propietaria en el plazo de 20 años y a su cargo. Declara la sentencia que tal imposición choca con el art. 4 del Decreto de 13 de mayo de 1954 , plenamente vigente. Pero lo significativo para acceder a la pretensión de la compañía recurrente es que 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 sólo 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 más equitativa."

Por último en el fundamento SEPTIMO rechaza la impugnación del párrafo séptimo del art. 31 que establece que "No se permitirá la ampliación, sustitución o modificación de ninguna red aérea existente, ni la ampliación, sustitución o modificación en aéreo de redes existentes". Declara que lo que pretende el precepto es "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 aquéllas estrictamente exigibles para la seguridad y salubridad".

SEGUNDO.- Desgranaremos los motivos de casación siguiendo, obviamente, la formulación de la sociedad recurrente, tres motivos, lo que comporta una reenumeración de la argumentación oponiéndose a los motivos del recurso efectuada por la Administración que se opone a cinco motivos.

Despejemos ya que la ausencia de explicación lógica que imputa al denominado cuarto motivo de casación por referirse al aspecto de la Ordenanza, art. 41.4 , anulado por la Sala cabe hacérsela a su propio escrito, dada la limitación de los motivos de la recurrente a tres, sin que figure motivo alguno que cubra la argumentación impugnatoria a la que se opone la Corporación local.

Otro tanto acontece con la oposición al que denomina quinto motivo de casación que dice se articula en la infracción del art. 35.2 de la LGT al entender que el art. 31.7 de la Ordenanza infringe el principio de continuidad y permanencia.

TERCERO.- Un primer motivo del recurso lo deduce la compañía recurrente al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del art. 47.1. LGT/1998 , así como del art. 49 del RD 1736/1998, de 31 de julio, (RSU) por el que se desarrolla el título II de la LGT/1998, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones. Sostiene que la sentencia en su fundamento tercero al mantener el uso compartido impuesto por la Corporación en el párrafo segundo del art. 28 de la Ordenanza contraviene los preceptos esgrimidos que atribuyen tal competencia al Ministro de Fomento que, en su caso, mediante Orden Ministerial declarara la necesidad de uso compartido que deberá ser establecida mediante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Insiste, en la incompetencia de la administración local para imponer un uso compartido de las instalaciones que atribuye al Ministro de Fomento sin analizar debidamente los argumentos de la sentencia que transcriben la significativa sentencia de este Tribunal de 18 de junio de 2001 .

La recurrida defiende que el motivo debe ser desestimado por cuanto al contestar la demanda ya expuso claramente que no resultaba de aplicación a los operadores telefónicos sino a los promotores de los proyectos de urbanización lo cual fue debidamente recogido en la sentencia. No se regulan infraestructuras telefónicas sino infraestructuras urbanas de las establecidas en la ejecución de las obras de urbanización de los distintos sectores.

Se hace por tanto necesario recordar, en aras a los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica, que no solo en la STS 24 de enero de 2000 , respecto canalizaciones de telefonía en red, sino también en las más recientes de 18 de junio de 2001 y de 15 de diciembre de 2003, en relación a instalaciones de telefonía móvil cuyos principios esenciales son plenamente aplicables a las instalaciones de telefonía en red por cable, se recalca que el artículo 149.1.21 CE delimita las competencias estatales en materia de telecomunicaciones respecto de las Comunidades Autónomas, mientras que las competencias municipales derivan de la Ley, sin perjuicio de que la autonomía local represente una garantía institucional reconocida por la CE para la "gestión de los intereses locales" (arts. 137 y 140 CE). Subraya aquella última sentencia que anteriormente en STS de 18 de junio de 2001 , debidamente invocada por la Sala de instancia, ya afirmamos que la existencia de un reconocimiento de la competencia en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales.

Acentúa por tanto nuestra doctrina reiterada en la STS de 15 de diciembre de 2003 "que el sistema de fijación o de determinación de competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas que se verifica en el Título VIII de la Constitución tiene como finalidad el establecer los principios con arreglo a los cuales deben distribuirse las competencias básicas, normativas y de ejecución entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como entes territoriales investidos de autonomía legislativa. Sin embargo, no impide que la ley, dictada con arreglo al esquema competencial citado, reconozca competencias a los entes locales ni anule la exigencia constitucional de reconocer a cada ente local aquellas competencias que deban considerarse necesarias para la protección de sus intereses en forma tal que permita el carácter reconocible de la institución.



