



Congreso URE El Bierzo 2008.

Por el Magistrado juez Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz Sala 7ª, D. Manuel Gutiérrez Luna.

Titulo conferencia: “La prolija y contradictoria legislación y jurisprudencia en materia de instalación de antenas”.

Introducción: La legislación en materia de instalación de antenas, ya sean de TV., o bien de radioaficionados, es extensa, ya que, está integrada por una Ley –la 19/1983, de 16 de Noviembre, sobre Regulación del Derecho a instalar en el Exterior de los Inmuebles las Antenas de las Estaciones Radioeléctricas de Aficionados-; unos Decretos que desarrollan esta normativa, sin olvidar disposiciones comunitarias que igualmente han de ser de aplicación en esta materia.

Y en aplicación de las normas legales, la Administración en general –estatal, autonómica y local- usan de sus competencias, aplicando las diversas leyes –no solo la estatal, sino que son aplicables en algunas Comunidades Autónomas, normativas que emanan de los parlamentos autónomos, en Comunidades que tienen competencia en la materia, y sin olvidarnos de las Ordenanzas Municipales en los diversos municipios-.

La jurisprudencia de los Tribunales, por otro lado, la Contencioso-Administrativo, encargada de resolver recursos contra las decisiones de los Organos administrativos, cuando por parte de un radioaficionado se discrepe de una resolución en el ámbito administrativo en la que se le deniegue, por ejemplo, la licencia para la instalación de antenas. Al propio tiempo, los tribunales del orden civil –Juzgados de Primera Instancia y Audiencias provinciales, cuando resuelven conflictos entre quien pretende la instalación de antenas en un determinado lugar, normalmente en viviendas sometidas al Régimen de la Ley de Propiedad Horizontal, y los que la habitan se niegan a ello.

Toda esta amalgama de disposiciones, al ser interpretadas en distintos lugares de la geografía nacional por personas muy diversas, conlleva la existencia de una multitud de conflictos, que son resueltos de una forma muy dispar, y con criterios distintos, en algunos casos, como veremos a lo largo de la exposición; si bien he de indicar que, existe una gran unificación de diversos conceptos, a la hora de analizar cuestiones muy concretas.

El objeto de esta exposición, va a consistir en una análisis de las normas legales, vigentes a nivel nacional, y un estudio de dos bloques de jurisprudencia: La Contencioso-Administrativa y la civil, en la resolución de los conflictos que han surgido y se han analizado en los Tribunales.

Ley 19/83:

Y utilizando palabras de la exposición de Motivos de la **Ley 19/83**, las estaciones radioeléctricas de aficionados son instalaciones que sirven a unas funciones de instrucción individual de intercomunicación y de estudios técnicos,



efectuados por personas debidamente autorizadas que se interesen en la radiotécnico con carácter exclusivamente personal y sin fines de lucro.

Además de estos fines privados, estas instalaciones prestan servicios de utilidad pública en determinadas ocasiones, habiéndose reconocido este carácter de modo oficial por la colaboración que sus titulares prestan a las autoridades nacionales en circunstancias extraordinarias.

Por otra parte, se trata de una actividad plenamente reconocida y regulada en el Reglamento de Radiocomunicaciones, anexo al vigente **Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 25 de octubre de 1973**, firmado y ratificado por España mediante instrumento de 20 de marzo de 1976. En concordancia con esta legislación internacional integrada en nuestro ordenamiento jurídico, la Reglamentación nacional en la materia aprobada por Orden ministerial de 28 de febrero de 1979, establece las condiciones y requisitos para ser titulares de estas instalaciones, así como las obligaciones que ello comporta y el papel de la Administración, a fin de que se cumplan las especificaciones técnicas y se haga el debido uso, tanto de las instalaciones como de las bandas de frecuencias radioeléctricas, siguiendo las recomendaciones y las normas de los Organismos internacionales competentes.

Como **elementos** indispensables para el **funcionamiento** de las estaciones radioeléctricas de aficionados, sus titulares precisan instalar en el exterior de los inmuebles en que ejercen esta actividad las antenas y sus componentes complementarios, para lo que necesitan la oportuna autorización de los propietarios, quienes, de este modo, vienen a condicionar la efectividad del derecho que concede la licencia de aficionado, válidamente expedida por la Administración.

A la hora de regular esta materia, se trata de respetar el derecho de los terceros usuarios del espectro radioeléctrico y conjugar los intereses en posible conflicto entre radioaficionados y propietarios de los inmuebles; de otro lado, se pretende establecer, con las garantías suficientes, el derecho de quienes estén autorizados para ello a instalar antenas en el exterior del inmueble en el que posea la correspondiente estación, regulando los requisitos exigidos y las facultades del titular del derecho de propiedad para su protección.

Como premisa general, la ley parte de la base de la necesidad de una autorización reglamentaria por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para quienes pretendan la instalación de una estación radioeléctrica, siendo de su cuenta la instalación, así como los daños y perjuicios que se puedan ocasionar con ese motivo, conservación, reparaciones e indemnizaciones que en su caso puedan corresponder; contemplándose la necesidad de garantizar, para caso de cumplimiento, de un seguro que pueda cubrir las posibles contingencias que puedan suscitarse.

Una vez instalada una antena en una Comunidad de Propietarios, se contempla como una servidumbre que ha de soportar la Comunidad de Propietarios, ostentando ésta el carácter de predio sirviente, con los derechos que le reconoce el art. 545.2 del Código Civil: poder variar, a su costa, la ubicación de la antena, caso de resultar incómoda la asignación primitiva, o por realización de obras comunes, y



ofrezca otro lugar cómodo para dicha instalación. Este derecho, a ejercitar, se exige que sea solo por mayoría simple.

En los casos en que se produzca por cualquier circunstancia la cancelación de la licencia de estación, de la autorización de montaje o la falta de vigencia del contrato de seguro, ello implicará la pérdida del derecho que venimos analizando.

La Ley, preveía que de forma reglamentaria, se determinarían las condiciones para la instalación de las antenas, asegurándose la idoneidad del emplazamiento de las instalaciones de la estación, así como sus condiciones de seguridad y garantizando que la misma no ocasione perjuicios a los elementos privativos y comunes o al uso de los mismos por los propietarios o titulares de derechos sobre el inmueble. De igual forma se establecerían los requisitos administrativos, las prescripciones técnicas y cuantas especificaciones sean necesarias, quedando garantizado en todo caso el derecho de los terceros usuarios del espacio radioeléctrico.

Y ese desarrollo normativa, viene años después, en 1986, cuando se publica el **Real Decreto 2623/1986**, de 21 de Noviembre, por el que se regulan las **instalaciones de Antenas de Estaciones Radioeléctricas de Aficionado**.

Ante todo, establece que, las antenas ya instaladas, a la entrada en vigor de este Reglamento, nos e regirán por cuanto se dispone en el mismo, sino que lo harán por los pactos o acuerdos convenidos entre las partes y, en su defecto, por el presente Reglamento, y se determina seguidamente las condiciones para instalar las estaciones radioeléctricas de radioaficionados.

Se inicia al regulación con los requisitos de los aspirantes a instalar antenas, la concesión por parte del Ministerio de Transportes, con una memoria de la instalación y lugar de emplazamiento.

Se prevé la comunicación por parte de la Administración a la Comunidad de Propietarios, para que puedan efectuar alegaciones en plazo de dos meses; caso contrario, esto es, no efectuarse las mismas, se entenderá que tácitamente se ha otorgado permiso de instalación. Comunicada la aprobación de la instalación tanto al solicitante como a la Comunidad, de estar ésta disconforme, podrá ejercitar los recursos pertinentes en el ámbito administrativo y jurisdiccional.

