

EDJ 2010/53585

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 27-4-2010, rec. 5724/2007

Pte: Martí García, Antonio

Resumen

El TS desestima el rec. de casación interpuesto contra la sentencia parcialmente estimatoria del rec. contencioso-administrativo deducido frente a la Ordenanza Municipal reguladora de las Infraestructuras de Telecomunicaciones por Cable, al rechazar la Sala las alegaciones relativas a la infracción del principio de proporcionalidad y falta de coincidencia del supuesto planteado con otro anterior resuelto por la misma Sala de instancia, declarando que en modo alguno determina la nulidad de la sentencia impugnada el hecho de que la operadora recurrente en la instancia no se hubiera opuesto en vía administrativa, en la fase de información pública, a la legalidad del artículo objeto de la final anulación. El no haberlo hecho no se puede erigir en ningún caso al valor de obstáculo procesal al análisis jurisprudencial de la correspondiente pretensión.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa art.94.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN LOCAL
MUNICIPIOS
Potestades
Reglamentaria
Ordenanzas municipales
Impugnación

RECURSO DE CASACIÓN -HASTA 1992 DENOMINADO APELACIÓN-
INADMISIBILIDAD
Defectuosa preparación

TELECOMUNICACIONES
CUESTIONES GENERALES
Dominio público radioeléctrico

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Operador de telecomunicaciones; Desfavorable a: Admón. local (funciones legislativas)

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.94.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita RD 1736/1998 de 31 julio 1998. Desarrolla Ley General Telecomunicaciones, Servicio universal de telecomunicaciones y otros aspectos

Cita art.86.4, art.88.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.44 de Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones

Cita art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 julio 2007 (J2007/250755)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - MUNICIPIOS - Potestades - Reglamentaria - Ordenanzas municipales - Impugnación STS Sala 3ª de 17 noviembre 2009 (J2009/307372)

ANTONIO MARTI GARCIA
CELSA PICO LORENZO
ENRIQUE LECUMBERRI MARTI
RICARDO ENRIQUEZ SANCHO
SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA
SEGUNDO MENENDEZ PEREZ
SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de abril de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 5724/2007, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora D^a Victoria Pérez-Mulet y Díez Picazo, en nombre y representación del Ayuntamiento de Alcira, contra la sentencia dictada el día treinta de julio de dos mil siete por la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, recaída en los autos número 753/2003 EDJ 2007/250755 .

Habiendo comparecido la entidad "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en los autos número 753/2003, dictó sentencia el día treinta de julio de dos mil siete EDJ 2007/250755 , cuyo fallo dice:

" 1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras de Telecomunicaciones por Cable, aprobada definitivamente por el Ayuntamiento de Alzira (B.O.P. de 14 de marzo de 2003).

2.- Se declara contraria a Derecho y se anula dicha ordenanza en el sólo precepto artículo 2.2, apartado segundo . Desestimándose, por consiguiente, el recurso en todo lo demás.

3.-No hacer expresa imposición de costas. "

SEGUNDO.- Por la representación procesal del Ayuntamiento de Alcira se preparó recurso de casación contra la citada sentencia, que fue admitido por la Sala de instancia con emplazamiento de las partes para su personación ante el Tribunal Supremo dentro del plazo previsto legalmente.

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a Carmen Ortiz Cornago, actuando en representación de "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", opuso en su escrito de personación presentado el 30 de noviembre de 2007, la posible inadmisión del recurso de casación por incumplimiento del requisito previsto en el art. 89.2, en relación con el 86.4, de la LJCA EDL 1998/44323 , al no haberse justificado en el escrito de preparación la trascendencia en el fallo de la infracción de una norma de derecho estatal o comunitario europeo.

CUARTO.- Dado el trámite legal a la solicitud de inadmisión, fue rechazada mediante Auto de la Sección Primera de esta Sala de 17 de julio de 2008, admitiendo el recurso con remisión de las actuaciones conforme a las normas de reparto de asuntos a la Sección Cuarta, que las tuvo por recibidas el 30 de octubre de 2008.

QUINTO.- Dado traslado del recurso para la posible oposición de la recurrida, ésta fue formalizada mediante escrito de 18 de diciembre de 2008, en que se solicitó la inadmisión o, en su defecto, la desestimación íntegra de aquél.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 20 de abril de dos mil diez, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal del Ayuntamiento de Alcira, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha treinta de julio de dos mil siete EDJ 2007/250755 , que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U." contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alcira (Valencia) de veintisiete de noviembre de dos mil dos, por el que se aprobó la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras de Telecomunicaciones por Cable.

