



Roj: **STSJ ICAN 880/2016** - ECLI: **ES:TSJICAN:2016:880**

Id Cendoj: **35016330022016100049**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **2**

Fecha: **15/02/2016**

Nº de Recurso: **243/2012**

Nº de Resolución: **52/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VARONA GOMEZ-ACEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 880/2016,**
STS 2067/2017

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA

Plaza de San Agustín 6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 09

Fax.: 928 32 50 39

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Nº Procedimiento: 0000243/2012

NIG: 3501645320110002386

Materia: Urbanismos y Ordenación del Territorio

Resolución: Sentencia 000052/2016

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000393/2011-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U CONCEPCIÓN SOTO ROS

Demandado CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E IGUALDAD

Codemandado TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. MÓNICA PADRÓN FRANQUIZ

SENTENCIA

Presidente

D. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO

Magistrados

Dª. CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ VIREL

D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 15 de febrero de 2016.



Visto por esta Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda con sede en Las Palmas, integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen, el recurso Contencioso-Administrativo número 0000243/2012, interpuesto por D. /Dña. FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. CONCEPCIÓN SOTO ROS y dirigido por el Abogado D. Diego Manuel López Gutiérrez, contra la CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E IGUALDAD y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., habiendo comparecido, en su representación y defensa de la primera el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias y en representación de la segunda Dña. MÓNICA PADRÓN FRANQUIZ y en su defensa D. DANIEL JOSÉ ARENCIBIA BORREGO, versando sobre Urbanismos y Ordenación del Territorio. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO, se ha dictado, la presente sentencia con base en los siguientes

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso el Decreto 124/11 de 17 de mayo por el que se aprueban las directrices de Ordenación Territorial de las Comunicaciones de Canarias.

SEGUNDO.- La representación de la demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acto, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acto administrativo impugnado.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda, oponiéndose a ella e interesando una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

CUARTO.- Se recibió el proceso a prueba, practicándose la admitida y formulando las partes conclusiones escritas, por lo que concluido el procedimiento, se señaló día para votación y fallo del presente recurso.

Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso, cuya cuantía se fijó en indeterminada.

Es ponente el Ilmo. Sr. Don Javier Varona Gómez-Acedo, que expresa el parecer de la Sala.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Una precisión inicial en relación con la posición procesal y pretensiones de la codemandada Telefónica de España S.A.U. Cuando el artículo 21 de la Ley jurisdiccional establece que se consideraran partes demandadas, b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante, está implícita y explícitamente imponiendo que tal condición de parte demandada se anude a la defensa del acto de la Administración cuya nulidad pretende la parte demandante.

Como recoge la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª de 12-2-2014, rec. 1119/2011 , Pte: Campos Sánchez-Bordona, Manuel: "La posición procesal de codemandado impedía a la parte que desde el principio la ostentaba -y que con este carácter había sido admitida al proceso- formular pretensiones impugnatorias del acto, como así ocurría en este caso. Es irrelevante a estos efectos que sus argumentos en defensa de la nulidad de aquel acto coincidiesen plena o sólo parcialmente con los del verdadero actor, pues era sólo éste quien ostentaba la titularidad activa de la relación procesal. Constituía un fraude procesal aprovechar la condición de codemandado para impetrar -sin las exigencias de plazo, por ejemplo, exigibles al actor- la anulación de un acto que otra persona jurídica había impugnado, constituyéndose de este modo en "correcurrente" del mismo. Sólo los recurrentes que hayan iniciado el proceso pueden, en la dicción del artículo 31 de la Ley Jurisdiccional , pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación".

No puede en consecuencia, -- como sucede en el presente caso con el codemandado Telefónica de España S:A.U --, personarse en condición de parte codemandada para pretender que se estime la pretensión del demandante. Ello es simplemente una perversión de la relación procesal. Consecuentemente revocamos la admisión de dicha parte como demandada y tendremos por no formuladas las alegaciones y pretensiones por dicha parte efectuadas.

SEGUNDO.- Debemos empezar por la cuestión sometida a las partes por la vía del art 33.2 de la LJCA , en relación con la incidencia que pueda tener la entrada en vigor de la Ley 9/2014, General de telecomunicaciones en la resolución del presente recurso.

La entrada en vigor de dicha norma legal, se produce el día 11 de mayo de 2014, de conformidad con su disposición final undécima, dado que fue publicada en el BOE del día 10 de mayo.