La autonomía municipal es, en efecto, una garantía institucional reconocida por la Constitución para la «gestión de sus intereses» (artículos 137 y 140 de la Constitución) y hoy asumida en sus compromisos internacionales por el Reino de España (artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988).

Los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 LOT/87 y 43 y siguientes LGT/98).

Este principio es plenamente aplicable a las instalaciones por parte de los operadores (sujetos a la sazón al régimen de concesión) que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Corporación municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo) y en la nueva regulación estatal (LGT/98). Esta normativa reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y las expresadas instalaciones.

El artículo 17 LOT/87 establecía una importante conexión entre el derecho del operador a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación de los servicios, en el ámbito de las condiciones que establece el artículo 28 de la misma , y los instrumentos de planeamiento urbanístico. En su apartado segundo establecía que «En tal sentido, los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio deberán tener en cuenta la instalación de servicios de telecomunicación, a cuyo efecto el Organo encargado de su redacción recabará de la Administración la oportuna información». El artículo 18 reconocía el carácter vinculante de estos instrumentos en relación con la obligación de la canalización subterránea y establecía la proporción en que los operadores deben sufragar los costes de construcción de la infraestructura en proporción a su interés urbanístico. De este criterio se ha hecho eco la Jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1982, 7 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1986, 15 de octubre de 1988, 23 de noviembre de 1993, 22 de abril, 24 de octubre, 27 de noviembre y 17 de diciembre de 1996 y 11 de febrero de 1999 , entre otras). Estos mismos principios aparecen hoy desarrollados en los artículos 44 y 45 de la LGT/98 .

De lo expuesto resultan las siguientes consecuencias:

1º) 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 la instalación de antenas y 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)LRBRL y 5 RSCL], 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)].

2º) 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.

Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados".

CUARTO.- Tras la exposición de la doctrina de esta Sala procede volver al motivo primero en que se imputa vulneración de la normativa de telecomunicaciones por invasión por la Corporación local de competencias estatales.

Nuestra legislación urbanística para conceptuar un suelo como urbano, a efectos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, Suelo y Ordenación urbana, sigue anclada en la exigencia mínima de acceso rodado, abastecimiento de aguas, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, ya requerida por las leyes del suelo que la precedieron en las últimas décadas. No ha incluido servicios hoy día tan esenciales como el acceso a las telecomunicaciones cuya regulación se encuentra en las Leyes Generales de Telecomunicaciones de 1998 y 2003, antes referenciadas y sus prolijas disposiciones de desarrollo. Ello no es óbice para que, independientemente de la competencia estatal para regular las redes públicas de los operadores, pervivan las competencias de los Ayuntamientos, para disciplinar determinadas actuaciones en ejecución de los planes urbanísticos adecuándose a la vertiginosa realidad de los tiempos. Los Ayuntamientos, como protagonistas esenciales de la gestión urbanística, controlan la urbanización y subsiguiente implantación de los servicios exigidos, es decir que se eleven a la práctica los postulados del planeamiento mediante el cumplimiento de los objetivos urbanísticos previamente aprobados.

Por ello no ofrece duda que deben distinguirse entre:

a) Las competencias para regular las redes públicas del servicio de telecomunicaciones telefónicas -estatal- y, por ende, la implantación de las infraestructuras generales que garanticen el servicio accesible a todos los ciudadanos mediante la ocupación autorizada de dominio público o incluso del reconocimiento del derecho a la ocupación de la propiedad privada mediante la pertinente declaración de beneficiario en un expediente de expropiación forzosa o la declaración a su favor del derecho de servidumbre de paso.

b) Las competencias para normalizar la instalación de infraestructuras comunes urbanas, es decir la red exterior vinculada a las infraestructuras generales que permite su materialización individualizada mediante la comunicación con las arquetas de acceso y canalizaciones de las redes interiores de los edificios a consecuencia del proceso urbanizador -local- tras haber establecido el Estado el marco jurídico que garantiza a la ciudadanía el acceso a los servicios de telecomunicación.