En el supuesto de realización de obras por parte de la Comunidad, una vez instalada la antena, se podrá cambiar de emplazamiento éstas, si bien en caso de urgencia, lo podrá hacer la propia comunidad, poniendolo en conocimiento del titular de la licencia, quien puede interesar el cambio de ubicación, a consecuencia de las obras, debiendo iniciarse nuevamente el mismo trámite como si se tratara de una nueva instalación, y todo ello por cuenta del titular de la licencia de radioaficionado. En todo caso, las antenas habrán de instalarse de forma que no produzcan molestias, peligro o daño a personas o bienes. Sin están próximas a líneas eléctricas aéreas, habrán de observarse las normativas en esta materia dictadas por el Ministerio de Industria



Se exige una **póliza de seguro** que cubran los daños personales y materiales que se puedan originar tanto a la Comunidad donde se halle instalada como a terceras personas que puedan transitar por las inmediaciones del lugar, como consecuencia de una posible caída; debiendo contar la Comunidad con copia del contrato.

Situación con la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones:

La regulación de la materia relativa a la comunicación radioeléctrica, especialmente lo referente a los niveles de emisión y ubicación de estaciones base, es bastante reciente.

Especialmente a partir de la Recomendación 1999/ 519/CE se pone en marcha un proceso regulador que se ha concretado en el RD 1066/2001, de 28 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, y la Orden CTE 23/2002 de 11 enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radio comunicaciones.

Sin embargo, estas normas hacen referencia a aspectos medio-ambientales o sanitarios más que a propiamente urbanísticos. A pesar de ello, debe destacarse que se ha sostenido que ante la ausencia de regulación normativa por parte del Estado de la materia, las Corporaciones Locales poseían competencias para regular la cuestión al afectar a aspectos que inciden en cuestiones de interés municipal.

Este tema ha recibido respuesta jurisprudencial en dos importantes STS de 29 septiembre 2003 (Pte. Sr. Baena del Alcázar) y de 26 julio 2006 (Pte. Sr. Martínez-Vares).

La segunda sentencia acoge y reproduce la doctrina de la primera admitiendo la **competencia de los Ayuntamientos** para ejercer sus competencias en aquellos casos en que, por falta de ejercicio por la Administración del Estado o Autónoma de sus propias competencias, los Ayuntamientos ven cerrada la posibilidad de actuar las propias.

Señalan ambas sentencias que "parece claro que si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades locales, sin duda para ordenar los asuntos públicos de su competencia, y no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los supuestos titulares de la potestad reglamentaria, en este caso los entes locales, no tienen una capacidad efectiva de llevar a cabo la ordenación. Es palmario que una norma que puede incumplirse sin consecuencia alguna puede carecer por completo de efectividad. Por ello, si es ésta la situación se está ante una disminución de la autonomía local contraria al precepto de la Carta.

*Es de entender que la **Carta Europea de Autonomía Local** de 15 octubre 1985, que debemos aplicar pues nos obliga como elemento que es de nuestro ordenamiento jurídico, constituye un importante instrumento de interpretación del principio de autonomía local que consagra la Constitución.*



Una interpretación de este tipo no hace sino cumplir la finalidad que atribuye a la jurisprudencia de este TS el Título Preliminar del CC cuando en su art. 1,6 dispone que completará el ordenamiento jurídico y en el art. 3,1 que la interpretación a realizar se llevará a cabo de acuerdo con los antecedentes legislativos y la realidad social de los tiempos en que las normas deban aplicarse.

*Ello significa que, para resolver el supuesto planteado hemos de considerar que **las Ordenanzas locales** tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por Ley estatal o autonómica. En cualquier caso al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las Leyes. Por lo demás la tipificación de que se habla no podrá hacerse por Ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio público referido a las vías urbanas que ahora nos ocupa) o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o Comunidad Autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad".*

En la **STS de 26 julio 2006**, a diferencia de la de 29 septiembre 2003, en que se trataba del ejercicio de la potestad sancionadora, se examina un **supuesto de ordenación de cuestiones medioambientales** (liberación de olores a la atmósfera) en relación con el cual la sentencia recurrida en casación sostuvo que el municipio no podía ejercer competencias normativas en defecto de su ejercicio por la Comunidad Autónoma por estar atribuidas las competencias como "propias" por Ley autonómica.

A este respecto, considera esta sentencia que "esta afirmación de la Sentencia... no es admisible de acuerdo con lo que hasta ahora hemos razonado en torno a la autonomía de los Entes Locales. Si estas Corporaciones poseen autonomía para gestionar los intereses propios de sus correspondientes colectividades y esa autonomía queda asegurada para intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad de que se trate y a la capacidad de gestión que posea la Corporación y de acuerdo con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos y que les hayan sido reconocidos por la legislación básica correspondiente como ocurre en relación con el medio ambiente, y si estas Corporaciones poseen potestad reglamentaria legalmente otorgada mediante Ordenanza, es obvio que podrán ejercer esas competencias por ese medio y en relación con las atribuidas a las Comunidades Autónomas siempre que éstas no las hayan utilizado, y que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas, a que se refiere el art. 28 LRBRL. Así se hace efectiva la autonomía local constitucionalmente reconocida puesto que de otro modo la Corporación no estaría cumpliendo con la ineludible obligación que le vincula de atender las necesidades propias de los vecinos.

Concretando la cuestión es impensable que en una localidad como la que rige el ayuntamiento demandado en la que existe una fuerte contaminación atmosférica mediante la emisión al aire de olores que perjudican a la salud de los vecinos y en la que la autoridad que posee competencias para controlar esas emisiones no las



ejercita, no pueda el ente local activar los medios para efectuar ese control siempre que respete el mandato legal y se ajuste a la legislación vigente. Y ello podrá hacerlo ejerciendo esas actividades complementarias de las demás Administraciones Públicas que la legislación básica del Estado le otorga."

Como se puede comprobar a la vista de esta doctrina jurisprudencial, la tesis es consistente y podría argumentarse válidamente, en relación con **ordenanzas de telecomunicaciones** anteriores al año 2000, que ante la falta de regulación de la materia, era legítimo que los Ayuntamientos actuasen en defecto de la actuación de la Administración competente. Sin embargo, entiendo que, si bien esta teoría es sostenible en relación con cuestiones medio-ambientales o que afecten a la salud, es más que dudoso que pueda mantenerse desde la perspectiva urbanística.

Dos sentencias de la Sala Tercera, dictadas en relación con supuestos de hecho producidos bajo la vigencia de la Ley 31/1987 EDL 1987/13243, de cita reiterada por posteriores, son esenciales para resolver la cuestión e intentar definir el **límite de interferencia entre las competencias estatales y municipales**. Se trata de la STS de 24 enero 2000 (Pte. Sr. Fernández Montalvo), así como a la de 18 junio 2001 (Pte. Sr. Xiol), a las que se ha sumado la de 15 diciembre 2003 (Pte. Sr. Fernández Montalvo), cuya doctrina es recogida por sentencias posteriores como la de 24 mayo 2005 (Pte. Sr. Herrero Pina), entre otras.

La primera sentencia, aunque no se refiera instalaciones de telefonía móvil sino a la extensión de redes subterráneas de comunicación por cable, va a sentar unos principios que son extrapolables al campo de la telecomunicación por ondas. Parte de la constatación de la circunstancia de que el art. 149,1,21 CE 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 CE para la "*gestión de sus intereses*" (arts. 137 y 140 CE EDL 1978/3879 q).

Por otra parte, contempla dos aspectos: 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.

Constata la sentencia 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 y 43 y ss LGT). 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".

Llega la sentencia sobre estas **bases** a las siguientes consecuencias:

"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, ..., 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.

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."

Por su parte, la **STS de 18 junio 2001**, en línea de lo ya expuesto en la anterior, ocupándose del problema de las antenas de comunicación por onda, señala que:

"a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

*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" o instalaciones en edificios -art. 4,1 a) Ley 7/1985, RBRL y*



5 Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales-, tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos -art. 25,2 a) -, ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (art. 25,2 b)), protección civil, prevención y extinción de incendios (art. 25,2 c)), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (art. 25,2 d)), protección del medio ambiente (art. 25,2 f)), patrimonio histórico-artístico (art. 25,2 e)) y protección de la salubridad pública (art. 25,2 f)).

b) 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 entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.**"

Se comprueba sobre estas bases jurisprudenciales la **compatibilidad de la competencia estatal** en materia de telecomunicaciones con el ejercicio de la **competencia municipal** en materia de **urbanismo**, siempre que no introduzca limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. También se saca la conclusión de estas sentencias de que bajo la Ley 31/1987 el instrumento para la articulación de las competencias entre el Estado y el Municipio en materia de telecomunicaciones era el planeamiento.