De acuerdo con la Disposición Final Novena, de la Ley, "Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones, prevista en el art. 149.1.21ª de la Constitución . Asimismo, las disposiciones de la Ley dirigidas a garantizar la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones, se dictan al amparo del art. 149.1.1ª de la Constitución , sobre regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y del art. 149.1.13ª de la Constitución , sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica."

Pues bien, de acuerdo con el contenido de la Disposición Transitoria Novena de la propia norma, se dispone que: "La normativa y los instrumentos de planificación territorial o urbanística elaborados por las administraciones públicas competentes que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán adaptarse a lo establecido en los arts. 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley ."

Particularmente por lo que ahora respecta el art. 35 de la Ley es del siguiente tenor literal:

"Artículo 35. Mecanismos de colaboración entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y las administraciones públicas para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas:

1. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo y las administraciones públicas tienen los deberes de recíproca información y de colaboración y cooperación mutuas en el ejercicio de sus actuaciones de regulación y que puedan afectar a las telecomunicaciones, según lo establecido por el ordenamiento vigente.

Esta colaboración se articulará, entre otros, a través de los mecanismos establecidos en los siguientes apartados, que podrán ser complementados mediante acuerdos de coordinación y cooperación entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y las administraciones públicas competentes, garantizando en todo caso un trámite de audiencia para los interesados.

2. Los órganos encargados de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán recabar el oportuno informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Dicho informe versará sobre la adecuación de dichos instrumentos de planificación con la presente Ley y con la normativa sectorial de telecomunicaciones y sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.

El referido informe preceptivo será previo a la aprobación del instrumento de planificación de que se trate y tendrá carácter vinculante en lo que se refiere a su adecuación a la normativa sectorial de telecomunicaciones, en particular, al régimen jurídico de las telecomunicaciones establecido por la presente Ley y su normativa de desarrollo, y a las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas, debiendo señalar expresamente los puntos y aspectos respecto de los cuales se emite con ese carácter vinculante.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo emitirá el informe en un plazo máximo de tres meses. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación del instrumento de planificación.

A falta de solicitud del preceptivo informe, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones.

En el caso de que el informe no sea favorable, los órganos encargados de la tramitación de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística dispondrán de un plazo máximo de un mes, a contar desde la recepción del informe, para remitir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo sus alegaciones al informe, motivadas por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a la vista de las alegaciones presentadas, emitirá un nuevo informe en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación del instrumento de planificación. El informe tiene carácter vinculante, de forma que si el informe vuelve a ser no favorable, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones.

3. Mediante orden, el Ministro de Industria, Energía y Turismo podrá establecer la forma en que han de solicitarse los informes a que se refiere el apartado anterior y la información a facilitar por parte del órgano



solicitante, en función del tipo de instrumento de planificación territorial o urbanística, pudiendo exigirse a las administraciones públicas competentes su tramitación por vía electrónica.

4. En la medida en que la instalación y despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas constituyen obras de interés general, el conjunto de administraciones públicas tienen la obligación de facilitar el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, para lo cual deben dar debido cumplimiento a los deberes de recíproca información y de colaboración y cooperación mutuas en el ejercicio de sus actuaciones y de sus competencias.

En defecto de acuerdo entre las administraciones públicas, cuando quede plenamente justificada la necesidad de redes públicas de comunicaciones electrónicas, y siempre y cuando se cumplan los parámetros y requerimientos técnicos esenciales para garantizar el funcionamiento de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el apartado 4 del artículo anterior, el Consejo de Ministros podrá autorizar la ubicación o el itinerario concreto de una infraestructura de red de comunicaciones electrónicas, en cuyo caso la administración pública competente deberá incorporar necesariamente en sus respectivos instrumentos de ordenación las rectificaciones imprescindibles para acomodar sus determinaciones a aquéllas.

5. La tramitación por la administración pública competente de una medida cautelar que impida o paralice o de una resolución que deniegue la instalación de la infraestructura de red que cumpla los parámetros y requerimientos técnicos esenciales para garantizar el funcionamiento de las distintas redes y servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el apartado 4 del artículo anterior, excepto en edificaciones del patrimonio histórico-artístico, será objeto de previo informe preceptivo del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que dispone del plazo máximo de un mes para su emisión y que será evacuado tras, en su caso, los intentos que procedan de encontrar una solución negociada con los órganos encargados de la tramitación de la citada medida o resolución.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación de la medida o resolución.

A falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de que el informe no sea favorable, no se podrá aprobar la medida o resolución.

6. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo promoverá con la asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación la elaboración de un modelo tipo de declaración responsable a que se refiere el apartado 6 del artículo anterior.

7. Igualmente, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo aprobará recomendaciones para la elaboración por parte de las administraciones públicas competentes de las normas o instrumentos contemplados en la presente sección, que podrán contener modelos de ordenanzas municipales elaborados conjuntamente con la asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación. En el caso de municipios se podrá reemplazar la solicitud de informe a que se refiere el apartado 2 de este artículo por la presentación al Ministerio de Industria, Energía y Turismo del proyecto de instrumento acompañado de la declaración del Alcalde del municipio acreditando el cumplimiento de dichas recomendaciones.

8. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá crear, mediante real decreto, un punto de información único a través del cual los operadores de comunicaciones electrónicas accederán por vía electrónica a toda la información relativa sobre las condiciones y procedimientos aplicables para la instalación y despliegue de redes de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados.

Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales podrán, mediante la suscripción del oportuno convenio de colaboración con el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, adherirse al punto de información único, en cuyo caso, los operadores de comunicaciones electrónicas deberán presentar en formato electrónico a través de dicho punto las declaraciones responsables a que se refiere el apartado 6 del artículo anterior y permisos de toda índole para ocupar dominio público y privado necesario para el despliegue de dichas redes que vayan dirigidas a la respectiva Comunidad Autónoma o Corporación Local.

El punto de información único será gestionado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y será el encargado de remitir a la Comunidad Autónoma o Corporación Local que se haya adherido a dicho punto todas las declaraciones responsables y solicitudes que para la instalación y despliegue de redes de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados les hayan presentado los operadores de comunicaciones electrónicas.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo, las Comunidades Autónomas y la asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación fomentarán el uso de este punto de información único



por el conjunto de las administraciones públicas con vistas a reducir cargas y costes administrativos, facilitar la interlocución de los operadores con la administración y simplificar el cumplimiento de los trámites administrativos."

Por su parte el art. 34 de la Ley compendia los principios y reglas a que debe someterse la normativa y los instrumentos de planificación territorial o urbanística elaborados por las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, pormenorizando los parámetros y requerimientos técnicos establecidos en su propia normativa, – la disposición adicional undécima– y en las normas reglamentarias aprobadas en materia de telecomunicaciones, y los límites en los niveles de emisión radioeléctrica tolerable fijados por el Estado.

Por lo que ahora interesa, por afectar directamente al contenido del Decreto objeto de recurso, tal precepto es del tenor literal siguiente:

"Artículo 34.

1. La Administración del Estado y las administraciones públicas deberán colaborar a través de los mecanismos previstos en la presente Ley y en el resto del ordenamiento jurídico, a fin de hacer efectivo el derecho de los operadores de comunicaciones electrónicas de ocupar la propiedad pública y privada para realizar el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

2. Las redes públicas de comunicaciones electrónicas constituyen equipamiento de carácter básico y su previsión en los instrumentos de planificación urbanística tiene el carácter de determinaciones estructurantes. Su instalación y despliegue constituyen obras de interés general.

3. La normativa elaborada por las administraciones públicas que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para impulsar o facilitar el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, en particular, para garantizar la libre competencia en la instalación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y la disponibilidad de una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras.

De esta manera, dicha normativa o instrumentos de planificación no podrán establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. En este sentido, cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá estar plenamente justificado e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.

Las administraciones públicas contribuirán a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras identificando dichos lugares y espacios físicos en los que poder cumplir el doble objetivo de que los operadores puedan ubicar sus infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas así como la obtención de un despliegue de las redes ordenado desde el punto de vista territorial.

4. La normativa elaborada por las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán cumplir con lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones. En particular, deberán respetar los parámetros y requerimientos técnicos esenciales necesarios para garantizar el funcionamiento de las distintas redes y servicios de comunicaciones electrónicas, establecidos en la disposición adicional undécima y en las normas reglamentarias aprobadas en materia de telecomunicaciones, y los límites en los niveles de emisión radioeléctrica tolerable fijados por el Estado.

En el ejercicio de su iniciativa normativa, cuando esta afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, las administraciones públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia.

