

EDJ 2000/529

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 24-1-2000, rec. 114/1994

Pte: Fernández Montalvo, Rafael

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 3ª del Tribunal Supremo. 1999-2000"

Resumen

El carácter de servicio esencial que las telecomunicaciones tenían en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones o el que les otorga en la actualidad la Ley General de Telecomunicaciones como servicio de interés general, lleva aparejado el derecho a la ocupación del demanio municipal, en la medida en que su infraestructura lo requiera, sin embargo ello no excluye que los Ayuntamientos tengan competencias para fijar ciertas condiciones técnicas y jurídicas para su ocupación. Condiciones que fueron establecidas por los preceptos de la Ordenanza Municipal que se impugnan, por la compañía líder del sector, por otra parte sin éxito, pues el Tribunal Supremo estima que han respetado la proporcionalidad al conciliar el interés municipal en cuanto a la preservación de su dominio público, con la naturaleza que las telecomunicaciones tienen de servicio de interés general.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones
art.37

Ley 31/1987 de 18 diciembre 1987. Ordenación de las Telecomunicaciones
art.16.2 , art.17 , art.18

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.14

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES
BIENES DE DOMINIO PÚBLICO
Servicio público

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.37 de Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones
Aplica art.16.2, art.17, art.18 de Ley 31/1987 de 18 diciembre 1987. Ordenación de las Telecomunicaciones
Aplica art.14 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones
Cita Ley 12/1997 de 24 abril 1997. Liberalización de las Telecomunicaciones
Cita RDL 6/1996 de 7 junio 1996. Liberalización de las Telecomunicaciones
Cita Dir. 19/1996 de 13 marzo 1996. Modifica la Dir. 90/388/CEE, Instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones
Cita Ley 42/1995 de 22 diciembre 1995. Telecomunicaciones por Cable
Cita Ley 37/1995 de 12 diciembre 1995. Telecomunicaciones por Satélite
Cita art.111, art.147 de Ley 13/1995 de 18 mayo 1995. Contratos de las Administraciones Públicas
Cita Ley 32/1992 de 3 diciembre 1992. Modificación L 31/1987, Ordenación de las Telecomunicaciones
Cita art.62.2 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Cita Ley 10/1992 de 30 abril 1992. Medidas Urgentes de Reforma Procesal
Cita Dir. 388/1990 de 28 junio 1990. Competencia en los Mercados de Servicios de Telecomunicaciones
Cita art.26 de Ley 39/1988 de 28 diciembre 1988. Haciendas Locales
Cita Dir. 301/1988 de 16 mayo 1988. Competencia en los mercados de Terminales de Telecomunicaciones
Cita Ley 31/1987 de 18 diciembre 1987. Ordenación de las Telecomunicaciones
Cita RD 1372/1986 de 13 junio 1986. Reglamento de Bienes de las Entidades Locales
Cita art.111 de RDLeg. 781/1986 de 18 abril 1986. TR Disposiciones legales vigentes de Régimen Local
Cita art.2, art.4.1, art.25.1, art.25.2, art.78 de Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local

Cita art.9.3, art.128.2, art.137, art.140, art.149.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.29 de RD 2187/1978 de 23 junio 1978. Reglamento de Disciplina Urbanística
Cita art.54 de D 923/1965 de 8 abril 1965. TA Ley de Contratos del Estado
Cita art.106 de Ley de 17 julio 1958. Procedimiento Administrativo
Cita art.95.1, art.102 de Ley de 27 diciembre 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa
Cita art.5 de D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
Cita art.2.3, art.1591 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita STS Sala 3ª de 17 mayo 1999 (J1999/10481)
Cita STC Pleno de 28 octubre 1997 (J1997/6344)
Cita STS Sala 3ª de 15 abril 1997 (J1997/3099)
Cita STS Sala 3ª de 17 diciembre 1996 (J1996/10279)
Cita STS Sala 3ª de 27 noviembre 1996 (J1996/9224)
Cita STS Sala 3ª de 24 octubre 1996 (J1996/7418)
Cita STS Sala 3ª de 22 abril 1996 (J1996/6254)
Cita STS Sala 3ª de 5 febrero 1996 (J1996/373)
Cita STS Sala 3ª de 18 marzo 1995 (J1995/1541)
Cita STS Sala 3ª de 22 junio 1994 (J1994/11576)
Cita STS Sala 3ª de 23 noviembre 1993 (J1993/10604)
Cita STS Sala 3ª de 3 mayo 1991 (J1991/4551)
Cita STC Pleno de 20 diciembre 1990 (J1990/11805)
Cita STS Sala 3ª de 15 octubre 1988 (J1988/8066)
Cita STC Pleno de 29 noviembre 1988 (J1988/543)
Cita STC Pleno de 11 junio 1987 (J1987/98)
Cita STC Pleno de 10 abril 1986 (J1986/42)
Cita STC Pleno de 4 febrero 1983 (J1983/6)
Cita STS Sala 3ª de 26 enero 1982 (J1982/314)