La **conclusión** parece clara, la Ordenanza, por sí sola, es instrumento jurídico inidóneo para determinar el desarrollo de la red en el municipio y no cabe ampararse en la ausencia de regulación estatal para suplir un vacío en el ejercicio de la competencia pues la propia Ley de Ordenación de Telecomunicaciones daba las pautas necesarias para la ordenación del sector a través del planeamiento.

II. Situación con la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998 de 24 de abril

Parece claro que el Ayuntamiento posee competencia para poder intervenir en el diseño del despliegue de la red de telecomunicaciones por ondas en el municipio así como para introducir condicionamientos urbanísticos a las instalaciones propias de la red. Pero esto no supone que pueda hacerse de manera incondicionada. Se debe realizar de manera coordinada con la Administración del Estado. El **problema** se plantea con la forma en que ha de articularse el **ejercicio de competencias concurrentes**.

Al igual que ocurría con la Ley 31/87, la Ley 11/98 va a apuntar hacia el planeamiento como cauce normativo a través del cual se va a concretar la presencia de ambas administraciones en el ejercicio de sus competencias, si bien introduciendo la preceptiva intervención del Estado en la elaboración de los Planes con mayor intensidad:

Ley 11/1998 establecía en su art. 44,3 que: "los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe, a efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones. Los diferentes



instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes del Ministerio de Fomento".

Como se puede ver, el mecanismo de articulación de competencias sigue siendo el de la planificación territorial o urbanística. Sin embargo el nivel de exigencia del respeto de las determinaciones estatales para garantizar la satisfacción de las necesidades de establecimiento de las redes públicas de telecomunicaciones se incrementa. Ahora el **informe del órgano estatal no sólo es preceptivo sino que es vinculante.**

La **Sala de lo Contencioso-Administrativo de Murcia** sostuvo esta postura en la S. 16 abril 2003 en relación con la Ordenanza de instalación de antenas de telefonía móvil de Totana de 31 julio 2001. En el recurso de casación presentado contra la anterior sentencia se entró en discusión sobre la aplicabilidad o no del art. 44,3 Ley General de Telecomunicaciones al supuesto en discusión. La STS de 28 marzo 2006 (Pte. Sr. Martí), al resolver el recurso de casación, en su fundamento de derecho tercero señaló que *"aparte de que el citado precepto refiere el informe Ministerio de Fomento a la planificación territorial y también a la urbanística, no hay que olvidar, que ese informe y sus previsiones son prioritarias a la actuación del Ayuntamiento y no se puede por tanto aceptar, como refiere la parte recurrida, que con sus previsiones lo que hace es anticipar cuales son sus criterios que posteriormente se tendrán en cuenta en el planeamiento y que deberán ser informados por el órgano concreto de la Administración del Estado".*

III. Situación con la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003 de 26 de noviembre

a. El planeamiento como instrumento articulador de las competencias estatales y locales

Señala el art. 26 Ley 32/2003 que *"los órganos encargados de la redacción de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.*

Los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y garantizarán la no discriminación entre los operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el sector".

Como vemos, se mantiene, pues, la necesaria emisión de informe del Ministerio competente -hoy Ciencia y Tecnología-, pero se deja muchísimo más clara la exigencia de que los instrumentos de planeamiento recojan las necesidades de las redes públicas de telecomunicaciones contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.



Y es lógico que así sea porque sin esa intervención prioritaria estatal es difícilmente concebible cómo se puede garantizar la coordinación, no sólo ya entre operadores, sino también entre diferentes Ayuntamientos puesto que la emisión radioeléctrica es una cuestión claramente supramunicipal pues, es obvio, las ondas no entienden de límites territoriales de los Términos Municipales.

b. La necesidad de adaptación del planeamiento a la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.

Se han planteado problemas en relación con las solicitudes de licencias para la instalación de estaciones base de telecomunicaciones en los municipios. Por algunos Ayuntamientos se han denegado las licencias con apoyo en instrumentos de planeamiento antiguos, y no tan antiguos, que no tomaban en consideración la realidad de la necesidad del despliegue de la red de telecomunicaciones por ondas.

Pueden citarse circunstancias tan pintorescas como la aplicación de normas de planeamiento destinadas a limitar la altura máxima de edificación y que impedían la instalación de antenas por superarse la altura máxima de la edificación. El resultado de la aplicación literal de la norma era que sólo resultaba posible instalar antenas en edificios bajos para que, sumada su altura a la de la antena, se contuviera dentro de los límites de la altura máxima permitida.

Ante estas situaciones absurdas, se ha sostenido que ha de hacerse un esfuerzo integrador y, por vía interpretativa de los instrumentos de planeamiento no adaptados, aplicando criterios de proporcionalidad y razonabilidad, tratar de ajustar esa ordenación urbanística a las exigencias de la instalación de la red, no prevista en ese planeamiento.

A este respecto, entiendo que existe base legal para rechazar este lógico planteamiento, que habría sido perfectamente sostenible con la Ley 11/1998, pero no con la Ley 32 /2003.

La conclusión a extraer sería la de que, necesariamente, desde la entrada en vigor de la Ley, toda la normativa aplicable a la ocupación del dominio público o privado, por tanto incluido el planeamiento así como las normas a que se refiere el art. 28, que pueda fundar una denegación de ocupación, habrá de basarse en las normas a que se refiere ese capítulo que se hubiesen aprobado.

La **consecuencia** no puede ser otra que la de que los instrumentos de planeamiento han de **adaptarse a la Ley**. Si no se han adaptado, no son adecuados para fundar una denegación de ocupación por razones urbanísticas por disposición legal expresa, lo que dará base a la inaplicación del instrumento de planeamiento, bien mediante su impugnación indirecta, bien por aplicación del art. 6 LOPJ que ordena a los Jueces y Tribunales a inaplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la CE, a la ley o al principio de jerarquía normativa-.

Por tanto, y a modo de **conclusión**, se puede resaltar que:



La regulación por medio de ordenanza no era adecuada bajo la vigencia de las Leyes de Telecomunicaciones de 1987 y de 1998, pues exigían la ordenación de la cuestión en el municipio a través de instrumentos de planificación territorial y urbanística. Tampoco cabe la posibilidad, con la Ley vigente, de dar cobertura a la cuestión a través de ordenanzas pues claramente el art. 26 llama al planeamiento como instrumento normativo adecuado, con los informes expresamente exigidos. En cuanto al camino para abordar esa modificación del planeamiento, no parece que sea necesario modificar el Plan General sino que podría abordarse mediante la elaboración de planes especiales, cuya tramitación variará en función de la legislación autonómica correspondiente, pero que, en general, será más sencilla y cubrirá aspectos no cubiertos por la tramitación de las ordenanzas, especialmente a la hora de posibilitar la intervención no sólo del Estado, impuesta por la legislación de Telecomunicaciones, por supuesto, sino también autonómica bien mediante la aprobación definitiva bien mediante la emisión de informes.

Posiciones de la jurisprudencia de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo:

-Sentenc. TSJ **Andalucía** Contencioso 12-11-2002:

La **competencia municipal** le viene otorgada al Ayuntamiento por la cláusula de autonomía que recogen los arts. 137 y 140 de la CE, a la que debe de añadirse las competencias legales que le atribuye la Ley, de Bases de Régimen Local, art. 2.1, "para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, deberá asegurar a los Municipios... su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate".

