



Roj: **STSJ PV 2657/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:2657**

Id Cendoj: **48020330022018100307**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **26/09/2018**

Nº de Recurso: **74/2018**

Nº de Resolución: **395/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **ANGEL RUIZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 74/2018

SENTENCIA NUMERO 395/2018

ILMOS./A. SRES./A.

PRESIDENTE:

DON ANGEL RUIZ RUIZ

MAGISTRADO/A:

DON JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

DOÑA MARIA DEL MAR DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a veintiséis de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación, contra la sentencia nº 175/2017, de 31 de octubre de 2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de San Sebastián, que desestimó el recurso 385/2015 seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario contra resolución de 22 de junio de 2015 de la alcaldía del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón, que desestimó recurso de reposición interpuesto contra resolución del concejal delegado de Urbanismo de 27 de abril de 2015, que ordenó la retirada de la instalación de la base de telefonía móvil, emplazamiento sito en Goiru Kalea nº 1, dentro del ámbito A.E.18-Garaia, al considerar que no podía ser objeto de legalización.

Son parte:

- **Apelante** : Telefónica Móviles España S.A.U., representada por la Procuradora D^a. Elena Medina Cuadros y dirigida por la letrada D^a. Isabel Devesa Llovo.

- **Apelado** : Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón, representado por el Procurador D. Alberto Arenaza Artabe y dirigido por el letrado D. Jon Anda Lazpita.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANGEL RUIZ RUIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por Telefónica Móviles España S.A.U. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia que revoque la sentencia recurrida y declare nula la Resolución de fecha 22 de junio de 2015 dictada por el Ayuntamiento de Mondragón en virtud de la cual se acuerda ordenar a TME la retirada de la estación base de telecomunicaciones instalada en la



cubierta del edificio sito en Goiru Kalea nº 1, dentro del ámbito A.E. 18-Garaia, y se impongan las costas al Ayuntamiento de Mondragón.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

Por el Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón apelado, se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, solicitando se dictase Sentencia que desestime el recurso interpuesto y ratifique la Sentencia recurrida, con imposición de costas a la mercantil recurrente.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 25/09/18, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUATRO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación.

Telefónica Móviles España S.A.U. recurre en apelación la sentencia nº 175/2017, de 31 de octubre de 2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de San Sebastián, que desestimó el recurso 385/2015, seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario contra resolución de 22 de junio de 2015 de la alcaldía del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón, que desestimó recurso de reposición interpuesto contra resolución del concejal delegado de Urbanismo de 27 de abril de 2015, que ordenó la retirada de la instalación de la base de telefonía móvil emplazamiento sito en Goiru Kalea nº 1, dentro del ámbito A.E.18-Garaia, al considerar que no podía ser objeto de legalización.

SEGUNDO.- La sentencia apelada .

En su FJ 1º identifica la resolución recurrida y el planteamiento de demandante y administración demandada.

En el FJ 2º responde al primero de los alegatos de la demanda referido a la prescripción del plazo para requerir la retirada de la instalación en aplicación del art. 224.4 de la Ley 2/2006 de suelo y urbanismo del País Vasco, prescripción que la sentencia rechaza, pero que es un debate, como vamos a ver, que el recurso de apelación lo excluye de lo trasladado a la Sala.

En el FJ 3º responde a los ámbitos de debate que giraron sobre los efectos del art. 35.4 y 34 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, sobre lo que la sentencia apelada razonó como sigue:

<< Tampoco puede acogerse la alegación de la recurrente relativa al incumplimiento por parte de la demandada del art. 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Dispone el precepto citado que << La tramitación por la administración pública competente de una medida cautelar que impida o paralice o de una resolución que deniegue la instalación de la infraestructura de red que cumpla los parámetros y requerimientos técnicos esenciales para garantizar el funcionamiento de las distintas redes y servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el apartado 4 del artículo anterior, excepto en edificaciones del patrimonio histórico-artístico, será objeto de previo informe preceptivo del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que dispone del plazo máximo de un mes para su emisión y que será evacuado tras, en su caso, los intentos que procedan de encontrar una solución negociada con los órganos encargados de la tramitación de la citada medida o resolución.>> Pues bien, este magistrado no puede compartir los razonamientos contenidos en la Sentencia nº 7/2017, de 3 de enero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid, que esgrime la demandante, pues lo cierto es que no se ha producido el desarrollo reglamentario de los parámetros y requerimientos técnicos esenciales exigidos para el funcionamiento de las redes y servicios de telecomunicaciones a que alude la norma, los cuáles no se concretan en el artículo 34.4 ni en la Disposición Adicional undécima de la propia Ley General de Telecomunicaciones, lo que impide la aplicación del artículo 35.5 cuyo supuesto de hecho se basa en la definición de aquéllos (en este mismo sentido, la Sentencia 1006/2016 de 8 Sep. 2016, Rec. 584/2016, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª).

Por último, en cuanto a la infracción del art. 34 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, alega la recurrente que tanto la Ordenanza en su anexo 13 como el Plan General de Ordenación Urbana, en su artículo 129, pese a haber sido aprobados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2014 resultan contrarios al citado art. 34. Aduce, en este sentido, que ninguna de las dos normas facilitan el despliegue a que



