



Roj: **STSJ GAL 127/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:127**

Id Cendoj: **15030330022019100013**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **4192/2017**

Nº de Resolución: **13/2019**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00013/2019

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 4192/2017

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 15 de enero de 2019

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el recurso contencioso-administrativo que con el número 4192 del año 2017 pende de resolución en esta Sala, interpuesto ORANGE ESPAÑA S.A.U. representada por el Procurador D. Jaime del Río Enríquez y defendida por el Letrado D. Diego Manuel López Gutiérrez contra el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Mos (Pontevedra), fechado el 16 de octubre de 2016, y publicado el 27 de enero de 2017, por el que se aprobó definitivamente la "ORDENANZA GENERAL DE MEDIOAMBIENTE" del mencionado municipio.

Es parte demandada el CONCELLO DE MOS representado por el Procurador D. Antonio Pardo Fabeiro y defendido por el Letrado D. Martín Serantes Álvarez.

Es Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Procurador D. Jaime del Río Enríquez en nombre y representación de ORANGE ESPAÑA S.A.U. en fecha 27 de marzo de 2017 interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Mos (Pontevedra), fechado el 16 de octubre de 2016, y publicado el 27 de enero de 2017, por el que se aprobó definitivamente la "ORDENANZA GENERAL DE MEDIOAMBIENTE" del mencionado municipio.

Mediante decreto se admitió a trámite el recurso, requiriéndose a la Administración demandada para que remitiera el expediente.



SEGUNDO: Mediante diligencia de ordenación se acordó su entrega a la parte demandante para que formulara la demanda en el plazo de 20 días, efectuándolo e interesando en el suplico que se tenga por formalizada y se dicte sentencia por la que se resuelva decretar la nulidad de los preceptos identificados en la demanda de la Ordenanza impugnada (artículos 8, 10, 11, 404, 405, 406, 407, 408 y 411), con imposición de costas a la Administración demandada.

TERCERO: Por diligencia se tuvo por presentada la demanda y se dio traslado a la demandada para que contestara a la misma en el plazo de 20 días, lo cual efectuó interesando en el suplico que se dicte sentencia por la que se desestime la demanda con imposición de las costas procesales a la parte demandante.

CUARTO: Se fijó la cuantía del recurso en indeterminada, y mediante auto se recibió el recurso a prueba, admitiendo la documental. Dado traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones, y una vez evacuado el trámite conferido, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, señalándose el día 10 de enero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Sobre el objeto del recurso y las alegaciones de la parte demandante.

La parte demandante solicita que se declare **la nulidad de los artículos 8, 10, 11, 404, 405, 406, 407, 408 y 411 de la Ordenanza Municipal General de Medio Ambiente del municipio de Mos**, cuyo acuerdo plenario de aprobación, de fecha 16 de octubre de 2016, fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra, número 19 de 27 de enero de 2017.

Fundamenta su impugnación en los siguientes motivos:

1º. La existencia de diversas posibilidades de legalización de las instalaciones de telecomunicación, incluyendo la declaración responsable, ex artículo 34.6 de la Ley General de Telecomunicaciones, que se obvia por los artículos **8, 11, 404 y 405**.

2º. La inaplicabilidad en el ámbito de Galicia del Decreto 2414/1961, mencionado en el artículo 10 de la Ordenanza Municipal, y ello tras la aprobación del Decreto autonómico 133/2008, de 12 de junio de evaluación de incidencia ambiental, después derogado por la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, de emprendimiento y competitividad de Galicia.

3º. El carácter exclusivo de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones. Se alega que la normativa impugnada no se adecua a la Ley General de Telecomunicaciones, en particular los requisitos de aprobación establecidos en el artículo 35 de la misma. Considera que no se respeta esa ley estatal porque "en los **Arts.406, 407 y 411 de la Ordenanza Municipal**, el organismo demandado ha impuesto diversas obligaciones de carácter exclusivamente técnico que exceden sus competencias al exigir que los equipos técnicos a utilizar por los operadores de telecomunicaciones sean los de la máxima innovación tecnológica, suponiendo una evidente injerencia en la competencia en materia de telecomunicaciones, de titularidad exclusiva del Estado."

4º. La imposibilidad de establecer restricciones absolutas en el desarrollo normativo de las administraciones que afecten al despliegue de las redes de telecomunicaciones. En particular, se alega la vulneración de los artículos 34.1 y 34.3 y 34.4 de la Ley General de Telecomunicaciones por parte del artículo **408** de la Ordenanza Municipal, en cuanto impone una limitación sin excepciones respecto de la instalación de dichas antenas de telecomunicación en determinados espacios (centros hospitalarios y geriátricos, centros educativos, escuelas infantiles así como el concepto indeterminado de cualquier otro lugar que se defina como de especial riesgo).

5º. Se denuncia el incumplimiento de la obligación de solicitar un informe al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo y vinculante a la aprobación definitiva de la ordenanza municipal, en contravención del artículo 35.2 de la Ley General de Telecomunicaciones.

SEGUNDO: Sobre la contestación a la demanda.

El Concello de Mos alega que la ordenanza Municipal fue aprobada en su día. En 2016 solo se MODIFICAN ciertos artículos (418, 423, 424, y 425) en aras a regular aspectos publicitarios, de seguridad vial, estéticos, y ocupación de espacios públicos por vehículos y establecimientos publicitarios.

Nada se aprueba en 2016 sobre materia de telecomunicaciones.

La ordenanza, en lo referente a los preceptos ahora impugnados, no se modificó. Nótese que los preceptos impugnados van del 8 al 411.

Publicada en su día la ordenanza, ningún recurso de formuló de adverso, deviniendo firme.



La demandante es conoedora, ya que tiene otras instalaciones en el Concello de Mos, de la ordenanza propia reguladora de condiciones urbanísticas para la instalación y funcionamiento de instalaciones de Telecomunicaciones publicada en el BOP en 4/10/2002. Esta ordenanza fue modificada a raíz de la Sentencia 1184/2005 del TSJG que anuló determinados preceptos. Se publicó la modificación en 10/4/2006.

Una vez adquirida firmeza aquella primitiva Ordenanza Municipal de medio ambiente, intenta impugnarla la demandante aprovechando la publicación de una modificación de preceptos totalmente ajenos a la materia de Telecomunicaciones. Tales preceptos se mantienen en su versión primitiva.

En cuanto al fondo del asunto, se alega que:

1º. Los concretos preceptos impugnados regulan aspectos del ámbito competencial municipal, básicamente el urbanismo, el impacto visual, y la estética de los edificios e instalaciones.

En el artículo 8 se habla expresamente de la ordenación urbanística y medioambiental. El artículo 11 y el artículo 405 están en sintonía con dicho precepto.

En el artículo 10, por su antigüedad se hacía referencia a una norma estatal ya derogada, por lo que se aplicación no es posible.

El artículo 11 está en consonancia con el 8.

El artículo 404 nuevamente se refiere a la armonización e integración con el entorno paisajístico y urbanístico. La propia demanda establece que se trata de una declaración de intenciones y que habrá que estar a la concreta aplicación/interpretación que en el futuro se haga por los servicios municipales.

Los artículos 406, 407 y 411 nuevamente se refieren a impacto visual y paisajístico, tratando de minimizarlo.

El artículo 408 no establece prohibiciones absolutas que impidan o restrinjan las instalaciones de telecomunicaciones. Bastará que las mismas se instalen en lugares próximos a los prohibidos, por impacto y salubridad. La prestación del servicio de telecomunicaciones ni se impide ni se afecta desproporcionalmente.