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 3ª del Tribunal Supremo. 1999-2000"
Citada en "La telefonía móvil y la regulación de las Corporaciones Locales sobre la materia. Foro abierto"
Citada en "Urbanismo, telecomunicaciones y competencias municipales: una visión básica desde la jurisprudencia"

En la Villa de Madrid, a 24 de enero de 2000.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 114/94, interpuesto por D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de "Comunicaciones E., S.A.", contra la sentencia, de fecha 9 de diciembre de 1993, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 44/92, en el que se impugnaba Acuerdo del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de 20 de marzo de 1991, por el que se aprobó la Ordenanza Municipal de Calas y Canalizaciones.

Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Pinto Marabotto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 44/92, seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, se dictó sentencia, con fecha 9 de diciembre de 1993, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Primero.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por "Comunicaciones E., S.A." contra Acuerdo del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de marzo de 1991 por el que fue aprobada la Ordenanza Municipal de Calas y Canalizaciones y en su virtud declarar nulos, por no ser conformes a Derecho:

- a) El artículo 11 de la referida Ordenanza.
- b) Parcialmente, el artículo 15 de la referida Ordenanza, exclusivamente en cuanto a la mención que en él se hace del "previo pago de los derechos correspondientes".
- c) El artículo 34 de la referida Ordenanza.
- d) El artículo 46 de la referida Ordenanza.
- e) El apartado 1º del artículo 64 de la referida Ordenanza, así como parcialmente el apartado 2º de dicho artículo 64, exclusivamente en cuanto que este segundo apartado contiene la expresión "de modo especial, y con carácter no limitativo".

f) Parcialmente, el artículo 69 de la referida Ordenanza, exclusivamente en cuanto que su primer párrafo menciona como sancionables con revocación de la licencia y pérdida de los derechos satisfechos "las infracciones que revistan especial gravedad".

SEGUNDO.- Desestimar el presente recurso contencioso administrativo en todo lo demás.

TERCERO.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de "Comunicaciones E., S.A." 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.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 8 de febrero de 1994, formaliza el recurso de casación e interesa se dicte sentencia por la que con estimación del recurso, declare haber lugar al mismo, anulando y revocando la sentencia de instancia en todo aquello que la misma ha desestimado (apartado segundo del fallo), anulando por ello los preceptos de la Ordenanza del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria que se impugnaron, con excepción de los artículos 25 c) y d) y 30-4 de la Ordenanza.

CUARTO.- La representación procesal del Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria formalizó, con fecha 26 de enero de 1996, escrito de oposición al recurso de casación interesando sentencia por la que se confirme la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con la imposición preceptiva de las costas.

QUINTO.- Por providencia de 1 de diciembre de 1999, se señaló para votación y fallo el 18 de enero de 2000, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, al estimar parcialmente la pretensión deducida por "Comunicaciones E., S.A." anuló diversos preceptos de la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria sobre Calas y Canalizaciones, de fecha 20 de marzo de 1991. Sin embargo, mantuvo la validez de otros artículos que también fueron impugnados en instancia; y es la anulación de éstos, con excepción de los artículos, 25.c), 25.d) y 30.4, excluidos expresamente de la pretensión impugnatoria, y del artículo 15, respecto del que tampoco se formula alegación alguna, lo que intenta obtener la recurrente en sede casacional. Para ello, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 EDL 1956/42, en la redacción dada por la Ley 10/1992 EDL 1992/15187 (LJ, en adelante), atribuye a la sentencia de instancia la infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable en relación con cada uno de los artículos de la citada Ordenanza cuya invalidez no aprecia el Tribunal "a quo".