se refiere dicho artículo, ni de forma general, como se aprecia por las imposiciones que establecen, dificultando tal despliegue, así como de forma concreta y expresa, cuando sin ninguna justificación técnica ni de ningún otro tipo, imponen la necesidad de instalar los equipos de telefonía móvil en unos emplazamientos concretos, alejados del casco urbano. Pues bien, dicha alegación va a desestimarse por los siguientes motivos. Así, en primer lugar, resulta de las actuaciones que la norma que el Ayuntamiento de Arrasate ha aplicado a Telefónica Móviles consiste en el Plan General de Ordenación Urbana de fecha 8 de abril de 2003 (BOG nº 108, de 10 de junio de 2003). Así viene a reconocerlo la demandante en su escrito de conclusiones cuando dice que "Por otra parte, es importante aclarar que mi representada en su escrito de demanda se refiere al artículo 129 del PGOU HAPO 2014 cuyo contenido es idéntico al Anexo 13 de la Ordenanza municipal y al artículo 94 del PGOU del año 2003 que el Ayuntamiento de Mondragón dice en su escrito que debe ser aplicado a este caso. Ciertamente, puede haber cometido un error mi representada al no "acertar" con la norma que debía ser aplicada¿". Sentado lo anterior resulta que dicho PGOU obtuvo pleno marchamo de legalidad, al haberse visto ratificado por la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, del TSJPV, en lo que a las determinaciones de la regulación en materia de telecomunicaciones se refiere, conforme a los siguientes razonamientos, que a continuación se transcriben (FJ 6º): << Sin perjuicio de ello, incidiremos someramente en lo debatido y resuelto por la sentencia apelada, para concluir en rechazar los argumentos que incorporó la demanda, en los que ahora insiste en el recurso de apelación, sobre la posibilidad de legalización de la antena en el ámbito de la AE18 Garaia, sin perjuicio de reconocer que, efectivamente, la demanda incidía en un ámbito de discusión en el que la sentencia apelada, en su estudio subsidiario de la cuestión de fondo en los términos que veíamos, no incidió, porque lo que se pretendía era que la instalación era legalizable por considerarla de utilidad pública o interés social, enlazando con las previsiones del art. 94 de la Normativa Urbanística y las previsiones de la Ley 2/2006 de suelo y urbanismo del País Vasco, así en su art. 28.5 cuando prevé que se puedan llevar a cabo en suelo no urbanizable, en su apartado a);:

" Las actuaciones dirigidas específicamente y con carácter exclusivo al establecimiento de dotaciones, equipamientos y actividades declarados de interés público por la legislación sectorial aplicable o por el planeamiento territorial, y que en todo caso, y para el caso concreto, sean además declaradas de interés público por resolución de la diputación foral correspondiente previo trámite de información pública de veinte días ".

Ello lo enlazó la demanda con las previsiones del art. 32.1.a), con la remisión que hace al art 28.5 a), en relación con los usos y actividades en suelo urbanizable y urbano no consolidado hasta la aprobación de programa de actuación urbanizadora

Con ello la demanda precisó que el artículo 94 de la Normativa Urbanística del PGOU vendría a reconocer la utilidad pública e interés social de las instalaciones de telefonía móvil, además de señalar que la declaración de interés público la tendrían tales instalaciones con arreglo a la normativa estatal que regía el sector, que es por lo que se defendía que se debía legalizar, y por ello conceder la licencia solicitada y revocarse la orden de desmontaje que se había acordado.

Aquí en principio, con la sentencia apelada debemos partir de que la normativa urbanística de aplicación recogida en el expediente, del art. 94 referido a los " elementos singulares, letreros y antenas ", que en la segunda parte, en cuanto a las antenas, va a recoger:

" Las antenas destinadas a prestar servicios de transmisión, repetición y/o enlace de telecomunicaciones (telefonía fija y móvil, televisión, radio ...) únicamente podrán ser instaladas en los ámbitos específicos destinados a tal fin (en las áreas incluidas en los expedientes tramitados al efecto): zona de Murugain y zona de Kurtze-Txiki ".

El precepto concluía con lo siguiente:

"S i por circunstancias sobrevenidas (tecnológicas o de otra índole) el Ayuntamiento considera necesario y oportuno habilitar alguna zona más para dicho uso, será precisa la tramitación prevista en la legislación urbanística para las instalaciones de utilidad pública e interés social ".

Aquí, en primer lugar, no es necesario profundizar en la normativa sectorial sobre telecomunicaciones, el interés público expresamente dispuesto por la ley, pero sí señalar con la jurisprudencia que en este ámbito está reconocida la incidencia de las competencias municipales, singularmente en el ámbito urbanístico.

Ello en principio lleva a concluir que el planificador urbanístico, el planeamiento municipal, puede prever zonas concretas para instalar estaciones base de telefonía móvil, las antenas o torretas, y ello en un supuesto como el presente, en el que no se ha acreditado que las zonas previstas por el planeamiento de Arrasate-Mondragón sean suficientes y hábiles para cumplir con el servicio público en los términos exigidos por la ley sectorial.

Por otro lado, el hecho de que la antena se encontrara ubicada en un polígono industrial, específicamente habilitado para acoger instalaciones industriales, no podía justificar, como defiende la apelante, que por



analogía sea legalizable, dado que nos encontramos ante un tipo de instalación para la que el planificador urbanístico expresamente ha previsto concretos ámbitos de localización, debemos recordar que el art. 94 de la normativa urbanística se refería a "únicamente podrán ser instalados en los ámbitos específicos y destinados a tal fin"; por lo que, sin perjuicio de la naturaleza de la propia instalación, no puede considerarse que en relación con los usos industriales pueda instalarse, si no se quiere violentar la norma específica, que ha de considerarse de aplicación preferente frente a la genérica, en concreto, en relación con los usos y actividades a desarrollar en los distintos ámbitos y, en concreto, en lo que aquí interesa, en el ámbito AE18 Garaia del PGOU de Arrasate-Mondragón.

Por lo demás, la posibilidad de asentar instalaciones de utilidad pública o interés social en el régimen excepcional que refería la demanda, incluso en el ámbito del suelo no urbanizable, sin perjuicio del régimen específico, ha de considerarse que es excepcional y no tendría amparo para pretender instalaciones expresamente prohibidas, además de que siempre tendría que tener como presupuesto o justificación la exclusividad y necesidad, que necesaria fuese tal instalación de utilidad pública, sin entrar en este caso concreto a si encaja la calificación en ese ámbito, para asentarse donde en principio la legislación no permite tales usos y actividades, lo que, debemos insistir nuevamente, aquí no está acreditado dado que el presupuesto de cualquier tipo de debate en relación con ello hubiera exigido que las ubicaciones diseñadas por el planeamiento general, la zona Murugain y la zona Kurtze-Txiki, no sean aptas o adecuadas para dar servicio de telecomunicaciones en los términos de suficiencia y calidad exigidos por la legislación de telecomunicaciones; todo ello sin necesidad de insistir en lo que también ha trasladado el Ayuntamiento, así por Orden Ministerial de 21 de noviembre de 2001, publicada en el B.O.E. 296, de 11 de diciembre de 2001, se declaró la autorización compartida de dominio público local, de titularidad, entre otros municipios el de Mondragón en Gipuzkoa.

