

Resumen

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la STSJ que confirmó el D. 358/2000, de regulación de la instalación de redes públicas de telecomunicaciones en el dominio público viario y ferroviario. La Sala considera que el art. 43 Ley 11/1998 mal puede invocarse con éxito frente a la sentencia recurrida cuando, en lo que se refiere a los requisitos para la ocupación del dominio público, se remite a otras normas, insertas en el mismo capítulo de la Ley 11/1998, que el Abogado del Estado no cita de modo singular, y podía éste haberse referido, pero no lo ha hecho en su recurso, al art. 44 de la misma Ley que es el que regula la ocupación del dominio público cuando sea necesaria para el establecimiento de las redes de telecomunicaciones.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones art.28

Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones art.43 , art.44 , art.47.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

NORMA JURÍDICA

CLASES

Reglamentos

Clases

Autonómicos

Impugnación

Directa

TELECOMUNICACIONES

ORDENAMIENTO JURÍDICO

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Admón. autonómica (funciones legislativas); Desfavorable a: Administración estatal (funciones ejecutivas)

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.28 de Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones

Aplica art.43, art.44, art.47.1 de Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones

Cita Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones

Cita D 358/2000 de 7 noviembre 2000. Regulación de instalación de redes públicas de telecomunicaciones en dominio público viario y ferroviario, C.A. Cataluña

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

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

Cita art.149.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.47.2 de Ley 230/1963 de 28 diciembre 1963. General Tributaria

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 mayo 2003 (J2003/199673)

En la Villa de Madrid, a tres de mayo de dos mil seis.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 6729/2003 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 16 de mayo de 2003 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso número 24/2001, sobre regulación de la instalación de redes públicas de telecomunicaciones en el dominio viario y ferroviario; es parte recurrida la GENERALIDAD DE CATALUÑA, representada por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el recurso contencioso-administrativo número 24/2001 contra el Decreto de la Generalidad de Cataluña número 358/2000, de 7 de noviembre EDL 2000/87488 , de Regulación de la instalación de redes públicas de telecomunicaciones en el dominio público viario y ferroviario.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 3 de mayo de 2002, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "estimatoria del presente recurso, anulando los Arts. 3.3 y 6.2 párrafo primero del Decreto 358/2000".

TERCERO.- La Generalidad de Cataluña contestó a la demanda por escrito de 30 de mayo de 2002, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la cual se desestime el presente recurso contencioso-administrativo, con expresa condena en costas a la parte actora ya que la disposición impugnada es conforme a Derecho".

CUARTO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia con fecha 16 de mayo de 2003 EDJ 2003/199673 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: En atención a lo expuesto la Sala ha decidido desestimar la demanda interpuesta por el Ministerio de Ciencia y Tecnología contra el Decret 358/2000 de la Generalitat de Catalunya por el que se regula la instalación de redes públicas de telecomunicaciones en el dominio público viario y ferroviario. Sin pronunciamiento en costas".

QUINTO.- Con fecha 18 de diciembre de 2003 el Abogado del Estado interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 6729/2003 contra la citada sentencia EDJ 2003/199673 , al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional: Único: "por infracción de los arts. 43 a 47 de la Ley General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998".

SEXTO.- La Generalidad de Cataluña presentó escrito de oposición al recurso y suplicó la confirmación íntegra de la sentencia recurrida EDJ 2003/199673 con imposición de las costas procesales del presente recurso a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 13 de enero de 2006 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 25 de abril siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 16 de mayo de 2003 EDJ 2003/199673 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración del Estado contra el Decreto de la Generalidad de Cataluña número 358/2000, de 7 de noviembre EDL 2000/87488 , de Regulación de la instalación de redes públicas de telecomunicaciones en el dominio público viario y ferroviario.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia EDJ 2003/199673 abordó en el segundo de sus fundamentos jurídicos la impugnación relativa al artículo 3.3 del citado Decreto autonómico en los siguientes términos: "(...) El art. 3.3 señala: 'No se pueden otorgar nuevas autorizaciones para la construcción de nuevas canalizaciones o ampliación de las existentes en un mismo tramo si no han transcurrido dos años desde la finalización de las obras amparadas por la anterior autorización, salvo que razones de interés público determinen la necesidad de una nueva construcción'.