En definitiva, la norma, ya antigua, solo regula aspectos competenciales municipales, ceñidos al urbanismo, y en modo alguno regula aspectos exclusivos estatales, como son los aspectos técnicos de las telecomunicaciones.

Concluye argumentando que no se trata de medidas desproporcionadas en la interpretación efectuada por la jurisprudencia porque no se puede considerar que ello suponga una imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en una zona o lugar, o prestándolo en condiciones muy gravosas desproporcionadas con los beneficios que la restricción trae para el interés público. De forma que los referidos preceptos no puede considerarse que vulneren las competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones, y por lo tanto no son ilegales.

Es cierto que no se pueden imponer limitaciones en aspectos técnicos, pero realmente lo que se pretende es esa consecución del menor impacto visual, que generalmente va ligada a la mayor evolución tecnológica, sin que ello suponga, a priori, una imposibilidad de escoger los medios técnicos.

TERCERO: Sobre la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

En respuesta a las alegaciones del Concello de Mos en las que se cuestionaba la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo contra los preceptos de la Ordenanza General de Medioambiente, por cuanto los mismos no fueron modificados en el acuerdo plenario del año 2016, y su redacción proviene de una versión anterior de la Ordenanza que adquirió firmeza, debe indicarse lo siguiente.

Consta en el expediente administrativo el acuerdo de 27 de octubre de 2016 aprobación inicial de la modificación de la Ordenanza de Medio Ambiente del Concello de Mos, en lo que respecta al Título X, sobre INSTALACIÓN DE PUBLICIDAD EXTERIOR (artículos 418, 423, 424, 425); el sometimiento a información pública, y tras la misma, a los folios 13 a 59, se incorpora el texto íntegro de la Ordenanza General de Medioambiente, con todo su articulado, y la publicación en el BOP de 27 de enero de 2017 del texto íntegro de la Ordenanza, con los preceptos modificados y los anteriores, incluyendo por tanto los preceptos impugnados relativos a telecomunicaciones, que aunque no se modifican en su redacción respecto a su versión original, sí se reproducen en la publicación de la Ordenanza, que se efectúa en la integridad de su articulado y no solo en los preceptos modificados por el acuerdo de aprobación inicial de 27 octubre de 2016.

En este contexto debemos remitirnos a la jurisprudencia que niega la aplicabilidad de la causa de inadmisibilidad del artículo 28 de la LJCA -sobre actos reproductorios- al caso de una disposición general que reproduce normas contenidas en una anterior que no fue recurrida (SSTS de 24.02.00 (Rec. 526/1998); de



22.05.00 (Rec. 518/1998); de 12.12.00 (Rec. 519/1998); de 31.01.01 (Rec. 507/1998); y, posteriormente, las SSTs de 20.05.08 (Rec. 63/2007), y de 09.12.08 (Rec. 69/2007).

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sección 5, del 16 de mayo de 2017, Recurso: 147/2016 , nº 854/2017 , estima el recurso al acoger el primer motivo casacional sobre la doctrina del acto consentido. La Sala considera no debe aplicarse dicha doctrina del acto consentido en relación con las disposiciones de carácter general, pues al tratarse de una disposición general que sustituye a otra anterior, aunque en alguna de sus determinaciones la reproduzca, innova el ordenamiento jurídico una vez que, debidamente publicada, entra en vigor y comienza a producir sus efectos. A partir de ese momento sustituye a la anterior, tanto en los aspectos novedosos como en aquellas de sus determinaciones que ya se contenían en la redacción anterior.

Considera la Sala Tercera que la figura del acto que reproduce otro anterior definitivo y firme o que es confirmatorio del que devino consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma (artículo 28 de la Ley 29/1998) casa mal con la noción de disposición general.

En su FD 4º el Tribunal Supremo explica las razones que conducen a estimar admisible el recurso contra disposiciones generales aun cuando sean reproducción idéntica de otras anteriores :

"..... En relación con la cuestión debatida en éste motivo de casación, esto es, la aplicación de la doctrina del acto consentido a que se refiere el artículo 28 de la Ley de esta Jurisdicción a los Textos Refundidos de Planes Generales, nos hemos pronunciado en nuestra sentencia de 30 de mayo de 2013 -recurso de casación 4348/2010 -, relativo a la aprobación definitiva del Texto Refundido de Arrasate-Mondragón.

Pues bien, en dicha sentencia, en la que los recurrentes alegaron también la infracción de los artículos 28 y 69 c) de la Ley de esta Jurisdicción , si bien, en dicho supuesto, por no haber procedido la Sala de instancia a acordar la inadmisibilidad del recurso interpuesto, dijimos:

"Estiman ambas partes que se han infringido los artículos 28 y 69 c) y e) de la Ley Jurisdiccional , por cuanto la sentencia de instancia no procedió a acordar la inadmisibilidad del recurso interpuesto por las comunidades de propietarios antes mencionadas.

Lo que resultaba obligado, a tenor de tales preceptos, porque a su juicio el acuerdo objeto de recurso constituía una mera reproducción de otros anteriores que no fueron impugnados en su momento y que devinieron firmes y consentidos.

Ciertamente, el recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la indicada sentencia de instancia vino a promoverse contra el acuerdo de 7 de febrero de 2008 del Ayuntamiento de Mondragón, de aprobación definitiva del Texto Refundido del PGOU de Arrasate-Mondragón; y, ciertamente también, dicho acuerdo tenía por objeto incorporar y reunir en un solo documento las sucesivas modificaciones puntuales de que el PGOU había sido objeto desde su aprobación definitiva, que se había producido el 8 de abril de 2003.

Así, en lo que aquí interesa, a los efectos de la sustanciación del presente recurso, el Texto Refundido del PGOU venía a integrar, entre otros documentos, la modificación nº 1 (acuerdos de 2 de agosto y 22 de noviembre de 2005), el documento de levantamiento de suspensión en el ámbito de Azeri (acuerdo de 2 de agosto de 2006) y el documento de modificación nº 2 (acuerdo de 3 de octubre de 2006).

Es verdad que las comunidades de propietarios antes mencionadas no interpusieron recurso alguno contra ninguno de estos acuerdos. Sin embargo, resulta extremadamente difícil aplicar en todo su alcance, y con sus consiguientes efectos, la doctrina del acto consentido, cuando los " actos" a los que se patrocina su aplicación, no son en rigor meros actos administrativos sino disposiciones de carácter general.

En el caso de los textos refundidos, hay que tener presente que la norma aprobada reemplaza y ocupa el lugar de las normas que viene a sustituir, que quedan derogadas por virtud de la refundición y desprovistas de sus efectos típicos.

*Ha tenido ocasión de recordarlo esta Sala en su **sentencia de 14 de junio de 2010 (recurso 4144/2005, Sección Segunda)**, que recuerda asimismo otras resoluciones anteriores y despeja toda duda sobre este particular. Aunque se trataba de la impugnación de una ordenanza local sobre abastecimiento de agua, el asunto era similar en su sustancia: y la Administración demandada alegaba la excepción de acto consentido frente a una ordenanza renovada anualmente, que no incorporaba más elemento novedoso que la actualización del importe de las tasas correspondientes, y el recurrente aprovechó dicha actualización para impugnar preceptos que no eran sino reproducción de los publicados en años anteriores.*

La Sala apunta diversas razones contrarias a la aplicación de la doctrina del acto consentido en relación con las disposiciones de carácter general:



"En primer lugar, al tratarse de una disposición general que sustituye a otra anterior, aunque en alguna de sus determinaciones la reproduzca, innova el ordenamiento jurídico una vez que, debidamente publicada, entra en vigor y comienza a producir sus efectos. A partir de ese momento sustituye a la anterior, tanto en los aspectos novedosos como en aquellas de sus determinaciones que ya se contenían en la redacción anterior. Constituye una nueva norma que, como no puede ser de otra forma, no hace tabla rasa con el pasado; lo asume, incorporando las novedades que justifican la reforma. En este sentido, todo su contenido resulta impugnabile, sin que quepa argüir que aquellas de sus disposiciones que reproducen las del texto anterior y que no se atacaron en su momento, cuando este último se adoptó, no son susceptibles de discutirse ahora con el pretexto de que han devenido consentidas.