Los operadores no tendrán obligación de aportar la documentación o información de cualquier naturaleza que ya obre en poder de la Administración. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo establecerá, mediante real decreto, la forma en que se facilitará a las administraciones públicas la información que precisen para el ejercicio de sus propias competencias.

5. Los operadores deberán hacer uso de las canalizaciones subterráneas o en el interior de las edificaciones que permitan el despliegue y explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas.



En los casos en los que no existan dichas canalizaciones o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas, los operadores podrán efectuar despliegues aéreos siguiendo los previamente existentes.

Igualmente, en los mismos casos, los operadores podrán efectuar por fachadas despliegue de cables y equipos que constituyan redes públicas de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados, si bien para ello deberán utilizar, en la medida de lo posible, los despliegues, canalizaciones, instalaciones y equipos previamente instalados.

Los despliegues aéreos y por fachadas no podrán realizarse en casos justificados de edificaciones del patrimonio histórico-artístico o que puedan afectar a la seguridad pública.

6. Para la instalación de las estaciones o infraestructuras radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público a las que se refiere la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, no podrá exigirse la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas, en los términos indicados en la citada ley NT.

Para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas o de estaciones radioeléctricas en dominio privado distintas de las señaladas en el párrafo anterior, no podrá exigirse por parte de las administraciones públicas competentes la obtención de licencia o autorización previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, o de carácter medioambiental, ni otras licencias o aprobaciones de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización dicha instalación, en el caso de que el operador haya presentado a la administración pública competente para el otorgamiento de la licencia o autorización un plan de despliegue o instalación de red de comunicaciones electrónicas, en el que se contemplen dichas infraestructuras o estaciones, y siempre que el citado plan haya sido aprobado por dicha administración.

En el Plan de despliegue o instalación, el operador deberá prever los supuestos en los que se van a efectuar despliegues aéreos o por fachadas de cables y equipos en los términos indicados en el apartado anterior.

Este plan de despliegue o instalación a presentar por el operador se sujetará al contenido y deberá respetar las condiciones técnicas exigidas mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros.

El plan de despliegue o instalación de red pública de comunicaciones electrónicas se entenderá aprobado si, transcurridos dos meses desde su presentación, la administración pública competente no ha dictado resolución expresa.

Las licencias o autorizaciones previas que, de acuerdo con los párrafos anteriores, no puedan ser exigidas, serán sustituidas por declaraciones responsables, de conformidad con lo establecido en el art. 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativas al cumplimiento de las previsiones legales establecidas en la normativa vigente. En todo caso, el declarante deberá estar en posesión del justificante de pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo.

La declaración responsable deberá contener una manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente, incluido, en su caso, estar en posesión de la documentación que así lo acredite.

Cuando deban realizarse diversas actuaciones relacionadas con la infraestructura o estación radioeléctrica, las declaraciones responsables se tramitarán conjuntamente siempre que ello resulte posible.

La presentación de la declaración responsable, con el consiguiente efecto de habilitación a partir de ese momento para ejecutar la instalación, no prejuzgará en modo alguno la situación y efectivo acomodo de las condiciones de la infraestructura o estación radioeléctrica a la normativa aplicable, ni limitará el ejercicio de las potestades administrativas de comprobación, inspección, sanción, y, en general, de control que a la administración en cualquier orden, estatal, autonómico o local, le estén atribuidas por el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso.

La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable, o la no presentación de la declaración responsable determinará la imposibilidad de explotar la instalación y, en su caso, la obligación de retirarla desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Reglamentariamente se establecerán los elementos de la declaración responsable que tendrán dicho carácter esencial.



7. En el caso de que sobre una infraestructura de red pública de comunicaciones electrónicas, fija o móvil, incluidas las estaciones radioeléctricas de comunicaciones electrónicas, ya esté ubicada en dominio público o privado, se realicen actuaciones de innovación tecnológica o adaptación técnica que supongan la incorporación de nuevo equipamiento o la realización de emisiones radioeléctricas en nuevas bandas de frecuencias o con otras tecnologías, sin variar los elementos de obra civil y mástil, no se requerirá ningún tipo de concesión, autorización o licencia nueva o modificación de la existente o declaración responsable o comunicación previa a las administraciones públicas competentes por razones de ordenación del territorio, urbanismo o medioambientales.