Por todo ello, en conclusión, en relación con lo decidido y debatido, sólo cabe ratificar las conclusiones alcanzadas por la sentencia apelada, y ello, por tanto, sin necesidad de hacer incursiones en lo que también se insiste por el Ayuntamiento cuando alude a la resolución de la Alcaldía de 4 de septiembre de 2009, que ordenó la retirada de la instalación de la antena en cuestión porque no se consideró legalizable, concediéndose plazo de 15 días para el cumplimiento de lo ordenado y con advertencia de incoar expediente sancionador, que excluye entrar a analizar si realmente se incurrió por la demandante en desviación procesal y qué incidencia, en su caso, tendría la pretensión del Ayuntamiento de estar ante una Orden previa firme e inatacable, esto es, en relación con la Orden de retirada.> >

Con lo que debe estarse a la consideración de no legalizable de la EBTM que nos ocupa, atendiendo a la normativa urbanística que resultó de aplicación. Sentado lo anterior, debemos acudir al artículo 221 de la ley 2.2006, de 30 de Junio de Suelo y Urbanismo del País Vasco que dispone:

Artículo 221 Régimen de legalización de las actuaciones clandestinas

[i]

En efecto, considerada en el expediente administrativo la instalación de la EBTM como no legalizable, debía acudirse al apartado 6 de ese precepto, retirada de la instalación. ("Cuando se declare no legalizable la actuación, se ordenará en el mismo acuerdo, con independencia de las sanciones que pudieran imponerse: a) La demolición, a costa del interesado, de las obras de construcción, edificación o instalación realizadas, con reposición del terreno a su estado original, cuando se trate de obras nuevas. b) El cese definitivo del uso o los usos, en su caso. (j). En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia nº 249/16, de 16 de diciembre, dictada en asunto similar por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de esta localidad en el JO 384/15 > > .

TERCERO.- El recurso de apelación de Telefónica Móviles España S.A.U.

Interesa que se exime para revocar la sentencia apelada y, tras ello, declarar la nulidad de la decisión municipal del Ayuntamiento de Mondragón, por la que ordenó la retirada de la estación base de telecomunicaciones instalada en la cubierta del edificio sito en Goiur Kalea nº 1.

Expone los tres ámbitos de debate, dejando al margen del recurso de apelación el referido a la prescripción, ello, como se dice, a pesar de generarle a la apelante dudas la conclusión a la que llega la sentencia apelada, en concreto el rechazo de la prescripción por estar ante una instalación cuyo uso se desarrolla de forma continuada, por lo que consideró que no era posible establecer el *dies a quo* sobre el que iniciar el cómputo.

Tras ello insiste en dos de los ámbitos del debate de los que trabó en primera instancia.

1.- En primer lugar insiste en la *relevancia de la omisión del informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo exigido por el art. 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones* .



En relación con lo que concluyó la sentencia apelada, la apelante insiste en que el Ayuntamiento, antes de dictar la resolución recurrida, debió recabar el informe del Ministerio, porque la orden de retirada como la recurrida era una medida que impedía y paralizaba una infraestructura de la red.

Añade que la estación base cuya retirada se pretende se encontraba en un edificio que no era patrimonio histórico artístico, así como que la estación base cumplía con los parámetros y requerimientos técnicos esenciales necesarios para garantizar el funcionamiento de las distintas redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los límites en los niveles de emisión radioeléctrica tolerables fijados por el Estado, con remisión al art. 34.4 de la Ley de telecomunicaciones, soportado en informe pericial aportado del ingeniero superior de telecomunicaciones Sr. Gregorio , enlazando con la autorización de puesta en servicio de la estación base controvertida emitida por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, como se acreditó con el doc. 4 de la demanda.

Se remite a la sentencia que valoró la apelada, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Valladolid, sentencia 7/2017, de 3 de enero , recaída en el Procedimiento Ordinario 335/2015, remitiéndose a la respuesta que dio la sentencia apelada y precisando que la sentencia del TSJ de Andalucía, Sala de Sevilla, que refiere la sentencia apelada, era la identificada con el nº 1006/2016 , para precisar que dicha sentencia es relevante en cuanto a lo que razonó, trasladando la apelante que se ha visto sorprendida por lo que en ella se razona.

Destaca que resolvió un supuesto en el que la instalación se ubicaba en una edificación de patrimonio histórico artístico, lo que no ocurre en el supuesto de autos, añadiendo que en aquel supuesto quien realmente defendió que no podía aplicarse el art. 35.5, por no haberse producido el desarrollo reglamentario de los parámetros y requerimientos técnicos esenciales exigidos para el funcionamiento de la red de servicios de telecomunicaciones, había sido el Ayuntamiento de Mondragón. Destacando que relevante fue que allí la demandante no había acreditado a través de un informe pericial que la estación base cumplía los parámetros y requerimientos técnicos esenciales.

Insiste en la relevancia del supuesto, en el que sí se acreditó, por informe pericial y con la autorización de puesta en servicio, que la estación base controvertida cumplía todas las exigencias, a lo que se remite nuevamente, , extrayendo del informe pericial que la base cumplía escrupulosamente con toda la normativa sectorial de telecomunicación en España, y que el proyecto de sus instalaciones había sido revisado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y acreditaba la conformidad de la estación base con los requisitos impuestos por la legislación estatal a tal tipo de instalaciones, añadiendo consideraciones complementarias del contenido del informe.

También considera relevante la sentencia 194/2017, de 17 de julio de 2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Vitoria , al dar relevancia a la ausencia del informe previsto en el art. 35.5 de la Ley General de Telecomunicaciones .

Los argumentos que defiende la apelante también se apoyan con remisión, entre otros alegatos, a la sentencia 134/2016, de 27 de septiembre de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Santander , para ratificar, en relación con este primer motivo del recurso de apelación, partiendo de que se cumplían los requisitos establecidos en el art. 35.5 de la Ley 9/2014 , que el Ayuntamiento tenía que haber sometido su resolución al primer informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, cuando en este caso dictó y notificó a la apelante las resoluciones sin haber solicitado el referido informe al Ministerio, incumpliendo el art. 35.5, que sanciona que a falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de que el informe no sea favorable, no se podrá aprobar la medida o resolución.