En lo que toca a la cuestión a que se contrae el recurso de casación, el fundamento de derecho primero de la sentencia de treinta de julio de dos mil siete EDJ 2007/250755 introduce la cuestión litigiosa resumiendo el contenido de la Ordenanza impugnada, que "En el "Artículo 2.2" (así se autodenomina) su apartado primero establece que "la red de infraestructuras incluirá, necesariamente, además

de los tubos o conductos que cada uno de los operadores para su propio uso de un número de tubos vacíos igual al 10 por ciento de los instalados, con un número mínimo de 1 ó 2 en el caso configuraciones tributo".

El apartado segundo de este mismo artículo 2.2 recogido en la ordenanza dispone lo siguiente: "con independencia de las arquetas particulares de cada operador, la red de infraestructuras estará dotada de arquetas municipales de registro, que se determinarán en cada proyecto específico, así como los tubos pasantes que convenga disponer como previsión en cruces".

Tras ello expone, en el mismo fundamento de derecho, los argumentos de la demandante sobre el artículo de la Ordenanza que ahora nos interesa:

"La actora entiende contrarios a derecho dichos preceptos de la Ordenanza, fundando su impugnación a partir de un alegato principal, la falta de competencia del municipio para incorporar en la ordenanza los preceptos impugnados; en síntesis más particularizadamente:

El artículo 2.2.1 incurre en causa de nulidad por vulnerar el régimen establecido en la legislación estatal de telecomunicaciones en materia de condiciones (derechos y obligaciones) inherentes a los títulos habilitantes (licencias individuales); invoca art. 16 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 11/1998 y artículos 13 y 25 de la Orden de 22 de septiembre de 1998, así como el art. 4 del Reglamento aprobado por R.D. 1736/1998, de 31 de julio EDL 1998/45162.

El art. 2.2.2 de la Ordenanza vulnera los artículos 6.7.3, 44.2 y 45 de la misma Ley con infracción del art. 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879."

La resolución de las alegaciones del demandante así resumidas fue abordada por la sentencia impugnada EDJ 2007/250755 en su fundamento de derecho cuarto, en los siguientes términos:

" Sobre el apartado segundo del mismo artículo 2.2 -previsión de que cada proyecto específico determine la dotación en la red de infraestructuras de "Arquetas municipales de registro", así como "los tubos pasantes que convenga disponer", la Sentencia mentada de 1431/05 juzgó ilegal similar previsión en ordenanza municipal sometida a enjuiciamiento, razonando como sigue en su Fº. Jº. Quinto:

"QUINTO.- El punto 2 del art. 20 de la Ordenanza, también impugnado por la actora, establece la obligación de los operadores de que, con independencia de las arquetas particulares de cada operador, las redes de canalizaciones habrán de estar dotadas de arquetas municipales de registro. Esta previsión de integración en la red municipal de las arquetas de registro construidas a su cargo por los operadores sí resulta, a criterio de la Sala, arbitraria y contraria a Derecho, como aduce la recurrente, por cuanto el art. 44 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460, General de Telecomunicaciones, en relación con el art. 15 de la misma Ley, otorga derecho de ocupación del dominio público para los titulares de licencias individuales en la medida en que sea necesario para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones de que se trate, pero en ningún caso dispone que la red construida pase a ser de titularidad municipal o de la Administración titular del dominio público, ni dicha imposición viene tampoco amparada en ninguna otra norma habilitante, y ni siquiera encuentra justificación en las facultades que le corresponden al Ayuntamiento demandado como titular del dominio público municipal. Que de ello es sabedor ese Ayuntamiento lo evidencia el hecho de que en el escrito de contestación a la demanda manifiesta que el citado punto 2 del art. 20 de la Ordenanza recurrida debió de haber sido suprimido del texto de la misma, debiendo achacarse su mantenimiento únicamente a un "desafortunado descuido", teniendo intención de suprimirlo en el momento oportuno.

Procede, por consiguiente, la estimación parcial del presente recurso contencioso".

Los razonamientos de esa sentencia deben reproducirse aquí en virtud del principio de unidad de doctrina al partir de un presupuesto de hecho que se enjuicia igual al de referencia conocido por la Sala y resuelto según se ha dicho, sin que aparezcan datos o consideraciones de las partes que hagan cambiar de criterio."

SEGUNDO.- Con carácter preferente, han de examinarse los dos motivos de inadmisión del recurso de casación aducidos, aparte del ya rechazado por Auto de esta Sala de 17 de julio de 2008, por la recurrida "TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U." en su escrito de oposición.

Ha de recordarse que, conforme al artículo 94.1, párrafo segundo, de la Ley Jurisdiccional, "En el escrito de oposición se podrán alegar causas de inadmisibilidad del recurso, siempre que no hayan sido rechazadas por el Tribunal en el trámite establecido en el artículo 93 "; y que en el citado trámite únicamente se analizó la defectuosa preparación del recurso opuesta por una de las recurridas en el citado trámite.