8. Cuando las administraciones públicas elaboren proyectos que impliquen la variación en la ubicación de una infraestructura o un elemento de la red de transmisión de comunicaciones electrónicas, deberán dar audiencia previa al operador titular de la infraestructura afectada, a fin de que realice las alegaciones pertinentes sobre los aspectos técnicos, económicos y de cualquier otra índole respecto a la variación proyectada."

Al no constar que efectivamente en el plazo de un año a que se refiere la disposición transitoria antes transcrita se haya adaptado a lo establecido en los arts. 34 y 35 de la Ley y particularmente no se haya sometido a informe preceptivo y parcialmente vinculante, –en las materias que los preceptos transcritos definen –, del Ministerio de Industria, deben entender que existe una derogación tácita de las directrices impugnadas, de acuerdo con los razonamientos que seguidamente enunciamos.

TERCERO.- Como hemos visto el informe del Ministerio de Industria además de preceptivo es vinculante en lo que se refiere al régimen jurídico de las telecomunicaciones establecido por la Ley y su normativa de desarrollo, y a las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Todas las materias a que se contrae la impugnación singular de las distintas directrices, se encuentran dentro de las reguladas directamente por la Ley estatal ya que se trata de las siguientes materias:

- A) Directrices que imponen determinadas infraestructuras -- Directrices 5.2 d y f; 11.1 b; 22.2 y 30.1 b; 8,9 y 10.
- B) Las que establecen la obligación de compartición : 4.1 d y 6;
- C) Las que imponen las denominadas cláusulas de progreso: 4.1.e; 6.2; 39.2 y 3;5.2d Y f; 14.2.1. y finalmente
- D) Las que suponen una Intervención administrativa, Directrices 14 y 25.

La consecuencia de la omisión del informe previo en materia de telecomunicaciones de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística a que se refería el art. 26.2 de la Ley 32/2003 se traducía en la nulidad de la disposición impugnada. En este sentido se pronuncian las sentencias del TS de 9 , 22 y 23 de marzo de 2011 , 7 de febrero de 2013 o la más reciente de 16 de enero de 2014 .

La primera de ellas indica:

"PRIMERO.- Como puede comprobarse por la lectura de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que hemos transcrito en los antecedentes segundo y tercero de esta nuestra, la única razón por la que la Sala de instancia ha declarado la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de Orense es por no haberse recabado en el procedimiento de elaboración y aprobación del mismo el informe contemplado y requerido por el artículo 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998 ,

(...)

CUARTO.- En el segundo motivo de casación se afirma por la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, y de ello se hace eco también el recurso de casación de las entidades mercantiles, que se ha infringido por la Sala sentenciadora lo dispuesto en los artículos 63 y 66 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , ya que los defectos de forma sólo implican la anulación cuando impiden al acto alcanzar su fin o producen la indefensión de los interesados.

Este motivo tampoco puede prosperar porque olvidan los recurrentes que nos encontramos ante una disposición de carácter general, que no se rige por los preceptos citados sino por lo establecido en el artículo 62.2 de la misma Ley , de modo que los vicios formales, como es lógico, tiene naturaleza sustancial y su concurrencia determina la nulidad de pleno derecho de la disposición impugnada, como lo puso de relieve la demandante y, con toda corrección, lo ha estimado el Tribunal a quo, por lo que no son aplicables los principios de economía procesal ni de proporcionalidad.

La disposición general, en este caso el Plan General de Ordenación Urbana, es nulo de pleno derecho porque no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido para su aprobación.

(...)



La previsión legal contenida en el citado precepto, con redacción prácticamente idéntica en el artículo 26.2 de la actualmente vigente Ley General de Telecomunicaciones 32/2003 , tiene por objeto instrumentar un sistema de coordinación entre las diversas competencias, concurrentes en la ordenación del territorio, de gran trascendencia jurídica, económica y social.

(...)

Cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva, lo hace bajo la consideración de que la adjudicación competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, si bien, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio.