2.- El segundo motivo denuncia *infracción del art. 34 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones* por parte del Ayuntamiento de Mondragón.

En este ámbito se remite la apelante a la fundamentación que dieron las resoluciones recurridas en vía administrativa para ordenar la retirada de la estación base, recordando que el expediente se inició el 24 de abril de 2015, recayendo, tan solo tres días después, la resolución de 27 de abril de 2015, trasladando que de conformidad con el PGOU únicamente podría ser instalada en los ámbitos específicos destinados a tal fin; precisando que no se especificaba qué normativa concreta se aplicaba, siendo la posterior resolución de 22 de junio de 2015, la recurrida ante el Juzgado, en la que tampoco se hacía referencia a la normativa municipal, siendo en sede jurisdiccional donde el Ayuntamiento subsanó las carencias y falta de motivación, con remisión expresa a que había aplicado el art. 94 del PGOU de 2003.

Precisa que a efectos prácticos lo importante no es el número del artículo, (94 del PGOU 2003, 129 del HAPO 2014 o Anexo 13 de la Ordenanza Municipal), para señalar que con esa normativa se dificultaba el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, contraviniendo la normativa referida de la Ley General de Telecomunicaciones , tras lo que se discrepa de lo que concluyó en este ámbito la sentencia apelada.



Defiende la aplicación de la Ley 9/2014, porque entró en vigor el 11 de mayo de 2014, destacando que la sentencia de la Sala 175/2017, referida por la apelada, en relación con lo que razonó sobre el art. 94 del PGOU de 2003, fue previa a la entrada en vigor de la Ley 9/2014, al estar dictada el 9 de noviembre de 2012, por ello con la vigencia de la Ley 32/2003 de Telecomunicaciones.

Destaca la relevancia de las reformas introducidas por el citado art. 34, remitiendo a su contenido, para destacar su punto 3, según el cual;

< < La normativa elaborada por las administraciones públicas que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para impulsar o facilitar el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, en particular, para garantizar la libre competencia en la instalación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y la disponibilidad de una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras.

De esta manera, dicha normativa o instrumentos de planificación no podrán establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. En este sentido, cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá estar plenamente justificado e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.

Las administraciones públicas contribuirán a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras identificando dichos lugares y espacios físicos en los que poder cumplir el doble objetivo de que los operadores puedan ubicar sus infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas así como la obtención de un despliegue de las redes ordenado desde el punto de vista territorial > > .

Por ello se enfrenta el art. 94 del PGOU de Mondragón de 2003 con el citado art. 34, para ratificar que no facilita el despliegue, sino que hace lo contrario y lo dificulta, remitiéndose al informe pericial del Sr. Gregorio, que demostró la ineficiencia absoluta de los emplazamientos elegidos por el Ayuntamiento, los montes de Murugain y Kurtze-Txiki que rodean el casco urbano, con remisión a las págs. 30 a 38 de dicho informe.

También se remite a lo que recogió el apartado 2.15 del informe pericial, en cuanto a la ruptura de la unidad de mercado.

Todo ello para ratificar que la resolución recurrida sí infringió el art. 34 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, remitiéndose incluso a la disposición derogatoria única, cuyo apartado c) expresamente declaró derogadas cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango se opusieran a la Ley, tras la derogación expresa de la Ley 11/98, General de Telecomunicaciones, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Añade consideraciones críticas sobre lo razonado y concluido por la sentencia apelada, para defender la apelante que en el procedimiento defendió la omisión del informe preceptivo y vinculante del Ministerio exigido por el art. 35.5 de la Ley 9/2014, por ello y, en segundo lugar, que también era contraria a la citada Ley, al art. 94 del PGOU, al poner zonas concretas para situar instalaciones base de telefonía móvil, considerando que el aval de legalidad solo era válido en relación con las previas derogadas leyes generales de telecomunicaciones pero no en relación con la Ley 9/2014, que es la aplicable al presente supuesto, porque se ordenó la retirada por resolución de 24 de abril de 2015.

CUARTO.- Oposición del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón.

Interesa que se desestime el recurso para confirmar la sentencia apelada.

0.- Comienza razonando, en su alegato previo, sobre lo que considera actuación clandestina y de mala fe, incluso se habla de desviación procesal en relación con el objeto del recurso de apelación, para defender que el recurso de apelación, estando a su contenido, refleja la identidad con la demanda, y ello para precisar que el escrito del recurso de apelación no aporta nada nuevo, ni contiene crítica verdadera de la sentencia, precisando que su lectura pone de manifiesto la inexistencia o falta de razonamientos para criticar la sentencia de primera instancia, más allá de no compartir los mismos, pero sin justificar una falta de su adecuación a la normativa de aplicación.

1.- Tras ello razona sobre la alegación relativa al incumplimiento del art. 35.5 de la Ley 9/2014, General de telecomunicaciones, para incidir en lo que considera relevante en el ámbito competencial y ratificar que el citado artículo 35.5 no sería aplicable al Ayuntamiento apelado.



Se remite a lo que razonó la sentencia apelada, a la desestimación soportada en que no se había producido el desarrollo reglamentario legalmente previsto, con remisión al requisito del art. 35.5 de la Ley 9/2014, esto es medida cautelar que impida o paralice o resolución que deniegue la instalación de la infraestructura de red que cumpla los parámetros y requerimientos técnicos esenciales para garantizar el funcionamiento de las distintas redes y servicios de comunicaciones electrónicas, precisando que a día de hoy no se había dictado el reglamento de desarrollo de la Ley 9/2014 que establezca los parámetros y requerimientos técnicos que debe cumplir la instalación, porque sería imposible que el Ministerio emita informe sobre la medida adoptada por el Ayuntamiento por no tener base alguna para dictaminar al respecto por la carencia de una norma en la que amparar la resolución.

2.- En segundo lugar, razona sobre la alegación relativa a la infracción por el Ayuntamiento de lo dispuesto en el art. 34 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones.

Insiste en trasladar que reitera que la resolución que ordenaba la retirada de la instalación, por considerarla ilegalizable, infringía el art. 34 de la Ley.

