



Roj: **STSJ PV 2888/2021 - ECLI:ES:TSJPV:2021:2888**

Id Cendoj: **48020330012021100408**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2021**

Nº de Recurso: **430/2020**

Nº de Resolución: **355/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 430/2020**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**SENTENCIA NÚMERO 355/2021**

ILMOS./AS. SRES./AS.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS/AS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En Bilbao, a uno de octubre de dos mil veintiuno.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 430/2020 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones estéticas de las fachadas y cubiertas de las edificaciones del Ayuntamiento de Mendaro, que fue publicada en el Boletín Oficial de Gipuzkoa nº 29, de 13 de febrero de 2.020.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : TELEFÓNICA DE ESPAÑA S. A. U., representada por el procurador D. FERNANDO MENDAVIA GONZÁLEZ y dirigida por el letrado D. RAFAEL PABLO CEBRIÁN PAZOS.

- **DEMANDADO** : EL AYUNTAMIENTO DE MENDARO, representado por el procurador D. ÓSCAR HERNÁNDEZ CASADO y dirigido por el letrado D. JON PATXI ORUE-ECHEVARRIA ITURRI.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- El día 15 de junio de 2020 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. FERNANDO MENDAVIA GONZÁLEZ, actuando en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S. A. U., interpuso recurso contencioso- administrativo contra la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones estéticas de las fachadas y cubiertas de las edificaciones del Ayuntamiento de Mendaro, que fue publicada en el Boletín Oficial de Gipuzkoa nº 29, de 13 de febrero de 2.020; quedando registrado dicho recurso con el número 430/2020.



**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el mismo expresados y que damos por reproducidos

**TERCERO .-** En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en el mismo expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la parte actora.

**CUARTO.-** Por Decreto de 17 de febrero de 2021 se fijó como indeterminada la cuantía del presente recurso.

**QUINTO .**- El procedimiento no se recibió a prueba -conforme se disponía en el Auto de 03 de mayo de 2021-.

**SEXTO .**- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 09 de julio de 2021 se señaló el pasado día 15 de julio de 2021 para la votación y fallo del presente recurso.

**OCTAVO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** El presente proceso plantea la impugnación directa de la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones estéticas de las fachadas y cubiertas de las edificaciones del Ayuntamiento de Mendaro, que fue publicada en el Boletín Oficial de Gipuzkoa nº 29, de 13 de febrero de 2.020. -F. 11 a 16 de estos autos-.

El recurso se desarrolla en una doble vertiente objetiva. De una parte, se cuestiona la Ordenanza desde el plano procedural de su elaboración, sosteniendo la sociedad operadora de telefonía recurrente que toda ella, en su conjunto, incurre en nulidad de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido al faltar el preceptivo informe previsto por el artículo 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones -en adelante, LGTEL-. En segundo lugar, -y con carácter subsidiario-, se aducen infracciones de disposiciones concretas de la Ordenanza, como son los apartados 1 y 5 del artículo 10; y el artículo 14, siempre en relación con previsiones de la referida ley.

Respecto de esa primera y principal pretensión, se propugna la necesidad de recabar con carácter previo el informe del Ministerio del ramo que requiere el aludido artículo 35.2 de la LGTEL para los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los *instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas*, carácter que, sin mayores precisiones, atribuye a la Ordenanza aprobada.

Respecto a este punto, el escrito de contestación del Ayuntamiento demandado rechaza en los folios 75 a 78 de estos autos, que la Ordenanza impugnada tenga dicho carácter a la vista de su mismo artículo 1º, que le asigna como objeto de regulación las actuaciones que afecten de algún modo a las envolventes de la edificación visibles desde la vía pública o, de ser de contrastada calidad, desde puntos de vista privados, mientras que los instrumentos de planificación territorial o urbanística son ejercicio de esa potestad ajenos a la Ordenanza. Se citan y trascriven sentencias varias del Tribunal Supremo -así, la de 13 de diciembre de 2.010 en Cas. 833/2005, y otras posteriores- y, aludiendo a un criterio más matizado, a la STS de 15 de octubre de 2.019, (Cas. 109/2017) que extendería la aplicación de la LGTEL a una Ordenanza municipal sobre regulación de redes de telecomunicaciones que, en la práctica, subdivida el suelo en zonas diferenciadas por razones urbanísticas y calificándolo, e insiste en que en nada se asimila a ello la Ordenanza atacada, que solo regula elementos constructivos y estéticos plenamente ajenos a las redes de telecomunicaciones.