Afirma la parte actora que este precepto limita y restringe el derecho de ocupación del dominio público que el art. 43 de la Ley 11/98 General de Telecomunicaciones otorga a los operadores titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones; considera que una limitación temporal como la impuesta sólo tendría justificación, con fines proteccionistas, en los tramos en los que se siga el procedimiento de utilización compartida, y siempre que además se establezca una capacidad excedentaria mínima para atender las necesidades de nuevos operadores con derecho a ocupar el dominio público.

No puede aceptarse este planteamiento, pues el derecho de ocupación del dominio público que concede el art. 43 citado no es absoluto e indiscriminado, sino, como señala el art. 44,1, 'en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones de que se trate' necesidad que obviamente valorará y apreciará la Administración titular, en este caso la autonómica y, en concreto, la catalana; por otro lado, el mismo art. 44, en su apartado 2, segundo párrafo, establece la posibilidad de que las Administraciones titulares del dominio público impongan condiciones y requisitos a su ocupación por los operadores de redes públicas, siempre que sean transparentes y no discriminatorios. Con ello se sigue lo dispuesto en el art. 2,3 de la Directiva 90/388/CEE en la redacción dada por la Directiva 96/19/CEE que señala: 'Los Estados miembros que supediten la prestación de servicios de telecomunicaciones o la creación o suministro de redes de telecomunicaciones a un procedimiento de licencia, de autorización general o de declaración con objeto de asegurar el cumplimiento de las EXIGENCIAS ESENCIALES, garantizarán que las exigencias de que se trate sean objetivas,

no discriminatorias, proporcionales y transparentes, que las denegaciones estén debidamente motivadas y que exista un procedimiento para recurrir contra ellas'. Por otro lado, el art. 1 de dicha Directiva 90/388, también modificado por la 96/19, entiende por exigencias esenciales "los motivos de interés general de naturaleza no económica que puedan inducir a un estado miembro a imponer 'condiciones para el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, o para la prestación de servicios de telecomunicaciones'; 'dichos motivos son en los casos en que estén justificados la protección del medio ambiente y de los objetivos de ordenación urbana y rural...'. "

En definitiva, como se desprende también del art. 46 del Reglamento de la LGT .aprobado por RD. 1736/98 EDL 1998/45162 , aquél derecho á la ocupación del dominio público es de carácter genérico y se determinará, en cada caso, con la específica autorización del titular de dicho dominio respecto al concreto bien de tal carácter que sea preciso ocupar. Por tanto, sentada la posibilidad legal de que la Administración titular del dominio público imponga condiciones o requisitos, no puede sino concluirse que la Generalitat de Catalunya está legitimada para establecerlas, al regular el régimen jurídico de las autorizaciones para la ocupación del subsuelo en la zona de dominio público de las carreteras y ferrocarriles de su titularidad, debiéndose ceñir el análisis jurisdiccional a si dichas condiciones son objetivas, no discriminatorias, transparentes y proporcionales.

Y así debe considerarse la impuesta de que hayan transcurrido dos años desde la construcción o ampliación de anteriores canalizaciones, basada muy comprensiblemente en la protección del derecho de los usuarios y de los servicios públicos prestados en dicho dominio público -carreteras y ferrocarriles-, máxime cuando tal prohibición no es absoluta sino relativa, a analizar en cada supuesto en concreto, 'en atención a razones de interés público que determinen la necesidad de una nueva construcción', salvedad que garantiza la debida proporcionalidad."

TERCERO.- Frente a este razonamiento y su conclusión el Abogado del Estado se limita a afirmar, en su único motivo de casación interpuesto bajo el amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, que el tribunal de instancia incurre en infracción del artículo 43 de la (ya derogada) Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones, porque en éste "(...) no se establece limitación alguna al respecto y, si bien es cierto que la sentencia impugnada EDJ 2003/199673 estima que aquella facultad se encuentra dentro de las competencias de la Comunidad Autónoma, es lo cierto que la Ley General de Telecomunicaciones fue dictada al amparo de la competencia exclusiva del Estado establecida por el art. 149.1.21 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , por lo que, constituyendo bases del sistema, constituye el establecido por el art. 43 un mínimo unitario para todo el territorio sin que sea, pues, dable que una Comunidad venga a establecer especiales exigencias frente al régimen general." El motivo no puede ser estimado y debe prevalecer el criterio de la Sala de instancia, sólidamente fundado en las consideraciones que hemos dejado transcritas.