Recuerda que el PGOU contemplaba en su articulado una serie de condiciones para la instalación de estaciones base de telefonía móvil, remitiéndose a su art. 68.3, 94 y 109, partiendo de su contenido en lo que considera relevante, defendiendo que la apelante insiste en que es una regulación nula por limitar el despliegue de la red y estar prohibido, pero, se dice, la apelante no tiene en cuenta que ese instrumento de planeamiento urbanístico municipal contaba con el aval de esta Sala en relación con la regulación en materia de telecomunicaciones, concretamente por la sentencia 599/2012, de 9 de noviembre, dictada en el recurso de apelación 1064/2010, que se interpuso por Telefónica Móviles España contra previa resolución municipal de 2 de octubre de 2009 que denegó la licencia para instalación de estación base de telefonía móvil en el pueblo Garaia, en concreto en el ámbito del mismo A.E. Garaia.

Por ello destaca que los tribunales con competencia directa en la materia de planificación urbanística se han manifestado en relación con la legalidad de las previsiones del art. 94 del plan general, declarándolo ajustado a Derecho en todos sus aspectos, incluso respecto de una resolución administrativa adoptada dentro del ámbito físico del A.E.18 Garaia, así como que la apelante reincide en una ilegalidad urbanística a pesar de que sería claramente consciente de que existe una resolución judicial dictada a instancia suya que avalaba la actuación del Ayuntamiento en la retirada de instalaciones como la que está en cuestión, y en el mismo ámbito urbanístico.

Concluye el Ayuntamiento remitiéndose a la referencia a que el fundamento de la denegación de la solicitud de instalación en el presente pleito se encontraba en el art. 94 del plan general, que dispone que las instalaciones de telecomunicaciones han de ubicarse preferentemente en los ámbitos que el propio plan general contempla al efecto, y que son las zonas de Murugain y Kurtze-Txiki.

Precisa que ha de tenerse en cuenta además que, al contrario de lo que se afirma por la apelante, el PGOU no estaba haciendo una limitación para la instalación en otras zonas de suelo no urbanizable, sino que por el contrario, en el segundo párrafo del art. 94 contemplaba expresamente que de resultar "necesario y oportuno" podrá habilitarse alguna zona más para dicho uso, con lo que se remarca que el artículo confiere al Ayuntamiento la potestad de habilitar alguna zona más dentro del suelo no urbanizable, y además de las ya determinadas para la instalación de antenas, para las que ha de instarse la tramitación prevista en la legislación urbanística para instalaciones de utilidad pública e interés social.

QUINTO.- Relevancia de la omisión del informe preceptivo y vinculante del Ministerio competente en materia de telecomunicaciones exigido por el art. 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones.

En el ámbito del debate que se traslada ante la Sala con el recurso de apelación y la oposición del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón, enlazando con el contenido de la sentencia apelada, debemos recordar que al margen queda, por decisión de la apelante, el primero de los argumentos que la apelante defendió ante el Juzgado, referido a la prescripción, por lo que son dos los motivos que la Sala debe responder: (i) el primero, sobre la relevancia de la omisión del informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo exigido por el art. 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, y (ii) el segundo, si se dio infracción del art. 34 de la citada Ley 9/2014.

Al responder al primero de los motivos, partiremos de tener presente el contenido del art. 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, artículo 35 referido a 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 >>, punto 5 que del tenor que sigue:



< < La tramitación por la administración pública competente de una medida cautelar que impida o paralice o de una resolución que deniegue la instalación de la infraestructura de red que cumpla los parámetros y requerimientos técnicos esenciales para garantizar el funcionamiento de las distintas redes y servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el apartado 4 del artículo anterior, excepto en edificaciones del patrimonio histórico-artístico, será objeto de previo informe preceptivo del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que dispone del plazo máximo de un mes para su emisión y que será evacuado tras, en su caso, los intentos que procedan de encontrar una solución negociada con los órganos encargados de la tramitación de la citada medida o resolución.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación de la medida o resolución.

A falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de que el informe no sea favorable, no se podrá aprobar la medida o resolución > > .

En este supuesto la Sala tiene que asumir los argumentos que defiende el recurso de apelación, teniendo que partir, con el informe pericial aportado y la propia autorización de puesta en servicio, que estamos ante una estación base que cumplía con las exigencias, en concreto que estamos ante una infraestructura de red que cumplía los parámetros y requerimientos técnicos esenciales para garantizar el funcionamiento, unido a que no estamos ante un edificio que forme parte del patrimonio histórico-artístico.

Lo relevante del precepto es que se va a exigir con carácter previo a adoptar decisiones que impidan, paralicen o denieguen la instalación, incluso en el ámbito cautelar, informe preceptivo ministerial, con la consecuencia de que de no solicitarse, o de no ser favorable, que no se podrá aprobar la medida o resolución, en este caso la decisión municipal recurrida consistió en orden de retirar la instalación de la base de telefonía móvil en emplazamiento sito en Goiru Kalea número 1 en el ámbito de la AE.18 Garaia, anticipando que no era posible su legalización.

Todo ello respondiendo en el ámbito del ámbito normativo y régimen jurídico aplicable en la fecha en la que recayó la resolución de 22 de junio de 2015 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón y por ello, con las precisiones que haremos, bajo el ámbito de la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones, que incorporó singulares novedades respecto al previo régimen jurídico.

Por ello régimen jurídico distinto al que en su momento tuvo presente el precedente que también se ha ido refiriendo en las actuaciones, la sentencia de esta Sala 599/2012 de 9 de noviembre, recaída en el recurso de apelación 1064/2010 que también interpuso Telefónica Móviles España S.A., en este caso en relación con procedimiento judicial seguido ante el Juzgado nº 1 de San Sebastián, contra resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón de 2 de octubre de 2009, que dispuso no conceder licencia de instalación para actividad de estación de base de telefonía móvil, encima del depósito de aguas en el ámbito del AE 18-Garaia, por aplicación del artículo 94 de la Normativa Urbanística del Plan General de Ordenación Urbana de 2003, resolución que reiteró la retirada de la antena y del tendido aéreo que se había acordado por previa resolución de la Alcaldía de 4 de septiembre de 2009.

