



Roj: **STSJ AND 4262/2007 - ECLI: ES:TSJAND:2007:4262**

Id Cendoj: **18087330012007100192**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **02/04/2007**

Nº de Recurso: **2522/2003**

Nº de Resolución: **192/2007**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN MANUEL CIVICO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN PRIMERA

RECURSO 2.522/03

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SENTENCIA NÚM. 192 DE 2.007

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ilmo. Sr. Presidente:

D. Rafael Puya Jiménez

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Juan Manuel Cívico García

D^a. M^a Luisa Martín Morales

En la ciudad de Granada, a dos de abril de dos mil siete. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso número 2.522/03 seguido a instancia de VODAFONE ESPAÑA, S.A., que comparece representado por el Procurador D. Juan Manuel Luque Sánchez y dirigido por Letrado, siendo parte demandada AYUNTAMIENTO DE GOJAR (GRANADA), en cuya representación interviene la Procuradora D^a. Josefa Rubia Ascasibar y dirigido por Letrado. Siendo parte codemandada TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A., representada por la Procuradora D^a. Estrella Martín Ceres y dirigida por Letrado. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se admitió a trámite el mismo y se acordó reclamar el expediente administrativo, que ha sido aportado.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda la parte actora expuso cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación y terminó por suplicar a la Sala se dicte sentencia por la que se deje sin efecto la Ordenanza Municipal de 6 de agosto de 2.003, reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Instalaciones de Radiocomunicación en el Termino Municipal de Montilla (Córdoba), y declare la nulidad de los artículos 8, 14, 18g), 19, 20, 22, 26, 31 y disposición Transitoria Primera de la misma, por ser contrarios a Derecho, condenándose a la Administración demandada al pago de las cosas causadas en este proceso.

TERCERO.- En su escrito de contestación a la demanda, la Administración demandada se opuso a las pretensiones del actor, y tras exponer cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación, solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto por Vodafone España, S.A. y dicte



sentencia por la que se considere ajustada a derecho la ordenanza municipal impugnada, y todo ello con expresa imposición de costas a la actora. Igualmente la parte codemandada solicitó se dictase sentencia por la que se anulen los artículos impugnados de la Ordenanza Municipal para la instalación y funcionamiento de instalaciones de Radiocomunicación en el Municipio de Gojar por no ser éstos ajustados a Derecho, condenándose a la Administración demandada al pago de las costas procesales.

CUARTO.- Acordado el recibimiento a prueba por plazo de quince días a las partes para proponer y treinta días para practicar en su caso, en dicho período se practicaron aquellas pruebas que propuestas en tiempo y forma por las partes, la Sala admitió y declaró pertinentes, incorporándose las mismas a los autos con el resultado que en estos consta.

QUINTO.- Declarado concluso el período de prueba y al no solicitar las partes la celebración de vista pública, ni estimarse necesario por la Sala, se acordó darles traslado para conclusiones escritas, cumplimentándose el mismo mediante escrito en que reiteraron las peticiones contenidas en los de demanda y contestación. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

Visto, habiendo actuado como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Juan Manuel Cívico García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación por la entidad Vodafone España S.A., de la Ordenanza Municipal para la Instalación y Funcionamiento de Instalaciones de Radiocomunicación en el municipio de Gójar (Granada), publicada en el Boletín Oficial de la provincial el día 6 de Agosto de 2.003.

Los argumentos esgrimidos por la recurrente para justificar la pretendida ilegalidad de la Ordenanza impugnada, pueden enmarcarse en dos géneros de apartados, a saber, el reproche de falta de competencia de las Entidades Locales para aprobar Ordenanzas reguladoras de las instalaciones de telecomunicación que empleen el dominio público radioeléctrico, de un lado, y, de otro, la impugnación de preceptos concretos de la norma, aludiendo concretamente a la nulidad de los arts. 8,14, 18g, 19, 20, 22, 26, 31 y Disposición Transitoria Primera de la Ordenanza, por ser contrarios a Derecho.

SEGUNDO.- En orden a la eventual incompetencia de los entes locales para regular la implantación y funcionamiento de las instalaciones de que se trata, ha sido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo la que ha venido a determinar con carácter general "la competencia de los Ayuntamientos para establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento, la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador del servicio de telecomunicación en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles", habiendo sido la sentencia de dicho Alto Tribunal de 23 de mayo del corriente año la que ha venido a distinguir entre las competencias para regular las redes públicas del servicio de telecomunicaciones telefónicas -competencia estatal- y, por ende, la implantación de las infraestructuras generales que garanticen un servicio accesible a todos los ciudadanos, mediante la ocupación autorizada del dominio público o incluso del reconocimiento del derecho a la ocupación de la propiedad privada mediante la pertinente declaración de beneficiario en un expediente de expropiación forzosa o de declaración a su favor de un derecho de servidumbre de paso y las competencias para normalizar la instalación de infraestructuras comunes urbanas -de atribución local- es decir, de la red exterior vinculada a las infraestructuras generales que permite la materialización individualizada del servicio, mediante la comunicación con las arquetas de acceso y canalizaciones de las redes interiores de los edificios a consecuencia del proceso urbanizador, tras haber establecido el Estado el marco regulador general; y ello con las consecuencias (STS de 26 de febrero de 1.982, 15 de octubre de 1.988, 24 octubre de 1.996 y 11 de febrero de 1.999, entre otras) "...de que la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con inclusión de los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medio-ambientales, pudiendo establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, así como requisitos o exigencias para preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico y personas en vías urbanas, protección civil, prevención y extinción de incendios, ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, protección del medio ambiente, patrimonio histórico-artístico y protección de la salubridad pública", pero en el bien entendido de que el ejercicio de dicha competencia municipal, en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento jurídico a los Ayuntamientos, no puede entrar en modo alguno en contradicción con la legalidad, ni traducirse en restricciones absolutas



