

RECURSO CASACION núm.: 2292/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera
Bajo

**Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 883/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Mariano de Oro-Pulido y López

En Madrid, a 22 de mayo de 2017.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación número 2292/2016, formulado por la Sra. Letrada de los Servicios Jurídicos de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, en la representación que le es propia, contra la sentencia de quince de febrero de dos mil dieciséis, dictada por la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso nº 243/2012, sostenido contra el Decreto 124/11, de 17 de mayo, por el que se aprueban las Directrices de Ordenación Territorial de las Telecomunicaciones de Canarias; habiendo sido partes recurridas ORANGE ESPAGNE, S.A.U., a través del

Procurador D. Jacobo García García, y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, debidamente representada por la Procuradora Dña. Mónica Padrón Franquiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó Sentencia en el Recurso número 243/2012, con fecha quince de febrero de dos mil dieciséis, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de ORANGE ESPAGNE SAU (FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU), frente Decreto antes identificado que anulamos, sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Al notificarse a las partes se les indicará que esta sentencia es susceptible de recurso de casación (...)"

Notificada dicha resolución a las partes interesadas, la recurrente presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando se tuviese por preparado recurso de casación, a ello se accedió por resolución de veintiuno de junio siguiente, en la que se acordaba el emplazamiento de los interesados para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

SEGUNDO.- Dentro del plazo al efecto concedido comparecieron ante esta Sala las partes expresadas en el encabezamiento de la presente.

La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS formuló recurso de casación que "fundamenta al amparo de los siguientes MOTIVOS:

1) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.(art 88.1 d).LJCA).

Los preceptos estatales vulnerados (art 86.4 de la LJCA) son los siguientes. Dichos preceptos son relevantes y determinantes del fallo, porque de haber sido tenidos en cuenta el resultado de la sentencia hubiera sido distinto, al no anularse el Decreto autonómico 124/11, de 17 de mayo, por el que se aprueban las Directrices de Ordenación Territorial de las Comunicaciones de Canarias (por lo menos en su totalidad) norma que fue dictada conforme al procedimiento y el Derecho material vigente al tiempo de su aprobación.

1.1) Se infringen la Disposición Derogatoria Única, la disposición transitoria primera, disposición transitoria novena y los artículos 34 y 35 de la Ley 912014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

1.2) Infracción del art 2.2 del código civil.

1.3) Se infringe por la sentencia impugnada el principio de seguridad jurídica y de irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución, el artículo 2.3 del código civil y 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como la jurisprudencia del TC sobre estos principios".

TERCERO.- Acordada la admisión a trámite por resolución de veinticuatro de enero del presente año y remitidas las actuaciones a esta Sección quinta para su sustanciación, se dio el oportuno traslado a las partes recurridas:

ORANGE ESPAGNE, S.A.U. presentó su oposición para solicitar se "desestime el recurso de casación y confirme la sentencia de instancia ..."

El veintidós de marzo pasado se dictó Diligencia de ordenación declarando caducado el trámite de oposición concedido a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

CUARTO.- Tramitado el asunto, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, a cuyo fin se fijó, para su deliberación, votación y fallo, el

diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO,
Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso se interpone contra la sentencia de quince de febrero de dos mil dieciséis, dictada por la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso nº 243/2012, sostenido contra el Decreto 124/11, de 17 de mayo, por el que se aprueban las Directrices de Ordenación Territorial de las Telecomunicaciones de Canarias.

SEGUNDO.- Según la sentencia "Debemos empezar por la cuestión sometida a las partes por la vía del art 33.2 de la LJCA, en relación con la incidencia que pueda tener la entrada en vigor de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones en la resolución del presente recurso.

La entrada en vigor de dicha norma legal, se produce el día 11 de mayo de 2014, de conformidad con su disposición final undécima, dado que fue publicada en el BOE del día 10 de mayo.

De acuerdo con la Disposición Final Novena, de la Ley, "Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones, prevista en el art. 149.1.21ª de la Constitución. Asimismo, las disposiciones de la Ley dirigidas a garantizar la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones, se dictan al amparo del art. 149.1.1ª de la Constitución, sobre regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y del art. 149.1.13ª de la Constitución, sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica."

Pues bien, de acuerdo con el contenido de la Disposición Transitoria Novena de la propia norma, se dispone que: "La normativa y los instrumentos de planificación territorial o

urbanística elaborados por las administraciones públicas competentes que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán adaptarse a lo establecido en los arts. 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley."

TERCERO.- La sentencia, tras transcribir textualmente el contenido de los arts. 35 y 34 de la citada Ley, señala que

"Como hemos visto el informe del Ministerio de Industria además de preceptivo es vinculante en lo que se refiere al régimen jurídico de las telecomunicaciones establecido por la Ley y su normativa de desarrollo, y a las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Todas las materias a que se contrae la impugnación singular de las distintas directrices, se encuentran dentro de las reguladas directamente por la Ley estatal ya que se trata de las siguientes materias:

A) Directrices que imponen determinadas infraestructuras -- Directrices 5.2 d y f; 11.1 b; 22.2 y 30.1 b; 8,9 y 10.