SEGUNDO.- Al no considerar contrario a Derecho el artículo 4.2 de la Ordenanza, la recurrente entiende que se infringen las competencias que corresponde en exclusiva al Estado en materia de telecomunicaciones, conforme a los artículos 149.1.21 EDL 1978/3879 y 128.2 CE EDL 1978/3879 y 1 y 2 de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones EDL 1987/13243. A este respecto razona que entender que el Ayuntamiento de Las Palmas puede aprobar los Planes de Actuación en materia de Telecomunicaciones supone dar por válida una intromisión del Ayuntamiento en competencias estatales, y no tener en cuenta que esta Sala en STS de 3 de mayo de 1991 EDJ 1991/4551, con referencia a otra STS de 5 de octubre de 1983, señaló que no se podía pretender que con base en la autonomía municipal las decisiones de los Ayuntamientos y los fines municipales prevalecieran sobre los de carácter general.

Ahora bien, los presupuestos normativos y jurisprudenciales señalados son insuficientes para aceptar la tesis de la recurrente. En efecto, como advierte el Tribunal a quo, el artículo 149.1.21 CE EDL 1978/3879 delimita las competencias estatales, en este caso en la materia de telecomunicaciones, respecto de las Comunidades Autónomas; mientras que las competencias municipales derivan de la Ley, sin perjuicio de que la autonomía municipal sea una garantía institucional reconocida por la Constitución para la "gestión de sus intereses" (arts. 137 y 140 CE EDL 1978/3879).

Por otra parte, no puede desconocerse que en la cuestión suscitada existen dos aspectos, que deben distinguirse para el examen íntegro del recurso: uno es el servicio de telecomunicaciones, en sí mismo considerado, y otro es el demanial, afectado por la canalización de la red soporte del servicio por cable, en la medida en que la prestación de dicho servicio requiera un indispensable componente de infraestructura que utilice pertenencias del dominio público, singularmente municipal.

La competencia estatal sobre las telecomunicaciones, consideradas como servicio, tenía evidente reflejo en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, Ley 31/1987, de 18 de diciembre (LOT) EDL 1987/13243 y la sigue, obviamente, teniendo en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 11/1998, de 24 de abril (LGT, en adelante) EDL 1998/43460 a pesar de la evolución normativa producida y la modificación experimentada en su naturaleza jurídica.

La LOT EDL 1987/13243 configuraba las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público. Era así fiel a los principios e instituciones más característicos del derecho administrativo económico, sobre la base de la definición de la actividad como servicio público, su reserva inicial al sector público y la habilitación de intervención al sector privado por concesión administrativa. Los servicios portadores se prestaban en régimen de monopolio en gestión directa o indirecta, según lo que estableciese el Reglamento Técnico de cada servicio, y por aquellas entidades explotadoras de servicios finales. Pero, con independencia de su desarrollo reglamentario, para efectuar la adaptación del marco jurídico español de telecomunicaciones a las Directivas Comunitarias 88/301/CEE EDL 1988/11784 y 90/388/CEE EDL 1990/13905, fue necesaria la reforma de la LOT EDL 1987/13243 mediante la Ley 32/1992, de 3 de diciembre EDL 1992/17384. La LOT sufre luego dos modificaciones relevantes que anticiparán lo que serían las líneas evolutivas de la regulación en la materia: Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite EDL 1995/16621 y la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por cable EDL 1995/16869. Por RD Ley 6/1996 EDL 1996/15506 y ley 12/1997, de 24 de abril EDL 1997/23081, se produce un paso importante en la liberalización de las telecomunicaciones, al incorporar a

nuestro ordenamiento jurídico nuevas exigencias derivadas de la normativa comunitaria, basada en la aplicación de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, estableciendo mecanismos de garantía de los mismos. Por fin, la LGT EDL 1998/43460 define las telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia, reiterando la competencia exclusiva del Estado (arts. 1 y 2 EDL 1998/43460), aunque superando la concepción tradicional y general de las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público. Mientras la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales constituyen la esencia del servicio público (art. 128.2 CE EDL 1978/3879), el "interés general" supone una subordinación al interés general que trae consigo limitaciones de carácter especial, "permitiendo la prestación de un servicio en libre competencia pero condicionada a obligaciones concretas". La nueva Ley EDL 1998/43460 modifica el sistema de títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones, de forma que las autorizaciones generales y las licencias individuales vienen a sustituir a las tradicionales concesiones y autorizaciones, ligadas a la técnica del servicio público. Y es importante destacar, en la nueva regulación de los servicios, la distinción entre lo que son prestaciones de mercado y lo que son prestaciones de "servicio esencial universal", que son aquellas modalidades a las que el mercado por sí solo no da respuesta, y que, sin embargo, deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho imponiéndose su prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector.