En esencia, considera la parte recurrida, de un lado, que el escrito de interposición, desatendiendo el carácter nomofiláctico del recurso de casación, no identifica las normas del Ordenamiento Jurídico o de la jurisprudencia que se puedan considerar infringidas, y, de otro y como segunda razón para la posible inadmisión, que, atendiendo a sus argumentos, debería haber sido planteado conforme al art. 88.1.c) de la LJCA EDL 1998/44323, al esbozar una denuncia de incongruencia de la sentencia recurrida EDJ 2007/250755 debido a su defectuosa motivación.

Esta Sala no comparte estrictamente lo alegado por la recurrida en el trámite de oposición, puesto que, si bien el escrito de interposición no alude a una determinada norma del Ordenamiento Jurídico, sí aduce la infracción del principio de proporcionalidad, que, como esta Sala ha advertido precisamente en relación con Ordenanzas municipales reguladoras de instalaciones de radiocomunicación, constituye un elemento fundamental para medir la legitimidad de las medidas restrictivas de los derechos de los operadores impuestas en aquellas normas reglamentarias. Y, conforme a un principio antiformalista y favorecedor de la interpretación de las normas más conforme a la tutela judicial efectiva, la invocación de tal principio puede tenerse como suficiente a los efectos de la debida cita de la normativa impugnada en el escrito de interposición del recurso de casación.

Precisamente por citarse tal infracción sustantiva, no cabe apreciar que el recurso hubiera debido ser interpuesto por la vía del art. 88.1.c) de la Ley de Jurisdicción, si bien es cierto que el escrito de interposición parece aludir en alguno de los pasajes de su único motivo

a una posible incongruencia de la sentencia de instancia EDJ 2007/250755 , alegación que, sin embargo, no deja de ser secundaria en relación con el conjunto del escrito, en que se esboza, en efecto, una posible infracción del ordenamiento jurídico

TERCERO.- Ahora bien, lo anterior no quiere decir que el recurso de casación deba ser estimado.

En efecto, son tres las razones aducidas por la recurrente para conseguir la revocación de la sentencia de instancia EDJ 2007/250755 en lo que se refiere a la declaración de nulidad del art. 2.2.2 de la Ordenanza reguladora de las Infraestructuras de Telecomunicaciones por Cable del Ayuntamiento de Alcira.

La primera se refiere a una posible infracción del principio de proporcionalidad. Es cierto que se trata de un elemento fundamental a la hora de enjuiciar la legitimidad de una medida restrictiva del derecho de los operadores impuesta en las Ordenanzas Municipales, tal como hemos puesto de manifiesto, entre otras, en nuestras sentencias de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004 EDJ 2008/128171 , y de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007 EDJ 2009/307372 . Sin embargo, el Ayuntamiento recurrente se limita a invocarlo, pero en modo alguno concreta la razón por la que la anulación del citado precepto contraría aquel principio, y ello es un presupuesto fundamental para que esta Sala pueda estimar la alegación correspondiente.

Tampoco pueden correr mejor suerte sus alegaciones relativas al hecho de que aquella sentencia anterior sobre un caso análogo a que la Sala de instancia se remite en su fundamentación a la hora de resolver, no guarda real identidad con el supuesto planteado. Ha de recordarse que no nos encontramos ante un recurso para la unificación de doctrina, en que la contradicción entre sentencias de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia pueda determinar a priori la casación de la sentencia de instancia EDJ 2007/250755 . Por el contrario, estamos en sede de casación ordinaria, en que únicamente puede darse por buena a los efectos de fundamentar el recurso de casación con base en el art. 88.1.d) de la LJCA EDL 1998/44323 , la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Siendo intrascendente, a nuestros efectos, la posible incoherencia a que el motivo se refiere, al no haberse planteado como un defecto en la motivación de la sentencia de instancia, lo que debía de haberse hecho, en caso, por un cauce procesal diferente, que es el del art. 88.1.c) de la misma ley procesal.

Finalmente, en modo alguno determina la nulidad de la sentencia el hecho de que la operadora recurrente en instancia no se hubiera opuesto en vía administrativa, en la fase de información pública, a la legalidad del artículo objeto de final anulación. El no haberlo hecho no se puede erigir en ningún caso al valor de obstáculo procesal al análisis jurisdiccional de la correspondiente pretensión, cosa que se correspondería con un concepción formal del carácter revisor de la jurisdicción contencioso- administrativa ampliamente superado.

Razones por las que debe desestimarse el único motivo de casación deducido contra la sentencia de 30 de julio de 2007 EDJ 2007/250755 .

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.3 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo señala en la cifra máxima de 2.000 euros en concepto de honorarios de la parte recurrida.

FALLO

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación número 5724/2007, interpuesto por el Procurador D. Victoria Pérez-Mulet y Díez Picazo, en nombre del Ayuntamiento de Alcira contra la sentencia que dictó la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana con fecha 30 de julio de 2007, en los autos 753/2003 EDJ 2007/250755 , que queda firme. Con imposición de las costas a la recurrente, en los términos expresados en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042010100201