Precisaremos que si bien el marco normativo urbanístico era coincidente con el de autos, Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco y la Normativa del Plan General de Ordenación Urbana de 2003 [-, PGOU sustituido por el de 2016, no aplicable aquí -], sin embargo la normativa sectorial de telecomunicaciones varió sustancialmente, dado que en aquí debemos tener presente la posterior Ley 9/2014 de 9 de mayo general de telecomunicaciones.

En este ámbito debemos ratificar que no pueda acogerse el reparo competencial que traslada la oposición del Ayuntamiento, dada la relevancia de la competencia sectorial de la Administración del estado en el ámbito sectorial de las telecomunicaciones, plasmada en la citada Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, ello unido a que no puede partirse de la inexistencia de parámetros y requerimientos técnicos que garanticen el funcionamiento de la base de telefonía móvil en la que incidió la decisión de la Administración, la orden de retirada de la sita en el número 1 de Goiru Kalea en el ámbito del AE-18 Garaia.

SEXTO.- Infracción del art. 34 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones .

El segundo de los motivos del recurso de apelación incide en la infracción del art. 34 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones por parte del Ayuntamiento, artículo referido a la colaboración entre Administraciones Públicas en el despliegue de las redes públicas de Telecomunicación.

El ámbito del debate que gira sobre los mandatos que incorporó el punto 3 del citado artículo 34, cuando señala:



< < La normativa elaborada por las administraciones públicas que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para impulsar o facilitar el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, en particular, para garantizar la libre competencia en la instalación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y la disponibilidad de una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras.

De esta manera, dicha normativa o instrumentos de planificación no podrán establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. En este sentido, cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá estar plenamente justificado e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.

Las administraciones públicas contribuirán a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras identificando dichos lugares y espacios físicos en los que poder cumplir el doble objetivo de que los operadores puedan ubicar sus infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas así como la obtención de un despliegue de las redes ordenado desde el punto de vista territorial > > .

En este momento, señalaremos que el debate que subyace en relación con este motivo del recurso de apelación, lo ha respondido la Sala en previas sentencias que han incidido también en el ámbito del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón, nos estamos refiriendo, por un lado, a la sentencia 222/2018 de 9 de mayo, recaída en el recurso de apelación 765/2017 interpuesto por Orange España S.A.U., contra la sentencia nº 104/2017, de 19 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de San Sebastián en el procedimiento ordinario número 314/2015, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra (1) la resolución de 29 de junio de 2015 del alcalde del Ayuntamiento de Mondragón, denegatoria de la licencia para la instalación de una estación base de telefonía móvil en el número 1 de la calle Goiburu, (2) la resolución de 23 de junio de 2015, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 27 de abril de 2015, por la que se ordena la retirada de la estación base de telefonía situada en el número 1 de la calle Goiburu.

Pronunciamiento posteriormente reiterado en la sentencia de 31 de mayo de 2018, sentencia 262/2018, de 30 de mayo, del recurso de apelación 210/2017 interpuesto por Vodafone España S.A.U. contra la sentencia nº 251/2016, de 20 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de San Sebastián, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 273/2015, seguido por el procedimiento ordinario, frente a las Resoluciones del Ayuntamiento de Arrasate-Mondragon de 27 de abril de 2015 por la que se desestima expresamente el recurso de reposición presentado por Vodafone contra la Resolución de 5 de marzo 2015 que resuelve no conceder licencia urbanística para la Estación Base de Telefonía en Goiru Kalea nº 1, y la Resolución de 22 de junio de 2015 por la que se desestima expresamente el recurso de reposición formulado contra la Resolución de 27 de abril de 2015 que ordena a la actora que en el plazo de 1 mes proceda a la retirada de la Estación Base de Telefonía sita en Goiru Kalea nº 1.

Debemos destacar la incluso sustancial identidad de alguna de las fechas de las resoluciones en las que incidieron los debates procesales, por lo que ha de concluirse que lo fue tras actuaciones paralelas llevadas a cabo por el Ayuntamiento, en aplicación del Plan General de Ordenación Urbana de 2003.

La Sala responderá a este ámbito del debate trasladando lo que se razonó en el FJ 3º, con las precisiones que haremos a continuación, de la sentencia 222/2018 de 9 de mayo del recurso de apelación 765/2017, fundamento en el que para concluir que < < los artículos 63.8 y 94 PGOU infringen el artículo 34.3 LGTel al imponer una restricción absoluta y desproporcionada a la instalación de antenas de telefonía móvil en suelo urbano y urbanizable, por lo que quedaron derogados a la fecha de su entrada en vigor. Estimación del recurso > > , razonó como sigue:

< < La apelante impugna la sentencia al considerar que los preceptos del PGOU fueron cuestionados indirectamente por su incompatibilidad con los artículos 34 y 35 de la LGTel, incumpliendo el deber de adaptación del planeamiento que impone su disposición transitoria novena, aportando en la instancia un informe del ministerio de Industria y Turismo emitido en el trámite de elaboración del texto refundido del PGOU, que consideraba desproporcionadas las restricciones impuestas por los artículos 63.8 y 94 del PGOU vigente, en virtud del cual el ayuntamiento procedió a su modificación.

El art. 63.8 PGOU dispone lo siguiente:



< < Las antenas destinadas a prestar servicios de transmisión, repetición y/o enlace de telecomunicaciones (telefonía fija y móvil, televisión, radio) no podrán ser instalados en suelo urbano y urbanizable. Se ubicará necesariamente en el suelo no urbanizable, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la presente Normativa Urbanística.> >

El artículo 94 PGOU dispone:

< < Las antenas destinadas a prestar servicios de transmisión, repetición y/o enlace de telecomunicaciones (telefonía fija y móvil, televisión, radio) únicamente podrán ser instalados en los ámbitos específicos destinados a tal fin (en las áreas incluidas en los expedientes tramitados al efecto):

-Zona de Murugain

-Zona de Kurtze-Txiki

Si por circunstancias sobrevenidas (tecnológicas o de otra índole) el Ayuntamiento considera necesario y oportuno habilitar alguna zona más para dicho uso será precisa la tramitación prevista en la legislación urbanística para las instalaciones de utilidad pública e interés social.> >

Ciertamente, los artículos 63.8 y 94 del PGOU vigente en el momento en que se dictaron las resoluciones recurridas impedían la instalación de antenas de telefonía móvil en suelo urbano, limitando su instalación a los ámbitos del suelo no urbanizable de Murugain y Kurtze Txiki.

La sentencia de esta Sección 599/2012, de 9 de noviembre, concluyó que tales previsiones no eran disconformes a derecho porque no se acreditó en el caso que las zonas previstas no fueran aptas o adecuadas para dar servicio de telecomunicaciones en los términos de suficiencia y calidad exigidos por la legislación de telecomunicaciones.

No obstante, dicha sentencia se dicta en un momento temporal anterior a la entrada en vigor de la LGTel, que tuvo lugar el 11 de mayo de 2014, texto normativo que produjo un cambio sustancial en la cuestión.

En efecto, de acuerdo con su exposición de motivos, la LGTel, con fundamento en la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones del artículo 149.1.21ª CE y en las competencias transversales del artículo 149.1.1ª y 13ª CE, persigue recuperar la unidad del mercado en el sector de las telecomunicaciones estableciendo procedimientos de coordinación y resolución de conflictos entre la legislación sectorial estatal y la legislación de las Administraciones competentes que puedan afectar al despliegue de redes y a la prestación de servicios, y, con el objetivo de facilitarlos, procede a una simplificación administrativa eliminando licencias y autorizaciones, y, en lo que aquí importa, siguiendo las pautas de sustitución de las licencias por declaraciones responsables de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, en el despliegue de la red en dominio privado, sustituye las licencias por una declaración responsable en los casos en que el operador presente ante las administraciones competentes un plan de despliegue y sea aprobado, y, de otro lado, prevé como mecanismo de cooperación que en el procedimiento de elaboración de los instrumentos de planeamiento territorial o urbanístico que puedan afectar al despliegue de la red, emita informe el ministerio de Industria, Energía y Turismo.

En consonancia con tales objetivos el artículo 34 establece el carácter de determinación estructurante de las redes públicas de comunicaciones electrónicas en los instrumentos de planificación urbanística (número 2); establece que los instrumentos de planificación urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para impulsar o facilitar el despliegue de las infraestructuras y garantizar la libre competencia en la instalación de redes y en la prestación de servicios, vedando que puedan establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas, disponiendo que las Administraciones públicas contribuirán a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras (número 3); excluye la exigencia de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas, sustituyéndolas por declaraciones responsables en los términos de la Ley 12/2012 (número 6).

Por su parte el artículo 35, en lo que ahora importa, insiste en el deber de colaboración entre el ministerio de Industria, Energía y Turismo y las Administraciones públicas en las actuaciones que puedan afectar a las telecomunicaciones (número 1), disponiendo que los órganos encargados de la elaboración de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de redes públicas de comunicaciones deben recabar informe previo del ministerio de Industria, Energía y Turismo, informe que tiene carácter vinculante en lo que se refiere a la adecuación de dichos instrumentos a la LGTel y a la normativa



sectorial de telecomunicaciones y a las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran (número 2).

La LGTel establece en su disposición transitoria novena el deber de adaptación de la normativa y los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones, a lo dispuesto por los artículos 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor, y su disposición derogatoria única deroga cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a ella. Ello no significa que los preceptos de los instrumentos de ordenación urbanística que resulten contrarios a los artículos 34 y 35 LGTel continúen vigentes en tanto no se proceda a la adaptación. El deber de adaptación constituye una exigencia de seguridad jurídica que no obsta la derogación de los preceptos de los instrumentos de planeamiento que resulten contrarios a la LGTel.

De conformidad con tales previsiones el Ayuntamiento de Mondragón-Arrasate procedió a la adaptación del PGOU. En el procedimiento de elaboración de su texto refundido, emitió el informe del ministerio de Industria, Energía y Turismo que prevé el artículo 35 LGTel, aportado por la actora en la instancia (folios 461 a 469 de las actuaciones de instancia), que consideró desproporcionadas las restricciones establecidas por los artículos 63.8 y 94 del PGOU vigente hasta dicha fecha. El Ayuntamiento aprobó un texto refundido el 22 de marzo de 2016 (BOG de 31 de mayo de 2016), cuyo artículo 82 admite el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en suelo urbano y urbanizable sectorizado, y prevé que las antenas de transmisión, repetición y/o enlace de telecomunicaciones se instalarán donde mejor se obtengan las condiciones de calidad de las señales, a cuyo fin deberá ser analizada de manera conjunta entre el ayuntamiento y los operadores, trasladándolo al documento de planeamiento pormenorizado.

Pues bien, tanto en el momento en que recayó la resolución de 23 de junio de 2015, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 27 de abril anterior por la que se ordenó el restablecimiento de la legalidad y demolición de la estación del número 1 de la calle Goiburu, como cuando recayó la resolución de 29 de junio de 2015 por la que se denegó la licencia de legalización, había finalizado el plazo de adaptación del PGOU a la LGTel.

Además de ello, las restricciones impuestas por los artículos 63.8 y 94 PGOU, en cuanto impedía la instalación de antenas en suelo urbano y urbanizable y reservaban su instalación exclusivamente a los ámbitos del suelo no urbanizable de Murugain y Kurtze Txiki, resultaban desproporcionadas e infringían el artículo 34.3 LGTel, conclusión que resulta ineludible a la luz del informe emitido por el ministerio de Industria, Energía y Turismo emitido en el procedimiento de elaboración del texto refundido del PGOU aprobado el 22 de marzo de 2016, no sólo por la fuerza de convicción de dicho informe, sino también por la razón de que el propio ayuntamiento lo admite dejando sin efecto las previsiones de los artículos 63.8 y 94, admitiendo la posibilidad de la ubicación de tales instalaciones en el suelo urbano y urbanizable, sin que a dicha conclusión obste el pronunciamiento efectuado por la sentencia de la Sala de 9 de noviembre de 2012, al que se atuvo la sentencia apelada, toda vez que dicha sentencia recae en un momento anterior a la entrada en vigor de la LGTel, y la conclusión alcanzada en la misma descansa exclusivamente en la actividad probatoria desarrollada en el recurso al que la sentencia se dictó. Por el contrario, en el momento en que recayeron las resoluciones recurridas se hallaba vigente la LGTel, y ha quedado suficientemente acreditado que las previsiones de los artículos 63.8 y 94 PGOU constituían una restricción desproporcionada al despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas en los términos vedados por el artículo 34.3 LGTel.

La apelante impugnó indirectamente los arts. 63.8 y 94 PGOU, y siendo la Sala competente para el conocimiento del recurso dirigido contra el PGOU, de conformidad con lo previsto por el artículo 27.2 LJCA, obligado resultaría un pronunciamiento anulatorio de los preceptos impugnados en cuanto limitan la instalación de antenas de telefonía móvil a los ámbitos del suelo no urbanizable de Murugain y Kurtze Txiki.

Sin embargo, no resulta necesario dicho pronunciamiento, toda vez que la disposición derogatoria de la LGTel derogó expresamente cuantas disposiciones se opusieran a la misma, lo que claramente afecta a los artículos 63.8 y 94 PGOU, que a partir de su entrada en vigor el 11/05/2014 quedaron derogados, sin que a ello se oponga el hecho de que la disposición transitoria novena dispusiera la necesaria adaptación en el plazo de un año de los instrumentos de planeamiento contrarios a sus disposiciones, ya que ello no supone que tales preceptos continúen en vigor en tanto se proceda a la adaptación, ya que quedan derogados desde su entrada en vigor en virtud de la disposición derogatoria, respondiendo el mandato de adaptación de los instrumentos de planeamiento a razones de seguridad jurídica.

Como consecuencia de tales razonamientos obligada resulta la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia apelada y el pronunciamiento de otra por la que se anule la resolución de 23 de junio de 2015 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la de 27 de abril de 2015 que ordenó la



demolición por considerar y legalizable la estación, por la razón de que anulados los artículos 63.8 y 94 PGOU no cabe asentar el carácter ilegalizable de la instalación con fundamento en los mismos.

Procede asimismo anular la resolución de 29 de junio de 2015 que, en respuesta a la declaración responsable, deniega la licencia en razón de la incompatibilidad de la instalación con los antedichos preceptos del PGOU, por idéntica razón al haber sido derogados los artículos 63.8 y 94 PGOU > > .

A continuación tendremos presente lo que el Tribunal Supremo ha ratificado en relación con la Disposición Transitoria Novena de la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones , en su sentencia de 22 de mayo de 2017, casación 2292/2016 , reiterado en la de 3 de julio de 2018, casación 1863/2017 .

Disposición Transitoria Novena del tenor que sigue:

< < Adaptación de 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.

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 artículos 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente > > .

En esas sentencias, el Tribunal Supremo ha ratificado que la ausencia de cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena determina que los preceptos de la normativa y de los instrumentos de planificación territorial o urbanística, deben entenderse derogados tácitamente por la Ley estatal o, como se plasmó, desplazados hasta tanto no se realice la adaptación que la normativa obliga, por lo que se reitera la idea derogación tácita desde el trascurso del plazo de un año previsto en la Disposición Transitoria Novena, por ello desde el 11 de mayo de 2015.

Con ellas aquí precisamos el momento temporal en el que surte efectos derogatorios la citada derogación tácita, por la singular previsión de la Disposición Transitoria Novena a la que nos venimos refiriendo, en relación con el mandato de que la normativa, y en concreto los instrumentos de planificación territorial y urbanística, en nuestro caso el Plan General de Ordenación Urbana, elaborados por las Administraciones Públicas competentes que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deben adaptarse a lo establecido en los artículos 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, por ello el 11 de mayo de 2015, habiendo ratificado el Tribunal Supremo que la ausencia de adaptación implica la derogación tácita a partir de la citada fecha, o, como se dijo, el desplazamiento por la Ley.

Añadiremos una breve referencia a la sentencia 274/2018 de 6 de junio de esta Sala, recaída en el recurso 487/2016 , interpuesto Orange Espagne S.A.U., contra el Acuerdo de 22 de marzo de 2016 del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana, en la que se concluyó en la declaración de nulidad del artículo 177 del citado Plan General, en cuanto exigía licencia para la colocación de antenas de cualquier clase, ello de conformidad con la normativa sectorial de telecomunicaciones, singularmente la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones , sentencia hoy en día firme.

Por todo lo razonado, debemos concluir en ratificar la estimación del recurso de apelación, con revocación de la sentencia apelada y estimación de las pretensiones ejercitadas con la demanda y declaración de nulidad de las resoluciones recurridas.

SÉPTIMO.- Costas y depósito.

Estando a los criterios en cuanto a costas del artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción , no se hará expreso pronunciamiento en relación con las de segunda instancia como consecuencia del pronunciamiento alcanzado, imponiéndose al Ayuntamiento demandado en relación con las de primera instancia, fijándose el límite, por todos los conceptos que podrá ser girado por la mercantil demandante, el de 2000 euros, en aplicación de las pautas de moderación que hoy recoge el punto 4 del citado artículo 139.

Por otro lado, la estimación del recurso de apelación determina la devolución del depósito constituido por la apelante, en aplicación de las pautas de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO



Estimamos el **recurso de apelación 74/2018** interpuesto por Telefónica Móviles España S.A.U., contra la sentencia nº 175/2017, de 31 de octubre de 2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de San Sebastián, que desestimó el recurso 385/2015 seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario contra resolución de 22 de junio de 2015 de la alcaldía del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón, que desestimó recurso de reposición interpuesto contra resolución del concejal delegado de Urbanismo de 27 de abril de 2015, que ordenó la retirada de la instalación de la base de telefonía móvil, emplazamiento sito en Goiru Kalea nº 1, dentro del ámbito A.E.18-Garaia, al considerar que no podía ser objeto de legalización, y *debemos* :

1º.- Revocar la sentencia apelada.

2º.- Estimar el recurso contencioso-administrativo y declarar la nulidad de las resoluciones recurridas.

3º.- No hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso de apelación e imponerlas al Ayuntamiento en relación con las de primera instancia con el límite fijado en el fundamento jurídico séptimo.

4º.- Devolver a la apelante el depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días (Artículo 89.1 de la LRJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162 de 6 de julio de 2016, y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0074 18, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

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

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.