La tesis del Ayuntamiento recurrente, y con ello nos introducimos en la segunda de las razones que anunciábamos, provocaría una injustificada restricción del derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española, y de la jurisdicción de los tribunales para controlar la potestad reglamentaria, que diseña el artículo 106.1 de la propia Norma Fundamental. Bastaría que no se impugnase directamente una determinada previsión de una disposición de carácter general para que ya no pudiera hacerse en el futuro, nunca más, con ocasión de la aprobación de nuevas normas que, sustituyendo a la anterior, reproduzcan esa previsión.

Y es que, en definitiva (aquí está la tercera razón), la figura del acto que reproduce otro anterior definitivo y firme o que es confirmatorio del que devino consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma (artículo 28 de la Ley 29/1998) casa mal con la noción de disposición general. Un acto, en efecto, puede limitarse a reiterar o a confirmar otro que, por la razón que fuere, ya ha ganado firmeza, de modo que no cabe intentar la impugnación de este último con el pretexto de la existencia de aquel, pues en cuanto acto ya agotó todos sus efectos y su situación ha devenido inamovible. Sin embargo, una previsión normativa contenida en una disposición general, con vocación de ser aplicada un número indeterminado de ocasiones durante todo el tiempo, también indefinido, de su vigencia, si no se discutió directamente cuando se publicó, puede serlo, de manera mediata, a través de sus actos de aplicación (artículo 26 de la Ley citada), y de modo directo, de nuevo, cuando se incorpora a otra disposición general que reemplaza a la anterior.

Así las cosas, recordando asimismo otras resoluciones anteriores en el mismo sentido, concluye:

"La falta de impugnación de una disposición de carácter general no impide que se combata otra que la derogue, incluso en aquellos aspectos en que la nueva regulación se limita a reproducir la anterior. Nuestra jurisprudencia se ha mantenido en esta línea. La sentencia de 26 de junio de 1995 (recurso contencioso-administrativo 2344/91) declaró terminantemente que, aunque el contenido del precepto impugnado reproduzca la regulación anterior, "desde un punto de vista formal se ha iniciado la vigencia de una nueva disposición, expresamente derogatoria de la anterior, y que, con independencia del motivo por el que su contenido normativo sea igual a aquella, viene a disciplinar para el futuro unas relaciones jurídicas en un sentido determinado, lo que permite a los interesados impugnarla de nuevo en cuanto a su legalidad" (FJ 2º). En el mismo sentido se había expresado ya la sentencia de 26 de octubre de 1994 (recurso contencioso-administrativo 2625/91, FJ 1º)."

En el mismo sentido, la **Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17/10/2017 Nº de Recurso: 2382/2016 Nº de Resolución: 1558/2017 ECLI:ES:TS:2017:3635** desestimó el recurso de casación contra la Sentencia del TSJ de Valencia de 21/03/2016, recurso 69/2015, que no había apreciado la alegada inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo dirigido contra una ordenanza por el hecho de que la aprobación definitiva de la modificación de la misma no había afectado a los preceptos impugnados, esto es, alegando la Administración recurrente en casación que el recurso debió ser declarado inadmisibile al dirigirse contra una disposición general que era una mera reproducción de la Ordenanza precedente.

Razona el Tribunal Supremo para rechazar ese motivo casacional argumentando que " resulta desacertada la invocación de los artículos 26 y 28 de nuestra Ley Jurisdiccional para fundar en ellos la pretendida infracción que se atribuye a la sentencia impugnada. El primero de ellos se refiere a la denominada impugnación indirecta de las disposiciones generales, que la ley habilita con ocasión del recurso frente a sus actos de aplicación, precepto que es ajeno por completo a lo aquí sucedido, pues estamos en presencia de una pretensión directa de anulación de la ordenanza fiscal aprobada, ya que la controversia versa sobre la identificación de su contenido; mientras que el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción también es extraño a este litigio, siendo bastante la mera indicación de que el precepto, ya en su mismo tenor literal, se refiere a los actos administrativos, con exclusión de los reglamentos, respecto de los cuales no juega la excepción de acto firme y consentido."

En atención a lo expuesto procede analizar el fondo del asunto, sin que el hecho de que los preceptos impugnados sean reproducción de versiones anteriores de la Ordenanza sea óbice a la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, interpuesto dentro del plazo de dos meses desde su publicación.

CUARTO: Sobre el régimen de autorización de las instalaciones de telefonía.



El artículo 8 de la Ordenanza Municipal impugnada dispone lo siguiente: "Tódalas actividades comerciais, de servizos ou industriais, tanto públicas como privadas, que se exerzan no Concello de Mos, deberán inescusablemente estar amparadas pola correspondente licenza municipal, outorgada polo Concello, segundo o procedemento desenvolto na correspondente ordenanza urbanística e medioambiental e aquela lexislación de índole xeral que lle sexa de aplicación.

As actividades que se exerzan sen licenza municipal consideraranse como clandestinas, procedéndose a súa inmediata clausura."

El artículo 11 de la Ordenanza Municipal impugnada establece que " estarán suxeitas a previa licenza municipal:

- A instalación e funcionamento de actividades cualificadas ou inocuas.
- A modificación obxectiva das mesmas: ampliacións, reformas e alteracións nos elementos da actividade."

El artículo 405 de la Ordenanza Municipal impugnada dispone lo siguiente:

" A instalación de equipos e elementos de telecomunicacións, ten que estar expresamente autorizada polo Concello e, estará suxeita ao cumprimento das condicións que se establezan na normativa vixente de aplicación así como no disposto nas ordenanzas municipais correspondentes, a que determinará cales de estas instalacións serán suxeitas á previa licenza municipal e ao procedemento administrativo pertinente ."

Esta normativa contraviene el artículo 34.6 de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones , que establece lo siguiente:

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

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

La regulación contenida en la Ordenanza (al someter al régimen de autorización previa mediante licencia municipal todo tipo de actividades comerciales, de servicio o industriales, tanto públicas como privadas, comprendiendo tanto la instalación como el funcionamiento de actividades calificadas e inocuas y su modificación objetiva, así como específicamente la instalación de equipos y elementos de telecomunicación), está contraviniendo la regulación estatal específica sobre el régimen autorizador de las estaciones o infraestructuras radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, algunas de las cuales no se someten al régimen de previa licencia, sino al de declaración responsable o comunicación previa. Esta contravención del régimen legal determina la nulidad de pleno derecho de los artículos impugnados, en cuanto supone la extensión el sometimiento a previa licencia a determinadas actividades, como determinadas instalaciones de telecomunicaciones, que legalmente se sujetan no a licencia sino a declaración responsable o comunicación previa.