En cualquier caso, a los efectos del presente recurso, debe tenerse en cuenta que la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) llevaba y lleva aparejada el derecho de ocupación del dominio público en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (arts. 17 LOT EDL 1987/13243 y 43 y ss LGT EDL 1998/43460). Por consiguiente, los Ayuntamientos, titulares del dominio público solicitado no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ahora bien, una cosa es esta obligación y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los Ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla.

Por el contrario, la regulación adecuada de la utilización del dominio público por parte de las empresas de servicios es una cuestión esencial dada la saturación y el desorden que puede producirse en las instalaciones subterráneas. No solo ello, sino que la permanente apertura de zanjas en las calles afecta a intereses tan característicamente municipales como los relacionados con el tráfico y el urbanismo. En suma, no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para regular las incidencias derivadas de las obras y actuaciones de las distintas compañías en sus respectivas instalaciones y que pueden representar, incluso, importantes costes para los proyectos municipales. Necesidad de una regulación 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 europea (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo EDL 1996/14609, y LGT EDL 1998/43460) y en la nueva regulación interna. Normativa que, por cierto, 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 los derechos de paso por los espacios públicos, incluido el subsuelo.

El artículo 17 LOT EDL 1987/13243, al tiempo que, como se ha dicho, reconocía el derecho genérico de los operadores de los servicios de telecomunicaciones a la utilización del dominio público, se remitía al artículo siguiente EDL 1987/13243 cuando se trataba del demanio municipal. Y en tal precepto (art. 18 LOT), además de señalar que las autorizaciones de uso de dominio público municipal, a que se refiriere el artículo anterior, debían otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de Régimen Local, establecía una importante conexión entre el referido derecho del operador de cable a tender sus instalaciones, la regulación urbanística que el Ayuntamiento hubiera podido aprobar y los costes de construcción de la infraestructura; criterio del que se ha hecho eco la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 27 de febrero de 1982, 7 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1986, 15 de octubre de 1988 EDJ 1988/8066, 23 de noviembre de 1993 EDJ 1993/10604, 22 de abril EDJ 1996/6254, 24 de octubre EDJ 1996/7418, 27 de noviembre EDJ 1996/9224 y 17 de diciembre de 1996 EDJ 1996/10279 y 11 de febrero de 1999, entre otras) -y que sigue estando presente en la LGT (art. 45 EDL 1998/43460)-.

Pues bien, de lo expuesto resultan una serie de consecuencias necesarias para abordar no sólo el análisis de la adecuación al ordenamiento del artículo 4.2 de la Ordenanza, a que se refiere este primer motivo de casación, sino el examen de los restantes que se contemplan en los sucesivos motivos. Estas son las siguientes:

a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio municipal que exija el tendido de redes, cables o, como dice la sentencia de instancia, instalaciones o canalizaciones.

b) La competencia municipal se orienta a la preservación de intereses municipales y la normativa de régimen local especialmente concernida es la relativa a bienes y servicios municipales y planeamiento urbanístico. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativos a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones", como la denomina el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria [art. 4.1 a) Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril EDL 1985/8184 y 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales EDL 1955/46].

c) 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 traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera 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.

TERCERO.- La aprobación del "plan de actuación" de las Empresas de Servicios a que se refiere el artículo 4 de la Ordenanza no puede entenderse que corresponda al Estado; no es de competencia estatal. Con referencia a todas las Empresas de Servicios, no sólo

a "Comunicaciones E., S.A.", el apartado 1º establece una finalidad y contenido específicamente municipales. Se trata de garantizar la adaptación de las instalaciones de los servicios públicos de suministro en cada momento a las exigencias del desarrollo urbano y al planeamiento urbanístico, y la consecución de los niveles de cantidad, calidad y seguridad establecidos en las disposiciones generales. Y con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de dichas empresas que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento, coincidiendo la información con las revisiones del Plan General vigente y comprensiva de la estimación de las necesidades futuras, ubicación de suministros, señalamiento de líneas generales de transporte y distribución y previsión de obras a realizar para garantizar los suministros permanentes en el plazo que se señala. Debe por ello rechazarse este primer motivo que se refiere al apartado 2º del citado artículo 4.