Con ese fin, algunas leyes estatales han previsto un informe estatal vinculante respecto de los instrumentos de ordenación del territorio. Es el caso del informe vinculante de la Administración estatal con carácter previo a la aprobación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación, que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional; un trámite contemplado antes en la disposición adicional primera de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones 6/1998 y actualmente en la disposición adicional 2ª del vigente texto refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 , que la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio , declaró adecuado al orden constitucional de competencias, aunque apuntando que "en el ejercicio de sus competencias el Estado debe atender a los puntos de vista de las Comunidades Autónomas, según exige el deber de colaboración ínsito en la forma de nuestro Estado.... Lo expuesto basta para rechazar que la LRSV haya impuesto de forma incondicionada la prevalencia del interés general definido por el Estado frente al interés general cuya definición corresponde a las Comunidades Autónomas. Obviamente, la forma en que en cada caso el Estado emita su informe vinculante es cuestión ajena a este proceso constitucional, siendo así que el simple temor a un uso abusivo de un instrumento de coordinación no justifica una tacha de inconstitucionalidad" (fundamento jurídico 48º).

Pues bien, con la misma finalidad y por ende la misma justificación, la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, en su art. 44.3 , estableció la previsión que ahora nos ocupa, a cuyo tenor se exige que los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística recaben un informe estatal para determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, añadiéndose que esos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes elaborados en ese trámite por el órgano estatal competente.

(...)

Es evidente que en el caso enjuiciado nos encontramos con la redacción de un instrumento de ordenación urbanística, al tratarse de un Plan General de Ordenación Urbana Municipal, claramente contemplado en el tan repetido artículo 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, de 24 de abril , que adolece de la falta de informe del Ministerio de Fomento con el fin de determinar las redes públicas de telecomunicaciones, defecto que, como vicio sustancial en la elaboración de una disposición de carácter general, debe acarrear su nulidad de pleno derecho, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en consecuencia, el cuarto motivo de casación esgrimido por el Ayuntamiento y aducido también por las entidades mercantiles recurrentes debe ser desestimado al igual que todos los demás."

Pues bien de forma inequívoca los preceptos de la Ley 9/2014 han modificado y ampliado de forma significativa la regulación de la materia, incorporando la necesidad de un informe previo, preceptivo y vinculante, en determinados aspectos que hemos visto y además extendiendo la exigencia de tal informe no solo a los instrumentos de planificación territorial o urbanística, sino también a "la normativa" elaborada por las administraciones públicas competentes, siempre que afecte a la materias reguladas en la norma estatal.

La caracterización del informe como vinculante supone, en la práctica, someter a control previo el ejercicio de una competencia, bloqueando su actuación y determinando el sentido de la resolución que finalmente se deba adoptar, respecto de cualquier normativa, proyecto o plan. Esta clase de informes son utilizados en nuestro Ordenamiento como un medio de resolución de concurrencias competenciales.

La Sentencia núm. 82/2012 de 18 abril del TC . , dice al respecto:



"Abordando ya la resolución del primer aspecto mencionado, debemos partir de nuestra consolidada doctrina respecto a la concurrencia de competencias estatales y autonómicas en el territorio derivadas de títulos jurídicos distintos, doctrina según la cual (STC 46/2007, de 1 de marzo , F. 5):

«.las situaciones de concurrencia competencial sobre un mismo espacio físico han de resolverse, en primer lugar, acudiendo a técnicas de colaboración y concertación. De esta forma resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas en la búsqueda de aquellas soluciones con las que consiga optimizar el ejercicio de las competencias estatales y autonómicas, pudiendo elegirse en cada caso las técnicas que se estimen más adecuadas. En definitiva, la concurrencia competencial no puede resolverse en términos de exclusión, sino que ha de acudir a un expediente de acomodación e integración de los títulos competenciales -estatal y autonómico- que convergen sobre un mismo espacio físico y que, por eso mismo, están llamados a coexistir».

Ahora bien, también hemos establecido que, para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra. Para ello, habrá que tomar en consideración, como señala el fundamento jurídico 30 de la STC 40/1998, de 19 de febrero , cuál sea la competencia estatal de carácter sectorial que pretenda ejercerse, las razones que han llevado al constituyente a reservar esa competencia al Estado o el modo concreto en que éste o la Comunidad Autónoma pretendan ejercer las que les corresponden. En este sentido, hemos declarado que el Estado tiene competencias que pueden incidir de manera importante sobre el territorio, cual es el caso de la competencia sobre puertos y aeropuertos, y que no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma. Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace -o, al menos, así lo entiende el constituyente- un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas».

