



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DOM CARLOS AMORENA DONCEL, SECRETARIO DE LA SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES:

DOY FE Y TESTIMONIO: Que en los autos seguidos
en esta Sala bajo en número: 1187/2001,....., obran los siguientes
particulares:

SENTENCIA

Nº 655

En la Ciudad de Palma de Mallorca a diecisiete de septiembre de dos mil cuatro.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Jesús I. Algora Hernando.

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza.

D. Fernando Socías Fuster.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº 1187/2001, dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de la entidad **TELEFONICA SERVICIOS MOVILES,S.A.U.**, representada por la Procuradora D^a Elena García San Miguel Hoóver y asistida de la Letrado D^a Isabel Martín Ortigosa; y como Administración demandada el **AYUNTAMIENTO DE ALCUDIA** representada por el Procurador D. José Luis Nicolau Rullán y asistida del Letrado D. Josept Melià Ques.

Constituye el objeto del recurso el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alcúdia, de fecha 8 de marzo de 2001, por el que se aprueba el Reglamento Regulador de la Ocupación del Subsuelo y Dominio Público y Apertura de Zanjias y en concreto los párrafos 4º, 7º y 8º del art. 1; el párrafo 4º del art. 4; art. 8 y art. 9 del mismo.

La cuantía se fijó en indeterminada.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso en fecha 12 de septiembre de 2001, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SEGUNDO. Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrarios al ordenamiento jurídico, los preceptos indicados de la disposición impugnada.

TERCERO. Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO. No recibido el pleito a prueba y declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 16.09.2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION LITIGIOSA.

La recurrente impugna determinados preceptos del Reglamento Regulator de la Ocupación del Subsuelo y Dominio Público y Apertura de Zanjas del Ayuntamiento de Alcúdia.

Dicho Reglamento tiene por objeto ordenar el uso del dominio público por parte de las empresas operadoras –en especial de telecomunicaciones- ya que como consecuencia de la liberalización del sector y consiguiente ruptura del monopolio, es frecuente la reiteración de peticiones de colocación de redes de instalaciones sobre un subsuelo sobre el que ya se había instalado una red de otro operador. Igualmente ocurre con la necesidad de ordenar el uso del suelo para tales fines y al objeto de evitar multiplicidad de torres de antenas cuando es posible la concentración de diversas instalaciones en una sola, reduciendo el impacto paisajístico.

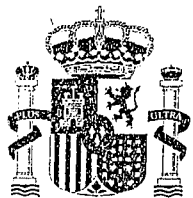
En concreto se impugnan determinados preceptos del indicado Reglamento que merecen examen separado.

SEGUNDO. ART. 1.4º. LA REVERSIÓN DE INSTALACIONES A FAVOR DEL MUNICIPIO.

Dicho precepto indica: *“Una vez finalizada la vigencia de la licencia, si no se procede a su renovación, las instalaciones en el suelo y/o subsuelo del dominio público, revertirán a favor del municipio”.*

Ello supone que la empresa que solicite y obtenga autorización municipal para colocación de instalaciones sobre el dominio público -cuya vigencia es de cinco años renovables (art. 1.3º) o de la misma duración que la autorización sectorial-, y a la cual no se le renueve la autorización, no podrá retirar las instalaciones autorizadas que pasarán al dominio público municipal.

La Administración demandada indica que ello está justificado en la necesidad de asegurar el mantenimiento del servicio y, en cuanto a las instalaciones ubicadas en el subsuelo, se le añade el argumento de que la retirada de las conducciones subterráneas acarrearía la nueva apertura de zanjas con el consiguiente quebranto a los intereses generales.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

La posibilidad de reversión para los supuestos de concesión administrativa (art. 80 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por RD 1372/1986), obliga a discernir si nos encontramos con un uso privativo -propio de la concesión- o un uso común especial propio del régimen de autorizaciones-

El propio Reglamento aquí impugnado, consciente de que para el caso es difícil determinar si nos encontramos con un uso privativo o un uso común especial, se refiere de modo indistinto a "autorizaciones y concesiones" (art. 1º del Reglamento). Para el caso, el uso de una parte del subsuelo puede considerarse privativa en cuanto a la concreta conducción en la que se inserta el cableado de la empresa pero a la vez puede considerarse común especial con respecto al conjunto o "prisma" de conducciones y elementos comunes (registros) a todas ellas, para finalmente tenerse que valorar el carácter desmontable de parte de dichas instalaciones.