Línea que sigue el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas, Ley 32/2003, de 3 de noviembre, Ley General de Telecomunicaciones, LGT/2003 en la que han desembocado las últimas Directivas comunitarias sobre la materia en aras a consolidar el marco armonizado de libre competencia en las telecomunicaciones. Así se constata en su art. 26 que los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología dada la obligación de recabar el oportuno informe de la Administración General del Estado por los órganos encargados de la redacción de los distintos instrumentos de planificación. Norma no vigente al tiempo de aprobarse la ORIT cuestionada pero ilustrativa de las distintas competencias.

Por ello la disposición de la Ordenanza que se afirma conculca la normativa estatal debe ser examinada en el seno del conjunto de disposiciones de que forma parte y no aisladamente. El inciso final del párrafo segundo del art. 28 se integra en la disposición relativa a la regulación de las redes exteriores de telecomunicaciones por cable en el ámbito del proceso urbanizador en suelo urbano (Unidades de Actuación) urbanizable (Planes Parciales) o de remodelación integral de calles imponiendo la obligación a quien ejecute los proyectos de urbanización sobre la previsión de canalizaciones subterráneas que podrán servir para el despliegue de una infraestructura de telecomunicaciones.

Se prevé la concurrencia al proceso como parte afectada de los operadores interesados en establecer específicamente su red en la zona para acordar las características que pudieran resultarles más adecuadas a sus necesidades momento en que podrán programar sus servicios con la amplitud debida. Tal presupuesto ostenta un carácter profundamente urbanístico al referirse a obras o instalaciones en el suelo y subsuelo de la red viaria municipal mediante las correspondientes canalizaciones. No invade la normativa reguladora del uso compartido de las infraestructuras necesarias para el establecimiento y explotación de la red con carácter general en aras a evitar el impacto negativo de la instalación de múltiples redes. La introducción en el enunciado inicial del apartado segundo de unas determinadas medidas en los tubos y de su posterior cesión gratuita al



Ayuntamiento para darles el destino preferente de dar servicio a operadores de cable constituye netamente un deber urbanístico impuesto a los ejecutantes del proceso urbanizador enumerado en la norma.

En consecuencia el gravamen de un mayor número de tubos (al sujeto o sujetos que desarrollen el proyecto urbanizador que, ordinariamente, no serán las compañías de telefonía) o el uso compartido (por distintos operadores) si prevé una necesidad mayor se desenvuelve en el ámbito de las competencias locales que controlan el adecuado desarrollo de la ejecución del planeamiento mediante el proceso urbanizador que exige que, hoy día, los suelos urbanos o urbanizables cuenten con el meritado servicio. Por ello el citado precepto ha de enmarcarse con el consignado en el párrafo siguiente acerca de que "las canalizaciones se prolongarán por todos los extremos de las urbanizaciones hasta el borde de la parcela, para que puedan ser enlazadas con las instalaciones inmediatas". No se trata, por tanto de una carga directa para los operadores de redes públicas de telecomunicaciones sino para los responsables del proceso urbanizador, por lo que no se infringen las normas esgrimidas.

No cabe acoger el motivo.

QUINTO.- Un segundo motivo del recurso lo ampara también en el art. 88.1.d) LJCA por infracción del art. 35.2 LGT/1998 así como del art. 7.1. del RSU por no haber aceptado la pretensión anulatoria del párrafo cuarto del art. 28 de la Ordenanza . Señala que la sentencia de este Tribunal de 24 de enero de 2000 establece la exigencia de proporcionalidad en la limitación impuesta a las empresas de servicios. Por ello acude al Acuerdo de 8 de febrero de 2001 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones así como a los preceptos de la LGT/1998 antes enunciados que imponen el principio de continuidad en la prestación del servicio. Adiciona que no existe en el expediente informe alguno que justifique la medida de no realizar zanjas o canalizaciones en doce años en los llamados pavimentos nobles reputando desproporcionada tal medida que condiciona el establecimiento y explotación de una red de telecomunicaciones. Rechaza, por tanto, el contenido del fundamento quinto de la sentencia.