En desarrollo de estas competencias, las Corporaciones Locales pueden ejercerlas con sujeción al ordenamiento jurídico y **desarrollarlas reglamentariamente**, con el **límite** de no contradecir la legislación de rango superior, sin que pueda obviarse que se trata de una **competencia no original, sino derivada**; el art. 25 del texto antes citado expresamente establece que en todo caso ejercerá competencias en la materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, esto es se le otorga legalmente expresa competencia en urbanismo; también le compete, mismo artículo, la protección del medio ambiente; también protección de la salubridad pública, como se recoge en el artículo citado en relación con el art. 42 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, en concreto, y sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tiene encomendadas las responsabilidades mínimas en relación con el cumplimiento de las normas y planes sanitarios, correspondiéndole el control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones y control sanitario de edificios y lugares de viviendas y convivencia humana.

Desde el punto de vista formal, la Ordenanza encuentra su apoyo en lo estatuido en el art. 4 de la Ley 7/85 y Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.



Resulta, pues, incuestionable la potestad reglamentaria de las Corporaciones Locales; cuyo contenido material viene delimitado por los intereses propios del municipio cuya salvaguarda tiene legalmente atribuida. A nuestro entender, es una obviedad que no necesita especial justificación, toda instalación o el establecimiento de cualquier infraestructura, con mayor o menor intensidad, conlleva un impacto en la ciudad, que en múltiples perspectivas atañe e inciden en intereses netamente municipales; por lo que resulta acorde con el orden delimitado que el municipio sea quien controle y regule el uso de su propio suelo o subsuelo y vele por los intereses municipales que se vean comprometidos. Lo que conlleva que sin perjuicios de los derechos y facultades que legalmente a los titulares de licencias individuales para el establecimiento de redes públicas sobre la ocupación del dominio público y, también, del dominio privado que los municipios puedan establecer las disposiciones necesarias para el correcto régimen de autorización, utilización y gestión del mismo; lo que desde el punto de vista de la competencia y de los intereses concurrentes, parece fuera de toda discusión, así lo reconoce explícitamente el art. 45 de la LGT, "las autorizaciones de uso deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local, imponiendo la obligación de las canalizaciones subterráneas, cuando así se establezca en la legislación de régimen local".

En definitiva, corresponde a la Corporación Municipal el establecimiento del marco jurídico regulador del uso del suelo, subsuelo y vuelo del dominio municipal, en relación con la construcción de la infraestructura de telecomunicaciones y su uso urbanístico, para el ejercicio del control público que legalmente tiene encomendado.

En tal sentido se ha pronunciado la STC 149/98, de 2 de julio, que otorga la **prevalencia de las decisiones estatales** sectoriales en materia de su exclusiva competencia, cuando entren en conflicto con las determinaciones contenidas en los instrumentos de ordenación territorial, señalando que "aunque la Constitución no atribuye al Estado la competencia para llevar a cabo la planificación de los usos de suelo y el equilibrio interterritorial, sin embargo, como queda dicho, el Estado, desde sus competencias sectoriales con incidencia territorial, puede condicionar el ejercicio de la competencia autonómica de ordenación del territorio, con la consecuencia de que, en el supuesto de que exista contradicción entre la planificación territorial autonómica y las decisiones adoptadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, y ensayados sin éxito los mecanismos de coordinación y cooperación legalmente establecidos, la Comunidad Autónoma deberá incorporar necesariamente en sus instrumentos de ordenación territorial las rectificaciones imprescindibles al efecto de aceptar las referidas decisiones estatales".

Las telecomunicaciones constituyen un servicio de interés general que necesariamente se ha de prestarse, una vez superada la etapa monopolística, en régimen de competencia. Lo cual exige, y dicha exigencia igualmente alcanza a las Corporaciones Locales, que para que exista real y seria competencia, se cree y facilite las condiciones jurídicas y materiales que la hagan posible, y en lo que ahora interesa, debe de preservarse la igualdad, no discriminación y neutralidad de los poderes públicos cuyo ámbito competencial incida o pueda incidir en la prestación del servicio. En tal sentido el propio art. 44.2 de la LGT, exige que "las condiciones y requisitos que se establezcan por las Administraciones titulares del dominio público, para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas, deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios". Resulta legalmente exigible, pues,



que los entes competentes en la regulación de las materias de su competencia relacionadas con las telecomunicaciones, favorezcan y hagan posible, en la medida de sus capacidades, este principio.

-STS Contencioso 24-10-05: El ejercicio de la competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos **no puede entrar en contradicción con el ordenamiento** ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten desproporcionadas.

-Sentc. Sala contencioso Madrid 21-Septiembre 2007: La primera cuestión a analizar esta constituida por si la instalación de pretendida precisa licencia de actividad conforme al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre. En primer lugar debe determinarse por la legislación aplicable. La 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid y entro en vigor el 2 de julio de 2002. El recurrente solicitó licencia de obras el 28 de junio de 2004 por lo que resulta de aplicación directa dicha Ley, aún cuando con posterioridad se evaluará si resulta de aplicación el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre.

Ayuntamiento de Móstoles. Una Ordenanza establece que estarían incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ordenanza las infraestructuras radioeléctricas con antenas susceptibles de generar campos electromagnéticos en un intervalo de frecuencia de entre 0 Hz a 300 GHz que se encuentren situadas en el término municipal, y concretamente, antenas e infraestructuras de telefonía móvil accesible al público y otros servicios de telefonía móvil; y entre otras, a) Las antenas catalogadas de radioaficionados.

El artículo 34 del **Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado** por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre, establece que obtenida la licencia de instalación de una actividad calificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, no podrá comenzar a ejercerse sin que antes se gire la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente, no sólo por la actividad de que se trate, sino también por la **naturaleza del daño** que pueda causarse debe señalarse. La consecuencia jurídica de la **falta de evaluación ambiental** como es la misma que la falta de licencia no puede ser otra que la clausura de la actividad, pues como manifiestan las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de junio y 24 de abril de 1.987 la apertura clandestina de establecimientos comerciales e industriales o el ejercicio sin la necesaria licencia de actividades incluidas en el Reglamento de 30 noviembre 1961 , obligan a adoptar, de plano y con efectividad inmediata, la medida cautelar de suspender la continuación de las obras, clausurar el establecimiento o paralizar la actividad, con el fin de evitar que se prolongue en el tiempo la posible transgresión de los límites impuestos por exigencias de la convivencia social, hasta la obtención de la oportuna licencia que garantice la inexistencia de infracciones o la adopción de las medidas necesarias para corregirlas, la decisión de precinto y clausura adoptada constituye la medida de carácter cautelar y no sancionadora, mas apropiada para impedir la continuidad de una actividad clandestina, que se ejerce sin la preceptiva licencia, por tanto sin garantía para el superior principio de respeto a la seguridad de los ciudadanos.



La **intervención municipal** tenderá a verificar si los locales e instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad, y las que, en su caso, estuvieren dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados. Es claro que mientras se esté ejercitando la actividad irregular o ilícita no puede empezarse a computar plazo prescriptivo alguno. Por lo tanto no se produce adquisición de derecho alguno por parte del peticionario ni puede entenderse que la actividad municipal se aparte de lo establecido en el ordenamiento jurídico, ni que tenga carácter discrecional o se aparte del principio de buena fe.

Sent. Contencioso Canarias 20-09-04: El Tribunal Supremo, en sentencias de 24 de enero de 2000, reconoce que los **Ayuntamientos** pueden en el planeamiento urbanístico **establecer condiciones** para las meras 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 en edificios que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Corporación municipal esta obligado a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y la Seguridad de los edificios Pero también tiene reconocido la Jurisprudencia de ese Alto Tribunal, la **improcedencia de someter a las licencias a un suceso futuro e incierto** - la condición de que pasado determinado periodo de tiempo de tiempo desde el otorgamiento, han de incorporarse a las instalaciones los medios técnicos mas avanzado - admitiendo solamente los supuestos en que se trate de "conditione iuris", es decir cláusulas que eviten la denegación de la licencia mediante la incorporación a esta de exigencias derivadas del ordenamiento vigente constituyendo explicitaciones del mismo, y bajo las exigencias del principio de proporcionalidad.