CUARTO.- El motivo segundo de casación se refiere a la desestimación en instancia de la impugnación formulada frente a los artículos 5.1 y 6.1 de la Ordenanza, a los que atribuye la misma improcedente subordinación de las competencias estatales a las competencias locales, más tampoco cabe ver en dichos preceptos previsiones que correspondan a la Administración del Estado. En el primero de ellos se establece un programa de canalizaciones en la vía pública y en el segundo una coordinación de actuaciones, en función de intereses locales, para que en un plazo de ejecución se realicen las diversas instalaciones proyectadas, y se proceda de igual forma cuando en un mismo lugar esté prevista la realización de instalaciones de un servicio municipal. Y si, como la propia parte admite, el Ayuntamiento tiene competencia de coordinación de las actuaciones en la vía pública de las Empresas de Servicio (igual que en el plan de actuación del artículo 4) resulta difícil negar que, tenga facultades para modificar, e incluso de denegar planes y programas cuando éstos den lugar a actuaciones desconcertadas y carentes de método, ya que como ha señalado esta Sala, la coordinación comporta las facultades de decisión y de imposición de criterios en aras del logro de la planificación o del sistema en la actuación.

QUINTO.- Para combatir la exigencia del visado del proyecto por el Colegio profesional correspondiente, establecida en el artículo 17 de la Ordenanza, que tampoco ha sido anulado por la sentencia impugnada, se reproducen las razones de la demanda y se añade la infracción del principio de igualdad y del artículo 14 CE EDL 1978/3879 porque se exige para la solicitud de licencia de comienzo de obras efectuadas por Empresas de servicios y no para la solicitud que efectúen los particulares.

El motivo, sin embargo, no puede acogerse. Las razones aducidas en la demanda tuvieron adecuada respuesta en la sentencia de instancia al examinar la normativa urbanística. Y la vulneración del citado precepto constitucional EDL 1978/3879 que no fue oportunamente alegado y, por ello, no ha sido objeto de consideración por el Tribunal a quo, no se ha producido y no cabe apreciar discriminación alguna, ya que existe una diferencia jurídicamente atendible, en razón a su propia entidad, entre la actuación de las empresas de servicios y la de los particulares, ofrecida como término de comparación, que lleva a exigir una documentación no plenamente coincidente para el otorgamiento de las correspondientes licencias; diferencia que no se limita al visado colegial sino que se extiende a otros documentos (nombre del director de la obra y firma y sello de la empresa solicitante, frente a informe de la empresa que va a suministrar el servicio para el que se va a ejecutar la canalización y hoja de dirección técnica profesional correspondiente). O, dicho en otros términos, no resulta idóneo el término de comparación propuesto para deducir el desigual trato que se denuncia en el motivo de casación.

SEXTO.- En relación con el mantenimiento de los apartados 1º y 2º del artículo 22 de la Ordenanza, la recurrente califica de "extra-jurídicas y estéticas" las razones por las que la Sala del Tribunal Superior de Justicia rechazó su nulidad y mantiene que deben prevalecer los argumentos de parte "en el sentido de que las prevenciones municipales están en contradicción con el carácter de servicio esencial que la LOT dispone para ella en su artículo 2 EDL 1987/13243 , así como [con] el derecho que [se] atribuye a todos los ciudadanos por el artículo 16-2 de la misma norma de "acceder al servicio telefónico" EDL 1987/13243 . Y a mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta, se dice, que el contrato entre el Estado y "Comunicaciones E., S.A." de 26-12-1991 (B.O.E. 23-1-1992), obliga a "Comunicaciones e., S.A." a procurar el acceso inmediato de todos los ciudadanos al servicio telefónico.

Los citados apartados del artículo 22 de la Ordenanza disponen que:

"1. No podrán realizarse canalizaciones ni calas dentro de los dos años siguientes a la recepción provisional de obra nueva de pavimentación de calzadas, y de dos años en canto a aceras.

2. No podrá concederse ningún señalamiento de obra nueva si la entidades peticionaria se hallare fuera de plazo en la realización de otras obras, o hubiere incurrido en su ejecución en alguna anomalía sin subsanar".