Bajo la denominación de oposición al motivo tercero (en realidad segundo) que ciñe al art. 7.1. del RSU , la recurrida se reproduce su contestación a la demanda en lo que al precepto cuestionado se refiere. Mantiene, por tanto, la proporcionalidad y sensatez de la medida.

Debemos destacar lo primero que si bien ambos litigantes denominan párrafo cuarto del art. 28 de la ORIT al apartado que limita la apertura de zanjas en realidad según el texto publicado en el Boletín Oficial de Burgos de 22 de enero de 2002 (aportado por la recurrente con su demanda) constituye el quinto.

Tal punto del articulado de la Ordenanza no puede analizarse aisladamente ya que el precepto forma parte de un conjunto de disposiciones que imponen a los ejecutantes de proyectos de urbanización la obligación de instalaciones previas.

La proporcionalidad constituye un principio de derecho no solo reconocido en nuestra jurisprudencia constitucional desde fecha temprana (STC de 2 de julio y 10 de noviembre de 1981) sino también ampliamente asumido por este orden jurisdiccional (entre otras sentencias las de 4 de abril de 1991, 14 de julio de 1997, 25 de marzo de 1998 , etc.) que goza también de amplia proyección en el ámbito del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Se trata por tanto de analizar si el contenido de la Ordenanza es adecuado a los fines que la justifican de manera que la medida adoptada sea la necesaria por representar una menor restricción de derechos en sus destinatarios. Habrá, además, de efectuarse una ponderación entre los beneficios derivados de la misma para el interés general y los perjuicios ocasionados por las limitaciones inherentes al contenido del precepto de la Ordenanza.

El objetivo perseguido es que no se levante el pavimento indiscriminadamente por las compañías suministradoras de servicios en aras a la necesaria protección del dominio público. Prevención significativa por cuanto se refiere tanto a los proyectos de urbanización en suelo urbano como urbanizable y a las obras de remodelación integral de calles en cuyo proceso urbanizador pueden concurrir como parte interesada los operadores de telecomunicaciones y acordar las características que pudieran resultarles más adecuadas a sus necesidades. Por tanto en tal momento las compañías operadoras pueden realizar unas perspectivas razonables de instalaciones tomando en consideración el número de viviendas previstas, en los casos de urbanización en suelo urbano o urbanizable, o las ya existentes en los supuestos de remodelación integral de calles.

De entrada, tras la implantación de la canalización inicial, a la que pueden concurrir las distintas operadores, una limitación temporal a la apertura de las calles para proteger el interés general parece adecuada y necesaria para proteger no solo el dominio público sino también la libre y fácil circulación de los ciudadanos que transitan



andando o en vehículo por el espacio urbano cuya alteración no puede quedar a la libre disposición de las empresas suministradoras de servicios.

Sin embargo al avanzar en el análisis de si los plazos establecidos resultan equilibrados guardando la necesaria relación de proporcionalidad no obtenemos igual respuesta. Si procedemos a la ponderación entre los beneficios derivados para el interés general de la citada limitación temporal y las restricciones de los derechos de los usuarios del servicio residentes en las zonas afectadas por la restricción, que son superiores a los de las compañías operadoras aunque se integraría en el principio de continuidad en la prestación del servicio, entendemos como proporcionada la limitación cuatrianual pero no la que triplica el plazo en las llamadas zonas nobles. Los residentes en las calles colindantes con los llamados pavimentos nobles verían mermadas las posibilidades de recibir servicios de vanguardia durante un plazo excesivo mientras estaría potenciado un aspecto importante como es la protección de las pavimentaciones pero que no puede prevalecer con esa intensidad frente al derecho de acceso a los servicios con las máximas prestaciones. La protección del llamado pavimento noble no puede alcanzar tal rigor por cuanto, aunque nada dice la Ordenanza, debemos entender que la reposición del espacio afectado a su estado previo (mismo material que el levantado, reposición íntegra capa de rodadura, etc.) constituye obligación de cualquier compañía de servicios que proceda a su apertura. Del mismo modo deben adoptarse las medidas adecuadas que garanticen el acceso a viviendas, locales comerciales o los llamados pasos de carruajes o vados, por lo cual resulta desproporcionado la fijación en doce años del plazo de protección del llamado pavimento noble.