A este respecto también hemos de referirnos, por su directa relación con la cuestión que ahora se controvierte, al ATC 428/1989, de 21 de julio , del Tribunal Constitucional, por el que se inadmitió el recurso de amparo interpuesto por la comisión promotora de la iniciativa legislativa popular prevista en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha , relativa a la declaración del Rincón de Anchuras como parque natural, iniciativa que no fue admitida a trámite por la Mesa de la Cámara autonómica por entenderla referida a materias ajenas a la competencia regional. Dicho Auto de la Sección Segunda del Tribunal Constitucional reconoció que corresponde a las Comunidades Autónomas la declaración y gestión de espacios naturales protegidos como los parques naturales, si bien tuvo en cuenta que, en tal caso, el Gobierno de la Nación, a través del Real Decreto 811/1988, de 20 de julio , había declarado previamente un espacio ubicado en el término de Anchuras como zona de interés para la defensa nacional en razón de su destino a polígono de entrenamiento para el Ejército del aire. Así, en el fundamento jurídico 4 del citado ATC 428/1989, de 21 de julio , dijimos:

«Conocidos los principales datos normativos del asunto que nos ocupa, lo que se ha de dilucidar es, pues, si la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, cuya competencia para declarar una determinada zona de su territorio como parque resulta indudable, puede efectuar tal declaración respecto de una zona previamente declarada por el Gobierno del Reino como de interés para la Defensa Nacional. La respuesta a este interrogante ha de ser, a todas luces, negativa.

En un supuesto como éste y a diferencia de aquellos otros en que sobre un mismo ámbito territorial, personal o material cabe que existan competencias pertenecientes a distintos entes susceptibles de ejercitarse en régimen de no interferencia o de interferencia modulada por técnicas de coordinación y colaboración la acción estatal impide de raíz toda posibilidad de una acción autonómica de signo contrario. Aquí, en efecto, el Gobierno, en el marco de la competencia exclusiva que sobre Defensa reconoce al Estado el art. 149.1.4 de la CE y de las facultades que le otorga la Ley 8/1975 , ha decidido destinar a polígono de entrenamiento de la Fuerza Aérea una zona del territorio castellano-manchego carente de tutela singular como espacio natural protegido, y es evidente que tal decisión no podría verse contradicha por la Comunidad Autónoma concernida a través de una declaración a posteriori de esa zona como Parque, pues semejante declaración, que equivaldría a la pretensión de sustraer a la zona en cuestión al destino que le fue señalado en el ejercicio legítimo de una competencia estatal, implicaría el desconocimiento de ésta y la vulneración consiguiente del citado precepto constitucional. Es cierto que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha posee, según antes dijimos, la competencia de declarar como Parque las áreas de su territorio que reúnan las características descritas en el art. 13 de la Ley 4/1989 , pero también lo es que la referida competencia no puede ejercerse de modo que quede menoscabada o invadida la competencia del Estado para declarar una zona como de interés para



la Defensa Nacional, ya que -reiterando doctrina consolidada de este Tribunal (cfr., v.g., STC 69/1988, de 19 de abril, fundamento jurídico 3º)- el Estado no ha de verse privado del ejercicio de sus competencias por la existencia de una competencia autonómica".

Resulta en consecuencia que a partir de la plena vigencia de la Ley 9/2014, la competencia para aprobar las directrices objeto de impugnación, – en lo que atañe a las materias antes referidas–, es compartida entre la Comunidad Autónoma y al Administración del Estado a través del Ministerio de Industria, debiendo articularse mediante la solicitud del informe exigido por esta norma legal y en todo caso adaptarse a los preceptos de dicha Ley.

Por ello y referido insistimos a tales materias, - que se concretan en los singulares preceptos impugnados –, debe entenderse derogados tacitamente y contrarios a los indicados preceptos de la Ley estatal en tal sentido procede estimar el recurso.

CUARTO.- En cuanto a las costas, tras la modificación operada por la Ley 37/2011 el Artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad. Por ello y por la singular causa de estimación del recurso, no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

Por ello, vistos los artículos citados y demás de general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución decidimos

III FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de ORANGE ESPAGNE SAU (FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU), frente Decreto antes identificado que anulamos, sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Al notificarse a las partes se les indicará que esta sentencia es susceptible de recurso de casación –que deberá prepararse en el plazo de diez días contados desde el siguiente al de la notificación– ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, pero sólo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas en esta sentencia.

Llévese el original al libro de sentencias.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la Sentencia anterior en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente don FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO en audiencia pública de lo que yo, el Secretario de la Sala, certifico.