Pues bien, en manera alguna pueden considerarse ajenas al Derecho las razones por las se pronuncia el Tribunal de instancia sobre la procedencia de dichos preceptos. El interés del Ayuntamiento por preservar el dominio público municipal de descontroladas intervenciones que perjudiquen a los ciudadanos, como puede ser la constante apertura de zanjas en la vía pública que perturben el tráfico o la utilización peatonal está contemplado en la LRRL [arts. 2 EDL 1985/8184 , 25.1 y 2 b) EDL 1985/8184 y 78 y ss. EDL 1985/8184 y RBEL EDL 1986/10846]. Otra cosa es que, como se dijo anteriormente, la medida prevista en la norma reglamentaria haya de observar la exigencia de proporcionalidad en la limitación impuesta a las Empresas de servicios, conciliando el interés municipal, en este caso, con la condición que las telecomunicaciones tenían de servicio esencial en la LOT EDL 1987/13243 o de servicio de interés general que tienen en la LGT EDL 1998/43460 , y con el derecho que el artículo 16.2 de aquella EDL 1987/13243 reconocía a los ciudadanos a acceder al servicio telefónico y con el régimen del "servicio universal de telecomunicaciones" a que se refiere la LGT (art. 37 EDL 1998/43460 , y del que forma parte, entre otros contenidos que todos los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público).

A este respecto, no cabe duda de la corrección de la exigencia de la Ordenanza de subsanar las anomalías o de la terminar de las obras que se encontraran pendientes fuera de plazo (ap. 2º), pues el invocado derecho es, ante todo, correlativo a la obligación de la Empresa de Servicio. Y, en cuanto al plazo del apartado primero podría ser disfuncional si se estableciera al margen de una planificación de la canalización en las vías públicas; no en caso contrario, como ocurre con la Ordenanza, cuando, además, puede distinguirse entre la construcción de la red de canalizaciones y la posterior introducción de cables dentro de las canalizaciones ya construidas. Y así, una

vez ejecutadas las obras de aquélla de acuerdo con las previsiones de un adecuado plan, procedería luego colocar el cableado preciso en función de las concretas necesidades de la demanda de cada momento.

SEPTIMO.- Considera la recurrente que al no anular el artículo 23 de la Ordenanza, por la que se impone el tipo de maquinaria a emplear, los turnos, el horario de trabajo, entre otras circunstancias, el Tribunal a quo infringe el ordenamiento jurídico porque permite un exceso de competencias del Ayuntamiento.

Con tales previsiones se trata, sin embargo, de establecer las condiciones de ejecución de actuaciones en vías públicas por parte de las Empresas de servicios para lo que resulta clara la competencia municipal, no del Estado, y que su ejercicio será legítimo en cuanto se ajuste a la finalidad para la que está prevista. O, en otros términos, no se puede invocar la naturaleza del servicio de comunicaciones para sostener una libertad incondicionada de dichas Empresas en la elección del calendario y de medios técnicos para la realización de obras de canalización en calles o plazas sin contar con las exigencias derivadas del tráfico y del uso común general de dichas vías (arts. 74 y ss. RBEL EDL 1986/10846), y no resulta directamente reprochable a la previsión normativa un eventual ejercicio inadecuado de la potestad que reconoce, y que, de producirse, haría ilícito, por desviación de poder, al acto concreto en que se tradujera tal ejercicio.

OCTAVO.- No convencen a la representación procesal de Telefónica los argumentos de la Sala de instancia por los que rechaza la impugnación de los artículos 24.b y 26 de la Ordenanza, y sostiene que existe una contradicción entre este pronunciamiento y el que anula parcialmente el artículo 15, dejando sin efecto la expresión "previo pago de los derechos correspondientes". Pero, por una parte, no es conceptualmente lo mismo depósito que pago previo, y menos aún es equiparable tal depósito al devengo anticipado de una tasa que es lo que puede ser contrario al artículo 26 de la Ley de Haciendas Locales EDL 1988/14026 . Y, por otra, en el citado artículo 26 se señalan los criterios por los que la Administración ha de determinar el montante del depósito exigible, sin que se aprecie la inconcreción que le reprocha la parte. No lo tienen el coste de reposición de pavimentos e instalaciones, acera, arboles, jardines y elementos urbanísticos ni los daños y perjuicios que ellos puedan sufrir. Y también resulta cuantificable lo que se refiere a la desviación del tráfico si se advierte que, en la previsión de la propia norma EDL 1988/14026 , han de tratarse de gastos ocasionados por aquélla. O, dicho en otros términos, la norma incorpora conceptos que han de proyectarse a la realidad de cada supuesto con arreglo a los criterios interpretativos y teniendo en cuenta los parámetros del precepto que no son distintos de los que se ven afectados por las obras de canalización de servicios. Y, en fin, a veces puede resultar bastante para garantizar la indemnidad pretendida de los intereses municipales con el depósito del coste material de reposición, pero también en ocasiones, pueden resultar daños adicionales para elementos urbanísticos que, sin embargo, no sean de los que haya materialmente que reponer. Por lo que, en un plano teórico, no puede hablarse de duplicidad en la previsión, y ha de rechazarse, consecuentemente, el motivo de casación.