Todo ello se sustenta al ser considerada la **licencia urbanística** como un acto administrativo de autorización por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público tal como han quedado plasmadas en la ordenación vigente. Es decir tales licencias tienen un **carácter reglado** como es reiteradamente recogido en sentencias del Tribunal Supremo 2 de marzo y 25 de mayo de 1991, 8 de julio y 25 de septiembre de 1992 y 14 de abril de 1993

Ordenanza: Extralimitación del Ayuntamiento de sus competencias, a la hora de regular las Ordenanzas. No es que se trate de falta de competencia municipal para regular determinadas materias sino que la corporación se **exceda de sus competencias** urbanísticas y medioambientales para invadir competencias estatales en materia de telecomunicaciones.

La jurisprudencia ha precisado la naturaleza y los límites de la Ordenanza respecto a la ley en la Sentencia de 10 de julio de 1992 "El reglamento (en nuestro caso la ordenanza), en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, colabora con la Ley, complementándola. De ahí que se distinga entre la norma básica de las cuestiones fundamentales, que siempre corresponden a la ley, y las normas secundarias o reglamentos, necesarias para la puesta en práctica de la Ley. El reglamento, como complemento de la Ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas e incluso aclarar preceptos de la ley que sean imprecisos. En definitiva: el reglamento no puede contener mandatos nuevos respecto de la Ley, pero si debe comprender las reglas precisas que aseguren la correcta práctica de la Ley.



El Ayuntamiento como órgano competente para otorgar licencia para la instalación de tendidos eléctricos, telefónicos u otros similares, ha previsto en una ordenanza municipal el procedimiento a seguir para la instalación. El Tribunal Supremo ha establecido en Sentencia de 20 de mayo de 1992 que el "problema planteado no es en realidad el de la jerarquía normativa, sino el de la ordinalidad del reglamento, es decir, si un reglamento de desarrollo de la ley, como lo es la ordenanza local, puede incorporar nuevas reglas de Derecho al ordenamiento. A este respecto debe entenderse que efectivamente puede añadir dichas reglas en el sentido de aclarar, desarrollar y concretar los preceptos legales, dictar normas de procedimiento, y regular la organización, cuestiones todas ellas que forman parte del contenido de los reglamentos e indirectamente inciden en los derechos y deberes de los ciudadanos lo que pueden hacer, incluso condicionándolos.

Pero ello es cosa distinta de que sobrepasen el modo como ha delimitado la ley la esfera jurídica de los particulares, definiendo los derechos subjetivos y los deberes y los requisitos necesarios para ser titulares de aquellos derechos. Esta última es una cuestión propia de la ley, a **no sobrepasar por una norma reglamentaria** como lo es la ordenanza local." En este extremo el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 2001 destaca que el sistema constitucional de determinación de competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas no impide que la ley reconozca competencias a los entes locales para la protección de sus intereses en salvaguarda de la autonomía municipal. Y ello es así, en la materia de telecomunicaciones que nos ocupa, no sólo cuando con las instalaciones se utilice el dominio público (tal como señaló el tribunal Supremo en su sentencia de 24-1-2000,), sino también "cuando dichas instalaciones puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Administración municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente.

En suma, partiendo de la competencia municipal, la cuestión a dilucidar se ciñe a la extensión y proporcionalidad de la misma; es decir, a la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de las limitaciones impuestas a los operadores y a las instalaciones de telecomunicación en relación con los intereses públicos que se intenta preservar, lo que ha de ser analizado en cada uno de los preceptos impugnados.

CIVIL:

La instalación de antenas de radioaficionados en los tejados o azoteas de los edificios, ¿requiere la autorización de la comunidad de propietarios?

Dos son las cuestiones que surgen: de una parte, determinar si concedida la preceptiva licencia administrativa para la instalación de una antena de



radioaficionado, es o no necesaria la autorización de la comunidad de propietarios para su instalación en la terraza o azotea del edificio sujeto al régimen de Propiedad Horizontal; y, de otra, si los acuerdos comunitarios adoptados en el sentido de prohibir dicha instalación o el acceso a la antena para su conservación son o no ilegales.

En cuanto a la **primera de las cuestiones**, hemos de decir que no es en absoluto pacífica (Sentencia de la sec. 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 3 marzo 2000). Hallamos argumentos para poder defender las dos posturas posibles.

Así, en primer lugar, no han faltado sentencias en nuestras Audiencias Provinciales que se han decantado por la necesidad de la autorización, y es que para esta línea de pensamiento, cuando se pretende la instalación de dichas antenas (generalmente en las azoteas, terrazas o cubiertas) en un edificio sometido a la LPH, cuyo art. 3 dispone (apartado a) que al dueño de cada piso o local le corresponde *"el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio... delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos... e instalaciones de todas clases... que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario"*. Más respecto a *"los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes"*, a cada uno de dichos dueños les corresponde *"la copropiedad, con los demás dueños"* (art. 3 apar. b). Entre estos elementos comunes del edificio, los *"necesarios para su adecuado uso y disfrute"*, se encuentran las *"cubiertas"* (art. 396, párr. primero del CC), respecto a los cuales dispone el art. 7 párr. primero, que cada propietario no podrá realizar alteración alguna; y en cuanto a las permitidas en el piso o local del que es propietario cada comunero, tienen como límite el que no altere *"la configuración o estado exteriores"* del edificio.

Evidentemente, para éstos, es preceptiva la previa autorización por parte de la comunidad, tanto es así, que la negativa u oposición de ésta –de los demás propietarios de viviendas o locales de negocio a la instalación de la susodicha antena, no comporta en modo alguno un abuso de derecho, ni un ejercicio antisocial del mismo.

Y es que, aunque no se discute la utilidad pública de la estación de radioaficionado por ministerio de la ley, es evidente que no puede, como se infiere de la Ley 19/1983, interferir gravemente las relaciones comunitarias en el marco de la propiedad horizontal, de manera que si la autorización de radioaficionado se ha concedido, éste tiene que asumir cuantos daños se generen en la Comunidad de Propietarios, siendo preciso contar con la autorización de ésta para acceder a elementos comunes, pues la Ley 19/1983 no prescinde, como no podía ser de otra forma, del régimen de Propiedad Horizontal. Claro, que siempre queda a salvo del radioaficionado la posibilidad de impugnar los acuerdos que válidamente se adopten en Junta.

Por el contrario, también se puede argumentar en línea opuesta a la anterior. Y así, el marco normativo por el que se rige la instalación de esta variedad de antenas, se halla conformado por la Ley 19/1983, de 16 de noviembre, sobre regulación del derecho a instalar en el exterior de los inmuebles las antenas de las estaciones radioeléctricas de aficionados. El sentido de ésta resulta bastante claro y, de hecho, se enmarca en el consenso a que antes había llegado doctrina y jurisprudencia sobre la facultad de utilización de la azotea para instalación de antenas



de TV por los copropietarios (sin perjuicio de la normativa que fue apareciendo sobre obligatoriedad de la antena colectiva).

En tal sentido, la jurisprudencia menor de las Audiencias, aplica la Ley de 1983 en el sentido de estimarlo como derecho derivado de la concesión de la licencia y sin necesidad de autorización concreta de la comunidad de propietarios del inmueble: se permite la colocación de las mismas sin autorización de la comunidad de propietarios.

Efectivamente, la Ley 19/1983 se propuso regular esta materia facilitando la instalación de las antenas de radioaficionado en los edificios en régimen de Propiedad Horizontal, para lo cual trata de obviar el inconveniente de la preceptiva autorización de la Comunidad de Propietarios con la exigencia de **acuerdo unánime** impuesta en el art. 12 (en aquel momento el 11) de la LPH, al ir ubicada la antena en un elemento común, generalmente en las azoteas, terrazas o tejados del inmueble.