En el sentido expuesto cabe citar la **Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de noviembre de 2017, recurso 4054/2014** , en cuyo fundamento jurídico sexto se anulan diversos preceptos de la Ordenanza Municipal para la instalación y funcionamiento de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicaciones de A Estrada, acogiendo la impugnación de la recurrente en los siguientes términos:

" Sobre el régimen autorizador de las infraestructuras radioeléctricas. Nulidad de los artículos 18 , 19 y 20 que establecen las licencias y tramites exigibles . La actora se remite a la Ley 12/2012, de 26 de diciembre , conforme a la cual en el futuro bastará una declaración responsable y afirma que se está elaborando una nueva ley de telecomunicaciones .

En cuanto al régimen autorizador de las licencias" contenido en los arts. 18 a 20 de la Ordenanza , la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre , de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, establece que " **las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley se aplicarán a las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones**



electrónicas disponibles para el público, a excepción de aquéllas en las que concurran las circunstancias referidas en el artículo 2.2 de esta Ley -las actividades desarrolladas en establecimientos que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público-, ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, tengan impacto en espacios naturales protegidos. La presente disposición se entiende sin perjuicio de la aplicación a dichas instalaciones de lo establecido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo".

Pues bien, los preceptos contenidos en el Título I de la Ley 12/2012 recogen la inexigibilidad de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, así como de otras similares o análogas, que serán sustituidas por declaraciones responsables, o bien por comunicaciones previas.

Por tanto, se ha de estimar esta alegación de la recurrente y **declarar nulos los arts. 18, 19 y 20 de la Ordenanza**, que han de entenderse además derogados por el artº 34.6 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones."

Resulta necesario puntualizar, en relación con el artículo 405, que es la legislación estatal la que determina qué instalaciones no están sujetas a licencia, sin que la normativa municipal pueda modificar ese régimen. El artículo impugnado, en su primer inciso, parece querer someter todas las instalaciones a expresa autorización del Concello, lo cual sugiere la aplicación de un control preventivo y no ex post como es el propio de las declaraciones responsables y comunicaciones previas. En su inciso final pudiera interpretarse como una matización de esa sujeción de todas las instalaciones a autorización previa, pero en la medida en que atribuye a la normativa municipal la decisión de cuáles de ellas estarían sujetas a licencia municipal, supone igualmente la invasión del ámbito competencial del Estado, plasmado en la normativa citada (Ley 12/2012 y artículo 34.6 de la Ley General de Telecomunicaciones).

Por lo expuesto procede declarar la nulidad de los artículos 8, 11 y 405 de la Ordenanza.

QUINTO: Sobre la inaplicabilidad en el ámbito de Galicia del Decreto 2414/1961, mencionado en el artículo 10 de la Ordenanza Municipal.

El artículo 10 de la Ordenanza Municipal impugnada establece lo siguiente:

"Actividades cualificadas: Considéranse actividades cualificadas aquellas ás que fai referencia o decreto 2414/1961, de 30 de novembro, que aproba o Regulamento de actividades molestas, insalubres e perigosas. [...]"

De conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/1995, de protección ambiental de la Comunidad Autónoma de Galicia, se mantuvo la vigencia del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, "en tanto no se aprueben las normas de desarrollo de esta ley".

La aprobación y entrada en vigor del Decreto 133/2008, de 12 de Junio, por el que se regula la evaluación de incidencia ambiental en Galicia, expresivo del ejercicio de la competencia autonómica en materia medioambiental, determinó el desplazamiento del Decreto 2414/1961, el cual ya no resulta desde ese momento aplicable en nuestra Comunidad Autónoma.

En la medida en que la disposición impugnada, publicada en el año 2017, define las actividades calificadas por remisión a una norma inaplicable desde el año 2008, debe declararse su nulidad, ya que esa definición debe realizarse aplicando la normativa autonómica vigente en cada momento.

SEXTO: Sobre el carácter exclusivo de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

El artículo 406 de la Ordenanza Municipal impugnada establece lo siguiente:

"A Administración favorecerá aquelas infraestruturas que produzan un menor impacto visual e ambiental sobre o entorno, velando para que as instalacións ofrezan un mínimo de garantía de salubridade na súa área de influencia.

Neste senso, puidéranse establecer limitacións de implantación por impacto paisaxístico e por criterios de afectación á saúde das persoas, por afectación de núcleos históricos ou por obsolescencia tecnolóxica.

El artículo 407 de la Ordenanza Municipal impugnada dispone que " *As instalacións deberán de utilizar a mellor tecnoloxía dispoñible, sempre que sexa compatible coa minimización do impacto visual e medioambiental.*"

Y el artículo 411 de la Ordenanza Municipal impugnada establece que " *Os operadores están obrigados a manter as súas instalacións nas debidas condicións de seguridade, estabilidade e conservación, así como a incorporar as melloras tecnolóxicas que aparezan e contribuír a reducir os niveis de emisión dos sistemas de radiantes e a minimizar o impacto ambiental e visual de acordo co fin do presente título.*"



Las exigencias de utilización de la mejor tecnología disponible, y de incorporación de mejoras tecnológicas que aparezcan, en los términos absolutos y no condicionados a lo que disponga la normativa estatal, de conformidad con la más reciente doctrina jurisprudencial, exceden del ámbito competencial de los municipios, en cuanto suponen una interferencia en las cuestiones técnicas en materia de telecomunicaciones reservadas en exclusiva.

En el sentido expuesto hay que remitirse a la **Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19/07/2016, N° de Recurso: 4132/2014 , N° de Resolución: 1852/2016, ECLI:ES:TS:2016:3762 :**

"Dicho lo anterior en el primer motivo de casación se impugna la sentencia en cuanto que confirma el artículo 8 de la Ordenanza en lo que puede denominarse la exigencia a los operadores del uso de "la mejor tecnología disponible" en lo que a los sistemas radiantes se refiere. Al respecto la jurisprudencia de esta Sala es la siguiente:

1º Tal exigencia es contraria a derecho cuando la ordenanza en cuestión - como en el caso de autos - no salva los criterios fijados por el Estado respecto del nivel tecnológico, que es a quien compete establecer un régimen uniforme en esta materia (cf. Sentencias de esta sección de 24 de abril de 2012 , de 31 de mayo , 7 y 12 de junio de 2013, recursos de casación 1598/2007 , 4398/2011 y 4689/2010 respectivamente).

2º Esa falta de precisión genera incertidumbre, cosa que no ocurriría si - en el caso de la Ordenanza impugnada - ésta se fundase claramente en la normativa estatal, lo que no es el caso pues respecto de los sistemas radiantes se limita a exigir el empleo de la tecnología y diseño más avanzado en el mercado entre otras exigencias, razón por la que se estima en este punto también este recurso de casación.

3º Añádase que la anulación en ese aspecto de la Ordenanza tiene reciente respaldo en las sentencias también de esta Sección de 24 de febrero de 2015 , 17 de marzo y 12 de abril de 2016 (recursos de casación 2273/2013 , 1876 y 2300/2014 , respectivamente)."

En sentencias anteriores el Tribunal Supremo había anulado preceptos de ordenanzas municipales que exigían la justificación y empleo de la mejor tecnología disponible. Así se hace en la **sentencia de la Sala Tercera del TS de 17/03/2016, N° de Recurso: 1876/2014, ECLI:ES:TS:2016:1124** , en la que, casando la sentencia de instancia, se anulan dos preceptos de la Ordenanza Municipal sobre Instalaciones de Infraestructuras de Telefonía Móvil en el Municipio de Tudela, que ordenaban exigían a los proyectos la justificación y empleo de la mejor tecnología disponible, técnica y económicamente viable, por las siguientes razones, expresadas en su f. jurídico 6º, en el que se reitera lo expresado en la sentencia de 24 de febrero de 2015, recurso de casación 2273/2013 .