NOVENO.- El artículo 35.3 de la Ordenanza que no fue anulado por la sentencia impugnada establece un plazo de garantía de 12 meses, a contar de la recepción provisional de las obras, y sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad que procediera conforme al artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1 , lo que, como señala el Tribunal de instancia, no resulta contrario a la normativa sobre responsabilidad y contratación pública. En ésta, es habitual el plazo de garantía desde la recepción provisional (Cfr. art. 54 de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril EDL 1965/63 , arts. 111 y ss. del Texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local EDL 1986/10119 , arts. 111 EDL 1995/14148 y 147 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas EDL 1995/14148), y la cita del precepto del Código Civil EDL 1889/1 puede entenderse en la medida en que eventualmente resulte de aplicación, sin suplir ni sustituir las facultades de calificación que corresponde efectuar, en cada caso, a los Tribunales. En definitiva, podía haberse instrumentado una recepción definitiva y a partir de ella establecerse un plazo de garantía, pero la opción seguida por la Ordenanza no vulnera ningún precepto legal, y entendida en los términos expuestos no es contraria al Ordenamiento jurídico, por lo que debe rechazarse el correspondiente motivo de casación.

DECIMO.- Es acertada la doctrina de la Sala de instancia cuando no considera retroactiva la previsión del artículo 47 de la Ordenanza, puesto que se limita a aplicar ésta a las instalaciones que como modificación o traslado realicen la empresa a partir de su entrada en vigor. La tesis de la recurrente supone, por el contrario, la determinación de la normativa aplicable para futuras actuaciones en función de la instalación previa ya efectuada, lo que en modo alguno, ampara el principio de irretroactividad que invoca, y por ello debe descartarse la infracción de los artículos 9.3 CE EDL 1978/3879 y del artículo 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 , así como la procedencia del correspondiente motivo de casación.

UNDECIMO.- Las alegaciones efectuadas en instancia frente al artículo 48 de la Ordenanza, que ahora en casación se reproducen, no afectaban propiamente a su validez sino a su aplicabilidad a la recurrente, lo que de por sí resulta inidóneo para justificar una pretensión de ineficacia del precepto. El reparo que frente a él se formula es que aplicarlo a "Comunicaciones E., S.A." supondría desconocer lo establecido en el Decreto de 13 de mayo de 1954, de manera que aunque se admitiera dialécticamente el argumento de la parte lo que resultaría es un defecto omisivo no ya de la norma sino del precepto por no haber previsto una singular excepción. Pero, más aún, no resulta posible entender cómo podía resultar vulnerado el artículo 4 de dicho Decreto sobre ocupación de bienes de dominio público que, para el específico supuesto en él contemplado, disponía la satisfacción de la mitad del gasto por Telefónica, por un precepto de la Ordenanza, como el que se cuestiona, que se limita a establecer, para el caso de incumplimiento del obligado, la ejecución subsidiaria por el Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento de Disciplina Urbanística EDL 1978/2743 , en concordancia con lo previsto en el artículo 106 de la Ley de Procedimiento Administrativo EDL 1958/101 , sin perjuicio de la imposición de las correspondientes sanciones. Y que el importe de los gastos de supresión, modificación o traslado, que han de entenderse que correspondan al obligado, se exigirán con arreglo al procedimiento de apremio y podrá reclamarse con carácter previo y a título cautelar antes de procederse a la ejecución de las obras por el Ayuntamiento, sin perjuicio de su ulterior liquidación definitiva. Puede decirse que el precepto anuda las consecuencias lógicas, en el régimen de Derecho administrativo, al incumplimiento por parte del obligado, sin pronunciarse él mismo en ningún sentido sobre el alcance o importe de los gastos que corresponde a dicho obligado. Debe, por ello rechazarse el motivo de casación de que se trata.