En efecto, el artículo de la ley estatal que se dice infringido se circunscribía a disponer que determinados operadores titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones (en concreto, aquellos a quienes les fueran exigibles obligaciones de servicio público) "(...) se beneficiarán de los derechos de ocupación del dominio público, de la aplicación del régimen de expropiación forzosa y del de establecimiento de servidumbres y limitaciones, de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo".

Tal precepto, único cuya vulneración específica sustenta la primera parte del motivo de casación, mal puede invocarse con éxito frente a la sentencia cuando, en lo que se refiere a los requisitos para la ocupación del dominio público, se remite a otras normas, insertas en el mismo capítulo de la Ley 11/1998, que el Abogado del Estado no cita de modo singular. Podía éste haberse referido, pero no lo ha hecho en su recurso, al artículo 44 de la misma Ley que es el que regula la ocupación del dominio público cuando sea necesaria para el establecimiento de las redes de telecomunicaciones.

Es precisamente el apartado segundo del artículo 44 (citado por la Sala con el mismo acierto que refleja toda la sentencia) el que permite que las Administraciones titulares del dominio público impongan "condiciones y requisitos" para la ocupación de dicho dominio por los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, condiciones y requisitos que "deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios". A la vista de este precepto no cabe sostener, como parece deducirse de la tesis del defensor de la Administración estatal, que una Comunidad Autónoma no pueda establecer cuáles son los requisitos y condiciones que, a su juicio, resultan necesarios para preservar las normales condiciones de uso de las carreteras y vías férreas de su titularidad. Otra cosa es que alguna de dichas condiciones, por sus características, interfiera en la competencia estatal o se revele desproporcionada, irrazonable, arbitraria o discriminatoria.

A estos efectos el motivo de casación no contiene ninguna referencia singular al contenido de la condición impugnada, esto es, al hecho de que entre las ya concedidas y las nuevas autorizaciones para la construcción o ampliación de las redes existentes en un mismo tramo de carretera o de vía férrea deban transcurrir, en principio, dos años desde la finalización de las obras amparadas por la anterior autorización. Si dicha disposición que el Abogado del Estado no censura en cuanto a su contenido sustantivo (ya hemos dicho que se impugna tan sólo por no estar contenida en la Ley estatal) se acompaña, además, de la previsión de que "razones de interés público" determinen la necesidad de excepcionar el plazo general, tal como subraya la Sala de instancia, queda justificada "comprensiblemente", por emplear de nuevo los términos de la sentencia EDJ 2003/199673 , la restricción general impuesta. Cuarto.- La Sala de instancia acierta, pues, al interpretar el margen de configuración normativa de que disponían las Administraciones titulares del dominio público y competentes en materia de carreteras y vías férreas al hacer uso de sus facultades sobre éstas, en la medida en que el artículo 44 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 así se le permitía.

Aun cuando, dada la fecha en que se dicta, no estaba en vigor la nueva Ley 32/2003, de 3 de noviembre EDL 2003/108868 , General de Telecomunicaciones, el tratamiento que en ella se da al problema originado por la yuxtaposición de competencias de diversas Administraciones en materia de ocupación del dominio público para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas se inspira en los mismos criterios que recoge la sentencia de instancia, derivados a su vez de la normativa comunitaria que en esta última se cita.

En efecto, el artículo 28 de la nueva Ley 32/2003 EDL 2003/108868 reconoce que "(...) en cumplimiento de la normativa de la Unión Europea, se podrán imponer condiciones al ejercicio de este derecho de ocupación por los operadores, que estarán justificadas

por razones de protección del medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial. La entidad de la limitación que entrañen para el ejercicio de ese derecho deberá resultar proporcionada en relación con el concreto interés público que se trata de salvaguardar." La aplicabilidad de la normativa específica dictada por las Administraciones públicas con competencias en la materia queda corroborada, pues, también en la nueva regulación general de las telecomunicaciones, si bien aquellas normas deben respetar los términos del artículo 29 de la misma Ley 32/2003 EDL 2003/108868 , en cuya virtud, además de ciertas exigencias formales (de publicidad y de procedimiento), se contienen otras sustantivas que ahora no es el caso transcribir.