En este sentido el art. 1 de la citada Ley faculta a quien tiene una licencia de estación radioeléctrica de aficionado a *"instalar, por su cuenta, en el exterior de los edificios que usen, antenas para la transmisión y recepción de emisiones"*. Según esta tesis, tras la Ley 19/1983, **la Comunidad carece de competencias para autorizar o denegar** la instalación de una antena de radioaficionado al titular de la correspondiente licencia, y que cumple los pertinentes requisitos administrativos al efecto.

De lo dicho se infiere que se sustrae a la competencia de la Junta de copropietarios la concesión de la autorización para la constitución de la servidumbre legal de instalación de antenas de radioaficionados: sin que pueda oponerse con eficacia al mismo el acuerdo de la Junta de Propietarios aun adoptado por unanimidad, pues aunque el art. 14,5 de la LPH viene a establecer una especie de cláusula general en cuanto a las facultades o competencias de la Junta, lo que la misma no puede desde luego es impedir el ejercicio de un derecho nacido *"ex lege"*.

En cambio, **la comunidad puede impedir la instalación, cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:**

- Que comprometa la seguridad del edificio, su estructura, su configuración o perjudique los derechos de otro copropietario, y,
- Que el interesado no haya obtenido la preceptiva autorización administrativa. En caso afirmativo, la Comunidad de Propietarios podrá recurrir la concesión de la licencia en la vía administrativa o contenciosa-administrativa.

Por tanto, si no se acredita la irrogación de perjuicios, parece claro que el derecho a instalar la emisora no parece dudoso después de la promulgación de la referida Ley que, tanto los ciudadanos como los Tribunales, tienen que cumplir, puesto que las pautas por las que se rige el Derecho moderno es la facilitación a los ciudadanos al acceso a las nuevas tecnologías, cuando las mismas no menoscaben los intereses de los demás en base al principio *"quod tibi non nocet et alios prodest non prohibetur"*, por lo que el acuerdo de la Junta en el sentido de impedir la instalación de la antena o el acceso a la misma, siempre que concurren los requisitos



anteriormente meritados, no cabe duda de que la misma debe ser calificada como nulo de pleno derecho.

II. La instalación de antenas de radioaficionado, ¿constituye la denominada "servidumbre de antena"?

Esta es también una cuestión muy debatida. **Frente a los que entienden que estamos en presencia de una servidumbre legal:** el derecho a la instalación de antena que la Ley 19/1983, de 16 noviembre, consagra a favor de todo radioaficionado que reúne las condiciones que la misma exige como un derecho real de servidumbre impuesto a su favor, siendo el predio sirviente la parte común del inmueble en su parte exterior, ha de entenderse de diversa forma, puesto que si hoy en día el derecho de instalación aparece reconocido en una Ley, la citada, específicamente dictada al efecto el art. 394 CC, incluido en el título dedicado a la comunidad de bienes, dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlos según su derecho; de donde la instalación de esta modalidad de antena resulta sencillamente ser ejercicio de la facultad de uso del copropietario sobre el elemento común, sin que pueda hablarse de servidumbre como derecho real, pues uno de los caracteres de la servidumbre derivado precisamente de su naturaleza de derecho sobre cosa ajena es la imposibilidad de que se constituya sobre cosa propia, dado que las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre, y de ahí el aforismo romano "*nemini res sua servis iure servitudes*"; carácter éste reconocido por el propio CC en el art. 530 al definir la servidumbre como gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. Por tanto **si el radioaficionado es dominus en copropiedad de la cubierta del edificio donde pretende la instalación del equipo radioeléctrico**, no cabe decir que dicha instalación en cosa propia, aunque sea en comunidad y no de forma exclusiva, equivale a la constitución de una servidumbre, siendo, en definitiva, actualización en cuanto ejercicio natural del contenido del derecho de propiedad.

Por otra parte, existe **otra corriente doctrinal**, para la que, la legislación específica que regula el procedimiento y requisitos administrativos para la instalación de una estación radioeléctrica de radioaficionado (Ley 19/1983, de 16 de noviembre y RD 2623/1986, de 21 de noviembre) viene a establecer en favor del titular de una licencia o autorización administrativa y que haya obtenido la correspondiente autorización reglamentaria, la llamada **servidumbre de antena** (diversas sentencias de Audiencias Provinciales, así la denominan) que se impone con carácter legal a la comunidad de propietarios constituida sobre el inmueble de que se trate, esto es, el derecho a instalar por su cuenta en el exterior del edificio, la antena para la transmisión y recepción de emisiones; derecho a constituir una servidumbre legal, cuya autorización corresponde al Ministerio de Telecomunicaciones, constituyéndose la comunidad de propietarios a quien afecte el ejercicio de tal derecho en dueño del predio sirviente, obligado por tanto a soportarla, sin perjuicio de lo que dispone el párrafo 2º del art. 545 del CC, al que expresamente se remite el art. 2 de la Ley antes citada; en el expediente para la concesión de la licencia administrativa (arts. 3 y 4 del Reglamento citado se prevé, en el caso de tratarse de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, que se oiga al presidente de la comunidad con objeto de que lo



conozca y pueda alegar en el plazo de dos meses lo que estime oportuno en orden a la idoneidad de la instalación o los perjuicios que pueda causar, bien entendido que si en dicho plazo no formula ninguna alegación se entiende que acepta tácitamente la instalación.

Del examen de la legislación vigente respecto de la instalación de antenas de radioaficionados, se desprende que la misma establece a favor del titular de una licencia o autorización administrativa un derecho más parecido a una auténtica servidumbre legal que a una simple facultad de desarrollar posteriormente en función de la correspondiente autorización a su vez de la comunidad de propietarios respectiva; todo cuando, en su art. 2,3 se remite al art. 545,2 del Código Civil para el ejercicio del "*ius variandi*" de servidumbre por el dueño (comunidad de propietarios) del predio sirviente.

Jurisprudencia:

-A.P. La Rioja de 28-10-03: (**Servidumbre legal de antenas**):

-Sentencia de la sección 12ª de la AP de Madrid de 29 de enero de 2001, en cuyo tercer fundamento de derecho se exponía:

"...tras reconocer la importancia de las estaciones radioeléctricas de aficionados, así como ser una actividad plenamente reconocida y regulada en el Reglamento de Radiocomunicaciones, Anexo al vigente Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 25 de octubre de 1973, firmado y ratificado por España el 20 de marzo de 1976, la Exposición de Motivos de la Ley 19/1983, de 16 de noviembre, sobre regulación del derecho a instalar en el exterior de los inmuebles las antenas de las estaciones radioeléctricas de aficionados, señala que siendo elemento indispensable para el funcionamiento de éstas la necesidad de instalar antenas y sus componentes en el exterior de los inmuebles y para lo que en principio se necesitaría autorización de las Juntas de Propietarios, cuando aquellos están sujetos al régimen de propiedad horizontal, que podría condicionar o impedir la efectividad del derecho que concede la licencia de aficionado, es lo que hace necesario dictar dicha norma por la que, respetando el derecho de los terceros sumarios del espectro radioeléctrico y conjugando los intereses en posible conflicto entre radioaficionados y propietarios de inmuebles, establezca el derecho a instalar antenas en el exterior de los inmuebles, así como regular los requisitos exigidos y las facultades del titular del derecho de propiedad para su protección y partiendo de estos principios inspiradores de la ley citada, que deben ser tenidos en cuenta para su interpretación -art. 3.1. C. Civil -, establece como preceptos más importantes a destacar a efectos de este recurso, por un lado, que **quienes** estando legitimados para usar todo o parte de un inmueble y **hayan obtenido la autorización reglamentaria del Ministerio** correspondiente para el montaje de una estación radioeléctrica de aficionados, **"podrán instalar, por su cuenta, en el exterior de los edificios que usen, antenas para la transmisión y recepción de emisiones"** - art. 1 -; por otro lado, que los **daños y perjuicios** que originen correrán a cargo de los titulares de licencias, así como las reparaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar, que se garantizarán mediante un seguro y que los derechos que el artículo 545, párrafo 2º C. Civil EDL 1889/1 reconoce al dueño del predio sirviente, se ejercerán en su caso por la Comunidad de Propietarios - art. 2- y, por último, que la **cancelación de la licencia**



de estación, de la autorización de montaje o la falta de vigencia del seguro, implicará la pérdida del derecho que se reconoce - art. 4 - norma legal que se complementa con el **Reglamento de Estaciones de Aficionados**, aprobado por Orden de 21 de marzo de 1986 y el Real- Decreto 2.623/1986, de 21 de noviembre, por el que se regulan las instalaciones de antenas de Estaciones Radioeléctricas de Aficionados, que entre otras establecen como faltas graves el no eliminar las interferencias perjudiciales a la recepción de emisiones de radiodifusión o televisión - art. 32.2 K) Reglamento -, que las estaciones de aficionado no deben causar interferencia perjudicial, debiendo cesar en las emisiones hasta la eliminación de sus causas - art. 35 Reglamento 8 - y sin que sea necesaria la autorización de la Comunidad de Propietarios.