La STS de 22 de febrero de 1999, precisa.

"En el uso y utilización de los bienes de dominio público municipal, como ha tenido ocasión de reiterar esta Sala (por todas, SSTS de 6 de julio de 1981, 29 de enero de 1985, 5 de junio de 1987, 1 de mayo de 1989 y 6 de mayo de 1996), cabe distinguir, a tenor del artículo 59 del Reglamento de 27 de mayo de 1955 -artículo 75 del Reglamento de 1986- un uso común que puede ejercitar por igual todo ciudadano, sin que requiera una cualificación específica, un uso especial, cuando concurren circunstancias de este carácter que colocan al usuario en una situación distinta del resto del público, y un uso privativo que se realiza por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limita o excluye la utilización de los demás interesados. En la praxis jurisprudencial, el criterio utilizado para distinguir el uso privativo del especial es, atendiendo a las circunstancias de cada caso, determinar si existe evidencia de una cierta fijeza y solidez en la instalación y una vocación de permanencia que supongan una «ocupación», o una prolongada y consistente permanencia en la utilización de la parcela de la vía pública de que se trate, lo que suele llevar consigo, en alguna forma, la transformación física de la dependencia demanial con la consecuente exclusión en ésta de otro uso distinto del privativo."

En consecuencia, debemos entender que aquellos elementos de la instalación susceptibles de ser retirados en cualquier momento y en modo que no perjudique al resto de la instalación, son elementos que implican un uso común especial del dominio público y sobre los cuales el Ayuntamiento no puede ejercer el derecho de reversión, por cuanto el art. 80 del RBEL lo reserva para lo que sea objeto de concesión.

Lo anterior supone:

- a) Que para las conducciones subterráneas, la operadora únicamente podrá retirar el cableado y demás elementos de la instalación susceptibles de ser removidos sin menoscabo del resto de la instalación, de modo que revertirá en el Ayuntamiento las instalaciones fijas (conductos por cuyo interior discurría el cableado, arquetas de registro, etc). De este modo queda garantizado el derecho de la operadora a retirar aquellos elementos de su propiedad y el interés público al evitarse continuas obras de apertura de zanjas para instalar y desinstalar conductos fijos.
- b) Que para las instalaciones sobre el suelo igualmente la operadora podrá retirar todo elemento desmontable, siempre que ello no perjudique al resto de la instalación, como puede ocurrir en el caso de que sea instalación compartida con otras empresas.



En la medida en que el precepto ahora analizado no efectúa la indicada distinción y aplica sin más el criterio de la reversión incluso para elementos removibles, procede declarar su disconformidad a Derecho.

TERCERO. ART. 1.7º. PUESTA EN CONOCIMIENTO DEL RESTO DE OPERADORES AUTORIZADOS.

Dicho precepto establece que: *“Cuando se solicite una autorización para ocupar el dominio público con instalaciones de servicios liberalizados se pondrá en conocimiento a todos los operadores que tengan licencia, autorización o concesión, a los efectos de distribución de los espacios disponibles que prevea el Plan Director de instalaciones o que sean técnicamente posibles. En el caso de que haya varios operadores interesados se repartirá según criterios de proporcionalidad y técnicos entre todos ellos”*

La recurrente considera que el precepto es nulo por no adaptarse a la regulación sectorial (Ley General de Telecomunicaciones).

No obstante, lo cierto es que dicho precepto – que busca la finalidad de ordenar el limitado espacio del dominio público municipal ante la concurrencia de instalaciones sobre un mismo lugar – no atiende a la ordenación de las telecomunicaciones, sino a la ordenación urbanística y al ejercicio de competencias municipales sobre sus bienes de dominio público, por lo que ningún obstáculo le ha de suponer la legislación sectorial que ordena aspectos distintos y que no impide una medida preventiva como la adoptada en el mencionado precepto.

CUARTO. ART. 1.8º. RESERVA DE CONDUCTOS EN INSTALACIONES SUBTERRÁNEAS Y ATRIBUCIÓN DE PROPIEDAD AL AYUNTAMIENTO EN LAS INSTALACIONES AÉREAS.

En este precepto –de confusa redacción– se desprenden unas obligaciones de origen diferente:

a) en las instalaciones en el subsuelo, la empresa autorizada para la colocación de prismas de conducciones deberá reservar un 25% de los elementos que se instalen, con un mínimo de 2 conductos de 90 mm de diámetro.

Pues bien, no se aprecia motivo de ilegalidad alguno en dicha previsión por cuanto es lógico que el titular del dominio público sobre el que se instala el prisma de comunicaciones pretenda ejercitar un derecho de reserva a utilizar una parte de dicho dominio público.

b) en las instalaciones aéreas se prevé que *“las obras e instalaciones necesarias (incluidas torres para antenas y transformadores) serán propiedad 100 % municipal, con excepción de los equipos de conversión de señal, transmisión-recepción, equipos de refrigeración, estabilizadores y demás componentes eléctricos, electrónicos y motorizados”*. Así pues, se recoge de nuevo el mecanismo de la reversión a que se aludía en el art. 1.4º, por lo que no cabe sino aplicar la misma solución: la atribución al dominio municipal no es posible en el caso de elementos de la instalación susceptibles de ser retirados en cualquier momento y en modo que no perjudique al resto de la instalación. Ello puede también a torres para antenas, como en el caso de que no sean compartidas.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

QUINTO. ART. 2.4º. OBRAS DE PEQUEÑA TRASCENDENCIA QUE SE EXCLUYEN DE INFORME DE LA MESA DE OCUPACIÓN DEL SUELO Y SUBSUELO.

La recurrente considera que la valoración de si concurre en cada supuesto la “pequeña trascendencia o importancia” de las instalaciones objeto de licencias, conlleva riesgo de arbitrariedad administrativa.

No obstante, lo cierto que será en el caso en concreto cuando se valore si la Administración ha efectuado un uso inadecuado de la discrecionalidad administrativa, por lo que el precepto no es deficiente, cuestión distinta es su aplicación, lo que deberá ser corregido mediante la impugnación particular

SEXTO. ART. 8. INCUMPLIMIENTO.

Dicho precepto prevé que los incumplimientos de las normas de este reglamento comportará la exigencia de responsabilidades por los daños que se ocasionen y la revocación de las autorizaciones concedidas.

No se advierte motivo de ilegalidad alguna en dicha previsión: es lógico que si al incumplimiento de las normas se le une el ocasionar daños, estos deben repararse. Igualmente lógico es que el incumplimiento de las normas sea causa de revocación de las autorizaciones otorgadas al amparo de tales normas.

SEPTIMO. ART. 9. EXIGENCIA DE GARANTÍAS.

Nuevamente no se advierte ilegalidad alguna en la previsión de que los operadores que vayan acometer instalaciones en el dominio público deban prestar garantía para asegurar las eventuales responsabilidades.

No puede achacarse indeterminación porque el precepto no establezca cuantía o modo de prestarse la misma, ya que ello puede establecerse en cada caso concreto.

OCTAVO. CONCLUSIÓN FINAL.

Por todo lo anterior, sólo se aprecia disconformidad a derecho en la redacción de los arts. 1.4 y 1.8.

La imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales determinen la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición de carácter general (art. 71.2 LRJCA/98) obliga a que el pronunciamiento de esta Sala se limite a la anulación de tales preceptos.

NOVENO. COSTAS PROCESALES.

No se aprecia ninguno de los motivos que, de conformidad con el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, obligue a hacer un expresa imposición de costas procesales, por lo que se estima adecuada su no imposición.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

FALLAMOS

1º) Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el presente recurso contencioso administrativo.

2º) DECLARAMOS disconformes con el ordenamiento jurídico los arts. 1.4º y art. 1.8º de el Reglamento Regulador de la Ocupación del Subsuelo y Dominio Público y Apertura de Zanjas, aprobado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alcúdia, de fecha 8 de marzo de 2001; y en su consecuencia, los ANULAMOS.

3º) No se hace expresa declaración en cuanto a costas procesales.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a interponer ante esta Sala y para el Tribunal Supremo, en el plazo de diez días contados desde la notificación de la presente.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

Las anteriores fotocopias coinciden bien y fielmente con sus originales
a que me remito y para que conste y surta efectos dónde convenga, explico
y firmo el presente en Palma de Mallorca a ~~VEINTE~~ **VEINTE** de ~~NOVIEMBRE~~ **NOVIEMBRE** de dos mil
CUATRO .