"1º La Sentencia se basa en que las características de las instalaciones no son extrañas a la competencia municipal sobre seguridad y ornato de edificaciones, protección del paisaje o entorno, luego tal exigencia es proporcional para la protección de los intereses públicos cuya tutela corresponda al Ayuntamiento en el ejercicio de sus competencias en esas materias; tampoco invade las competencias estatales del artículo 149.1.21ª de la Constitución .

2º La recurrente basa este motivo de casación en que la obligación de justificar que el operador va a emplear la tecnología más avanzada para minimizar el impacto visual debe exigirse bajo el cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica, por el cual se deja a las operadoras la libertad de elegir las soluciones tecnológicas que más les convengan. Los preceptos impugnados se extralimitan en sus competencias al adentrarse de lleno en el ámbito de las telecomunicaciones y cita así las Sentencias de esta Sección de 24 de abril de 2012 , de 31 de mayo , 7 y 12 de junio de 2013 (recursos de casación 1598/2007 , 4398/2011 y 4689/2010 respectivamente) en relación con el artículo 149.1.21ª de la Constitución , porque la Sentencia impugnada no menciona expresamente el respeto a los parámetros técnicos fijados por el Estado.

3º Se estima este motivo pues aunque no se hace una crítica al razonamiento de la Sentencia, sin embargo las Sentencias de esta Sala y Sección antes citadas sustentan la anulación de la exigencia de la justificación de la mejor tecnología cuando la Ordenanza en cuestión no salva los criterios fijados por el Estado respecto del nivel tecnológico, que es a quien compete establecer un régimen uniforme en esta materia; esa falta de precisión genera incertidumbre, cosa que no ocurriría si la Ordenanza impugnada se fundase claramente en la normativa estatal , lo que no es el caso, razón por la que se estima en este punto el recurso de casación."

SÉPTIMO: Sobre la aplicación al caso de la jurisprudencia sobre el alcance de la competencia exclusiva del Estado en las cuestiones técnicas y sanitarias relacionadas con la telecomunicaciones.

La aplicación de la doctrina expuesta en el fundamento de derecho anterior al presente caso determina las siguientes conclusiones:

1º. En primer lugar, se debe concluir que son nulos los artículos 407 (en su integridad) y el artículo 411, este último parcialmente , sólo en cuanto establece que los operadores están obligados a incorporar las mejoras



tecnológicas que aparezcan y contribuir a reducir los niveles de emisión de los sistemas de radiantes (no apreciándose la disconformidad a derecho de la obligación de mantenimiento de las instalaciones por los operadores en las debidas condiciones de seguridad, estabilidad y conservación, y de minimizar el impacto ambiental y visual, relacionadas con competencias urbanísticas propias del Ayuntamiento, en cuanto al control de las actividades, obras e instalaciones y su afección medioambiental y paisajística).

2ª . En segundo lugar, y como justificación de la anterior conclusión , se debe indicar que los estándares en cuanto a tecnología y cuestiones técnicas son competencia propia de la normativa estatal, y no pueden establecerse regulaciones municipales que fijen exigencias de índole técnica distintas a las definidas en la normativa estatal. Y lo mismo cabe decir, en particular, respecto a los niveles de emisión de los sistemas de radiantes. Los operadores están obligados a cumplir los niveles establecidos en la normativa estatal, sin que sean admisibles regulaciones municipales que puedan comportar obligaciones adicionales en orden a incorporar mejoras que contribuyan a reducir esos niveles.

En este sentido, **la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11/02/2013 N° de Recurso: 4490/2007** decía:

"En cuanto a la imposición a los operadores de límites de emisión en los respectivos términos municipales, después de la aprobación del Real Decreto 1066/2001 se trata de una materia en que el Estado ha ejercitado sus competencias por lo que los Ayuntamientos no tienen la posibilidad de alterar los límites establecidos por dicha disposición, y así lo viene declarando el Tribunal Supremo desde sus sentencias de 28 de marzo y 11 de mayo de 2006 .

La LGTL/2003 parece que ha querido zanjar definitivamente la cuestión en este punto, pues su artículo 44.1.a), después de habilitar al Gobierno para dictar el reglamento que determine los niveles de emisión tolerables y que no supongan peligro para la salud pública, establece que "tales límites deberán ser respetados, en todo caso, por el resto de las Administraciones Públicas, tanto autonómicas como locales". (...)

Expone la evolución del criterio de la propia Sala Tercera y el cambio experimentado en relación a la consideración de la competencia municipal para, por razones de salubridad pública, prohibir la instalación de estaciones base de telefonía dentro de determinadas distancias a espacios especialmente sensibles siempre que ello no suponga para la empresa prestadora del servicio la imposibilidad de hacerlo de modo satisfactorio.

Aun cuando inicialmente en diferentes sentencias en los años 2006 a 2010 la Sala Tercera no descartó esa posibilidad, sin embargo, a partir de la **sentencia de la Sección Quinta de esta misma Sala de 22 de marzo de 2011** , *"enfrentada a una regulación que, entre otras determinaciones, prohibía la instalación de antenas a las distancias que el reglamento señalaba, según se tratara de zonas de uso continuado para las personas, espacios abiertos de los centros docentes y establecimientos que acojan de manera regular población en edad escolar, resuelve el recurso desde una perspectiva que no había sido considerada antes, la de si esas prescripciones suponían una regulación de carácter técnico sobre la que los Ayuntamientos no podían actuar por tratarse de una competencia atribuida con carácter exclusivo al Estado en el artículo 149.1.21ª de la Constitución , ejercitada, por lo que se refiere a la protección de la salud por medio del Real Decreto 1066/2001. Esta sentencia recoge la copiosa doctrina de la Sala que había considerado un límite infranqueable al ejercicio de las competencias municipales la regulación de cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil, pero hasta esta sentencia en ningún recurso de casación se había cuestionado alguna ordenanza municipal que impusiera prohibiciones de instalación de estaciones radioeléctricas en las llamadas zonas sensibles por considerar que se trataba de una regulación técnica ya agotada con el Real Decreto 1066/2001. La citada sentencia de 22 de marzo de 2011 , en una doctrina que se repite en sus sentencias de 12 de abril , 14 de julio y 16 de noviembre del mismo año , concluye que se trata de un aspecto puramente técnico de la ordenación de las telecomunicaciones en los que los Ayuntamientos no pueden invocar título competencial alguno, ni el urbanístico ni el sanitario, por tratarse de una regulación que incide directamente en la configuración, diseño técnico y despliegue de las infraestructuras que conforman la red, y que entran dentro del ámbito de la competencia exclusiva del Estado."*

Abundando en esos criterios, en la **Sentencia de la Sala Tercera de 10/07/2013, nº recurso 4316/2006, ECLI:ES:TS:2013:3757** , se concluía lo siguiente:

" No poseen margen de regulación (reglamentación mediante Ordenanzas) las Corporaciones Locales para adoptar normas adicionales de protección de la salud pública -ex artículo 25.2 h) Ley 7/1985, 2 de Abril - más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica tanto en relación a los límites de emisión radioeléctrica como en la fijación de distancias mínimas a las correspondientes infraestructuras, al haber ejercitado el Estado -ex artículo 149.1.16ª CE - de forma completa y agotada las medidas de protección sanitaria frente a los niveles tolerables de exposición e estas emisiones.