-También, la sentencia de la sección 2ª de la **AP de Burgos** de 2 de septiembre de 2002,; del examen de la legislación vigente constituida por la Ley 19/1983 de 16 de noviembre, sobre regulación de derecho a instalar en el exterior de los inmuebles las antenas de las estaciones radioeléctricas de aficionados, por el Reglamento de Estaciones de Radioaficionados cuyo objeto es otro, establecer el régimen jurídico de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicaciones en el interior de los edificios, a fin de facilitar las implantaciones de los sistemas que permitan el acceso de los propietarios y arrendatarios a los servicios de televisión por satélite y conexiones por cable), y según interpretación jurisprudencial mayoritaria, así, y entre otras, SAP de Madrid de 29 de enero de 2001, SAP de Asturias de 3 de marzo de 2000, SAP de Palencia de 28 de julio de 1997, si bien no unánime, -existen sentencias discrepantes, entre otras, SAP de Zaragoza de 7 de octubre de 1995 y SAP de Baleares de 4 de julio de 1997-, se desprende que el titular de una licencia o autorización administrativa de radioaficionado goza de un derecho más parecido a una autentica **servidumbre legal** que a una simple facultad a desarrollar posteriormente en función de la correspondiente autorización de la Comunidad de Propietarios respectiva.

El derecho del radioaficionado con licencia a instalar las antenas en el exterior del inmueble se articula de manera concreta en el artículo 1º de la Ley que dispone que:

“Quienes estando legitimados para usar de la totalidad o parte de un inmueble y hayan obtenido la autorización reglamentaria del Ministerio de Transporte y Comunicaciones para el montaje de una instalación radioeléctrica de aficionados, podrán instalar por su cuenta en el exterior de los edificios que usen antenas para la transmisión y recepción de emisiones”. Así como que los daños y perjuicios que originen correrán a cargo de los titulares de licencias, así como las reparaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar, lo que se garantizará mediante un seguro (artículo 2), reconociendo a la Comunidad de Propietarios los derechos que el artículo 545 párrafo 2º del Código Civil reconoce al dueño del predio sirviente...”

De lo expuesto **se desprende** que en el régimen actual la Comunidad de Propietarios no puede condicionar la efectividad del derecho que concede la licencia de aficionados validamente expedida por la Autoridad administrativa competente, pudiendo el radioaficionado que esté en posesión de la licencia administrativa oportuna instalar la antena y complementos precisos en el elemento común del edificio, así como acceder al mismo para efectuar reparaciones, mantenimiento y conservación sin necesidad de la autorización de la Comunidad de propietarios.



-En el mismo sentido se señalan las sentencias de la AP de Lugo del 27 de diciembre de 1996; de Soria de 21 de septiembre de 1998; de la sección 19 de la AP de Madrid de 3 febrero 1993, 27 marzo 1996; de la AP de Palencia de 28 de julio 1997 y de la sección 1ª de Asturias de 2 de febrero de 1998, con arreglo a las cuales, en la concesión de la licencia, tiene una evidente intervención la Comunidad durante el procedimiento y tras la concesión de la licencia, con posibilidades de impugnación. Pero si no existe ningún tipo de oposición en ninguno de los citados momentos, quedando firme la resolución administrativa que concede la licencia, la Comunidad no puede “condicionar la efectividad del derecho que concede la licencia de aficionado, válidamente expedida por la Administración, pues:

1) Se “**sustraer**” a la competencia de la Junta de copropietarios la concesión de la autorización para la constitución de la servidumbre legal de instalación de antenas de radioaficionado, sin que la solicitud de licencia suponga un intento de modificación del título constitutivo de la Comunidad o de sus estatutos.

2) Tal concesión supone una **limitación**, por imperativo legal, de las facultades de la Junta de Propietarios sobre los concretos elementos comunes, sin perjuicio del artículo 545.2 CC, para cuyo ejercicio basta la decisión tomada por mayoría simple (y siempre que se pruebe el perjuicio o la incomodidad).

3) **No cabe distinguir**, en base a tratarse de ámbitos jurídicos distintos, entre el derecho a la instalación de la antena (por concurrir los requisitos administrativos oportunos, y recordemos que, entre ellos está la no oposición de la Comunidad) y la necesidad de la preceptiva autorización de la Junta para la instalación en un elemento común o para acceder al mismo (a efectuar reparaciones, mantenimiento, conservación), pues la ley se promulga para suprimir el condicionamiento de la autorización independiente del “expediente” en el que se concede la licencia.

En el caso que analiza esta sentencia, la Comunidad de Propietarios que no planteo recurso contencioso, como aprecia el Juez de Instancia en su resolución, de modo que concurren las condiciones previstas en el artículo 1 y siguientes de la Ley 16 de noviembre de 1986, incluido el relativo a la suscripción de seguro.

-A.P. Valladolid 4-11-02: (Instalación antena co-propietario): El Juzgado de instancia, estimó imprescindible la autorización de la comunidad de Propietarios, pese a poseer el solicitante de instalación, la licencia preceptiva. La Audiencia, examina el caso, y dice que es la primera ocasión que se plantea ese supuesto en Valladolid.

Viene a sentar que, la exigencia de la Ley de 1993, es obtener la licencia –art. 1-, y que, no se refiere seguidamente a pedir la autorización de la Comunidad de Propietarios; y estará legitimado para poder instalar la antena, quien por cualquier título jurídico tenga derecho a utilizar todo o parte del inmueble común.

Partiendo de las anteriores consideraciones y acreditado en los autos que el peticionante ha cumplido todos los requisitos de orden administrativo para ser titular de una estación o emisora radioeléctrica de aficionado, así como para el funcionamiento e instalación de la misma en el tejado del inmueble del que es copropietario, y que en dicho expediente se ha oído a la Comunidad, la cual pese a denegar la autorización al actor admitió ser idóneo el emplazamiento solicitado, sin



que articulase oposición alguna al trámite seguido en dicho expediente ni interpuesto recurso alguno, debe accederse a la declaración del derecho que interesa el actor y que le es negado por la Comunidad de Propietarios, declarando la nulidad del acuerdo adoptado por la misma en dicho sentido.

-S.A.P. Cádiz 4 Junio 03: La instalación de la antena de radioaficionado es un derecho del demandado que no requiere para su ejercicio de la autorización previa de la comunidad de propietarios.

Se basa en los mismos principios que las sentencias anteriores: función social y colaboración que en ocasiones prestan los radioaficionados con las Autoridades en circunstancias extraordinarias. Y concluyendo con la no necesidad de contar con la autorización de la Comunidad.

En el caso concreto examinado, el presidente de la Comunidad no dio traslado a los demás propietarios, de la solicitud de autorización que redactada al efecto por el radioaficionado este le entregó, ni convocó Junta informativa, con lo que se le privó de la posibilidad de informar sobre la ubicación idónea o de la facultad de personarse en el expediente administrativo.