Acogemos, en parte el motivo.

SEXTO.- Un tercer motivo del recurso lo ampara en el art. 88.1.d) LJCA por infracción del art. 53 de la LGT y del art. 2.a) del RD Ley 1/1998, de 7 de febrero, en la redacción dada por la disposición adicional sexta de la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, al entender que el art. 25 de la Ordenanza vulnera los citados preceptos por lo que al no entender la sentencia recurrida que debía extenderse a los denominados conjuntos inmobiliarios ha infringido los citados preceptos.

Muestra su desacuerdo la recurrida en lo que denomina oposición al motivo segundo por cuanto no explica en qué resulta incompatible el concepto conjunto inmobiliario con el de obra nueva. Manifiesta también que resulta difícil sostener que no resulte de aplicación a los conjuntos inmobiliarios.

Es cierto que la redacción dada al art. 2, apartado a) del Real Decreto Ley 1/1998, de 27 de febrero por la disposición adicional sexta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre añade los conjuntos inmobiliarios al redactado inicial que solo comprendía los edificios de uso residencial que estén acogidos o deban acogerse, al régimen de propiedad horizontal regulado por la Ley 49/60, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. También lo es que la nueva redacción adicional también que la citada Ley de Propiedad Horizontal fue modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril. Cuestión importante por cuanto en la citada transformación de la Ley fueron introducidos en su art. 24 los denominados "conjuntos inmobiliarios" sometidos a las normas de la propiedad horizontal. Por tanto, lo esencial es que toda propiedad sometida al régimen de propiedad horizontal se encuentra afectada por las normas contenidas en el citado Real Decreto Ley.

Sin embargo el hecho de que la Ordenanza nos los incluya expresamente en los proyectos correspondientes de obra nueva, de obras de acondicionamiento o rehabilitación integral de edificios no significa que no deban ser comprendidos en su regulación dado que aquella disposición legal es la que establece el régimen jurídico de las infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación cabiendo por ello una interpretación extensiva de la Ordenanza.

SÉPTIMO.- Aceptado el motivo segundo, de acuerdo con el art. 95.2d) LJCA, hemos de resolver dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Al pronunciarnos en los fundamentos anteriores ya hemos resuelto lo esencial de los argumentos deducidos por la sociedad recurrente en su escrito de demanda por lo que huelga reiterar lo ya vertido.

En instancia si bien argumentaba en un primer momento acerca de la totalidad del llamado párrafo cuarto del artículo 28 (en realidad quinto) lo cierto es que el grueso de la argumentación la centraba en la desproporción del plazo de doce años. Posición claramente manifestada en el suplico de su demanda en la que pedía se anulase el párrafo cuarto del artículo 28 (en realidad quinto) o subsidiariamente se anulase la previsión de limitación temporal (doce años) de realización de nuevas obras que impliquen apertura en zona de pavimentos nobles.

Ya expusimos la proporcionalidad del plazo básico fijado en cuatro años y la ausencia de proporcionalidad en el establecido para los pavimentos nobles lo que conduce a la estimación parcial del recurso en este último aspecto.



OCTAVO.- Al acogerse el recurso, no ha lugar a la imposición de costas, ni tampoco a pronunciarse sobre las de instancia, de conformidad con el art. 139 LJCA .

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1º Que debemos acoger parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España SA contra la sentencia estimatoria parcial dictada el 20 de diciembre de 2002 por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Burgos en el recurso contencioso administrativo 173/2002 que se declara firme en lo que se refiere a la supresión del artículo 31, párrafo cuarto en cuanto impone los gastos a cargo exclusivo de la compañía.

2º Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo declarando no ajustada a derecho el párrafo quinto del art. 28 de la Ordenanza el inciso relativo a la elevación a doce años en la zona de pavimentos nobles, desestimando el resto de las pretensiones a salvo de lo fallado en el pronunciamiento anterior.

3º Que no debemos pronunciarnos sobre las costas de este recurso ni sobre las de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.