La sentencia del Pleno de esta Sala de 11 de febrero de 2013, RC 4490/2007, ya citada, niega competencia objetiva a las Corporaciones Locales para fijar de medidas adicionales de protección de la salud pública más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica tanto en relación con los límites de emisión radioeléctrica como en la fijación de distancias mínimas a las correspondientes infraestructuras, que en ocasiones constituían restricciones absolutas a la prestación del servicio público universal. Sin duda, esos criterios van a predeterminar la solución respecto a estos artículos cuyo contenido se dirige expresamente a la regulación por considerar que ostentan competencia sanitaria."

3ª. En tercer lugar, se debe concluir que el hecho de que las Corporaciones Locales no puedan adoptar normas adicionales de protección en cuanto a los niveles de emisión ni exigir la tecnología más avanzada, no es óbice para que sí puedan establecer exigencias directamente conectadas con sus títulos competenciales propios, como las relativas a la minimización del impacto ambiental o visual o la obligación general de mantenimiento de las instalaciones en las debidas condiciones de seguridad, estabilidad y conservación, relacionadas con sus competencias urbanísticas y medioambientales.

Al amparo de esas competencias no cabe apreciar que se produzca una interferencia ilegítima en el ámbito de competencia estatal, relacionado con las cuestiones técnicas y la protección de la salud pública, por el hecho de que se favorezcan las infraestructuras que produzcan un menor impacto visual y ambiental, debiendo considerarse legítima la posibilidad genérica de establecimiento de limitaciones de implantación por impacto paisajístico. No cabe apreciar que se trate de una restricción absoluta ni una limitación desproporcionada, sino una mera cláusula genérica, que habilita a la propia Corporación a regular una cuestión que entra dentro de su campo competencial (el impacto visual, ambiental y paisajístico de obras e instalaciones en el término municipal), y será con ocasión del establecimiento de limitaciones concretas en ulteriores regulaciones municipales donde se podrá valorar la efectiva incidencia de tales limitaciones.

La contemplación de la posibilidad de establecer limitaciones por impacto paisajístico o afectación de núcleos históricos, o el establecimiento de una obligación genérica para los operadores de minimizar el impacto ambiental o visual, contenidas en los artículos 406 y 411, por sí mismas, no tienen virtualidad limitativa alguna respecto al efectivo despliegue de las redes de telecomunicaciones ni imponen una solución tecnológica determinada, sino que son meras normas enunciativas de un principio o directriz general que podrá servir de cobertura a ulteriores limitaciones, que en la norma impugnada no se concretan.

Especialmente, y en cuanto se refiere al artículo 406, cabe decir que en la medida en que no es discutible que el Ayuntamiento pueda establecer regulaciones urbanísticas conducentes a minimizar el impacto visual y ambiental de obras e instalaciones, la norma no es más que un recordatorio de lo que, con independencia de la existencia del precepto, es en todo caso una competencia municipal; y como de hecho no se concreta el ejercicio de esa competencia, al no establecerse en ese precepto concretas limitaciones a las instalaciones de telecomunicaciones, no cabe sino apreciar que se trata de una norma finalista, y el resultado que se pretende conseguir de minimizar el impacto ambiental y visual es conforme al ordenamiento jurídico. Será con ocasión del efectivo establecimiento de limitaciones concretas para conseguir ese resultado cuando se pueda juzgar si tales restricciones dificultan o imposibilitan el efectivo despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas con exigencias desproporcionadas o restricciones absolutas, lo que no cabe apreciar por el mero enunciado de la finalidad que habría de inspirar esas limitaciones, que el precepto se limita a autorizar de forma genérica.

4ª. En cuarto lugar, podemos concluir, a la vista de las consideraciones anteriores, que no se aprecian razones fundadas para anular el primer inciso del primer párrafo del **artículo 406** de la Ordenanza impugnada ("*A Administración favorecerá aquellas infraestructuras que produzcan un menor impacto visual e ambiental sobre o entorno*"), en cuanto se limita a establecer un mandato finalista de favorecimiento de las infraestructuras que produzcan un menor impacto visual y ambiental sobre el entorno, lo cual no es más que el enunciado de una finalidad o directriz a perseguir en cualquier actuación relacionada con la ordenación y disciplina urbanística, de competencia municipal, ejercitable respecto a obras e instalaciones en el municipio, sin que se concreten exigencias tecnológicas determinadas que permitieran apreciar un exceso competencial o la vulneración del principio de neutralidad tecnológica. Resulta razonable dicha exigencia en la medida en que no comporta, a priori, restricciones absolutas o desproporcionadas, al menos mientras no se concrete en limitaciones específicas, que ese precepto no regula.

Sin embargo la conformidad a derecho no es apreciable respecto a la integridad de la redacción del **artículo 406**, debiendo ser **anulado parcialmente**, en lo que respecta al *inciso final del primer párrafo* ("*... velando para que as instalaciones ofrezcan un mínimo de garantía de salubridade na súa área de influencia*"), en cuanto establece un mandato a la Corporación Municipal para que vele para que las instalaciones ofrezcan un mínimo de garantía de salubridad en su área de influencia, interfiriendo en un ámbito ajeno a las competencias municipales, que no abarcan la garantía de la salubridad de las instalaciones, que debe garantizar la normativa estatal. Respecto a



esa garantía de salubridad el Tribunal Supremo ha interpretado, en las sentencias más recientes antes citadas (como la de 10 de julio de 2013 o la de 8 de julio de 2013 , o la del Pleno de 11 de febrero de 2013), que las Corporaciones Locales carecen de margen de regulación para adoptar normas adicionales de protección de la salud pública -ex artículo 25.2 de la LBRL- más estrictas que las fijadas por la normativa estatal, al haber ejercitado el Estado de forma completa y agotadora las medidas de protección sanitaria frente a los niveles tolerables de exposición a estas emisiones.

Por las mismas razones, y por lo que se refiere al *segundo párrafo del artículo 406*, no se aprecia la disconformidad a derecho de la posibilidad contemplada de establecer limitaciones de implantación por impacto paisajístico y por afectación a núcleos históricos, en cuanto la finalidad que persiguen dichas limitaciones está directamente vinculada al ejercicio de las competencias urbanísticas y medioambientales municipales. Pero en cambio se debe *anular la mención incluida en el segundo párrafo del precepto respecto a la posibilidad de establecer limitaciones por criterios de afectación a la salud de las personas y a la obsolescencia tecnológica* , que son valores y criterios que amparan el establecimiento de limitaciones y regulaciones por parte de la Administración estatal, no por parte de la Corporación Municipal.

5ª. En quinto lugar hay que añadir que esta falta de competencia municipal para la adopción de normas de protección de la salud pública, en relación con la instalación y funcionamiento de las estaciones de comunicaciones electrónicas, determina igualmente la **nulidad parcial del artículo 404** de la Ordenanza Municipal, que dispone que "*O presente título ten por finalidade a harmonización do despregue das redes de radiocomunicación coa protección da saúde das persoas, do medio ambiente e a súa integración no contorno urbanístico e territorial .*"

La armonización del despliegue de las redes de radiocomunicación con la protección de la salud de las personas con la protección de la salud de las personas es competencia exclusiva del Estado, y por esa razón esa finalidad no puede ser perseguida por normas municipales, que carecen de margen de regulación en orden a modificar los estándares de protección que se deduzcan de la normativa estatal. En cambio, no se aprecia extralimitación competencial en el precepto en cuanto establece que la regulación del título de la Ordenanza tiene por finalidad armonizar el despliegue de las redes de radiocomunicación con la protección del medio ambiente y su integración en el entorno urbanístico y territorial, en cuanto esa finalidad sí está directamente relacionada con el ejercicio de competencias municipales y se trata de un enunciado declarativo de meras intenciones que no interfiere la competencia estatal en lo relativo a cuestiones técnicas y de salud pública relacionadas con las telecomunicaciones.