Concluye que, aun cuando la pretensión de condena a la retirada definitiva de la instalación resulta improcedente dado que se encuentra amparada en la correspondiente licencia administrativa, lo que sí se aprecia en un **desacertado proceder por parte del Presidente de la Comunidad** provocado por el solicitante de la autorización, en lugar de informar a todos los vecinos de la pretensión del radioaficionado, consulta únicamente al administrador, situación que no podía pasar inadvertida al comunero solicitante, quien insistimos presentó ya convenientemente redactado el impreso de autorización, y que al haber provocado perjuicios, debe dar lugar a su correspondiente reparación a cargo de quien en definitiva se ve beneficiado por la antena.

-A.P. Madrid, 29-01-01: Mismo criterio de servidumbre legal.

-A.P. Barcelona, 29-11-99: Mismo criterio anterior: La postura jurisprudencial mantenida por las distintas Secciones de esta Audiencia es unánime al considerar que el radioaficionado, tanto si es propietario como arrendatario de la vivienda, tiene derecho a realizar la supradicha instalación, sin que el mismo esté condicionado a la autorización o el consentimiento del propietario del inmueble donde radica la vivienda.

Sector contrario:

-A.P.Málaga, 17-09-03: **Otro sector**, aplicando la normativa propia del régimen de propiedad horizontal y en concreto lo que establecía el antiguo artículo 16 y el vigente art. 17 consideran precisa autorización unánime para que pueda efectuarse la instalación de este tipo de antenas; y así lo mantienen, entre otras, la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de 7 de octubre de 1995 al indicar que **“la Comunidad no está vinculada por la autorización administrativa”** y que **“el cumplimiento de los requisitos administrativos no evita que la Comunidad pueda oponerse a determinados usos de las cosas comunes que un condueño puede solicitar en su interés particular pero que habrá de estar a si la Comunidad de**



condueños está conforme con esa utilización de un bien que no es privativo, sino de todos los copropietarios.”

No se asume con carácter general por estas Audiencias –minoritarias- y en los términos concluyentes en que se pronuncian las resoluciones judiciales que mantienen la tesis que estima la existencia de una suerte de servidumbre legal establecida por la Ley 19/83, pues **en modo alguno puede deducirse de la misma que la Comunidad venga obligada a soportar en cualquier supuesto la instalación de este tipo de antena**, pues la propia Exposición de Motivos alude a los posibles conflictos entre los radioaficionados y los propietarios de los inmuebles y a la necesidad de respetar los derechos de estos; ahora bien, en el caso examinado, la antena discutida **fue instalada** en la cubierta del edificio por el comunero **nueve años antes de suscitarse el tema en la junta** de octubre de dos mil, habiendo estado colocado el artefacto en lugar visible para la comunidad y sus integrantes a la ciencia y paciencia de los mismos durante el largo periodo establecido sin que se hubiera adoptado decisión o acuerdo alguno en momento cercano a la instalación por parte de la comunidad; por tanto la aceptación de la tesis de la comunidad en este caso concreto, conculcaría las mas elementales normas de seguridad jurídica, pues aunque es cierto que la instalación de la antena se llevó a efecto sin contar con la expresa autorización de la comunidad, debe entenderse conforme a la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico y que especialmente se impone en las relaciones entre comuneros integrados en régimen de propiedad horizontal, que la comunidad aceptó de forma tácita la instalación como lo demuestra su inactividad en el tema durante nueve años; si la instalación es incorrecta o ha causado algún daño, debe la comunidad ejercitar las acciones adecuadas para subsanarla, pero en el caso litigioso ni se ha demostrado la existencia de desperfectos, ni que el actor se hubiera negado a subsanarlo. Desestima la demanda de la Comunidad de Propietarios que pretendía retirar la antena.

-A.P. Castellón, 29 Marzo-99: Este tribunal no admite tal criterio de interpretación, estimando que lo que la citada ley establece es la regulación del ejercicio de un derecho, en cumplimiento de la normativa previa existente al respecto, pero no permite al ejercicio sin cumplimiento de las normas legales a su vez establecidas en otras leyes que regulan el ejercicio de otros derechos tan importantes como son los establecidos en la Ley de Propiedad Horizontal o en el mismo Código Civil, respecto del derecho de copropiedad.

Efectivamente el vigente Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 25 de octubre de 1973, firmado y ratificado por España, y su Reglamento anexo, reconocen y regulan la actividad de los particulares en materia de comunicación, que se plasma en el uso de estaciones radioeléctricas privadas. La reglamentación nacional en la materia la constituyó en primer lugar la orden Ministerial de 28 de febrero de 1979, que establece "las condiciones y requisitos para ser titular de estas instalaciones, las obligaciones que ello comporta y el papel de la Administración, a fin de que se cumplan las especificaciones técnicas y se haga el debido uso, siguiendo las recomendaciones y las normas, de los Organismos internacionales competentes, según reza la Exposición de Motivos de la citada norma.

Con posterioridad se dictó la Ley 19/83, sobre Regulación del Derecho a Instalar en el Exterior de los Inmuebles las Antenas de las Estaciones Radioeléctricas



de Aficionados, que en su Exposición de Motivos reconoce que son elementos indispensables para el funcionamiento de las mismas el que sus titulares instalen en el exterior de los inmuebles las antenas y sus componentes "para lo que necesitan la oportuna autorización de los propietarios, quienes de este modo, vienen a condicionar la efectividad del derecho que concede la licencia de aficionado, válidamente expedida por la Administración". Y tratando de cumplir los fines pretendidos, la ley lo que trata es de conjugando los diferentes intereses, regular ese derecho.

Como acabamos literalmente de citar la propia ley en su exposición de motivos ya reconoce que el radioaficionado que obtenga la correspondiente autorización administrativa, precisa para ejercer su derecho autorización del propietario del inmueble donde tenga que instalar la antena, que en el caso de edificios en régimen de propiedad horizontal es la comunidad de propietarios del mismo. Es decir, el legislador sabe perfectamente cual es su idea, regular el ejercicio de un derecho que a su vez está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos administrativos, pero no permitirlo con imposición sobre otros previamente existentes. Lo mismo ocurre con otros derechos como el de reunión o asociación, que existen y están reconocidos en la ley, pero su ejercicio está condicionado a diversos requisitos. No se trata de declarar y constituir derechos, sino de regular su ejercicio, y ello no puede nunca vulnerar los derechos de otras personas afectadas por el mismo. Esta ley no deroga ninguno de los preceptos que regulan la copropiedad en el Código Civil o en la Ley de Propiedad Horizontal.

Finaliza, considerando que, en ningún momento se deroga el art. 7 de la Ley de propiedad Horizontal, en el sentido de tener que autorizar la Comunidad la instalación de cualquier objeto en lo que es común de la misma, máxime al alterar la configuración externa del inmueble.

CONCLUSIONES: Como indica el titulo de esta conferencia, se trata de una materia que es compleja, donde se mezclan normas de derecho administrativo y del ámbito civil. A nivel personal, hago las siguientes reflexiones:

1.- Haría falta que la legislación en esta materia, se pronunciase de forma expresa, en el sentido de que, una vez obtenida la licencia por parte del radioaficionado, y donde ha debido ser oída la Comunidad de Propietarios, no es precisa la autorización de ésta, dejando a salvo su derecho para poder interponer recurso en via judicial.

2.- Los Ayuntamientos, a través de las Ordenanzas tratan de "legislar", cuando no tienen competencia para ello, más que, en materia de ordenación, salubridad y medio ambiente, sin que en ningún caso pueda sobrepasar lo establecido en ley estatal o de la Comunidad Autónoma.

3.- Me inclino por la jurisprudencia mayoritaria, en el sentido de no ser precisa la autorización de la Comunidad de Propietarios una vez obtenida la licencia, al no exigirlo de forma expresa la Ley 19/83. Lo que no prohíbe una norma, está permitido.

4.- Hacer una llamada general a las Corporaciones Locales, a fin de que, no exijan requisitos que no prevé la Ley.