



Roj: **STS 1363/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1363**

Id Cendoj: **28079130042012100166**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **13/03/2012**

Nº de Recurso: **5044/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO MARTI GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 5044/2008, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a M^a Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de Telefónica Móviles España, S.A., contra la sentencia dictada el día 13 de mayo de 2008 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída en los autos número 1260/2003, en el que se impugnaba la Modificación parcial de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona.

Habiendo comparecido como parte recurrida el Ayuntamiento de Barcelona y la entidad Vodafone España, S.A, representadas por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Ávila del Hierro y D. Cesáreo Senén Hidalgo, respectivamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección tercera, en los autos número 1260/2003, dictó sentencia el día 13 de mayo de 2008, cuyo fallo dice: "**1) ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto en nombre y representación de "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SA" contra el acuerdo del Plenari del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 17 de octubre de 2.003 aprobando definitivamente la modificación de los artículos 88 a 97 de la "Ordenança dels usos del paisatge urbà a la ciutat de Barcelona" (BOP 6-11-03), declarando la NULIDAD DE PLENO DERECHO de la Disposición transitoria tercera, del siguiente tenor literal: "Disposició transitòria tercera. La sol·licitud de concessió de llicències sobre les que no s'hagi formulat cap proposta de resolució es tramitarán d'acord al règim jurídic vigent amb l'entrada en vigor de la present Ordenança. 2) DESESTIMAMOS el recurso interpuesto en todo lo demás. 3) NO EFECTUAMOS expresa condena en costas."**

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada sentencia la parte recurrente por escrito presentado el 21 de julio de 2008 manifiesta su intención de preparar recurso de casación y por providencia de 31 de julio de 2008 se tiene por preparado el recurso de casación, siendo las partes emplazadas ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- En su escrito de formalización del recurso de casación, la parte recurrente interesa se case y anule la sentencia recurrida y se dicte nueva sentencia por la que se declare la nulidad de los artículos 91, 92, 93, 94, 96, 97, Disposición Adicional, Disposición Transitoria Primera y Anexos I y II, en base a dos motivos de casación que fueron admitidos, comprendidos ambos en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, relativo a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate:

El primer motivo, alega la infracción por la sentencia de los art. 9.3, 137, 140 y 149.1.21 de la Constitución, la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, el Real Decreto 1066/2001, la Directivas Comunitarias 97/33/CE, 90/388/CEE, 2002/21/CE y art. 62.2 de la Ley 30/1992; ello en relación los siguientes bloques impugnatorios:



- Exigencia de un Programa de Implantación.
- Compartición de emplazamientos.
- Límites a la ubicación de las instalaciones e impacto paisajístico.
- Mejor tecnología y control de las emisiones.
- Utilización de conceptos jurídicos indeterminados.
- Régimen de retroactividad de la Ordenanza.

El segundo motivo de casación alega la infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, en cuanto el principio de proporcionalidad y el principio de irretroactividad de las normas y de seguridad jurídica.

CUARTO.- Mediante providencia de 23 de enero de 2009 fue admitido a trámite el recurso de casación, acordando su remisión a esta Sección cuarta, conforme a las reglas del reparto de asuntos, donde se tuvieron por recibidas el 2 de marzo de 2009.

QUINTO.- Mediante escrito presentado el 5 de mayo de 2009, el Ayuntamiento de Barcelona, manifestó su oposición al recurso de casación planteado de contrario, proponiendo su inadmisión y subsidiariamente la desestimación íntegra.

Por su parte, Vodafone España, S.A. no formalizó el trámite de oposición, que se tuvo por caducado por providencia de 2 de junio de 2009.

SEXTO .- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 6 de marzo de 2012, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de Telefónica Móviles España, S.A. la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Cataluña, de 13 de mayo de 2008 , que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuestos por dicha operadora, contra la aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Barcelona de la Modificación de los artículos 88 al 97, ambos incluidos, de su Ordenanza de los usos del paisaje urbano -B. O. P. de Barcelona nº 266, de 6 de noviembre de 2003-

La sentencia de instancia parte de la conceptualización de las atribuciones administrativas sobre la ordenación de las telecomunicaciones como competencias concurrentes, trayendo a colación las líneas esenciales de la intervención de los Municipios en la materia, presidida por el principio de autonomía municipal, tal como fueron reflejadas en nuestras sentencias de 24 de enero de 2000 , 18 de junio de 2001 , 15 de diciembre de 2003 y 24 de mayo de 2005 .