**SEGUNDO.-** Enfocando esta primera vertiente de la controversia, resulta de máxima utilidad la trascipción al menos parcial del artículo 35 de la LGTEL, comenzando por su propio título, referido a, "**Mecanismos de colaboración entre el Ministerio de Industria, y Turismo y las administraciones públicas para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas**".

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

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

2. Los órganos encargados de los **procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones**



**electrónicas** deberán recabar el oportuno informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Dicho informe versará sobre la adecuación de dichos instrumentos de planificación con la presente Ley y con la normativa sectorial de telecomunicaciones y sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.

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

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

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

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

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

3. Mediante orden, el Ministro de Industria, Energía y Turismo podrá establecer la forma en que han de solicitarse los informes a que se refiere el apartado anterior y la información a facilitar por parte del órgano solicitante, en función del tipo de instrumento de planificación territorial o urbanística, pudiendo exigirse a las administraciones públicas competentes su tramitación por vía electrónica.

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

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

Esta Sala, a la luz de las resoluciones del Tribunal Supremo en mayor o menor medida matizadas, y de la propia directriz de la disposición que acaba de exponerse, no considera merecedora de prosperidad la tesis actora sobre la nulidad del procedimiento de elaboración de la Ordenanza por haberse prescindido supuestamente del legalmente establecido, y ello, ya de principio, porque es el mismo artículo 35 traspuesto el que anuda a la omisión, -o al carácter negativo del informe-, una consecuencia más proporcionada y selectiva, que queda limitada a las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y consiste en que, a esos efectos, la planificación urbanística tramitada no pueda aprobarse. Se trataría, de darse esa situación, de una invalidez e ineficacia material (y parcial) del instrumento de planificación resultante, pero la disposición legal no autoriza la interpretación de que la falta de informe invalide "in radice" una disposición u ordenanza municipal por vicio "in procedendo" y con carácter global. Por ello, aun en la hipótesis más favorable para las



tesis de la parte recurrente, la ausencia del repetido informe favorable no afectaría a un sinnúmero de aspectos regulados por las Ordenanza, desde el color de las fachadas, la homogeneidad constructiva en los levantes de edificios, las envolventes, revestimientos, y los materiales, así como los porches, las portadas, escaparates y rótulos, y cuantos más elementos constructivos, estéticos y arquitectónicos quedan abordados por el extenso articulado de la reglamentación local impugnada, sin la menor conexión con competencias estatales sobre telecomunicaciones electrónicas.

Lo que caracteriza precisamente la concurrencia competencial, no es la invalidez inicial y radical de los procedimientos seguidos por Administraciones competentes menos específicas, sino la necesaria entrada en escena de mecanismos y técnicas interadministrativas de colaboración entre las Administraciones que ejercen esas múltiples facultades, como pone de manifiesto una profusa doctrina del TC, y, por citar algunas entre las variadas sentencias, la STC 8/2.012, de 18 de Enero, recuerda que, "al objeto de integrar ambas competencias, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación" pues si, como este Tribunal viene reiterando, el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías (SSTC 18/1982 y 152/1988, entre otras) y si la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía (STC 181/1988, FJ. 7), este tipo de fórmulas son especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983, 77/1984, 227/1987 y 36/1994), pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, **la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia**, la creación de órganos de composición mixta, etcétera" (de nuevo, SSTC 40/1998, de 18 de febrero, FJ 30; y 204/2002, de 31 de octubre, FJ 7). No obstante, si esos cauces resultan insuficientes, el Tribunal ha afirmado que "**la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente**" (STC 77/1984, de 3 de julio, FJ 3), sin que el Estado pueda "verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma" (STC 56/1986, de 13 de mayo, FJ 3; STC 204/2002, de 31 de octubre, FJ 7)."

Dicho lo anterior, participa igualmente esta Sala de que, sin perjuicio de que pudieran darse aspectos puntuales de la regulación municipal -que es sobre lo que versará en lo sucesivo el análisis de esta Sentencia-, en que se observase infracción de la normativa sectorial de aplicación, la ordenanza en sí misma no es el objeto al que se refiere el informe previsto por el artículo 35.2 de la LGTEL de 2.014, pues aunque ofrezca el trasfondo urbanístico genérico de las ordenanzas de edificación y uso de locales, aquí ceñido a "**fachadas y cubiertas de edificaciones**", no es un "*Plan urbanístico*", ni de modo directo ni indirecto, y no constituye en su globalidad un instrumento de planificación del territorio llamado a calificar suelos y determinar la localización de las redes de las telecomunicaciones electrónicas de competencia estatal. La previsión de ese artículo 35.2 estaría concebida, por el contrario, para unos instrumentos de planeamiento y ordenación territorial que requirieran una necesaria colaboración entre el plan y el despliegue de la red de telecomunicaciones, como puede ocurrir igualmente con las redes de carreteras o las grandes infraestructuras aeroportuarias, por poner algún ejemplo, todo lo cual responde en origen a la concurrencia competencial sobre determinados espacios en que se materializan las diversas materias y ámbitos normativos, pero no implica un control genérico de la Administración sectorial del Estado sobre la total actividad urbanística de las Administraciones locales, que sin duda friccionaría la garantía de autonomía local que se desprende de los artículos 137 y 140 de la CE.

Se desestima, por tanto, el recurso en este primera y principal cuestión.

**TERCERO.**- Dentro ya de las subsidiarias impugnaciones de preceptos concretos de la Ordenanza, se refiere en primer lugar la sociedad operadora recurrente a los apartados 1 y 6 del artículo 10, que resultarían contrarios al artículo 34 de la Ley en dos de sus párrafos.

El artículo 10.1 establece que; "cualquier sustitución, modificación o ampliación de suministros de las infraestructuras que actualmente discurren por tendidos aéreos colgados de las edificaciones deberá contemplar las alternativas posibles para su trazado subterráneo, y únicamente cuando este sea inviable, lo que habrá de justificar mediante la documentación técnica adecuada, se admitirá el mantenimiento del tendido aéreo.

Todo nuevo suministro o distribución de infraestructuras se hará por el subsuelo".

Según la parte recurrente el primer inciso impone como obligatoria, -aunque inicialmente parezca tan solo preferente-, la canalización subterránea si existe una mínima posibilidad, lo que ya resulta una exigencia absoluta e incondicionada en el segundo inciso para nuevos suministros. En tal situación, se infringiría el artículo 34 apartado 5 de la LGTEL, que es del siguiente tenor;



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

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

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

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

Defiende la parte actora, en síntesis, que es distinto que la ley dote de prioridad al empleo de canalizaciones subterráneas a que, de no existir o no ser recomendable su uso técnica o económica, no se pueda acudir a otras alternativas para el despliegue, lo que resulta en este caso mucho más drástico cuando se trata de nuevos suministros, y, ello, sin aportarse justificación alguna.

Por el contrario, la representación del Ayuntamiento de Mendaro, dedicando a este punto específico las páginas 9 a 12 de su escrito de contestación, -folios dobles 79/80-, argumenta que la disposición no obliga a cambiar los tendidos aéreos por fachadas existentes y se refiere solo a supuestos de sustitución o modificación de los que cuelgan por fachadas, y siempre con excepciones. Respecto de los "**nuevos suministros**", se refiere la Ordenanza a nuevos ámbitos urbanísticos, como polígonos o unidades de ejecución donde sí se establece que deben quedar enterradas, pero con plena lógica y razón de ser al no existir ningún inconveniente técnico para que sean subterráneas. Y es que en nada se contraviene de este modo el artículo 34.5 de la LGTEL en tanto que otorga carácter preferente a dichas conducciones subterráneas cuando existan y su uso sea posible.

La Sala, que afronta el dilema en términos de mero análisis de textos y sin notables implicaciones jurídicas, (seguramente, más técnicas y económicas a la vez que culturales y estéticas, siendo estas últimas las que concitan una justificada preocupación municipal a la luz de la experiencia), concluye que en la disposición prevalente con rango de ley no está presente una tan clara apuesta por la superación paulatina de los tendidos y cableados sobre fachadas urbanas, de manera que la previsión del artículo 10.1 de la Ordenanza, siendo legítima y en modo alguno *extravagante* como parece calificarla la parte recurrente, va más allá de lo que el legislador dispone sobre esta materia que, sin excluir las casos de modificaciones o sustituciones, habilita un mayor empleo de cables y canalizaciones aéreas y por fachadas, centrando sus esfuerzos en evitar al máximo su proliferación. Son por tanto dos modelos que no coinciden plenamente en medios y fines, aunque en su aplicación práctica lo puedan hacer en ocasiones, y la disposición de inferior rango debe decaer, en lo que respecta a las instalaciones afectadas por la referida LGTEL.

**CUARTO.-** El seguidamente impugnado artículo 10.5, establece que, *"dado el pequeño tamaño de la edificación en Mendaro y la orografía de la trama urbana y su entorno, se considera que el tamaño de las antenas de emisión y repetición de los servicios de telecomunicaciones es excesivo para que su implantación en los edificios del municipio sea aceptable desde el punto de vista estético y paisajístico. No se admite por tanto la implantación de este tipo de antenas".*

Sostiene la sociedad recurrente en contra de dicha previsión que resulta desproporcionada y restrictiva en vista del artículo 34.3 de la Ley, y que, de aplicarse, haría inviable la instalación de antenas en el territorio del municipio de Mendaro, negando a su población el acceso a un servicio esencial. Y si bien cabe un cierto nivel de restricción o de prioridad, excedería en este caso de todos los límites permitidos por su carácter absoluto e incondicional, invocando la STS (Pleno) de 11 de febrero de 2013, y las que en ella se citan, así como otras posteriores.

La parte demandada defiende igualmente la validez de la norma municipal -páginas 12 a 18-, con citas de sentencias como la STS de 25 de enero de 2.017, (Cas. 1336/2015), y alude al tipo de edificación de pequeño tamaño del casco urbano de Mendaro que no se compadece con la colocación de grandes antenas. El artículo 10.5 de la Ordenanza no impediría, como erróneamente se alega, que las antenas puedan instalarse en otros emplazamientos que no sean las cubiertas de los edificios y no se acredita en modo alguno que esa restricción haga quebrar la prestación del servicio. Citando la STS de 13 de marzo de 2.012 resume con ella supuestos en que la doctrina legal ha resultado contraria a las restricciones municipales.

Para el caso, y atendida la aplicación que de los criterios jurisprudenciales ha venido haciéndose, bien por excluirse al completo determinadas zonas o calificaciones o crear unas condiciones de acentuada gravosidad para la prestación del servicio, así como, en el reverso, que esos elementos no sean tan solo genéricamente denunciados por los recurrentes, no aprecia esta Sala un fundamento claro que comporte la invalidez de la



restricción, pues si ciertamente la restricción existe, y la regla ofrece cierta indefinición, lo único que la parte actora le contrapone es la afirmada consecuencia de que bajo su vigencia el servicio no podría prestarse a la población local, lo que parece ir en paralelo a una cierta desvalorización de la motivación estética de la medida. Sin embargo, el órgano judicial no puede apreciar por sí mismo, o como notoria, esa supuesta imposibilidad ni grave trastorno para el servicio sin contar con el auxilio de otros argumentos técnicos que lo avalen, aquí inexistentes, y si se parte de una realidad constructiva que la recurrente no discute (y se trata de un municipio que no alcanza los 2.000 habitantes y a cuya imagen es fácil acceder por los medios y redes al uso), no parece que la discrecionalidad de la regla haya quedado desvirtuada por hechos determinantes de signo contrario ni tampoco que, sin ser excluyente en general de instalación alguna, pueda presumirse sin base en otras premisas técnicas, (que el órgano judicial desconoce), y para un espacio geográfico o físico reducido, ese obstáculo a la prestación del servicio de interés público.

**QUINTO.-** En último lugar se sitúa la impugnación directa del artículo 14 de la Ordenanza, que sería contrario a la Disposición Adicional 8<sup>a</sup> de la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación, al establecer que las actuaciones sobre edificios y la implantación de los elementos regulados por la Ordenanza quedan sujetos a licencia municipal junto a las preceptivas autorizaciones de los organismos competentes en cada materia.