B) Las que establecen la obligación de compartición : 4.1 d y 6;

C) Las que imponen las denominadas cláusulas de progreso: 4.1.e; 6.2; 39.2 y 3; 5.2 d y f; 14.2.1. y finalmente

D) Las que suponen una Intervención administrativa, Directrices 14 y 25."

La consecuencia de la omisión del informe previo en materia de telecomunicaciones de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística a que se refería el art. 26.2 de la Ley 32/2003 se traducía en la nulidad de la disposición impugnada", citando, a continuación, una serie de sentencias.

CUARTO.- En definitiva, la sentencia concluye que: "Resulta en consecuencia que a partir de la plena vigencia de la Ley 9/2014, la competencia para aprobar las directrices objeto de impugnación, -en lo que atañe a las materias antes referidas-, es compartida entre la Comunidad Autónoma y al Administración del Estado a través del Ministerio de Industria, debiendo articularse mediante la solicitud del informe exigido por esta norma legal y en todo caso adaptarse a los preceptos de dicha Ley.

Por ello y referido insistimos a tales materias, - que se concretan en los singulares preceptos impugnados --, debe entenderse derogados tácitamente y contrarios a los indicados preceptos de la Ley estatal en tal sentido procede estimar el recurso".

QUINTO.- La representación procesal de la de la Comunidad Autónoma de Canarias formuló recurso de casación que "fundamenta al amparo de los siguientes motivos:

1) Al amparo del art 88.1 d) de la LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

1.1) Se infringen la Disposición Derogatoria Única, la disposición transitoria primera, disposición transitoria novena y los artículos 34 y 35 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

1.2) Infracción del art 2.2 del Código civil.

1.3) Se infringe por la sentencia impugnada el principio de seguridad jurídica y de irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución, el artículo 2.3 del Código civil y 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como la jurisprudencia del TC sobre estos principios.

SEXTO.- Pese a que, como se acaba de señalar, la parte recurrente en su motivo de casación alega la infracción de diversos preceptos, es lo cierto que los mismos pueden ser objeto de un tratamiento conjunto, dado que, todos ellos, se citan con un mismo designio y en apoyo de una argumento principal.

Sostiene la parte recurrente que "La sentencia utiliza indiferenciadamente los conceptos de anulación y derogación, siendo conceptos muy diferentes, obviando el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que exige depurar la legalidad de los actos y disposiciones conforme a la legalidad vigente al tiempo de ser dictados o aprobados. Ver F.D.3º de la sentencia impugnada que se refiere a una derogación tácita de determinados preceptos del Decreto 124/2011, de 17 de mayo, sin embargo, el fallo no habla de derogación tácita de determinados preceptos, sino de la anulación del Decreto en su totalidad.

Difícilmente la Ley 9/2014 puede ser marco normativo de referencia para el Decreto 124/2011, de 17 de mayo, dictado tres años antes. En virtud de ello, el Decreto 124/2011, de 17 de mayo, dictado conforme al procedimiento y el derecho material vigente en el momento de su aprobación

(Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones) no puede ser anulado por el dictado de una nueva ley”.

Añade que “Distinto es que dicha nueva ley en lo relativo a las competencias estatales (DF9 de la Ley 9/2014) pueda entrar sobrevenidamente en contradicción en algunos aspectos específicos con el Decreto 124/2011. Ello exigiría, como mínimo, contrastar y motivar qué aspectos de la Ley 9/2014 entran en frontal contradicción con el Decreto 124/2011 a efectos de entenderlos derogados tácitamente, o al menos desplazados, por el nuevo régimen general en materia de telecomunicaciones. Sin embargo, la sentencia anula la totalidad del Decreto 124/2011, sin especificar con detalle donde está la contradicción.

Esta manera de proceder va contra el propio tenor de la disposición derogatoria única de la Ley 9/2014, cuando señala quedan derogadas (no anuladas) cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Ley, lo que exige saber en qué preceptos se aprecia contradicción”.

SÉPTIMO.- Lleva razón la parte recurrente en lo relativo a la existencia de una contradicción relevante en la sentencia, pues mientras en su fundamentación jurídica se afirma que nos encontramos ante un supuesto de derogación tácita por la entrada en vigor de la Ley estatal, identificando incluso las concretas Directrices que se verían afectadas, procede en la parte dispositiva a realizar una declaración de nulidad en conjunto de la disposición recurrida.

Este es el sentido que debe darse a la Disposición Transitoria novena de la Ley 9/2014, en cuanto concede un plazo de un año para la adaptación a los preceptos de la nueva legislación, en concreto a sus artículos 34 y 35.

La sentencia al proceder a declarar la nulidad de la totalidad del Decreto 124/2011, infringe los preceptos denunciados por la Comunidad Autónoma en su escrito de recurso, por lo que el motivo debe ser estimado.

A estos efectos y porque la diferencia es importante, hemos de partir de la distinción existente entre las figuras de anulación de una norma y su derogación.