al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Debiendo desestimarse, pues, con fundamento en tales consideraciones la impugnación pergeñada con carácter general frente a la reglamentación contenida en la Ordenanza objeto de la litis.

TERCERO.- De manera concreta la recurrente impugna la exigencia contenida en el art. 8 de la Ordenanza en cuanto al requisito de que "...la operadora presente... una póliza de seguros de acuerdo con la legislación vigente en materia de telecomunicaciones".

Este requisito no viene impuesto por el Gobierno, como exige el art. 75 de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro, ni su exigencia se ampara en las mencionadas competencias municipales que dan cobertura legal a la Ordenanza, por lo que procede decretar la nulidad del precepto indicado.

CUARTO.- Por su parte, el art. 14 del Texto enjuiciado preceptúa que "...la ubicación de la instalación no podrá autorizarse en un radio menor de 500 m del suelo clasificado como urbano o urbanizable...", limitándose, en todo caso, para protección preventiva de la salud "...el valor máximo de inmisión electromagnética medido en unidades de densidad de potencia del campo electromagnético, en zonas urbanas o urbanizables, será de 1m.W/m² (m iii Watio/metro cuadrado)".

Como alega la recurrente, y en este sentido merece ser acogido este motivo de impugnación, tales limitaciones pueden generar la imposibilidad de poder prestar la cobertura necesaria de difusión, careciendo, por demás, de justificación alguna, no existiendo datos que permitan su establecimiento por razones urbanísticas, paisajísticas, de imagen de la ciudad o medioambientales; pareciendo, antes bien, responder la instauración de tales medidas limitadoras al temor de la incidencia de las instalaciones y sus inmisiones en la salud de las personas, bien cuya protección está encomendado al Estado en última instancia, no siendo facultad del Ayuntamiento del caso; y tanto más, cuando las limitaciones y restricciones se adoptan sin un claro apoyo objetivo que las avale, pudiendo ser entendidas, en último término, como cautelas meramente voluntaristas.

QUINTO.- La entidad recurrente solicita también la nulidad de los arts 19, 20 y 22 de la Ordenanza, que establecen -dice- unos trámites para la sustanciación de los respectivos expedientes que no están contemplados en la L. 30/92, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Así, en el art. 19 se establece que "...la falta de cualquiera de los documentos establecidos en los arts. 15 y 16 de la Ordenanza- programa de desarrollo de instalaciones y documento acreditativo del cumplimiento de ciertas obligaciones tributarias- deberá subsanarse en el plazo de diez días..., comportando la falta de subsanación... la desestimación de la solicitud...", disponiéndose en el art. 20 que "...la fecha de inicio del procedimiento a efectos del cómputo del plazo para resolver será la fecha de entrada al registro de la solicitud, o de la subsanación, en su caso"; para determinarse en el art. 22, por fin, que "...si el informe desfavorable de los servicios municipales se fundara en deficiencias insubsanables o si tratándose de deficiencias subsanables no hubieran estado subsanadas en el plazo establecido al efecto, se otorgará al interesado un plazo de diez días, previo a la resolución denegatoria, para que pueda alegar lo que crea oportuno y aportar los documentos o justificantes que considere conveniente".

Pues bien, con independencia de la nulidad que ha de comportar la determinación de Adesestimación de la solicitud" del art. 19, para el caso de no subsanación de los defectos, dados los términos prevalentes de la Ley 30/92 mencionada, que prevén para el caso la consecuencia jurídica de Atener al interesado por desistido de su solicitud", es lo cierto que nada se ha de reprochar a la dicción empleada en el art. 20 antes reseñado, que se ajusta, de un lado, a lo dispuesto en la letra b) del párrafo 3 del art. 42 de la Ley calendaria, que al respecto preceptúa "...en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el plazo se contará desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro...", y, de otro, a la preceptiva sobre subsanación y mejora de la solicitud del art. 71.1 de la propia norma procedimental.

No obstante, en cambio, debe decretarse la nulidad propuesta del art. 22 indicado, al propiciar una interpretación que conduce al absurdo, pues concede con toda futilidad un plazo inútil de 10 días de audiencia antes de la resolución denegatoria que en cualquier caso procede, dado que se trata de deficiencias insubsanables o que no fueron subsanadas en el plazo concedido.

SEXTO.- De otro lado, en el art. 31 de la Ordenanza y bajo el epígrafe de Fianza se estatuye que "...el Ayuntamiento podrá reclamar la presentación de una Póliza de Seguro en concepto de garantía de asunción de los riesgos correspondientes por parte de las operadoras".



Se muestra aquí la procedencia de decidir la nulidad de tal precepto, en los propios términos que se enunciaron en el fundamento de derecho tercero procedente, al tratarse de un requisito no exigido por la normativa estatal y que excede de las competencias propias de la Corporación Local del caso.

SÉPTIMO.- Impugna la parte actora el art. 26 de la Ordenanza, que, bajo el epígrafe de obligación de revisar, establece una duración limitada de dos años de las licencias para la instalación de equipos de telefonía móvil, y ello con la finalidad de que se adapten a la aparición de nuevas tecnologías que hagan posible la reducción del impacto visual y medioambiental, para llegar a disponer, incluso, la clausura de la instalación con motivo de la publicación de nuevos estudios que exijan la eliminación o desplazamiento de la instalación.

La actora considera tal disposición contraria a derecho por ir contra el principio de seguridad jurídica, pudiéndose causar lesión a los principios de libertad de actuación de los agentes del mercado.

Pero tal criterio no puede asumirse, en cuanto que lo que parece perseguirse con la medida transcrita es evitar posibles daños producidos por los equipos respecto de los que no se siga un adecuado mantenimiento y revisiones periódicas; ya que aunque la norma reenvía a conceptos jurídicos indeterminados, no se atenta necesariamente con ello a la seguridad jurídica ni a la libertad de actuación de los operadores, siendo de aplicación, antes bien, la doctrina establecida al respecto por nuestro T. Supremo en la sentencia de 15 de diciembre de 2.003, en el sentido de que "...como técnica normativa -la expuesta- es posible y constitucionalmente lícita, habitual e inevitable", siendo "...el caso concreto, a través de la labor de reducción de los conciertos utilizados en relación con las circunstancias concurrentes, el que determine la legalidad o no de las obligaciones que impongan, incluso de la clausura de la actividad" (sentencia de esta Sala de 24 de julio de 2.006).

Y debiendo entenderse así por cuanto la actividad de revisión preconizada en el precepto hace referencia a los eventuales impactos visuales y medioambientales de las instalaciones -de competencia del ente local-, sin implicación en aspecto alguno de una eventual contaminación electromagnética.

OCTAVO.- En la Disposición Transitoria Primera de la norma -también precepto combatido- se determina "...la clausura en el plazo máximo de tres meses... de aquellas instalaciones con licencia concedida antes de la entrada en vigor de la Ordenanza y que causen un impacto medioambiental, visual o de salubridad no admisible para la misma...".

Pues bien, en cuanto ello supone la concesión del plazo que se indica para la adaptación de las emisoras a la normativa que se aprueba -en tal sentido arguye la recurrida que la Ordenanza proyecta sus efectos hacia el futuro, tratando de que las antenas ya establecidas cumplan las exigencias de rigor, siendo evidente que la clausura sólo será impuesta a las instalaciones que no se adapten-, no supone sino una retroactividad de grado mínimo de la norma -aplicación de la nueva reglamentación a efectos derivados de una situación anterior, pero surgidas con posterioridad a su entrada en vigor-, en modo alguno determinante del tratamiento anulador pretendido, pues no en balde tal retroactividad de grado mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el T. Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (S.T.Const. 42/1986).

NOVENO.- Por último, se impugna también por la entidad recurrente, el contenido del art. 18,g) de la Ordenanza que al regular el contenido de la Memoria a presentar para la obtención de la licencia, exige incorporar, entre otros documentos, el que Aexpresé la conformidad del titular del terreno o finca sobre la cual se instalarán las infraestructuras".

Pues bien, al respecto la Sala entiende tal exigencia como medio razonable de demostrar la voluntad concorde a la instalación de todas las partes implicadas en el proceso, no mereciendo el precepto el reproche de nulidad que se preconiza.

Debiendo estimarse en parte el recurso contencioso-administrativo, para decretarse la nulidad de los arts. 8, 14, 19, 22 y 31 de la norma de que se trata.

DÉCIMO.- A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, y no apreciándose la concurrencia de circunstancias concretas de especial relieve, no ha lugar a expresa declaración sobre costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Vodafone España, S.A. contra la Ordenanza Municipal para la Instalación y Funcionamiento de Instalaciones de Radiocomunicación en el



municipio de Gójar (Granada); declarando nula por no ser conforme a derecho la redacción de los arts. 8, 14, 19, 22 y 31 de la norma; y sin costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de este.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del art. 248, 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