QUINTO.- Por lo que se refiere al segundo y último de los preceptos que habían sido impugnados ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la fundamentación jurídica para el rechazo del recurso se expuso por dicha Sala en estos términos: "(...) En cuanto al art. 6,2, párrafo primero, su tenor literal es el siguiente: 'La Administración titular del dominio, con la comunicación previa al Ministerio de Ciencia y Tecnología; a los sólo efectos de lo previsto en el art. 47,1 de la Ley General de Telecomunicaciones, debe publicar esta comunicación en el DOGC. y debe otorgar al resto de operadores de redes públicas de telecomunicaciones con licencia, un plazo de veinte días para que manifiesten su interés en participar en la redacción y la ejecución de un proyecto de carácter compartido por la totalidad del trazado propuesto o por una parte o extensión de éste'.

Alega la actora que tal art. 6,2 vulnera el art. 47 de la Ley 11/98 y no aclara a qué se refiere con dicha 'comunicación previa' ni qué contenido tiene y además pretende determinar el procedimiento de uso compartido cuando ya viene regulado en los arts. 43 y ss. de aquella ley. En absoluto pueden compartirse estas prevenciones pues el citado art. 47, en su apartado 1, atribuye al Ministerio de Fomento la iniciativa de efectuar, con carácter previo a la resolución que dicte el órgano competente para autorizar la ocupación del dominio público, un anuncio público otorgando un plazo a los operadores de redes públicas para que manifiesten su interés por la utilización compartida, con la finalidad de conocer si existe intención por parte de los demás operadores de tender sus redes e infraestructuras en la misma zona; y el art. 6,2 que se discute no hace sino establecer la obligación, por parte de la Comunidad Autónoma, de comunicar al Ministerio, antes de otorgar la autorización para la ocupación de un tramo del subsuelo en la zona de dominio público, la existencia de tal petición, a fin de que el Ministerio pueda poner en marcha lo regulado en el art. 47; sí añade el precepto autonómico, a lo dispuesto por el estatal, la obligación de publicar tal comunicación en el DOGC. y de otorgar al resto de operadores un plazo de 20 días para manifestar su interés en un proyecto de carácter compartido, pero este plus ninguna competencia reduce al Estado ni interfiere en sus funciones, pues como es de ver en el artículo siguiente, el 7, en última instancia la normativa autonómica remite, como no podía ser de otra manera, a lo previsto en el art. 47,2 de la LGT EDL 1963/94 .para la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En suma, frente a la discrecionalidad que parece contemplar el repetido art. 47,1 a la hora de que el Ministerio decida efectuar un anuncio público de los expuestos, el art. 6,2 del Decreto autonómico respeta tal facultad ministerial y, además, establece una obligación para la Administración Autonómica, en cuanto que titular del dominio público, de llevar a cabo idéntica publicidad en su diario oficial, obligación que no sólo no viola las competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones sino que, además, resulta totalmente acorde con el art. 11 de la Directiva 97/33/CEE que establece con carácter general la preferencia por la compartición, reforzando la posibilidad de que esta última se lleve a cabo."

SEXTO.- La parte del motivo único de casación del Abogado del Estado que se refiere a este precepto prescinde por completo del análisis del razonamiento que acabamos de transcribir, razonamiento que no somete a crítica alguna. El defensor de la Administración se limita en este punto a una escueta o lacónica afirmación ("el art. 6.2 del Decreto vulnera el art. 47.1 (de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998) en cuanto que otorga exclusivamente al Ministerio, hoy de Ciencia y Tecnología, efectuar el anuncio público otorgando el plazo de veinte días, frente al contenido del Decreto que reserva esa facultad a la Administración titular del dominio público, con lo que, al igual que en el supuesto anterior, se infringe la norma básica estatal") que, visto el contenido argumental de la sentencia sobre la cuestión objeto de debate, consideramos insuficiente para sostener un motivo casacional, hasta el punto de determinar la carencia manifiesta de fundamento de esta parte del recurso.

En efecto, la tesis, bien argumentada, del tribunal de instancia sobre el respeto a la competencia estatal para publicar el anuncio en el que haga saber la futura ocupación del dominio público al resto de operadores, (competencia que, a juicio de la Sala sentenciadora, no impide que la Administración autonómica, por su parte, reitere dicha publicidad en su propio diario oficial) no es objeto no ya de censura sino siquiera de análisis por el Abogado del Estado en su recurso. Debemos, pues, rechazar esta parte del motivo y, con ella, el recurso de casación en su totalidad.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso lleva aparejada la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLO

No ha lugar al recurso de casación número 6729/2003, interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 16 de mayo de 2003, recaída en el recurso número 24 de 2001 .Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Francisco Trujillo.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130032006100140