La anulación de una norma reglamentaria llevada a cabo por el órgano judicial competente del orden contencioso-administrativo produce la eliminación de dicha norma con efectos "ab initio", es decir, conlleva privar radicalmente a dicha norma de todo efecto jurídico, desapareciendo tanto su efecto normativo o regulador, como su efecto derogatorio, y equivale a considerar que dicha norma, por estar viciada de nulidad en su origen o nacimiento, no ha existido nunca.

Por el contrario, en los supuestos de derogación de una norma, en tesis general, se puede afirmar que ésta solo queda privada de su efecto normativo, y sólo para lo sucesivo, pero subsiste dicho efecto normativo para supuestos de hecho anteriores a la derogación, como asimismo subsiste íntegro su efecto derogatorio de la normativa anterior, salvo que la nueva norma pueda disponer y disponga lo contrario.

OCTAVO.- Estimado el motivo del recurso y de conformidad con lo dispuesto en el art. 95.2 LJCA, procede que entremos a resolver sobre la cuestión de fondo, en los términos en los que el debate resultó planteado en la instancia.

Debemos empezar por aclarar que, tal y como se determinó por la sala de instancia, la cuestión litigiosa se concretar en decidir acerca de la incidencia que pueda tener la entrada en vigor de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones en la resolución del presente recurso.

La citada Ley, si bien es cierto que no puede afectar a la validez de una disposición, como la aquí impugnada, que fue aprobada con anterioridad a su promulgación, sí que, por el contrario, exige una labor de adaptación de la normativa autonómica.

En efecto, conforme dispone la de la Disposición Transitoria Novena de la propia Ley: "La normativa y los instrumentos de planificación territorial o urbanística elaborados por las administraciones públicas competentes que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán adaptarse a lo establecido en los arts. 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley."

Consecuentemente, la entrada en vigor de la Ley estatal, exigía de la Comunidad Autónoma una labor de adaptación en determinado plazo que, en este caso, no consta se hubiera producido.

NOVENO.- La propia disposición citada, establece el concreto ámbito de adaptación con referencia a dos preceptos concretos de la legislación estatal, el art. 35 y el art. 34.

El primero de los artículos tiene un contenido procedimental, en cuanto exige, dentro de los mecanismos de colaboración entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y las administraciones públicas para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, que "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."

El referido informe es evidente que no podía resultar exigible a las directrices aprobadas en el 2011, pero sí resulta exigible en el proceso de adaptación al que antes nos hemos referido., por cuanto, el citado artículo 35 establece que "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 señalar expresamente los puntos y aspectos respecto de los cuales se emite con ese carácter vinculante".

DÉCIMO.- La sentencia recogió y nadie lo ha discutido que las directrices afectadas por la Ley, serían las siguientes:

- A) Directrices que imponen determinadas infraestructuras -- Directrices 5.2 d y f; 11.1 b; 22.2 y 30.1b; 8, 9 y 10.
- B) Las que establecen la obligación de compartición 4 1 d y 6 .
- C) Las que imponen las denominadas cláusulas de progreso: 4.1.e; 6.2; 39.2 y 3; 5.2d Y f; 14.2.1 y finalmente.

D) Las que suponen una Intervención administrativa, Directrices 14 y 25.

Siendo ello así, la ausencia de cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena de la Ley 9/2014 determina que dichos preceptos deben entenderse derogados tácitamente por la Ley estatal o, si se quiere, desplazados por esta, hasta tanto por la Comunidad autónoma no se realice la adaptación a que viene obligada, para lo que deberá recabar el oportuno informe previsto en el art. 35 de la Ley Estatal.

DECIMOPRIMERO.- Conforme al art. 139 LJCA, no procede realizar condena en costas, ni en este recurso, ni en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º) Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de quince de febrero de dos mil dieciséis, dictada por la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso nº 243/2012, sostenido contra el Decreto 124/11, de 17 de mayo, por el que se aprueban las Directrices de Ordenación Territorial de las Telecomunicaciones de Canarias, sentencia que casamos y anulamos.

2º) Que demos estimar en parte el recurso contencioso administrativo nº 243/2012, interpuesto por ORANGE ESPAÑA SAU, contra el Decreto 124/11, de 17 de mayo, por el que se aprueban las Directrices de Ordenación Territorial de las Telecomunicaciones de Canarias, declarando que en lo relativo a las Directrices citadas en el Fundamento décimo de esta Sentencia, deberá la Comunidad

Autónoma proceder a su adaptación a la legislación estatal, previo informe del Ministerio de Industria, considerando, hasta tanto, que las referidas Directrices quedan sin aplicación.

3º) Sin costas

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

José Manuel Sieira Míguez

Rafael Fernández Valverde

Juan Carlos Trillo Alonso,

Wenceslao Francisco Olea Godoy,

Inés Huerta Garicano,

César Tolosa Tribiño,

Mariano de Oro-Pulido y López.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, **D. César Tolosa Tribiño**, estando la Sala reunida en audiencia pública; Doy fe.