Aduce la sociedad recurrente que la referida adicional exime de licencia de obras y otras autorizaciones a la instalación de las infraestructuras de red y estaciones radioeléctricas en edificaciones de dominio privado, quedando sometidas a declaración responsable. Igualmente, lo hace con más amplitud y detalle el artículo 34.6 de la LGTEL de 2.014 respecto de licencias y autorización previa de instalación, funcionamiento o actividad relativas a estaciones e infraestructuras radioeléctricas

La oposición del Ayuntamiento demandado se articula en torno a trascibir el texto completo del artículo 34.6 y proclamar después que se refiere a unas infraestructuras de redes públicas y estaciones concretas, mientras que el artículo 14 de la Ordenanza, como toda ella, se remite a múltiples materias y elementos ajenos a dicho título y con relación a las fachadas y cubiertas de los edificios, sin que se refiera en ningún caso a las instalaciones del artículo citado.

El artículo sobre el que se debate señala al respecto:

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

La aludida Ley 12/2012, de 26 de diciembre, en la Disposición Adicional Tercera, sobre Instalaciones de redes públicas de comunicaciones electrónicas, indicó que;

"Las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley se aplicarán a las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, a excepción de aquéllas en las que concurren las circunstancias referidas en el artículo 2.2 de esta Ley, ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, tengan impacto en espacios naturales protegidos."

Y el artículo 2.2. estableció que;

"Quedan al margen de la regulación contenida en el Título I de esta Ley las actividades desarrolladas en los mencionados establecimientos que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público."

Por su parte, perfilando el alcance de la exención de control previo de legalidad administrativa, el artículo 3.4 añadía que:

**"La inexigibilidad de licencia que por este artículo se determina no regirá respecto de las obras de edificación que fuesen precisas conforme al ordenamiento vigente,** las cuales se seguirán regulando, en cuanto a la exigencia de licencia previa, requisitos generales y competencia para su otorgamiento, por su normativa correspondiente."

Como colofón de esa extensa cita normativa, considera esta Sala que la generalización con que la parte recurrente proyecta el referido precepto, (además de la D.A de la Ley 38/1999) sobre todo el conjunto de la disposición reglamentaria municipal, conduce a resultados poco proporcionados y coherentes, -e incluso interpretativamente vacuos-, que no se cohonestan con el principio general de conservación normativa, con fundamento en el que una disposición general, por modesta que sea, debe ser, preservada.

En definitiva, aunque el Tribunal no pueda descartar que ese régimen parcial de inexigibilidad de licencias pueda incidir puntualmente sobre algún supuesto aplicativo de la Ordenanza, ello no resulta patente *a priori* a falta de una mayor precisión del criterio de la parte recurrente y, para esa hipótesis, no es de rigor una anulación condicional de la norma municipal y solo cabe remitirse al casuismo en la interpretación desde los postulados de jerarquía normativa y legalidad. - Artículo 47.2 LPAC 39/2015, y artículo 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y desde la proporcionalidad en su aplicación, - Artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

**SEXTO.-** La estimación solo parcial del recurso, -conforme al F.J.Tercero-, elude la imposición preceptiva de costas a cualquiera de las partes. - Artículo 139.1 LJCA-.

Será de aplicación, de alcanzar firmeza la Sentencia, lo dispuesto por el artículo 107 de la LJCA, sobre publicación del Fallo.



Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala, (Sección Primera) emite el siguiente;

## FALLO

**ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U" CONTRA LA ORDENANZA REGULADORA DE LAS CONDICIONES ESTÉTICAS DE LAS FACHADAS Y CUBIERTAS DE LAS EDIFICACIONES, DEL AYUNTAMIENTO DE MENDARO, PUBLICADA EN EL B.O.G N° 29, DE 13 DE FEBRERO DE 2.020, Y DECLARAR DISCONFORME A DERECHO Y ANULAR EL ARTICULO 10.1 DE LA MISMA, ("cualquier sustitución, modificación o ampliación de suministros de las infraestructuras que actualmente discurren por tendidos aéreos colgados de las edificaciones deberá contemplar las alternativas posibles para su trazado subterráneo, y únicamente cuando este sea inviable, lo que habrá de justificar mediante la documentación técnica adecuada, se admitirá el mantenimiento del tendido aéreo. Todo nuevo suministro o distribución de infraestructuras se hará por el subsuelo"), DESESTIMANDO EL RECURSO EN LO DEMAS, SIN HACER ESPECIAL IMPOSICIÓN DE COSTAS.**

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** ( artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 93 0430 20, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15.ª LOPJ).

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se dejará testimonio completo en los a presentes autos, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 1 de octubre de 2021.