



Roj: **STS 7962/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:7962**

Id Cendoj: **28079130042009100627**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **17/11/2009**

Nº de Recurso: **5583/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ENRIQUE LECUMBERRI MARTI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 5583/2207, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador don Pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de la entidad France Telecom España, S.A., contra la sentencia dictada el día veintiuno de septiembre de dos mil siete por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, -recaída en los autos número 1236/2003-.

Habiendo comparecido en calidad de partes recurridas, los procuradores don Juan Ignacio Avila del Hierro y don Cesáreo Hidalgo Senen, en nombre y representación del Ayuntamiento de Barcelona y de la entidad Vodafone España, S.A., respectivamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los autos número 1236/2003, dictó sentencia el día veintiuno de septiembre de dos mil siete, cuyo fallo dice: <<DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de FRANCE TELECOM ESPAÑA SA, contra Acuerdo del plenario del Ayuntamiento de Barcelona de 17.10.2003 por el que se aprueba la Modificación parcial de la Ordenança del usos del paisatge urbà de la ciutat de Barcelona, publicada en el BOP de 6.11.2003. Sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas.>>

SEGUNDO.- Por la representación procesal de France Telecom España, S.A., se interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha doce de diciembre de dos mil siete.

TERCERO.- Mediante providencia dictada el día once de junio de dos mil ocho por la Sección Primera de esta Sala, se admite a trámite el recurso de casación, acordando remitir las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala; remitiéndose a esta Sección Cuarta, conforme con las normas establecidas para el reparto de asuntos, según providencia de fecha once de julio de dos mil ocho; donde se tuvieron por recibidas el once de septiembre del referido año; confiriéndose traslado a las partes recurridas para formular oposición. trámite que no fue evacuado por la representación procesal de la entidad Vodafone España, S.A.

CUARTO.- El representante procesal del Ayuntamiento de Barcelona, presentó escrito de oposición el día diez de noviembre de dos mil ocho.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones. se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día tres de noviembre de dos mil nueve, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de la entidad mercantil "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A." la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha veintiuno de septiembre de dos mil siete, que le desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Barcelona de diecisiete de octubre de dos mil siete, que aprobó "la modificación parcial de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona", publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de seis de noviembre de dos mil tres -número 266-.

Dos fueron las pretensiones que se alegaron en la instancia:

- . Una principal: la nulidad de la modificación parcial de la Ordenanza, y
- . Otra subsidiaria, la nulidad de los apartados 1 a 7 del artículo 91, y de sus artículos 93, 94.2, 96.4 y 5, de su Disposición Adicional y de sus Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Tercera, de la Ordenanza recurrida.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se invocan siete motivos de casación; en el primero, se denuncia la infracción de los artículos 149.1.21 de la Constitución, 43, 44 y 50 de la vigente Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre, -artículos 43.4, 45, 61 y 62 de la parcialmente derogada Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, de 24 de abril-, y 9.3 de la Constitución en relación con el artículo 51 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Con carácter general sostiene la recurrente que la Sala de instancia no tuvo en cuenta el hecho de que si bien durante la tramitación del instrumento normativo impugnado regía la Ley 11/1998, unos días antes de su entrada en vigor se publicó la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que aunque mantiene en su articulado parte de los contenidos de la anterior ley, introduce especificaciones esenciales que justifican la ilegalidad de algunos de los preceptos impugnados, que no concreta.

Esta alegación es jurídicamente intrascendente para la resolución del recurso, pues el acuerdo plenario del Consell Municipal fue adoptado en sesión celebrada el diecisiete de octubre de dos mil siete, y según la Disposición final cuarta de la Ley 32/2003, su entrada en vigor tuvo lugar el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado -de cuatro de noviembre de dos mil tres, número 264/2003-, por lo que no podemos examinar la legalidad de la modificación de la Ordenanza en base a una ley aprobada con posterioridad a su aprobación definitiva.

En este motivo de casación la recurrente denuncia con carácter prioritario la falta de competencia municipal para regular, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.22 de la Constitución y de su desarrollo a través de la Ley General de Telecomunicaciones, la instalación, funcionamiento y elección de la tecnología a usar en las instalaciones de telefonía móvil, y medidas de seguridad preventivas, pues, en su opinión, dicho extremos escapan de las competencias locales, y, desde luego, de la protección del paisaje urbano.

Esta alegación que fue aducida en el escrito fundamental de demanda, en donde también afirmaba, en base los artículos 39, 40 y 46 de la Ley 32/2003, que la tecnología es competencia exclusiva del Estado, y que con esta regulación municipal se vulneraba el principio de neutralidad tecnológica y la libertad de empresa contemplada en los artículos 38, 9, 128 y 131 de la Constitución, fue desestimada sustancialmente por la Sala de instancia en base al criterio sustentado por el propio Tribunal en sus sentencias de dieciocho de mayo y diecisiete de noviembre de dos mil cinco que parcialmente transcribe.

TERCERO.- En dos preceptos se establece por la Constitución el marco en que han de desenvolverse las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en este campo de medios audiovisuales: los artículos 149.1.21^a y 149.1.27^a; cierto es, que tales preceptos como en los demás que regulan el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no aparecen mencionados los entes locales, pero ello no significa que tales Corporaciones no tengan en esta materia competencia alguna, pues el artículo 137 de la Constitución afirma que los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses y el artículo 141 reitera que "la Constitución garantiza la autonomía de los municipios".

Nuestra Sala, como lo adveran entre otras, nuestra sentencia de dieciocho de junio de dos mil uno -recurso de casación número 8603/1994-, en diversas ocasiones ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema, en donde diseñamos el marco general en que deben desenvolverse las relaciones del Estado y las Comunidades Autónomas, por un lado, y los Ayuntamientos por otro; y hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- . La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio municipal o atender a los intereses derivados de su competencia urbanística.



. Tanto el planeamiento urbanístico como en las ordenanzas relativas a obras e instalaciones en la vía pública los Ayuntamientos pueden establecer condiciones para la instalación de las nuevas redes de telecomunicaciones.

. El ejercicio de dicha competencia no puede traducirse en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten desproporcionadas.

De acuerdo con esta doctrina, procede desestimar este motivo de casación, así como la causa de inadmisibilidad alegada por el Ayuntamiento de Barcelona; y ello, sin perjuicio de que analicemos los preceptos impugnados desde el principio de proporcionalidad al que nos hemos referido; esto es, para determinar la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho de los operadores y el interés público que se trata de preservar, pues, en la artuclación de este primer motivo casacional, a modo de introducción se contienen una serie de alegaciones o reflexiones más propias de un recurso de apelación, en donde se cuestiona por la recurrente que *"no niega, en absoluto, las competencias municipales en materia urbanística, de salubridad o medioambiente ni, por tanto, la concurrencia de distintas competencias en la materia que ahora nos ocupa"*.

Así, con expresa cita de los artículos 91.1º ; 93; 91.2; 91.3.g; 93 y 93.5 de la Ordenanza impugnada, sostiene de forma genérica que la modificación de la Ordenanza es contraria al alcance de la potestad normativa municipal sobre las instalaciones de telecomunicaciones al vulnerar la competencia estatal exclusiva sobre esta materia, y en concreto, denuncia en base a los artículos 26 y 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones , la falta del informe previo del Ministerio de Ciencia y Tecnología a fin de contemplar las necesidades de las redes; el carácter excesivo de las limitaciones establecidas por la modificación de la Ordenanza que imposibilitan el despliegue de redes de telefonía móvil que no se justifican de ninguna manera; la intromisión en competencias que no son propias de la Corporación local, quedando mal parados el principio de neutralidad tecnológica y la libertad de empresa contemplados en los artículos 38 y 9 de la Constitución; la falta de libertad de elección de los operadores sobre la tecnología a aplicar en sus instalaciones y a la operatividad del principio de neutralidad tecnológica, al pretender que a medida que se desarrolla la red de cable en Barcelona se sustituyan los enlaces vía radio por enlaces por calle; la exigencia de presentar un plan de implantación del conjunto de toda la red prevista en el término municipal, con la consiguiente imposibilidad de llevar a cabo un plan de implantación como el que se sostiene en la Ordenanza, y por otro, la ausencia de competencia local para exigirlo; y finalmente, la prohibición de instalar nuevas instalaciones base en un radio de trescientos metros al punto previsto en los correspondientes planes de implantación.

La mayoría de estas alegaciones, más bien reflexiones, se reiteran y complementan en la formulación específica de los demás motivos de casación; frente a tales alegaciones, debemos hacer unas observaciones previas, en cuanto a la vulneración de los artículos 38, 9, 128 y 131 de la Constitución y 40 y 46 de la Ley General de Telecomunicaciones , ya que no fueron invocados en el escrito de preparación del recurso de casación y por tanto, no pueden ser consideradas en nuestra sentencia, y respecto a la imposibilidad de llevar a cabo un plan de implantación y la prohibición de instalar nuevas instalaciones base en un radio determinado, debemos señalar que con la finalidad de racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo que sobre el medio ambiente producen con frecuencia las instalaciones de radiocomunicación, numerosas ordenanzas exigen a las distintas operadoras la presentación ante el Ayuntamiento de un plan técnico de implantación, cuya aprobación por la Corporación local es un presupuesto para que las distintas empresas puedan obtener licencias de obras o de funcionamiento.

En este aspecto, es expresiva nuestra sentencia de veinticuatro de mayo de dos mil cinco -recurso de casación número 2603/2006 -.

En referidas sentencias, esta Sala ha señalado al respecto que: *"la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento."*

Por otra parte, la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente.

El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia y no puede considerarse ilegal en cuanto establece la indicada exigencia y señala un contenido del plan tendente a garantizar una buena



cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y paisajes urbanísticos. Se trata de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger" -sentencia de quince de diciembre de dos mil tres -.

Tampoco pueden considerarse excesivas las limitaciones establecidas por los artículos 91.1, 91.2 y 93.5 de la Ordenanza impugnada, pues, ni se acreditó ni justificó por la recurrente otra técnica mejor y más idónea que la impuesta por la Administración municipal, ni la imposibilidad de realizar un plan de implantación distinto al exigido por la Ordenanza.

CUARTO.- El segundo motivo de casación se sustenta en la infracción de los artículos 149.1.21ª de la Constitución, 43 y 44 de la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, de 3 de noviembre, en relación con el principio de proporcionalidad acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias de veinticuatro de enero de dos mil y dieciocho de junio de dos mil uno y el artículo 84.2 de la Ley de Bases de Régimen Local.

En síntesis, entiende la sociedad recurrente que las limitaciones constructivas impuestas por el artículo 91.3 .a), en relación con la prohibición de nuevas instalaciones de telefonía móvil que establece este precepto de la Ordenanza en su apartado 3 letras e) y h) harán extremadamente difícil el despliegue de la red de infraestructuras de tecnología móvil necesaria para la correcta prestación del servicio, pues, del análisis conjunto de todas las limitaciones tanto de ubicación de antenas como de criterios constructivos establecidos en los citados preceptos "no puede dar como resultado que dichas limitaciones y prohibiciones se admitan como proporcionadas a los efectos de la protección del paisaje urbano y medioambiental", ya que según el informe del perito procesal "una vez reconocidas las zonas solicitadas se puede certificar que no es posible encontrar edificios que cumplan las características mencionadas". Y, en base a este informe pericial considera que de admitirse las rigurosas limitaciones a la ubicación de estas instalaciones contenidas en la vigente normativa de la ciudad de Barcelona, se llegaría a una situación de imposibilidad de desplegar la red de telecomunicaciones de forma técnicamente correcta en el territorio urbano, situación que, a su juicio, vacía la calidad técnica del servicio que puede ofrecer la recurrente de acuerdo con los títulos que le habilitan para su prestación, así como las competencias que sobre la gestión del dominio público radioeléctrico se atribuyen al Estado.

En definitiva, con este planteamiento critica la sentencia impugnada por remitirse a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, limitándose a examinarlos desde un punto de vista competencial local para la protección del paisaje y el medio ambiente, y obviando, en su caso, el necesario juicio de proporcionalidad de las medidas establecidas con esta finalidad de manera que puedan armonizarse los intereses públicos a proteger por la entidad local en sus competencia y el interés público del servicio de telefonía móvil.

QUINTO.- Como ya hemos indicado los preceptos impugnados son los apartados 3.a), 3.e) y 3 .h) del artículo 91 .

Estos preceptos traducidos al castellano dicen lo siguiente:

Artículo 91 : Instalaciones para telefonía móvil, telefonía vía radio y otros usos de radiocomunicación "tipo E".

1. La instalación de equipos, antenas, estaciones bases, enlaces vía radio y cualquier otro tipo de instalación destinada a prestar el servicio de telefonía móvil, servicio de telefonía vía radio (bucle de acceso vía radio) u otras redes de servicios móviles y terrestres en edificios y espacios públicos o privados, estará sujeta a la presentación de un plan de implantación del conjunto de toda la red prevista en el término municipal, en donde habrá de justificar la solución propuesta con criterios técnicos de cobertura geográfica y en relación con otras alternativas posibles. Por lo que hace referencia a las características del plan de implantación habrá de estar a lo que dispone el artículo 93 de esta Ordenanza. La red de microcelas y/o picocelas para la prestación del servicio de telefonía móvil, así como las antenas de usuarios de telefonía fija vía radio (bucle de acceso al local) no requieren definir su ubicación en el plan de implantación atendido su carácter complementario respecto de la red principal.

2.- Las características de los equipos, antenas, estaciones base y en general cualquiera de los elementos de radiocomunicación previstos en este artículo así como su instalación o establecimiento concreto habrán de corresponder con las mejoras técnicas disponibles en cada momento en caso en cuanto a la minimización del impacto visual, ambiental y de posibles efectos sobre la salud de las personas. El uso de la mejor técnica disponible será exigible en el marco de los instrumentos establecidos por la Unión Europea y el Ministerio correspondiente y para aquellas situaciones que permitan reducir significativamente las emisiones y el impacto visual y ambiental sin imponer costos excesivos.

3.- Limitaciones de las instalaciones:

A: Criterios relativos al impacto visual de las instalaciones:

1).- No se autorizará la instalación de equipos, antenas, estaciones base y cualquier otro elemento de los previstos en este precepto en edificios protegidos con niveles A y B. En caso de edificios protegidos con el nivel C y conjuntos protegidos, no será autorizada la instalación de los elementos citados salvo en los supuestos concretos y excepcionales basados en el presupuesto de ausencia total y absoluta del impacto paisajístico de la estación y la falta de alternativas posibles que garanticen la prestación del servicio en su área de influencia.

2).- La estaciones bases de las estaciones de telefonía móvil y telefonía fija en un radio habrán de ajustarse a las condiciones de minimizar el impacto visual que se relacionan en el Anexo I de esta Ordenanza, en función de la naturaleza urbanística del espacio sobre el que se insertan estas instalaciones. El Ayuntamiento aprobará a través del órgano competente para la instalación de elementos de telefonía por radiocomunicación, un catálogo descriptivo de la tipología de las instalaciones admitidas en la ciudad de Barcelona relacionadas y definidas en el citado Anexo I.

Como excepción de la prohibición genérica de disponer instalaciones a fachadas que prevé esta Ordenanza, se autoriza la instalación de elementos relacionados con la prestación con el servicio de telefonía por radiocomunicación cuando estas se ajusten a las condiciones señaladas en el mencionado Anexo. En todo caso, en el supuesto de antenas adosadas a la fachada se exigirán distancias mínimas de separación en parámetros verticales y la verticalidad del elemento controlándose el tilt únicamente de forma electrónica.

3).- Las casetas de tipos auxiliares comportan un impacto negativo sobre la integración arquitectónica de aquellas instalaciones sobre edificios. En consecuencia, las soluciones a adoptar seguirán el siguiente orden de prelación debiéndose de justificar debidamente la imposibilidad de atender sucesivamente cada una de las actividades preferentes:

1.- La utilización de espacios interiores de edificios convenientemente adaptados a estos usos. No obstante en ningún caso se autorizará el uso de este espacio cuando den acceso directo a espacios con el uso de una vivienda.

2.- La utilización de armarios exteriores que presenten volúmenes reducidos en relación al entorno donde se asientan.

3.- El uso de casetas exteriores auxiliares, en las condiciones de forma, color y materiales más favorables a la integración paisajística con el entorno. Al mismo tiempo, la operadora se comprometerá a adoptar las soluciones de los puntos anteriores cuando la variación de las circunstancias del edificio sobre el que se asienta la instalación lo posibiliten.

El uso de los aparcamientos para la equipación de los equipos auxiliares estará permitida y se valorará positivamente a los efectos de la viabilidad técnico-jurídica de un proyecto, siempre y cuando no se utilicen para esta finalidad plazas necesarias para el cumplimiento de la previsión de aparcamientos en edificios que obligue a las Normas Urbanísticas de PGM.

4.- En caso de casetas de equipos auxiliares sobre cubiertas de edificios, éstas habrán de estar retranqueadas cinco metros respecto de las fachadas y no sobrepasando un plano de pendiente 30% desde la línea superior del plano de fachada. En el caso de incumplimiento de este parámetro, y atendiendo a las necesidades justificadas del servicio, se podrá considerar una solución consistente en la integración arquitectónica de las casetas con los volúmenes existentes en cubierta. De la misma manera, en espacios y conjuntos catalogados o calificados de especial interés arquitectónico, histórico-artístico y/o cultural se podrán adoptar medidas adicionales más restrictivas que las establecidas en este precepto al objeto de reducir al máximo posible el impacto visual de las instalaciones.

5.- Los materiales a utilizar en todos los elementos constitutivos de la instalación habrán de ser de características favorables a su duración y fácil conservación. Se prohíben los materiales de poca calidad funcional y aquellos que presente dificultades de mantenimiento. En todo caso los materiales se ajustarán a las prescripciones de la normativa específica de seguridad que sean de aplicación.

6.- Sólo se admite la instalación de estaciones base de telefonía móvil y fija vía radio en cubiertas en donde sólo exista una sola antena.

7.- La colocación o el paso de instalaciones y línea o cables sobre las fachadas paredes y/o cubiertas de los edificios solamente se podrá realizar cuando ésta se haga de forma oculta, integrada en la composición arquitectónica del edificio o de forma adosada por este orden de preferencia. En cualquier caso, la solución final habrá de estar debidamente justificada.



91.3.e): *Por razones de saturación del espacio urbano de Barcelona no se admitirán nuevas estaciones base de telefonía móvil y telefonía fija vía radio (bucle de acceso al local) en edificios destinados a vivienda, en centros docentes y en centros asistenciales y hospitalarios con la excepción de que se trate de instalaciones en emplazamientos ya existentes siempre que cumplan los límites y garantías previstos en este artículo. En todo caso las nuevas instalaciones en emplazamientos existentes quedarán condicionadas a que el proyecto de regularización o coparticipación que presente la operadora solicite eliminar cualquier impacto visual en las instalaciones existentes y que toda instalación cumpla las normativas actualizadas.*

91.3.h): *En la demarcación no urbana las nuevas instalaciones sólo serán admisibles en infraestructuras ya existentes, En el supuesto que no sea técnicamente viable utilizar infraestructuras existentes habrá de formularse el correspondiente plan especial para el establecimiento de la nueva infraestructura, en todo caso el diseño de la nueva infraestructura considerará las posibles previsiones de otros operadores.*

De la lectura de estos precepto, no podemos afirmar, -como tampoco concreta la recurrente en su escrito de interposición del recurso de casación que más bien se asemeja a un recurso de apelación-, que sean desproporcionadas las limitaciones o condiciones impuestas al derecho de los operadores a la ocupación de los bienes que necesita para establecer sus redes, pues el principio de proporcionalidad no es apto "per se" como para determinar "a priori" el contenido de una Ordenanza ya que han de confrontarse cada una de las restricciones que se impongan por los Ayuntamientos con ese principio general para alcanzar un juicio favorable o desfavorable de los preceptos impugnados; y aquí, en el supuesto que analizamos, ni se justifica por la recurrente, ni existe una restricción absoluta al derecho de ocupación, ni, desde luego, se extralimitó la Corporación municipal al establecer limitaciones que, en todo caso, se justifican por la competencia municipal para regular esta materia de la que es titular en gran parte de los bienes sobre los que van a instalarse las redes de telecomunicación, de conformidad con la Ley 11/1998, de 24 de abril, vigente al momento de la aprobación municipal de la modificación de la Ordenanza.

Por otra parte, tampoco podemos considerar las valoraciones que en torno a la prueba pericial practicada realiza la recurrente por no haber articulado al respecto un idóneo motivo de casación, por entender que la apreciación del Juzgador fue ilógica, irracional o arbitraria acerca de la imposibilidad de desplegar la red de telecomunicaciones de forma técnicamente correcta y el uso compartido de infraestructuras.

Por ello, este motivo de casación debe ser desestimado al igual que las causas de inadmisibilidad que alega la representación y defensa del Ayuntamiento de Barcelona que en su escrito de oposición al recurso de casación, en donde reiteradamente y de forma errónea invoca sistemáticamente tal excepción procesal como si nos hallásemos ante un recurso de apelación.

SEXTO.- El tercer motivo de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 149.1.21 de la Constitución, 30 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, en relación con la Directiva 2002/21 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas -que sustituye a la anterior Directiva 97/33 CE de 30 de junio de 1997, de interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el Servicio Universal y la Interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la Oferta de Red Ambiental- y Directiva 2002/97 de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia de los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, así como la infracción de competencias atribuidas a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y la infracción del principio de legalidad establecido en el artículo 103 de la Constitución respecto de la falta de competencia de las entidades locales para mediar en los conflictos entre operadores, y del principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la citada Norma Fundamental en relación con el artículo 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Según la sociedad recurrente se ha lesionado la libertad de competencia y el derecho al establecimiento de redes propias, reconocida por las Directivas europeas y acogida por la normativa estatal, ya que, en su opinión, la imposición de la compartición de instalaciones de telefonía móvil o de sus ubicaciones de forma genérica, que efectúa el artículo 91.3.b) de la Ordenanza vulnera las competencias atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la hora de resolver conflictos entre operadores.

A este respecto señala la Sala de instancia que:

<<Y "el establecimiento de la obligación de compartición, según el tenor literal de la Ordenanza impugnada, se realiza en un procedimiento que garantiza la audiencia de los interesados incluidos desde luego los operadores en los que se tienen presentes las informaciones de las instalaciones existentes y de los programas de desarrollo y el impacto ambiental y visual, la afectación a las personas y las prescripciones del planeamiento y ordenanzas urbanísticas, lo que se ajusta a la finalidad fundamental de este establecimiento de la obligación de compartición, esto es, la producción del menor impacto ambiental y visual". 3 "El régimen establecido



debe estimarse suficientemente ponderado, matizado y ajustado a los dictados por la Directiva 2002 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) sobre todo en el halo de las competencias urbanísticas y medioambientales que corresponde conocer a la Administración municipal".>>

Participamos del criterio del Juzgador de instancia, pues el uso compartido puede imponerse, según declaramos en nuestra sentencia de veinticuatro de octubre y veintitrés de noviembre de dos mil seis -recursos de casación números 2103/2004 y 3783/2003- siempre que lo requieran los intereses medioambientales o urbanísticos que las Corporaciones locales deben proteger, y aquí, en el supuesto que enjuiciamos, no se acredita por la recurrente que existían otras medidas alternativas o complementarias que condicionaran al Ayuntamiento de Barcelona para imponer ese uso compartido.

Por tanto, este motivo debe ser rechazado así como la causa de inadmisibilidad, reiteradamente invocada por el Ayuntamiento de Barcelona al recurso de casación que califica o denomina de "apelación".

SEPTIMO.- El cuarto motivo de casación se denuncia la infracción de los artículos 149.1.21 y 149.1.16 de la Constitución en relación con los artículos 18, 19, 24 y 40 de la Ley General de Sanidad y Orden Ministerial de 11 de enero de 2002, 43 y 44 de la Ley General de Telecomunicaciones así como el Real Decreto 1066/2001 y la doctrina jurisprudencial sustentada en la sentencia de once de octubre de dos mil seis .

En la formulación de este motivo, una vez más, reitera la recurrente que la Ordenanza impugnada no puede exceder de los aspectos meramente paisajísticos y urbanísticos, dado que la entidad local no tiene competencia sobre las comunicaciones y telecomunicaciones, al estar su control y administración reservada por el artículo 149.1.21 de la Constitución al Estado; y, en base a este planteamiento reproduce las alegaciones aducidas en el escrito fundamental de demanda acerca de la ilegalidad de los artículos 91.3.c) y d), 96.4, 91.7 y Disposición Adicional Unica, que a su juicio, introducen nuevos controles o exigencias de los niveles de emisión en las instalaciones sin sujetarse a las obligaciones establecidas por la normativa estatal y autonómica.

Debidamente traducidos al castellano disponen estos preceptos:

91.3.d): En el desplazamiento urbano de las instalaciones de radiocomunicación se aplicará adicionalmente el "principio de evitación prudente", que consiste en tomar medidas simples, fáciles y de bajo coste a fin de evitar la exposición innecesaria y siempre en ausencia de un riesgo demostrable. Por tanto, además de cumplir las directrices y estándares establecidos se elegirán las acciones que suponen menor exposición en radiofrecuencias.

96.4): Los titulares de las licencias procederán periódicamente a la medición del campo electromagnético en el entorno de las instalaciones. El Ayuntamiento podrá requerir la realización de las mediciones citadas y subsidiariamente realizarlas a través de sus servicios técnicos.

91.7): El Ayuntamiento promoverá y gestionará un sistema de control remoto de los niveles de emisión de las antenas sectoriales de telefonía móvil instaladas en la ciudad de Barcelona que garantice la comprobación continua e ininterrumpida por la Administración municipal del funcionamiento de los elementos radiantes de estas instalaciones bajo los parámetros ambientales y prevención del riesgo para la salud de las personas previstos en la normativa de aplicación. Los costos de diseño, mantenimiento e instalación de este sistema repercutirá sobre los operadores en proporción al número de estaciones base que se disponen en la ciudad de Barcelona. Una vez haya sido aprobado por el órgano competente el modelo técnico de implantación del sistema de control remoto de este sistema y se haya formulado el correspondiente proyecto de desarrollo, la asunción de los gastos mencionados por cada operadora será condición "sine qua non" para el otorgamiento de las licencias municipales para el establecimiento de elementos de telefonía móvil por radiocomunicación

Disposición Adicional Unica: Prueba piloto para el establecimiento de un sistema de control remoto de las instalaciones de telefonía móvil por radiocomunicación.

A) Con anterioridad al desplazamiento general de un sistema de control remoto de las instalaciones de telefonía por radiocomunicación a que hace referencia el artículo 91.7 el órgano competente para la concesión de las licencias municipales correspondientes aprobará la ejecución de una primera fase piloto, obligando el cumplimiento a los operadores implicados que permita un estudio de las mejores alternativas técnicas en aquel sentido.

B) Hasta que los operadores no acrediten individualmente la oportuna colaboración en las medidas previstas por la prueba piloto que resulte aprobada no podrán obtener nuevas licencias por el establecimiento de telefonía por radiocomunicación en el conjunto de la ciudad.

C) Una vez que la realización de la prueba piloto permita llegar a conclusiones técnicas suficientes, el órgano competente para la concesión de licencias para el establecimiento de instalaciones de telefonía



móvil por radiocomunicación aprobará un modelo técnico de medición remoto, continuo e interrumpido de las instalaciones de telefonía móvil por radiocomunicación. El sistema de medición podrá ser implantado y gestionado directamente por el Ayuntamiento o bien a través de la empresa especializada que resulte de la adjudicación del proyecto y su gestión de acuerdo con el procedimiento establecido en la vigente legislación de Contratos de las Administraciones Públicas. La puesta en funcionamiento de este sistema será progresiva de acuerdo con el calendario que resolverá el órgano competente para la concesión de licencias para el establecimiento de infraestructuras de radiocomunicación.

Ya hemos indicado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye ni inhabilita al correspondiente municipio, por tanto, los Ayuntamientos pueden establecer condiciones en esta materia de "telecomunicaciones" y "radiocomunicación" con el fin de salvaguardar el orden urbanístico, incluyendo la estética y la seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio urbano que las mismas pueden originar - sentencia de dieciocho de junio de dos mil uno, recaída en el recurso de casación número 8603/1994 -.

OCTAVO.- En este motivo, también sostiene la recurrente que las competencias municipales recogidas en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y la Ley General de Sanidad 14/1986, no puede aplicarse a la materia misma de la sanidad, ya que, una vez más, entiende que el artículo 149.1.21 de la Constitución, establece una reserva exclusiva a favor del Estado en materia de telecomunicaciones, y que la propia exposición de motivos del Real Decreto 1066/2001 y el artículo 61 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, establece para la gestión del dominio público radioeléctrico condiciones de protección, restricciones y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas y que dicha gestión se ejercerá atendiendo la normativa aplicable en la Unión Europea y a las resoluciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y otros organismos internacionales, y el Real Decreto 1451/2000, de 28 de julio por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología, atribuye a la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, la competencia para la propuesta de planificación, gestión y administración del dominio público radioeléctrico para la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas y para el control y la inspección de telecomunicaciones, así como el régimen sancionador en la misma.

El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radiolétricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles -colegios, hospitales, parques y jardines públicos- estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles, adecuándose como afirma la Administración demandada a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que corresponde a la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala.

NOVENO.- En el quinto motivo, se aduce la infracción del artículo 9.3 de la Constitución en relación con el 51 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los artículos 1.2 y 3.1 del Código Civil, pues, según la recurrente la sentencia impugnada desestimó las alegaciones efectuadas en los fundamentos de derecho noveno, décimo y undécimo de su escrito fundamental de demanda, al entender el Tribunal "a quo" que no se aprecia vulneración alguna de lo establecido por la Ley 3/1998, ni por el Decreto 148/2001, por lo que, entiende, que la Ordenanza impugnada debe respetar la referida normativa autonómica, vulnerados por los artículos 91.3.f), 91.5, 91.6, 94.1, 95.1 y 94.2 .c) y el principio de jerarquía normativa plasmado por el artículo 9 de la Constitución.

Estos preceptos establecen:

91.3.f): *"Trámite específico de información vecinal del proyecto de instalación de los elementos de telefonía por radiocomunicación en edificios con uso de vivienda con infraestructuras preexistentes:*

- *En el supuesto de nuevas instalaciones, ampliaciones o modificaciones de la orientación de antenas o de la potencia máxima de las instalaciones de telefonía móvil y telefonía fija vía radio (bucle de acceso al local) en edificios de uso de vivienda con instalaciones ya existentes, el solicitante de la licencia habrá de notificar fehacientemente la existencia del proyecto a todos los ocupantes. La notificación expresará el lugar u oficina correspondiente, por el término mínimo de quince días, exponiendo el proyecto con la misma documentación necesaria para la obtención de la licencia, así como la indicación de la persona identificada con el nombre, apellidos, autorizada para la exhibición de la documentación y la de su sustituto.*

- *Los ocupantes podrán examinar en nombre propio, o a través de la persona que hayan delegado, el proyecto y documentación referida y formular, dentro del término indicado en la exposición del proyecto, ampliado en diez días más, las observaciones, sugerimientos y/o alegaciones de carácter técnico y jurídico que estimen convincentes. Las citadas observaciones habrán de presentarse por escrito y duplicado a la persona autorizada en la exposición del proyecto el cual lo devolverá firmando uno de los ejemplares al interesado como justificante de la presentación.*

- *El solicitante de la licencia habrá de acreditar en su solicitud haber practicado de forma fehaciente la notificación del proyecto a los ocupantes y manifestar, bajo su responsabilidad, si se han presentado escritos por parte de los vecinos. En caso afirmativo habrá de acompañarse el escrito o escritos en donde se hayan formulado, así como la valoración técnica y jurídica de las mismas que proponga la operadora interesada en el proyecto.*

- *Si las observaciones, sugerencias y/o alegaciones presentadas por los vecinos hubieran sido aceptadas íntegramente se hará constar expresamente en la solicitud de la licencia. El servicio técnico municipal correspondiente comprobará la adecuación del proyecto a las citadas observaciones.*

- *En el supuesto que no se acepten totalmente las observaciones, sugerencias y/o alegaciones presentadas por los vecinos, el Ayuntamiento designará un técnico competente para que emita dictamen a cargo del solicitante tanto sobre el proyecto como las observaciones formuladas.*

- *Al mismo tiempo, el solicitante de la licencia habrá de aportar juntamente con la documentación requerida, el contrato de alquiler entre la propietaria del inmueble y la compañía operadora a los efectos que conste en el expediente administrativo.*

91.4): *Las licencias sometidas a las previsiones de la presente normativa habrán de indicar expresamente que el término de revisión periódica será de cuatro años desde su otorgamiento o desde su última revisión, tal como posibilita al efecto el artículo 90 del Decreto 136/99, de Desarrollo de la Ley 3/98, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, el Ayuntamiento podrá anticipar la revisión siempre que concurren las circunstancias previstas en el artículo 91 de OMAIIAA. Los procedimientos de revisión periódica y anticipada de la licencia se ajustarán a la regulación establecida al efecto por las actividades incluidas en el Anexo II de la legislación ambiental de aplicación, atendiendo las siguientes especificaciones, derivadas de las particularidades de la actividad objeto de la presente regulación:*

a) *En el supuesto que la propuesta de revisión de la licencia introduzca modificaciones sustanciales respecto a la licencia concedida se dará audiencia a los vecinos del inmueble en donde se ubica la instalación, así como a los vecinos de las fincas colindantes para que en el término de quince días, a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución que inicia el procedimiento de revisión puedan consultar el expediente y formular las sugerencias al proyecto que estimen convenientes.*

b) *Transcurrido el término de consulta al titular de las licencias y, en su caso el término de información vecinal, el órgano competente para la concesión de las licencias adoptará la resolución de revisión correspondiente de forma motivada.*

c) *El titular de la licencia revisada dispondrá de un término máximo de tres meses a contar desde la fecha de la notificación de la resolución de revisión de las instalaciones para dar cumplimiento a todos y cada uno de los extremos de la misma.*

d) *El incumplimiento del término de ejecución o de alguna de las determinaciones contenidas en la resolución de la revisión, supondrá la ilegalidad de la instalación, atendido que la misma no se ajustará a las determinaciones de la nueva licencia. Este incumplimiento de las determinaciones contenidas en la nueva licencia implicará la adopción inmediata de la correspondiente orden de suspensión de la actividad y desmantelamiento de la*



instalación, sin perjuicio que el titular de la licencia caducada pueda obtener nueva licencia ajustada a los parámetros de la resolución de la revisión.

e) A efectos de comprobar que la ejecución de las determinaciones de la revisión se ajusta a los extremos de la resolución, el titular de la licencia habrá de presentar en el mes siguiente a la finalización del citado plazo, un certificado emitido por la entidad colaboradora acreditada conforme la remodelación se ajusta a los parámetros contenidos en la resolución administrativa de revisión.

91.5): El proyecto se redactará en base a los principios de la buena fe, equidad y proporcionalidad en las medidas utilizadas. En el supuesto de que haya un desacuerdo debidamente fundamentado por razones técnicas, el Ayuntamiento podrá decidir mediante Organismo competente para la concesión de la licencia respecto a la solución final en base a las alternativas aportadas o bien encargar, a cargo de las operadoras implicadas, la formulación de un nuevo proyecto a terceras empresas especializadas en la materia que no sean operadores de los servicios finales de telefonía. No obstante, si la oposición a un proyecto de compartición no se fundamenta de forma técnicamente razonable y, al contrario, se aprecia mala fe en la misma, la solicitud de licencia se tramitará tomando en consideración el proyecto aportado por la operadora entrante, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas previstas en el apartado 9 y 10 del párrafo 1 (del presente artículo).

91.6): El Ayuntamiento, una vez valorado el proyecto y emplazamiento concreto podrá requerir, en función de la capacidad del emplazamiento se entenderá como cambio sustancial que comportará la obligación de solicitar una nueva licencia, de acuerdo con la definición del artículo 2 de la OMAIIA la modificación y/o ampliación de las instalaciones en los siguientes casos:

a) Ampliaciones de las instalaciones exteriores, casetas y/o armarios

b) Las modificaciones de orientación de antenas o de la potencia máxima radiada (con excepción del supuesto de modificaciones en la orientación de los radioenlaces en estaciones base de telefonía móvil)

c) La instalación de nuevos elementos radiantes o sustitución de los mismos a no ser que el elemento sustituido siga con otro de las mismas características radioeléctricas. No se considera cambio sustancial la instalación de nuevos radioenlaces de instalaciones base de telefonía móvil siempre y cuando la instalación de estas no suponga un empeoramiento significativo del impacto ambiental.

94.1): Requisitos para la petición y tramitación de las solicitudes de licencias para la instalación de equipos de radiocomunicación susceptibles de generar campos electromagnéticos en un intervalo de frecuencias de 10KHZ (kilo hertz) a trescientos GHZ (giga hertz).

1.- El peticionario de la licencia habrá de acreditar estar en posesión de las autorizaciones administrativas o títulos pertinentes para la utilización del espacio radioeléctrico otorgado por las administraciones competentes en materia de telecomunicaciones. Cuando una misma persona haya de solicitar diferentes licencias o autorizaciones, será suficiente que se haga referencia al expediente en el que hayan quedado acreditados los anteriores extremos, siempre y cuando estos continúen vigentes y amparen la nueva instalación solicitada.

94.2.c): En la solicitud de certificación de compatibilidad del proyecto con planeamiento urbanístico, además de la documentación indicada en el artículo 33.d) de la OMAIIA deberá adjuntarse *memoria* con los siguientes capítulos y documentos anexos:

- Datos de la empresa

- Referencia al expediente de aprobación previa del plan de implantación tipo D y subtipos D1

- Datos del emplazamiento: dirección y clasificación y calificación del suelo que ocupa la instalación según el planeamiento urbanístico vigente.

- Las características técnicas de las instalaciones, haciendo constar, en todo caso, los siguientes datos: altura del emplazamiento; áreas de cobertura; frecuencias de emisión, potencias de emisión y polarización; PIRE máxima en la dirección de máxima radiación en cada uno de los elementos radiantes y del conjunto de las instalaciones en el emplazamiento; modulación; tipos de antenas a instalar; beneficios respecto de una antena isotrópica; ángulo de elevación del sistema radiante; altura de las antenas del sistema radiante; diagrama de la radiación, número de sectores, canales, intensidad del campo y densidad de la potencia.

- Cálculos justificativos del cumplimiento del régimen de distancias en lo que se refiere a la exposición en los campos electromagnéticos previstos en la normativa vigente de acuerdo con el artículo 94.1 .d) de esta Ordenanza.

- Justificación técnica de la posibilidad o imposibilidad de la impartición de la infraestructura por otros operadores



- Planos e información gráfica *-plano de emplazamiento de la antena expresado en coordenadas UTM sobre cartografía de máximo 1:2000 con cuadrícula incorporada con indicación expresa de la cota altimétrica en donde se han de graficar las infraestructuras que tengan incidencia sobre su evaluación ambiental (tanto las propias como las ajenas existentes).

- Plano a escala 1:500 que refleje la situación relativa a los edificios confrontados y que expresen gráficamente la potencia isotropa radiada equivalente (PIRE) máximo en W en todas las direcciones del diseño.

- Documentación gráfica (incluido fotomontajes), gráfica y escrita que permita evaluar el impacto paisajístico previsible (instalaciones existentes propias y/o ajenas incorporándolas a la instalación solicitada), y que expresen calaramente el emplazamiento y el lugar de colocación de la instalación en relación con la finca y la situación de esta; descripción del entorno dentro del que se implanta tamaño, forma, materiales y otras características.

Para la recurrente el específico trámite de información vecinal que prevé el artículo 9.3 .f) no está previsto ni para la tramitación de licencias ambientales para actividades clasificadas en el Anexo II de la Ley -artículos 26 a 34 - ni por su desarrollo reglamentario mediante el Decreto 136/1999 , modificado por Decreto 143/2003 - artículos 40 a 50 -, y, señala que si bien, el artículo 94.1 de la Ordenanza modificada remite la tramitación de las licencias para instalaciones de telefonía móvil a las disposiciones de la Ordenanza Municipal de Actividades y de Intervención Integral de la Administración Ambiental de Barcelona tampoco se encuentra en esta Ordenanza previsión alguna de un trámite como el que establece el artículo 91.3 .f); por lo que, a su juicio, la introducción de nuevos trámites resulta desproporcionado al introducir nuevas obligaciones a los operadores de telefonía móvil, ya que la participación municipal en este trámite se reduce a la eventual evacuación de un dictamen técnico para el supuesto de que no se acepten plenamente las alegaciones de los vecinos que se costeará a cargo del solicitante.

La sentencia impugnada no aprecia infracción alguna por la exigencia de este trámite de información vecinal, pues, la obligación de pasar por este trámite que para la recurrente ocasiona graves dificultades en las tramitaciones, carece de virtualidad como causa de anulación de este precepto, ya que, según el Tribunal "a quo", podría decirse *"de la impugnación del apartado 6 y concordantes del artículo 91 , en cuanto que a los cambios sustanciales que allí se determinan, activan el procedimiento de información vecinal. Al respecto no se aprecia vulneración del principio de proporcionalidad. Ni el hecho de que el régimen que se establece excepcione el previsto en la Ordenanza municipal de actividades y de integración de la administración ambiental de Barcelona (29.3.2001) y otras disposiciones generales, constituye defecto alguno ni infracción del indicado principio"*, y, esto es así, pues, se trata de un trámite de participación pública con carácter previo a la solicitud de la licencia que tiene por finalidad dar audiencia e información a los municipios perfectamente identificados que podrían verse afectados de forma más o menos intensa por la concesión de la licencia.

La legalidad de los apartados 4 y 5 del artículo 91 , que respectivamente reglamentan la revisión cada cuatro años de las licencias otorgadas por la instalación de antenas y el control periódico de las mismas se cuestionan desde una perspectiva meramente teórica, pues, las primeras tienen cobertura en una norma autonómica el Decreto 16/1999 que en su artículo 67 permite que la licencia establezca plazos de revisión inferiores al previsto de ocho años y las segundas se ajustan a lo dispuesto en el Decreto 136/1999 ; en definitiva, no consideramos desproporcionadas tales medidas en cuanto los Ayuntamientos puedan imponer condiciones a la actividad de los operadores, siempre que aquellas limitaciones no supongan una restricción absoluta al derecho de aquellos.

De la misma forma, tampoco apreciamos que los supuestos sobre los cambios sustanciales que contempla el artículo 91.6 , vulnere los artículos 9.3 de la Constitución, 1.2 del Código Civil y 51 de la Ley 30/1992 , pues nos encontramos ante una norma típica, que en todo caso, sería objeto de una impugnación autónoma e independiente, cuando se produzcan alguno de los supuestos que contempla el precepto.

Dentro de este motivo, sostiene la recurrente que el artículo 94.2.c) infringe lo dispuesto por el Decreto 143/2003, de 10 de julio , que modificó el Decreto 136/1999 , en el sentido de incluir las instalaciones de radiocomunicación ubicadas en demarcación urbana en el Anexo II.2 apartado 12.44.a), mientras que los ubicados en demarcación no urbana se incluyen en el Anexo III, apartado 12.44.b), por lo que quedan sometidos al régimen de comunicación y no al de licencia ambiental.

Para la Sala de instancia "la exigencia de licencia municipal tiene cobertura en el artículo 41.3 de la Ley 3/1998 de Intervención Integral de la Administración Ambiental , y en cuanto al artículo 94.2.e) que establece el régimen de comunicación del Anexo III.2 de la Ordenanza municipal de actividades de la Administración ambiental de Barcelona (29.3.2001)" y *"la actora no acredita que la exigencia de dicho régimen de comunicación no infrinja normativa alguna, ni tampoco el principio de la proporcionalidad"* y en cuanto a la documentación a adjuntar a la solicitud de la licencia ambiental, en virtud de los apartados c' y c" del artículo 94.2 , afirma



el Tribunal que *"tiene cobertura en el ejercicio de facultades municipales dada la concurrencia de los bienes jurídicos a proteger"*.

Compartimos este criterio, dado que el artículo 41.3 de la Ley 3/1998, es claro y preciso al disponer que *"los Ayuntamientos en el ámbito de sus competencias pueden sustituir mediante ordenanza el régimen de comunicación que afecta a todas o alguna de las actividades del Anexo III, por el régimen de licencia"* que es, precisamente lo que contempla la Ordenanza al remitirse al procedimiento de otorgamiento de licencias previsto en la OMAIA.

DECIMO.- En el sexto motivo de casación se denuncia la infracción del principio de legalidad plasmado por el artículo 103 de la Constitución, así como el de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la citada Norma Constitucional.

En concreto, impugna el artículo 96.5 de la Ordenanza, que traducido como los anteriores al castellano dispone:

"De acuerdo con el artículo 13 del Decreto 148/2001, de 29 de mayo, y los conceptos que allí se expresan, los operadores habrán de constituir una fianza de 30.000€ por cada solicitud de instalación de estación base de telefonía móvil y fija (bucle de acceso al local, con un máximo global del importe total de la fianza de 600.000€. El solicitante habrá de acreditar la constitución de la fianza en el momento de la entrega de la licencia."

Este precepto en cuanto tiene cobertura jurídica en el artículo 13 del Decreto autonómico que dispone que: *"El ayuntamiento podrá reclamar una fianza en concepto de garantía para la asunción por parte de los operadores de los riesgos correspondientes. A estos efectos, la garantía a prestar por el titular de la instalación tendrá que ser suficiente, según la magnitud de la instalación, para responder de las obligaciones derivadas de la actividad autorizada, de la ejecución de todas las medidas de protección del medio ambiente, de la realización de los controles y mediciones adecuados, del desmantelamiento de la instalación y de los trabajos de recuperación del medio ambiente."*; la cuestión que se suscita en este motivo versa sobre una materia de la estricta y exclusiva competencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en cuanto se trata de interpretar una norma autonómica, que constituye la base y fundamento del precepto impugnado, por lo que de acuerdo con el criterio sustentado por el Pleno de nuestra Sala, en la sentencia de treinta de noviembre de dos mil siete, - recaída en el recurso de casación número 4638/202 - no podemos enjuiciar la legalidad o ilegalidad de este precepto, si bien, hemos de señalar que, nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de once de octubre de dos mil seis y diez de enero de dos mil siete -recursos de casación números 2082/2004 y 4051/2004 - ha declarado la nulidad de exigir a los operadores la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños que en el ejercicio de su actividad se ocasionen a los particulares.

También considera la recurrente que la sentencia impugnada conculca en sus Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Tercera, el artículo 9.3 de la Constitución al no respetar los derechos adquiridos, y consiguientemente no prever ningún plazo de adaptación, pues, en su opinión, en el fundamento de derecho decimocuarto de su escrito de demanda, ya puso de manifiesto que había que tener en cuenta, la cantidad de medidas lesivas, restrictivas y vulneradoras del régimen establecido para el servicio de la telefonía móvil de acuerdo con la legislación que, a su juicio, necesariamente debía ser tenido en cuenta por cualquier regulación local que se tramitara, y sin embargo, la magnitud de tales vulneraciones normativas alcanza mayor transcendencia al considerar que dicha regulación se aplicará a todas las instalaciones no sólo de futuro - Disposición Transitoria Tercera - sino también a las existentes y legalizadas -Disposición Transitoria Primera -.

Disponen estas Disposiciones Transitorias:

Primera: *"Las instalaciones de radiocomunicación con licencia preceptiva en el momento de la entrada en vigor de la presente Modificación de los artículos 88 a 97, ambos inclusive, de la Ordenanza de Usos del Paisaje Urbano en la Ciudad de Barcelona habrán de adaptarse a la regulación de la presente normativa en el término de dos años a partir de su entrada en vigor, excepto en lo referente a los valores máximos de densidad de potencia permitidos, cuyo cumplimiento será exigible desde el mismo momento que entre en vigor."*

Segunda: *"Las instalaciones sin licencia preceptiva en el momento de la entrada en vigor de la presente Modificación de los artículos 88 a 97 ambos inclusive, de la Ordenanza de los Usos del Paisaje Urbano serán consideradas clandestinas de acuerdo con el régimen establecido por la normativa sectorial y municipal en materia de intervención ambiental. En este sentido, el Ayuntamiento de Barcelona emprenderá las medidas de disciplina urbanística y de restauración de la legalidad infringida que resulten pertinentes con carácter inmediato a la entrada en vigor de esta modificación de la Ordenanza."*

Tercera: *"La solicitud de concesión de licencias sobre las que no se haya formulado ninguna propuesta de resolución se tramitará de acuerdo con el régimen jurídico vigente en la entrada en vigor de la presente Ordenanza."*



Nuestra Sala, desde una primera sentencia de dieciocho de junio de dos mil uno -recurso de casación número 8603/1994 - ha declarado la legalidad de las disposiciones transitorias que contemplan un plazo de adecuación de las instalaciones legalizadas a las prescripciones de la nueva ordenación, pues, no existe una prohibición general de retroactividad de las normas sino, más bien, según el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, una prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

De ahí, frente los tres grados de retroactividad de una norma, nos encontramos ante una retroactividad de grado mínimo, ya que tales transitorias sólo tienen efecto para el futuro, respecto de relaciones o situaciones nacidas bajo la vigencia de la normativa anterior, y su razón de ser dimana del interés público que tratan de salvaguardar, garantizando, a su vez, los derechos de los operadores, al concederles un plazo prudencial para que puedan adecuar sus instalaciones al nuevo régimen legal.

UNDECIMO.- El séptimo y último motivo de casación se sustenta en la vulneración del artículo 120.3 de la Constitución en relación con el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, según la sociedad recurrente, la sentencia impugnada omite cualquier tipo de valoración sobre las pruebas documental y pericial practicadas en autos.

Aunque es cierto que la Sala de instancia sólo tangencialmente se remite implícitamente en sus razonamientos jurídicos a las pruebas documental y pericial, como apreciamos de la lectura de su fundamento jurídico tercero, en donde el Tribunal "a quo" afirma que *"el resultado del dictamen forense practicado no es suficiente para acreditar ..."* y al subrayar *"el carácter no concluyente del dictamen forense cuando sienta que los parámetros exigidos están condicionando la idoneidad de los desplazamientos disponibles conforme a los mismos, conclusión que por su carácter genérico carece de virtualidad para probar la falta de proporcionalidad alegada"*; tampoco podemos examinar este motivo de casación que se fundamenta al igual que los seis restantes en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, cuando debió sustentarse en el apartado c) del citado precepto, como "error in procedendo" por lo que debemos desestimar el citado recurso de casación, ya que si la recurrente entendía que la valoración de estas pruebas había sido realizada de forma errónea o equivocada, que no es el caso, tuvo que fundar su recurso de casación en el apartado d) -error de derecho o error en la valoración de la prueba- lo que le exigiría mencionar una norma legal de prueba. Circunstancia que en ningún momento hace en su escrito de interposición de su recurso de casación al referirse reiteradamente al informe pericial, sin fundamentar y concretar específicamente este motivo casacional el precepto o preceptos infringidos.

DUOCECIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita el importe máximo a percibir por los honorarios del letrado del Ayuntamiento de Barcelona en la cantidad máxima de tres mil euros (3000€).

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A." contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha veintiuno de septiembre de dos mil siete -recaída en los autos número 1236/2003-; con expresa condena a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación dentro de los límites que hemos señalado en el fundamento jurídico duodécimo de ésta, nuestra sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.