OCTAVO: Sobre las restricciones absolutas o desproporcionadas .

El artículo 408 de la Ordenanza Municipal impugnada dispone:

"Queda prohibida a presenza de instalacións de radiocomunicación en centros hospitalarios e xeriátricos, centros educativos, escolas infantís e en todos aqueles espazos que se definan regulamentariamente como de especial risco."

En el enjuiciamiento de esta disposición se debe recordar la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha confirmado la anulación de preceptos de ordenanzas municipales que buscaban minimizar los niveles de emisión sobre los espacios sensibles (como escuelas, hospitales, centros de salud...).

Así lo hace la **Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24/05/2013, N° de Recurso: 1790/2007, ECLI:ES:TS:2013:2678** :

" En primer lugar, el artículo 44 de la Ordenanza , anulado, dispone que " Las estaciones radioeléctricas que tengan la condición de actividades calificadas deberán minimizar, en la mayor medida posible, los niveles de emisión sobre los espacios sensibles, entendiendo por tales las escuelas, los hospitales y los centros de salud. Para ello, deberán situarse a una distancia mínima de 100 metros del espacio sensible, evitando además que el diagrama de radiación incida directamente sobre estos." La sentencia lo anula por extralimitación competencial del Municipio respecto de la protección sanitaria al excederse restrictivamente en lo previsto en el artículo 8.7 a) y d) del RD 1066/2001, de 28 de septiembre , que ya contiene la minimización de los niveles de exposición al público, concretada además en el artículo 3.1 de la Orden CTE 23/22002.

Partiendo de las anteriores consideraciones en torno a la competencia de los municipios, la anulación ha de considerarse conforme a derecho y en ningún caso vulneradora de la autonomía municipal puesto que como se dijo en aquella sentencia del Pleno la fijación de medidas aditivas de protección en su vertiente tanto de límites de emisión como en la fijación de distancias mínimas interfieren en el despliegue de la red de telecomunicaciones, alterando el régimen jurídico de los operadores de instalaciones de comunicación, cuando ya el Estado ha regulado de forma completa cuál es el nivel de protección exigible en atención al riesgo constatado y potencial



según el estado de la ciencia, y preveyendo además, que tales niveles de protección sean actualizados en atención a nuevas conclusiones científicas.

No cabe reconocer capacidad de "complementar" restrictivamente esos niveles de protección puesto que éstos se han fijado por el Estado -materialización del principio de precaución- en atención a los riesgos y evidencias que se han recogido en la Recomendación del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea, de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos."

En el mismo sentido, y con la misma argumentación, la **Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11/02/2013, N° de Recurso: 4490/2007, ECLI:ES:TS:2013:581** , revocó la sentencia de instancia y anuló los artículos 6.1.c) y 17.C de la Ordenanza que prohibían la instalación de infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación "en escuelas , centros de salud, hospitales o parques públicos, así como en los edificios colindantes a esos espacios o que se sitúen en el linde o frente de fachada de los mismos", y por los que además, "y considerando las referidas zonas como espacios sensibles, se fija una distancia mínima de 100 metros entre estas y cualquier implantación de estaciones radioeléctricas".

Razona el Tribunal Supremo:

"Tal como declara la STC 8/2012, de 18 de enero , el Estado, por medio del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre "en el ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones está configurando un procedimiento para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable, para su actualización conforme al progreso científico, así como para el control del cumplimiento por los operadores de estos niveles de emisión a través de un sistema de autorización, seguimiento, inspección y control en el que se entrelazan aspectos sanitarios y aspectos de telecomunicaciones". "En efecto, la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no solo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es mas, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones".

Las limitaciones impuestas por los artículos 6.1.c) y 17.C de la Ordenanza de que trae causa el presente proceso interfieren el despliegue de la red en el término municipal y, además, invocan un título habilitante, el derivado del artículo 25.2 h LRBR L , en el que el Estado ya ha intervenido aplicando el principio de precaución con una reglamentación que, atendido el estado de la ciencia, tiene una pretensión de exclusividad, por lo que representa un ámbito en el que las Corporaciones locales tienen impedida cualquier posibilidad de regulación

El ejercicio por el Estado de sus competencias en relación con la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas representa para los Ayuntamientos un límite al ejercicio de las que a ellos, en este campo, podrían corresponder en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.2 h y 28 LRBR L .

Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBR L entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen mas límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radiolétricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como "sensibles", que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante."

En aplicación de la referida doctrina, el precepto de la Ordenanza aquí impugnada, por tanto, debe anularse, por imponer una restricción absoluta al despliegue de la red de comunicaciones electrónicas, al prohibirla en determinadas categorías de espacios que considera especialmente sensibles, cuando las cuestiones relativas a la salubridad son de competencia estatal, tratándose de una regulación técnica ya agotada con el Real Decreto 1066/2001, respecto a la cual las Corporaciones Locales no tienen margen regulatorio para imponer normas adicionales de protección por razones precautorias o preventivas.

**NOVENO: Sobre el incumplimiento de la obligación de solicitar un informe al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital.**

En relación a la alegación de la actora de que no se ha cumplido la obligación de solicitar el informe al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, previsto en el artículo 35.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, debemos remitirnos a la **sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 19/07/2016, nº 1852/2016, nº recurso 4132/2014, ECLI:ES:TS:2016:3762**, que resume la interpretación jurisprudencial sobre la exigencia del informe sectorial previsto en la Ley General de Telecomunicaciones en los siguientes términos:

" La jurisprudencia de esta Sala dictada respecto del artículo 26.2 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 se puede resumir con la cita de la *sentencia de esta Sala y Sección de 2 de octubre de 2015 (recurso de casación 3730/2013)* que se remite a las de 17 y 18 de mayo de 2010 (*recursos de casación 1186 y 2491/2007, respectivamente*) y a las que pueden añadirse las de la Sección Quinta de 9 y 22 de marzo de 2011 (*recursos de casación 3037/2008 y 1845/2006 respectivamente*). De todas estas sentencias se deduce esta jurisprudencia:

1º El objeto del informe es que el municipio tenga constancia de las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones para el término municipal y ese conocimiento debe condicionar los instrumentos de planeamiento, todo con la finalidad de no hacer ineficaz el derecho de los ciudadanos al acceso a unas telecomunicaciones.

2º La Ley General de Telecomunicaciones de 2003 no define qué son los "instrumentos de planificación territorial o urbanística" y lo determinante para exigir el informe es si la ordenanza es, realmente, un instrumento de planificación territorial o urbanística.

3º Ante el silencio de la ley se ha entendido que cuando ésta se refiere a instrumentos de planificación territorial o urbanística, se está refiriendo a lo que con más rigor podemos identificar como instrumentos de planeamiento urbanístico o de ordenación territorial lo que se identifica con la expresión "hacer ciudad", siendo lo propio de esos instrumentos delimitar el contenido del derecho de la propiedad sobre el suelo.

4º Que las ordenanzas reguladoras de la instalación de infraestructuras de telecomunicación en un término municipal supongan, entre otras, el ejercicio de competencias urbanísticas, no las convierte en instrumentos de planeamiento.

5º Podrá haber ordenanzas que coadyuven a delimitar el suelo pero sólo en referencia a un determinado tipo de uso que, además, no suele ser incompatible con el principal al que se destina el terreno, que es el dirigido a asentar sobre el mismo infraestructuras que sirvan a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones.