Tras ello, analizó los diferentes artículos impugnados por las partes recurrentes. En concreto, y atendiendo al contenido impugnatorio del escrito de interposición, interesa dejar constancia de los fundamentos que resuelven desestimar el recurso contencioso-administrativo en relación las cuestiones que habrán de centrar nuestro análisis:

El fundamento jurídico quinto examina la legalidad de los preceptos de la Ordenanza relativos a la exigencia de la presentación de un programa de desarrollo del conjunto de la red en el término municipal, con carácter previo al otorgamiento de la licencia para la instalación de los elementos de radiocomunicación, como, tras traer la cita de nuestra Sentencia de 25 de mayo de 2005 , acuerda desestimar su impugnación conforme la siguiente motivación: "Pues bien, en el presente proceso no se ha llegado a poner en cuestión eficazmente la relevancia de las finalidades indicadas, tanto en materia de planeamiento como en materia de intervención administrativa. En aquella vertiente para ponderar la situación actual y las necesidades de futuro de los operadores de radiocomunicación y así poder establecer de manera pormenorizada y sobre el territorio las concretas posibilidades de emplazamiento. Y en esta vertiente para valorar, al otorgar cada autorización, el impacto ambiental y visual directo y acumulado, las necesidades de compartición y la idoneidad del emplazamiento para garantizar la protección del medio y el cumplimiento de los objetivos urbanísticos. Y tampoco se ha contradicho eficazmente ni la necesidad de esa información a esos fines de ordenación y control ni mucho menos que esa información no sea suficientemente significativa. Menos aún se ha podido provocar el mínimo o indiciario convencimiento de que pudiese concurrir una imposibilidad en su elaboración precisamente a los fines referidos. Por consiguiente, siendo ello así, las meras invocaciones a dificultades



para la elaboración del denominado plan de implantación y supuestos concordantes no pueden prosperar, al punto que en los particulares de la denegación de la licencia correspondiente todo conduce a pensar que en forma alguna se trata de transmutar la naturaleza reglada del otorgamiento de licencias a otros supuestos, sino a establecer la mera concreción de que la denegación deberá responder precisamente a los fines de la intervención administrativa expresamente revelados en la ordenanza y anteriormente transcritos."

El fundamento sexto de la sentencia analiza la imposición por la Ordenanza de la utilización de la mejor tecnología disponible, cuya impugnación acuerda desestimar con cita de nuestras Sentencias de 24 de mayo de 2005 y 15 de diciembre de 2003 .

El fundamento séptimo enjuicia la legalidad de la previsión de limitación de instalaciones en determinadas zonas o emplazamientos, desde el punto de vista urbanístico y medioambiental, en los siguientes términos: "De donde resultan las consecuencias ya expuestas en el anterior fundamento jurídico tercero, particularmente, en lo que aquí interesa, la de que los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de calas y canalizaciones o instalaciones en edificios, tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico de vehículos y personas en las 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. Siendo también de reiterar aquí lo antes dicho respecto de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados."

A continuación, el fundamento jurídico décimo de la sentencia analiza la legalidad de la obligación de compartir infraestructuras:

"Sin perjuicio de lo antes ya dicho sobre materia competencial en el fundamento jurídico tercero, con cita de nuestras sentencias número 474, de 18 de mayo de 2.007 , y 811, de 21 de septiembre de 2.007 , cabe añadir, siempre en consonancia con lo en ellas expuesto y aun a riesgo de resultar repetitivos, lo siguiente: 1) Dejando de lado el supuesto que hace referencia a que los operadores de infraestructuras pueden fomentar y promover la compartición de infraestructuras que no se cuestiona, debe indicarse que esa compartición resulta descartada tanto en los casos de que los niveles de referencia no se ajusten a los establecidos en normas sectoriales estatales y autonómicas teniendo en cuenta el funcionamiento conjunto de todas las instalaciones, como en los casos de que el impacto visual de la compartición sea superior al de implantación separada de instalaciones. 2) El establecimiento de la obligación de compartición, según el tenor de la ordenanza impugnada, se realiza en un procedimiento que garantiza la audiencia de los interesados incluidos desde luego los operadores, en el 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 ese 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 de la *Directiva 2002/21 / 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 reconocer a la Administración Municipal. (...)"

El fundamento undécimo desestima el reproche de legalidad hacía la Disposición Transitoria Primera, conforme nuestra doctrina recogida en Sentencias de 18 de junio de 2001 y 15 de diciembre de 2003 . A su vez, el fundamento siguiente analiza la competencia del municipio para imponer un control de las emisiones, establecido en la Disposición Adicional:

"Se impugnan igualmente la disposición adicional que, en relación con el control de los niveles de emisión, regula una "Prova pilot per l'establiment d'un sistema de control remot d'instal·lacions de telefonia per radiocomunicació", y el artículo 91.7 de la Ordenanza, mediante el que se establecen una serie de obligaciones a las operadoras con el fin de que asuman un procedimiento de control ininterrumpido de los niveles de emisión, considerando la actora que tal normativa supone en la práctica un coste económico injustificado para las operadoras, que se ven obligadas a colaborar en el procedimiento de control, a riesgo en otro caso de quedar cercenada la posibilidad de obtención de licencias, siendo así que el control de las emisiones viene ya regulado en la normativa estatal. Respecto de lo que cabe reiterar una vez más que 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, por lo que, siendo ello así y en aplicación de la doctrina expuesta a las especificidades de la Ordenanza de autos, no cabe alcanzar ni las premisas ni las conclusiones de la parte actora, no habiéndose llegado por lo demás en el



presente proceso a poner en cuestión eficazmente la relevancia de las finalidades indicadas, tanto en materia de planeamiento, como en materia de intervención administrativa. Y en los particulares de la denegación de la licencia correspondiente, como antes ya se ha indicado, todo conduce a pensar que en forma alguna se trata de transmutar la naturaleza reglada del otorgamiento de licencias a otros supuestos, sino de una mera concreción a que la denegación deberá responder precisamente a los fines de la intervención administrativa expresamente revelados en la ordenanza y antes transcritos."

Por último en lo que interesa en este recurso, el fundamento decimocuarto conoce de la prohibición por la Modificación de la Ordenanza del uso de determinado tipo de torres: "En cuanto al anexo 2, viene referido a los tipos de antenas autorizadas según la calificación del suelo, la anchura de calles y la tipología edificatoria, estableciendo unas limitaciones que, según la actora, impiden planificar adecuadamente la altura de las antenas con los objetivos de cobertura y capacidad adecuados, implicando de otro lado, en estaciones con numerosas portadoras o en emplazamientos compartidos, la incapacidad de cumplimiento de las distancias de protección exigidas por la misma ordenanza. Siendo de reiterar sobre tales particulares las anteriores y muy numerosas referencias contenidas en esta sentencia a cuestiones tales como la estética y el orden urbanístico, el menoscabo del medio ambiente, el impacto visual y paisajístico y otras similares para reafirmar una vez más la competencia municipal en la materia, ejercida en el caso en forma cuya adecuación no ha resultado desvirtuada mediante prueba en contrario que permita acoger las conclusiones sobre el particular de la parte actora."

SEGUNDO .- Con anterioridad a la resolución de lo que plantea el recurso, conviene que efectuemos unas precisiones en relación el contenido y técnica casacional que se predica del escrito de interposición:

A pesar que la solicitud contenida en el escrito de formalización pretende la nulidad de los artículos 91 a 94, 96, 97, Disposición Adicional, Disposición Transitoria Primera y Anexos I y II de la Modificación de la Ordenanza, resulta que el recurso se fundamenta en relación los bloques impugnatorios que hemos reseñado, relativos algunos de ellos únicamente a números o apartados concretos de aquellos preceptos (91.1; 91.2; 91.3.a1; 91.3.a6; 91.3b; 91.3e; 91.3c; 91.3f; 91.6b; 91.6c; 91.7; 92; 93; 94c'; 94c"; 96; 97.4; Disposición Adicional; Disposición Transitoria y Anexos I y II), sin que aporte discurso argumentativo alguno respecto a los restantes extremos de aquellos preceptos que la impugnación formalmente sostiene.

Con esto queremos decir que el escrito de interposición hace padece de una técnica casacional insuficiente respecto la requerida para la válida formalización de un recurso extraordinario, como es el de casación, tanto desde la perspectiva de la limitación de las resoluciones contra las que cabe su interposición, como respecto del carácter tasado de los motivos que cabe alegar y el ámbito restringido de las potestades jurisdiccionales de revisión. Carácter extraordinario que supone la exigencia de que se efectúe una crítica de la sentencia o resolución objeto del recurso, mediante la precisión de las infracciones que se hayan cometido, con indicación concreta de la norma en que se base el recurrente, sin que sea posible para entender que se cometen las infracciones que se denuncian la simple remisión a los escritos de alegaciones o la reproducción de las formuladas en la instancia, en cuanto que lo que se impugna es la sentencia y no los actos o disposiciones sobre los que aquella se pronunció y que fueron por ella confirmados o anulados.

En contraste con las exigencias que se derivan de la precitada doctrina jurisprudencial, el escrito de interposición formulado por la parte recurrente carece de contenido argumentativo dirigido al examen de la fundamentación contenida en la sentencia de instancia en relación el resto de números y apartados de los artículos 91, 94 y 97 de la Ordenanza, siendo que esta técnica del recurso lo es ahora de la desestimación de la pretensión de nulidad de aquellos extremos de los preceptos que el recurso solicita formalmente su nulidad, pero no aporta contenido impugnatorio alguno.

Sin embargo no procede declarar la inadmisión del recurso de casación que insta la parte recurrida, el Ayuntamiento de Barcelona, por el hecho que vengan rubricados algunos de los motivos del escrito de formalización en la alegación de vulneración de preceptos de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que dice no es de aplicación por razón temporal, ni por ello guardan relación con las cuestiones debatidas, pues siendo que la entrada en vigor de la Ley 32/2003 devino con posterioridad a la aprobación definitiva de la Modificación de la Ordenanza que nos ocupa, es igualmente cierto que el contenido de los motivos desgranar las vulneraciones del ordenamiento jurídico que se imputan a los preceptos de la Ordenanza y no fueron subsanadas a sentir de dicha representación por la sentencia de instancia, en términos semejantes o correlativos a los esgrimidos en demanda; motivos que a su vez son impugnados por el escrito de oposición por las razones que cada uno de ellos suscita, a los que damos respuesta en los siguientes fundamentos.

Como tampoco por el suceso que la disposición normativa originariamente impugnada consista en la Modificación de los artículos 88 a 97 de la Ordenanza, sin que pueda debatirse la legalidad de los preceptos de la Ordenanza que permanecen vigentes fruto de anteriores aprobaciones, que dice el Ayuntamiento ahora



firmes por consentidos, pues esta es una causa de inadmisión que hubiera podido deducir en la instancia, mas insusceptible de causar la inadmisión del contenido impugnatorio del escrito de interposición que se corresponde con los términos de las razones y decisión de la sentencia de instancia que ahora constituye el objeto de este recurso de casación, y que la parte aquí recurrida no cuestionó mediante el recurso propio que hubiera podido preparar por dicho motivo.

Las causas de inadmisión por consiguiente deben verse rechazadas.

TERCERO.- El recurso interesa la nulidad de aquellos preceptos de la Ordenanza de usos del paisaje urbano de Barcelona, por cuanto con la manifestación de querer regular cuestiones urbanísticas y medioambientales en realidad contempla materias propias de las telecomunicaciones, además en forma contraria al desarrollo del sector de las telecomunicaciones, al adecuado despliegue de las redes en el territorio, a los intereses de los usuarios y al derecho de acceso a los servicios en condiciones de igualdad, infringiendo estas limitaciones el principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

Motivos que ya fueron analizados y rechazados por la Sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2009 (recurso 5583/2007), al conocer de estas mismas pretensiones deducidas contra la Ordenanza de usos del paisaje urbano de Barcelona por la entidad Vodafone, S.A.; razones que reproducimos a continuación en aras de los principios de seguridad jurídica y de unidad de doctrina por ser plenamente aplicables en este proceso:

" 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 149.1.21ª y 149.1.27ª; 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 articulación 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 microceldas y/o picoceldas 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).- Las 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 nuestras 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 enjuicamos, 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 Ayuntamiento 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.

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 ."

CUARTO .- De acuerdo con el criterio jurisprudencial mencionado procede la desestimación de los motivos del recurso que cuestionaban los preceptos de la Modificación de la Ordenanza, relativos al Programa de Implantación, las limitaciones o restricciones a la ubicación de las instalaciones y de reducción del impacto paisajístico, la exigencia de técnicas de mimetización, la compartición y coubicación de infraestructuras y el régimen de retroactividad; mas no evita el enjuiciamiento en este recurso del motivo que este Tribunal ha modalizado su anterior criterio, que a continuación abordamos.

Esta última cuestión viene referida a la exigencia que las instalaciones de radiocomunicación utilicen la tecnología disponible en el mercado que comporte el menor impacto inmisivo, que con el siguiente tenor se recoge en el art. 91.2 de la Modificación de la Ordenanza: "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, deberán corresponderse con las mejores técnicas disponibles en cada momento 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 validados 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 costes excesivos."-

Dicha cuestión ha sido tratada y resuelta con reiteración por esta Sala, que hemos resuelto atendiendo a criterios de coherencia y de unidad de doctrina, en Sentencias de 24 de mayo de 2005 , 16 de julio de 2008 , 15 de junio de 2010 y 12 de abril de 2011 (recursos 2623/2003 , 7790/2004 , 240/2007 y 1809/2008), en las que nos hemos referido esta especie de cláusula de progreso, relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, suponiendo, en definitiva, una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad.

Conforme este criterio, concluíamos en aquellas sentencias que nada hay que oponer a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual, como tampoco a la posibilidad de que tal finalidad se plasme en restricciones a la instalaciones de antenas en determinadas ubicaciones o alturas.

Ha de advertirse que, tal como acabamos de exponer, la cuestión había sido resuelta por la Sala con las limitaciones inherentes al recurso de casación, que no nos permite introducir argumentaciones ajenas a aquellas destinadas a resolver las quejas planteadas en los correspondientes motivos. Y en todas las Sentencias antes citadas las partes habían combatido la exigencia impuesta a las operadoras por las respectivas ordenanzas de utilizar la mejor tecnología disponible desde el punto de vista de la indeterminación del concepto jurídico empleado, "mejor tecnología disponible", que a juicio de los recurrentes atribuía un inadmisibles grado de libertad a la Administración, sin que en ninguno de aquellos recursos se plantease la compatibilidad de aquella exigencia con el denominado principio de neutralidad tecnológica en la regulación.



Pero tras dichas Sentencias se ha pronunciado este Tribunal, en Sentencia de su Sección 5ª de 22 de marzo de 2011, recurso 1845/2006 , estableciendo una doctrina distinta a la de aquellas al conocer de la legalidad del Decreto autonómico catalán 148/2001, de 29 de mayo, de Ordenación Ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación, en la que se enfatiza que: " Nos parece evidente que la determinación de los estándares de tecnología idóneos es una cuestión que entra de lleno en el ámbito reservado para el legislador estatal ex artículo 149.1.21 de la Constitución , conclusión que no se desvirtúa por el hecho de que esa obligación se enmarque en una finalidad de índole ambiental, cual es prevenir las afecciones al paisaje y las emisiones, pues, como ya hemos dicho antes y ahora reiteramos, esa finalidad no puede ser esgrimida para diluir la competencia exclusiva estatal y fraccionar la unidad del mercado en tantas regulaciones como Comunidades Autónomas e incluso Ayuntamientos haya en función de lo que cada uno estime como más adecuado a estos efectos.

Podría oponerse a nuestra conclusión que el precepto no dispone que será la Comunidad Autónoma la que fije esos estándares, sino que presupone lo establecido en la normativa estatal y se limita a ordenar que las operadoras ajusten o adapten sus instalaciones a las peculiares circunstancias de cada emplazamiento, desde la perspectiva de la menor afección al ambiente, pero siempre en el marco de los parámetros técnicos predefinidos por el Estado.

Empero, esta objeción carece de validez, para enervar la conclusión que hemos alcanzado, por dos razones:

En primer lugar, porque los términos literales del artículo 6.2.a) son que los titulares de las actividades deberán ejercerlas utilizando la mejor técnica disponible, y no menciona, ni en este artículo ni en ningún otro del reglamento, que esa técnica será la que establezca el Estado. Más aún, el precepto se remite a la Ley autonómica 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, la cual, a su vez, tampoco se remite a estos efectos a la legislación estatal, más bien, al contrario, dibuja un marco normativo en el que el ordenamiento estatal no se menciona ni se contempla, al menos a los efectos que ahora interesan.

En segundo lugar, porque no cabe extender generalizadamente y sin matices a este Orden jurisdiccional el siempre polémico método de las llamadas "sentencias interpretativas" con el mismo sentido y alcance con que lo hace el Tribunal Constitucional, a fin de que los Tribunales contencioso-administrativos fijemos un contenido de la norma que realmente ésta no explicita, ni cabe inferir de forma implícita aunque evidente, pero que permita salvar su legalidad. Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional dicta "sentencias interpretativas" con el fin de limitar la declaración de inconstitucionalidad únicamente a los casos en que no es posible salvar el precepto cuestionado con una "interpretación conforme"; pero en el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa tal posibilidad se encuentra con el obstáculo de que no incumbe a este Tribunal determinar la forma en que han de quedar redactadas las normas jurídicas (artículo 71.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Es verdad que cualquier sentencia incorpora una interpretación de los preceptos que aplica, y desde esta perspectiva todas las sentencias son, de alguna forma, interpretativas, pero lo que no puede hacer esta Jurisdicción es pronunciar una sentencia que adicione el texto de la norma examinada cuando ese sentido ni se expresa en la norma ni se desprende con naturalidad de su redacción, pues los Tribunales de justicia carecen de potestades normativas.

En este caso, el artículo 6.2.a) no remite la determinación de esa mejor técnica disponible a la legislación estatal ni cabe entender que eso es evidente aunque no se diga de forma expresa, sino que deja la cuestión en un nivel de incertidumbre que pugna frontalmente con la imprescindible seguridad jurídica que debe presidir las relaciones de los operadores con la Administración en un marco económico como éste, tan necesitado de certeza y previsibilidad con el fin de servir de referencia para guiar las decisiones empresariales.

En consecuencia, en este punto el motivo de casación debe ser estimado también.

No es ocioso añadir que algunas recientes sentencias de esta Sala han rechazado motivos casacionales similares a éste que ahora nos ocupa, porque, examinadas las circunstancias del caso, llegaron a la conclusión de que "tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001" (Sentencias de 5 de octubre de 2010, -recurso de casación 1306/2006 - y 13 de diciembre de 2010 -recurso de casación 833/2005 , entre otras), de manera que, si se salvó la legalidad de tal inciso en las regulaciones entonces examinadas, fue porque se partió de la base de que la exigencia de la **mejor tecnología disponible** se fundaba en el Derecho estatal, que es justamente lo que aquí se echa de menos .".

La aplicación de la doctrina expuesta comporta que debamos acoger y aplicar a este caso y con vocación de generalidad la doctrina sentada en aquella Sentencia, reiterando de esta manera la contenida con igual sentido en nuestra Sentencia de 7 de diciembre de 2011 (recurso 7454/2004) y, estimando la pretensión de la recurrente, casar la sentencia y declarar la nulidad del artículo 91.2 de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de Barcelona, en cuanto regula cuestiones técnicas de las instalaciones radioeléctricas, sin salvaguarda concreta de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.



Y con este mismo entendimiento de lo que compete al Estado analizamos el artículo 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 por debajo de los parámetros ambientales y de prevención del riesgo para la salud de las personas previstos en la normativa de aplicación". Precepto que a continuación prevé que el coste del sistema de control deviene obligatorio para las operadoras como condición para el otorgamiento de las licencias en la forma que desgrana el Anexo II, como la Disposición Adicional de la Ordenanza contempla una prueba piloto con la finalidad de llegar a conclusiones técnicas suficientes, a cuya colaboración se obliga a las operadoras como condición para la obtención de nuevas licencias.

La Ordenanza no omite de manera explícita que la gestión del dominio público radioeléctrico y las facultades para su administración y control corresponden al Estado, lo que, entre otras funciones, comprende la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, tal como establece el artículo 61 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones (ahora artículo 44.1.a y 50 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones), pero se arroga la potestad inspectora que es propia del Estado sobre cuestiones estrictamente técnicas de las inmisiones radioeléctricas, en los términos que hemos reseñado.

Establecido esto, en nuestra Sentencia de 15 de noviembre de 2011 (recurso 191/2008), hemos enfatizado que *" las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio, ambiente o sanidad no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva al Estado en el repetido artículo 149.1.21, aunque el uso que éste haga de ellas condiciones necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencia exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque también sean exclusiva, de la Comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución "*. En esa nuestra Sentencia analizábamos el establecimiento por el municipio de restricciones adicionales a la exposición a los campos electromagnéticos, que declaramos son regulaciones propiamente técnicas que entran de lleno dentro del ámbito competencial reservado al legislador estatal, y que en este aspecto ha sido desarrollada en el artículo 9 del Real Decreto 1066/2001, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, que encomienda a los servicios técnicos del Ministerio de Ciencia y Tecnología la elaboración de planes de inspección para la comprobación del cumplimiento de las instalaciones a lo dispuesto en el citado Reglamento.

Asimismo, se decía en la Sentencia en último lugar citada que no cabe invocar para contrarrestar lo anterior las competencias que en materia de sanidad o ambiente sean titularidad de entes distintos al Estado, pues *" en la materia de las telecomunicaciones en que nos movemos, es al legislador estatal al que le ha correspondido cohesionar los intereses de las empresas del sector, por un lado, y las exigencias ambientales y sanitarias por otro, como resulta de los artículos 61 y 62 y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones, lo que se ha llevado a cabo mediante 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; norma esta cuya conformidad a Derecho fue declarada por la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2006 (recurso de casación 503/2001) "*.

Desde esta perspectiva, la regulación estatal no es un simple mínimo común que pueda ser unilateralmente ampliado por las Comunidades autónomas con pretendido amparo en los títulos competenciales de ambiente y sanidad, como precisamente en este caso sostiene la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sino más bien un marco normativo general con vocación de aplicación sobre la totalidad del territorio nacional, que pondera equilibradamente los diversos intereses concurrentes, definiendo los requisitos técnicos del despliegue de la red que se consideran necesarios para garantizar tanto un desarrollo eficaz de las telecomunicaciones como la salud de los ciudadanos y la preservación del ambiente.

Si se caracterizara la regulación estatal como un simple mínimo común denominador, que puede ser superado por las Comunidades mediante el incremento de las restricciones y limitaciones para las empresas con base en razones sanitarias o ambientales, el propio equilibrio de la regulación, y, en definitiva, la unidad del mercado, que se garantiza a través de esa regulación única y común, se desvirtuaría, frustrándose así el objetivo que ha guiado la atribución competencial para el Estado, que resulta del tantas veces mencionado artículo 149.1.21 de la Constitución ".

Sentencias que traemos aquí como ejemplo de que el ámbito municipal, de preservación de los intereses urbanísticos, medioambientales y sanitarios de su competencia, no pueden incidir en la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones, que comprende, con carácter de exclusividad, las cuestiones



estrictamente técnicas sobre el uso del dominio público radioeléctrico que se quiere regular mediante la Ordenanza (así también Fº. Jº. 7º STC 8/2012), doctrina que aquí lo es para la estimación del motivo de casación, en lo que afecta a los artículos 91.2, 91.7, Anexo II y Disposición Adicional de la Ordenanza de usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona.

Manteniéndose en lo demás el fallo de la sentencia de instancia.

QUINTO.- Sin que haya lugar a la imposición de las costas causadas en la instancia ni en el presente recurso de casación, pues, con arreglo al artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, en la redacción de aplicación por razón temporal, no se aprecia que las partes hayan sostenido su acción en la instancia con mala fe o temeridad y, con arreglo al artículo 139.2 de la misma Ley , en las instancias o grados sucesivos a la primera sólo procede la imposición de costas si se desestima totalmente el recurso.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles 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 13 de mayo de 2008, recaída en el recurso contencioso administrativo número 1260/2003 y, en su virtud, casamos la citada sentencia; y estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Barcelona de la Modificación de los artículos 88 a 97 (ambos incluidos) de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano en la ciudad de Barcelona -B. O. P. de Barcelona nº 266, de 6 de noviembre de 2003-, declaramos la nulidad del artículo 91.2, del artículo 91.7, del Anexo 2 y la Disposición Adicional de la referida Modificación de la Ordenanza, por no ser conformes a Derecho, confirmándose en lo demás el fallo de la sentencia recurrida. Sin que haya lugar a la expresa condena en costas en la instancia ni respecto de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.