DUODECIMO.- Subyace, en fin, en el último motivo de casación esgrimido, esta vez contra la denegación de la pretendida anulación de la Disposición Transitoria de la Ordenanza, la misma tesis antes rechazada de que es el momento en que se realiza la instalación la que determina incluso ad futurum la normativa que le es aplicable, y que apartarse de ella supone una contradicción inaceptable del principio de irretroactividad. Por el contrario, el establecimiento de que se efectúe, a partir de la entrada en vigor de la Ordenanza, la adecuación de las instalaciones anteriores a las exigencias contenidas en el Capítulo III de la norma reglamentaria, relativo a las instalaciones de servicios, constituye, a lo sumo, una retroactividad de grado mínimo (aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor) compatible con la interdicción de la irretroactividad, incluso cuando ésta resulta aplicable, según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala.

En efecto, la retroactividad de las normas en nuestro ordenamiento viene marcada por determinados preceptos y criterios jurisprudenciales. El artículo 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 contiene una norma de aplicación subsidiaria, al establecer la irretroactividad de las Leyes, si éstas no dispusieran lo contrario. El artículo 9.3 CE EDL 1978/3879 eleva a rango constitucional la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Y, en fin, el artículo 62.2 LRJ y PAC EDL 1992/17271 prevé la sanción de nulidad para los reglamentos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos.

No existe, por tanto, una interdicción general de la retroactividad de las normas, pero en todo caso, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se adopte en relación con el mencionado artículo 2.3 CC EDL 1889/1, ya se entienda que establece una regulación subsidiaria común para cualquier disposición escrita con carácter de generalidad, como ha entendido esta Sala en múltiples sentencias (SSTS 22 de noviembre de 1980, 13 de noviembre de 1981, 26 de enero de 1982 EDJ 1982/314, 29 de febrero de 1982 y 15 de abril de 1997 EDJ 1997/3099), o se mantenga la tesis que la entiende referida solo a las disposiciones con rango de Ley y que existe una prohibición absoluta de retroactividad para los reglamentos, lo cierto es que resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (Cfr, STS 20-2-1999). Pero es bien conocida la diferencia de los distintos niveles o grados de retroactividad. Tanto de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional que tiene una primera manifestación en la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero EDJ 1983/6, y luego múltiples referencias en sucesivas sentencias como con la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 18 y 22 de junio de 1994 EDJ 1994/11576, 5 de febrero de 1996 EDJ 1996/373 y 15 de abril de 1997 EDJ 1997/3099), ha de distinguirse entre: una retroactividad de grado máximo, que aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; una retroactividad de grado medio, en la que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y, en fin, una retroacción de grado mínimo, en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma. Esta retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretenden anular efectos "ex novo" a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, es aceptada pacíficamente por el Tribunal Constitucional y por este Alto Tribunal, ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (SSTC 42/1986 EDJ 1986/42, 99/1987 EDJ 1987/98, 227/1988 EDJ 1988/543, 210/1990 EDJ 1990/11805 y 182/1997 EDJ 1997/6344, entre otras, y SSTS de 18 de marzo de 1995 EDJ 1995/1541, 15 de abril de 1997 EDJ 1997/3099, y 17 de mayo de 1999 EDJ 1999/10481, entre otras muchas).

Por consiguiente, debe rechazarse este último motivo de casación.

DECIMOTERCERO.- Las razones expuestas justifican la desestimación de los dos motivos de casación aducidos y obliga, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 LJ EDL 1956/42, a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

FALLO

Que desestimando todos los motivos de casación formulados, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de "Comunicaciones E., S.A." contra la sentencia, de fecha 9 de diciembre de 1993, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 44/92. Con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan García-Ramos Iturralde.- Mariano Baena del Alcázar.- Antonio Martí García.- Rafael Fernández Montalvo.- Rodolfo Soto Vázquez.- Eduardo Carrión Moyano.

Publicación.- Leída y publicada ha sido, la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Rafael Fernández Montalvo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario Certífico.