6º Esa concomitancia se da también en otros tipos de ordenanzas como las que protegen frente a la contaminación ambiental y ordenan, por ejemplo, instalar aparatos de ventilación en determinados espacios o prohíben la de ciertos generadores en otros en que puede resultar peligroso; o las de obras o las de ruido cuando restringen a determinados horarios el ejercicio de ciertas actividades, o las de convivencia cívica cuando limitan la práctica de ciertas costumbres en zonas que han de ser objeto de protección frente al posible deterioro urbano que conllevan.

7º En esos casos no se está ante normas urbanísticas pues la competencia urbanística no es su exclusiva razón de ser, como tampoco lo es en el caso de las ordenanzas de telecomunicaciones, en cuya aprobación se proyectan otras competencias municipales igualmente relevantes.

8º Esto no quita para que haya ordenanzas reguladoras de la instalación de redes de comunicaciones que, formalmente, no se presenten como instrumentos de planeamiento urbanístico, pero que deben ser informadas si es que, de hecho, su regulación califica en la práctica el suelo, erigiéndose en verdaderos instrumentos de planeamiento o de ordenación urbanística, siquiera complementario.

9º Es carga de quien demande exponer por qué entiende que la ordenanza es un instrumento, siquiera complementario, de la ordenación urbanística".

La aplicación de esa jurisprudencia al presente caso lleva a concluir que dicho informe no era preceptivo, ya que la ordenanza impugnada no tiene un contenido que permita asimilarla a un verdadero instrumento de planeamiento u ordenación urbanística, ni introduce ninguna nueva ordenación del suelo, ni contiene clasificaciones urbanísticas de los suelos.

En el mismo sentido cabe remitirse a la **Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de noviembre de 2017, nº 428/2017, recurso 4060/2014**, que desestimó un alegato similar en relación a la ausencia del informe de telecomunicaciones, remitiéndose a la misma doctrina, también reflejada en la **STS de 11 de mayo de 2016, nº 1054/2016, recurso 3439/2014**, en la que se insistía en que el informe sectorial de telecomunicaciones es preceptivo para la redacción de "los instrumentos de planificación territorial o urbanística"; y que "puede haber



ordenanzas municipales que regulen la instalación de redes de comunicaciones, normas éstas que, formalmente, no se presentarán como instrumentos de planeamiento urbanístico, pero que requerirán tal informe si de hecho contienen una regulación si, en la práctica, efectúan una calificación del suelo. (...) Por tanto, será preceptivo ese informe cuando las ordenanzas sean verdaderos instrumentos de planeamiento o de ordenación urbanística, siquiera complementario."

El trámite de informe sectorial que recoge la Ley General de Telecomunicaciones tiene por objeto que el municipio conozca las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones para el término municipal, a modo de condicionante o factor de moderación de los instrumentos de planeamiento; y ello porque un tratamiento particularmente restrictivo de las instalaciones de telecomunicaciones podría mermar la efectividad del derecho de los ciudadanos al disfrute del servicio correspondiente. Y lo mismo se aplica a los instrumentos de ordenación territorial, que tienen una proyección supramunicipal de la que carecen ordenanzas como la impugnada. Sin embargo, este trámite no tiene sentido cuando se trata de configurar, desde una perspectiva general, los criterios y limitaciones que deben presidir la implantación de redes públicas de telecomunicaciones en el término municipal.

En el presente caso se trata de una Ordenanza que incluye unos preceptos generales relacionados con las telecomunicaciones, en los que se contienen unas exigencias de carácter genérico, predicables respecto a la totalidad del municipio, y no existe una ordenación de detalle del término municipal, ni una zonificación que delimite condiciones específicas en suelos determinados, resultando por tanto innecesaria la emisión del informe a que se refiere el art. 35.2 de la Ley General de Telecomunicaciones .

DÉCIMO: Sobre los preceptos que se deben anular.

En atención a lo expuesto en los fundamentos de derecho precedentes, procede anular los **artículos 8, 10, 11 y 405, 407 y 408** de la Ordenanza. Además se anulan parcialmente otros preceptos en los siguientes términos:

- **El artículo 406** : se debe anular el inciso final del primer párrafo ("*... velando para que as instalacións ofrezan un mínimo de garantía de salubridade na súa área de influencia*"); y también se debe anular la mención incluida en el segundo párrafo del precepto a los criterios de afectación a la salud de las personas y a la obsolescencia tecnológica, manteniéndose la conformidad a derecho de la siguiente redacción: "*neste senso, puideránse establecer limitacións de implantación por impacto paisaxístico e por afectación de núcleos históricos*".

- **El artículo 411** : se debe anular sólo en cuanto establece que los operadores están obligados a "*incorporar as melloras tecnolóxicas que aparezan e contribuir a reducir os niveis de emisión dos sistemas de radiantes*" (manteniéndose el resto del precepto, esto es, que "*os operadores están obrigados a manter as súas instalacións nas debidas condicións de seguridade, estabilidade e conservación así como a (...) minimizar o impacto ambiental e visual de acordo co fin do presente título.*")

- **El artículo 404**: se debe anular parcialmente en cuanto establece que "*O presente título ten por finalidade a harmonización do despregue das redes de radiocomunicación coa protección da saúde das persoas*". No se aprecia la disconformidad a derecho del establecimiento de la finalidad de armonizar el despliegue de las redes de radiocomunicación con el medio ambiente y con su integración en el entorno urbanístico y territorial, y por tanto no se anula el establecimiento de esa finalidad.

UNDÉCIMO: Sobre las costas procesales.

La existencia de dudas de derecho y el carácter parcial de la estimación de la demanda determinan la improcedencia de la imposición de las costas procesales a ninguna de las partes.

FALLAMOS

Que **DEBEMOSESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ORANGE ESPAÑA S.A.U contra el Acuerdo Plenario del Concello de Mos (Pontevedra), fechado el 16 de octubre de 2016, y publicado el 27 de enero de 2017, por el que se aprobó definitivamente la "ORDENANZA GENERAL DE MEDIOAMBIENTE" del mencionado municipio, con los siguientes pronunciamientos:

1º. ANULAR los **artículos 8, 10, 11, 405, 407 y 408** de la Ordenanza.

2º. ANULAR parcialmente los siguientes preceptos:

- **El artículo 404** se anula parcialmente en cuanto establece que "*O presente título ten por finalidade a harmonización do despregue das redes de radiocomunicación coa protección da saúde das persoas*".

- **El artículo 406** : se anula en el inciso final del primer párrafo ("*... velando para que as instalacións ofrezan un mínimo de garantía de salubridade na súa área de influencia*"), manteniendo el inciso inicial del primer párrafo;



y también se anula la mención incluida en el segundo párrafo del precepto a los criterios de afectación a la salud de las personas y a la obsolescencia tecnológica, manteniéndose el resto de la redacción del precepto, en los términos expuestos en el fundamento de derecho décimo de esta sentencia.

- **El artículo 411** ; se anula sólo en cuanto establece que los operadores están obligados a " *incorporar as melloras tecnolóxicas que aparezan e contribuir a reducir os niveis de emisión dos sistemas de radiantes.*"

No se imponen las costas procesales a ninguna de las partes.

Contra esta Sentencia podrá interponerse recurso de casación bien ante este Sala bien ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. que, conforme a lo dispuesto en el Art. 86 de la LRJCA , habrá de prepararse mediante escrito, que habrá de reunir las condiciones exigidas en el Art. 89.2 de la misma Ley , presentado ante esta Sala en el plazo de 30 días desde su notificación.

Una vez firme, procédase a remitir testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO