

Roj: **STS 1124/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1124**Id Cendoj: **28079130042016100097**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **17/03/2016**Nº de Recurso: **1876/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ NA 688/2014,**  
**STS 1124/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil dieciséis.

**Visto** por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de casación núm. **1876/2014**, interpuesto por **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** representada por el Procurador de los Tribunales D. David Martín Ibeas y defendida por la Letrada D<sup>a</sup>. Raquel Borreguero Sáenz y por el **AYUNTAMIENTO DE TUDELA** representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Rosa Sorribes Calle y defendido por el Letrado D. Enrique Ríos Argüello, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 26 de marzo de 2014, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 197/2011, a instancia de la reseñada mercantil, contra la Ordenanza Municipal sobre Instalaciones e Infraestructuras de Telefonía Móvil en el Municipio de Tudela, acordada por el Pleno de dicho Ayuntamiento en fecha 20 de diciembre de 2010, y publicada en el Boletín Oficial de Navarra de fecha 31 de enero de 2011.

Han sido parte recurridas el **AYUNTAMIENTO DE TUDELA** representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Rosa Sorribes Calle y defendido por el Letrado D. Enrique Ríos Argüello y **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** representada por el Procurador de los Tribunales D. David Martín Ibeas y defendida por la Letrada D<sup>a</sup>. Raquel Borreguero Sáenz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso-administrativo núm.197/2011 seguido en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, con fecha 26 de marzo de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que debemos estimar como estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de VODAFONE ESPAÑA S.A.U., contra la Ordenanza Municipal sobre Instalaciones de Infraestructuras de Telefonía Móvil en el municipio de Tudela, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de dicha localidad en fecha 20 de diciembre de 2010, Boletín Oficial de Navarra de 31 de enero de 2011, por considerarla parcialmente contraria al Ordenamiento Jurídico, y en consecuencia, anulamos los siguientes artículos de dicha Ordenanza: a) 3.1, b) 3.4, c) 4.2.18, y en concreto su inciso último, que señala: " por aplicación del art. 7 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre , se establece un tiempo máximo de vigencia de la autorización igual a la fecha de terminación del contrato civil que le autorice a la instalación, llegada la cual, el operador deberá justificar la renovación del mismo para que se proceda a renovar dicha licencia", d) 4.3, e) 7.3.6 apartados a) y b), f) 11.2, y en concreto su último inciso, que señala: "... ni en parcelas o edificios destinados a equipamientos con los que no tuvieran una relación expresa", g) 17, h) 21, i) 22 apartado 1, j) 23.2 apartado c), k) 31.2, l) 31.3 apartado a) y m) 34, en la referencia que efectúa al instalador".



**SEGUNDO.-** El Procurador de los Tribunales D. Carlos Hermida Santos en representación de Vodafone España, presentó con fecha 24 de abril de 2014 escrito de preparación del recurso de casación.

La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Natividad Izaguirre Oyarbide en representación del Ayuntamiento de Tudela, presentó con fecha 25 de abril de 2014 escrito de preparación del recurso de casación.

El Secretario Judicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra acordó por diligencia de ordenación de fecha 30 de abril de 2014 tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.

**TERCERO.-** La representación procesal de Vodafone España, parte recurrente, presentó con fecha 17 de junio de 2014 escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que solicitó se dicte sentencia dando lugar al recurso, casando y anulando la resolución recurrida con los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho.

La representación procesal del Ayuntamiento de Tudela, parte recurrente, presentó con fecha 20 de junio de 2014 escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que solicitó se proceda a estimar el recurso en el sentido expresado en su escrito, consistente en declarar conformes a derecho los artículos 3.1, 3.4, 4.2, 4.3, 17, 22, 36, 31.1, 31.2 y 31.3 y Disposición Transitoria Primera de la Ordenanza Municipal recurrida, con expresa condena en costas al contrario.

**CUARTO.-** Vodafone España, representada por el Procurador de los Tribunales D. David Martín Ibeas y el Ayuntamiento de Tudela representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Rosa Sorribes Calle, comparecieron y se personaron como parte recurridas.

**QUINTO.-** La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por providencia de fecha 8 de septiembre de 2014, admitir a trámite el presente recurso de casación y remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.

**SEXTO.-** Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, a la representación de Vodafone España, parte recurrida, presentó en fecha 17 de noviembre de 2014 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala se dicte en su día sentencia que con estimación del presente escrito de oposición acuerde la desestimación en su totalidad del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Tudela.

Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, a la representación del Ayuntamiento de Tudela, parte recurrida, presentó en fecha 19 de noviembre de 2014 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala tenga por presentada contestación al recurso de casación interpuesto por Vodafone España, y una vez se tramite el procedimiento correspondiente, se desestime íntegramente el recurso, con expresa imposición de costas al recurrente.

**SÉPTIMO.-** Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 23 de febrero de 2016, continuando la deliberación el 8 de marzo siguiente.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de 26 de marzo de 2014, de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Vodafone España, contra la Ordenanza Municipal sobre Instalaciones de Infraestructuras de Telefonía Móvil en el municipio de Tudela, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de dicha localidad en fecha 20 de diciembre de 2010, Boletín Oficial de Navarra de 31 de enero de 2011, por considerarla parcialmente contraria al Ordenamiento Jurídico y, en consecuencia, anula los siguientes artículos de dicha Ordenanza:

a) 3.1,

b) 3.4,

c) 4.2.18, y en concreto su inciso último, que señala: "por aplicación del art. 7 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, se establece un tiempo máximo de vigencia de la autorización igual a la fecha de terminación del contrato civil que le autorice a la instalación, llegada la cual, el operador deberá justificar la renovación del mismo para que se proceda a renovar dicha licencia",

d) 4.3,



- e) 7.3.6 apartados a) y b),
- f) 11.2, y en concreto su último inciso, que señala: "... ni en parcelas o edificios destinados a equipamientos con los que no tuvieran una relación expresa",
- g) 17,
- h) 21,
- i) 22 apartado 1,
- j) 23.2 apartado c),
- k) 31.2,
- l) 31.3 apartado a),
- m) 34, en la referencia que efectúa al instalador.

En el suplico de la demanda la entidad actora había solicitado, en primer lugar, se deje sin efecto la Ordenanza Municipal impugnada, y se proceda a retrotraer las actuaciones con el fin de solicitar al Ministerio competente el Informe exigido por el artículo 26 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Con carácter subsidiario, solicita se declare la nulidad de los siguientes artículos de la Ordenanza impugnada: 2.4, 3.1, 3.4, 4.2.5, 4.2.6, 4.2.7, 4.2.10, 4.2.15, 4.2.17, 4.2.18, 4.3, 5.c), 7.3.6 apartados a) y b), 11.2, 12.2, 12.3, 17, 21, 22, 23.2 apartados c) y d), 25, 28, 31.2, 31.3, 34, y la disposición transitoria segunda.

La sentencia de 26 de marzo de 2014 ahora recurrida, se ajusta a la que con fecha 6 de febrero de 2014 había dictado el Pleno de la misma Sala de Navarra en la impugnación de la misma Ordenanza Municipal sobre Infraestructuras de Telefonía Móvil en el Municipio de Tudela de fecha 20 de diciembre de 2010, pero en ese caso en relación con la impugnación efectuada por Telefónica Móviles.

En el caso que nos ocupa, la impugnación es llevada a cabo por otra operadora de telefonía móvil, Vodafone España, si bien, la norma impugnada es la misma. Los recursos contencioso administrativos interpuestos por una y otra son distintos, pero, en la mayoría de los casos, coincidentes en cuanto a los preceptos impugnados, coincidencia respecto de la cual, a juicio de la Sala "a quo", no cabe sino reiterar los argumentos contenidos en la mencionada sentencia.

Así en su fundamento de derecho segundo recoge en su práctica integridad los 16 fundamentos de derecho de aquella sentencia del Pleno, que damos por reproducidos. Debe advertirse que dicha sentencia del Pleno sería firme pues en el recurso de casación núm. 966/2014, consta decreto del Secretario Judicial declarando desierto el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Tudela.

A continuación considera (fundamento de derecho tercero):

*"A la vista del contenido de la mencionada sentencia, son varios preceptos de ésta Ordenanza cuya impugnación debe considerarse ya resuelta. Además de lo anterior, y también por los motivos expuestos en la citada sentencia, la genérica solicitud contenida en el suplico de la demanda relativa a dejar sin efecto dicha Ordenanza, debe entenderse desestimada.*

*En cuanto a las disposiciones de dicha Ordenanza que se anulan, contenidas en la mencionada sentencia, tenemos las siguientes: artículos 3.1, 3.4, 4.2.18 último inciso, 4.3, 7.3.6 apartados a) y b), 11.2 último inciso, 17, y 22 apartado 1.*

*Asimismo, y también en relación con el contenido de la mencionada sentencia de dicha Sala, desestima la solicitud de anulación de los siguientes artículos de la Ordenanza: 4.2.5, 4.2.6, 4.2.7, 4.2.10, 4.2.15, 4.2.17, 5 apartado c), 12.2, 12.3, 23.2.d), y Disposición Transitoria Segunda".*

Luego en su fundamento de derecho cuarto considera:

*"Teniendo en cuenta lo anterior, resta por analizar la procedencia o improcedencia de la anulación de los artículos de la Ordenanza que siendo objeto de la impugnación efectuada por Vodafone España S.A.U., no lo fueron, y en consecuencia tampoco analizadas, en el procedimiento instado por Telefónica Móviles España S.A.U., resuelto en la sentencia de 6 de febrero de 2014, de esta Sala.*

*En primer lugar, tenemos el artículo 2.4, que excluye del ámbito de aplicación de la Ordenanza los equipos y estaciones de telecomunicación para protección civil, defensa nacional, navegación aérea, y seguridad pública en general. No procede la anulación de esta disposición. Como señala en cuestión idéntica la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 19 de junio de 2013, tales equipos y estaciones de telecomunicación con dichas finalidades no están sujetos a la Ordenanza. No puede declararse la nulidad de dicho precepto en la medida de que se trata de un supuesto de no sujeción, careciendo el*

*Tribunal de potestad para suplir la voluntad de la Administración que dicta la Ordenanza de someter a su control un tipo de instalaciones que la Ordenanza no regula. En todo caso, añade dicha sentencia, no puede olvidarse que se trata de equipos cuya titularidad le corresponde a otras Administraciones Públicas.*

*Por otro lado, el art. 23.2 apartado c) debe ser anulado, desde el momento en que exige, para la puesta en funcionamiento de las instalaciones, certificación acreditativa realizada por técnico competente del cumplimiento de los niveles de referencia del Anexo 1 del Decreto 267/2.001, de 29 de noviembre, relativo a la instalación de infraestructuras de radio y comunicación, que como hemos visto no es competencia de las entidades locales.*

*Del mismo modo, debe ser anulado el art. 21, al establecer el sometimiento de las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ordenanza a la obtención de las correspondientes licencias, y ello en base a la normativa ahora vigente y expuesta en la fundamentación jurídica de esta resolución.*

*Debe mantenerse el art. 25 de la Ordenanza, que se limita a establecer la obligación del titular de la licencia, o el propietario de las instalaciones, para realizar las actuaciones necesarias para el desmantelamiento y retirada de los equipos de telefonía móvil o sus elementos, restaurando al estado anterior a la instalación de los mismos el terreno, construcción o edificio, en los supuestos de cese definitivo de la actividad o de los elementos de las mismas. La misma suerte debe correr el art. 28, que se circunscribe a la orden de desmontaje y retirada, estableciendo plazos para ello.*

*Debe ser anulado el art. 31.2, en tanto en cuanto considera infracción muy grave la implantación opuesta en servicio de instalaciones o infraestructuras de radiocomunicación sin contar con las preceptivas licencias, y ello en base a lo reiterado en la presente resolución. Igualmente, debe ser anulado el art. 31.3 apartado a) al considerar infracción grave el funcionamiento de la actividad con sus correspondientes equipos sin respetar las condiciones que figuren incorporadas a la autorización o licencia concedida.*

*Finalmente, en el art. 34 debe anularse, única y exclusivamente, la referencia que se efectúa a los instaladores, como sujetos responsables. A este respecto, la mencionada sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de junio de 2013 señala, en relación con las responsabilidades, que estas no pueden alcanzar al instalador, que carece de capacidad para interferir en la instalación y que se encuentra vinculado al propietario de la instalación por una relación jurídico-privada, razón por la que se debe eliminar del círculo de responsables dicha figura.*

*Por todo ello, procede la estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto, en los términos señalados en la presente resolución".*

**SEGUNDO.** - En el recurso de casación del Ayuntamiento de Tudela no se invoca ninguno de los motivos de casación del artículo 88.1 de la LJCA cuando en la preparación se habían anunciado motivos de los apartados c) y d) por lo que dicho escrito carece de la estructura mínima de un recurso de casación, limitándose a un escrito de demanda.

Debe añadirse igualmente que el Ayuntamiento de Tudela se aquietó con la sentencia del Pleno de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de febrero de 2014 sobre la misma Ordenanza y los mismos preceptos que la ahora impugnada viene a reiterar. Así consta que por decreto de 3 de junio de 2014 se declaró desierto el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Tudela contra la sentencia de 6 de febrero de 2014 dictada por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso núm. 204/2011 a instancia de Telefónica Móviles (recurso de casación núm. 966/2014). Debe entenderse -ex artículos 95.1 y 93.2.d) de la LJCA - que, planteado en tales términos el recurso carece manifiestamente de fundamento.

**TERCERO.**- En el presente recurso de casación Vodafone España invoca dos motivos de casación, el primero al amparo del artículo 88.1.d) LJCA, en el que examina:

1. La falta de competencia de los Ayuntamientos para regular en materia de telecomunicaciones y sobre aspectos técnicos de las instalaciones de telecomunicación (artículos 4.2.5, 4.2.6, 12.3, 23.2 b) y 5 c) de la Ordenanza de Tudela).
2. La utilización de la mejor tecnología disponible (artículos 4.2.7 y 12.2 de la Ordenanza).
3. El uso compartido de instalaciones (artículos 4.2.10 y 12.3 de la Ordenanza).
4. La exigencia de seguro de responsabilidad civil (artículos 23.2 d) y 4.2.18 de la Ordenanza).
5. La retirada de las instalaciones cuando se produzca el cese definitivo de la actividad (artículos 4.2.15 y 25 de la Ordenanza).



6. El control municipal previo a la puesta en funcionamiento de las instalaciones (artículos 23.1 de la Ordenanza).
7. La aportación de autorización expresa del titular del terreno o edificio en donde se ubique la instalación (artículos 4.2.17 y 4.2.18 de la Ordenanza).
8. El desmantelamiento de las instalaciones cuando no se disponga de licencia aun siendo posible su legalización (artículo 28 de la Ordenanza).
9. La Disposición Transitoria Segunda de la Ordenanza.

Y en el motivo segundo denuncia, al amparo del artículo 88.1.c) LJCA, la incongruencia de la sentencia, al no pronunciarse sobre la nulidad de los siguientes artículos solicitada en el escrito de demanda: - artículo 31.3 b), que establece como infracción muy grave el deber de conservación y retirada de las instalaciones de los equipos de telecomunicación; - artículo 31.3 c), que establece como infracción muy grave el incumplimiento de los plazos de adecuación de las instalaciones existentes a las exigencias contenidas en la Ordenanza.

Adelantamos que procede estimar este motivo y resolver conforme a lo que se dice en la sentencia de 24 de febrero de 2015 a la que inmediatamente nos referiremos.

Por otra parte, se incluye un pretendido motivo tercero de casación, a modo de consideraciones finales, en el que la sociedad recurrente alude a cómo el nuevo régimen jurídico derivado de la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (publicada en el BOE de 10 de mayo de 2014) afectaría a la mencionada Ordenanza.

Sin embargo, debe advertirse desde ahora se trata de una cuestión nueva, que no fue tratada en la instancia (la sentencia es de 26 de marzo de 2014), sin perjuicio de añadir que el motivo también se encontraría defectuosamente preparado, ya que no fue anunciado en preparación.

**CUARTO.-** Como recuerda la sentencia de 24 de febrero de 2015 -recurso de casación núm. 2273/2013 - también a instancia de Vodafone España, esta Sala se ha pronunciado en numerosas sentencias, sobre asuntos análogos al de autos, en los que las operadoras de telefonía han impugnado ordenanzas reguladoras de instalaciones de telefonía móvil. En tales recursos se ha planteado, entre otros aspectos, que las ordenanzas invadían competencias estatales. Sobre ese punto que está en la base de los recursos, se deduce una jurisprudencia que puede resumirse en los siguientes puntos:

1º) El Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen general de las Telecomunicaciones - artículo 149.1.21ª de la Constitución - lo que se circunscribe a los "aspectos propiamente técnicos". Se está así ante un título competencial sectorial.

2º) Este título ni excluye ni anula las competencias municipales para la gestión de sus respectivos intereses que son de configuración legal. Tales intereses se plasman en unos títulos competenciales transversales (la ordenación del territorio y urbanismo, protección del medio ambiente), cuyo ejercicio se concreta en las condiciones y exigencias que imponen para ubicar y establecer instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil.

3º) Se está así ante títulos competenciales de distinta naturaleza, uno sectorial de titularidad estatal y otros transversales de titularidad municipal que concurren o convergen en el mismo ámbito físico entendido como territorio -suelo, subsuelo y vuelo-, con objetos distintos y hasta a veces con distintas intensidades.

4º) La Sala ha aplicado la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, referida a la concurrencia competencial de la normativa estatal y autonómica, pero ha entendido que su doctrina es extrapolable al ejercicio por los municipios de su potestad reglamentaria. De esta Sentencia cabe deducir que los títulos antes citados se limitan y contrapesan recíprocamente; no pueden vaciarse mutuamente de contenido y han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial.

5º) Como criterios de delimitación competencial el Tribunal Constitucional ha dicho, por ejemplo, que de entrecruzarse e incidir en el mismo espacio físico una competencia estatal sectorial con una competencia horizontal, ésta tiene por finalidad que su titular -en esa sentencia, las Comunidades Autónomas- formule una política global para su territorio, con lo que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones incluida la estatal.

6º) La competencia sectorial como la ahora contemplada condiciona el ejercicio por los municipios de sus competencias, lo que lleva a que se acuda a la coordinación, consulta, participación, o concertación como fórmulas de integración de estos ámbitos competenciales concurrentes. Aun así, si esas fórmulas resultan insuficientes, la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente.



7º) De esta manera, como la Sala ha declarado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye las municipales, los Ayuntamientos en sus ordenanzas pueden establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias para sus instalaciones.

8º) Estas exigencias impuestas por los municipios en atención a los intereses cuya gestión les encomienda el ordenamiento, deben ser conformes a ese ordenamiento y no pueden suponer restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni pueden suponer limitaciones.

9º) Esto ha llevado a la Sala a fijar como doctrina que el enjuiciamiento de los preceptos impugnados en cada caso se haga desde principios como el de proporcionalidad, lo que implica un juicio sobre la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la limitación que se haga al derecho al operador y el interés público que se intenta preservar.

**QUINTO.** - Han quedado ya recogidos los artículos de la Ordenanza de Tudela anulados por las sentencias de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de marzo de 2014 -recurso núm. 197/2011-, que es la aquí recurrida, y la del Pleno de aquella Sala de 6 de febrero de 2014 por lo que debe estarse a lo allí resuelto.

El resto de los preceptos cuestionados de la Ordenanza han sido, en realidad, examinados en el recurso de casación núm. 2273/2013, interpuesto también por Vodafone España contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del País Vasco respecto a la Ordenanza Municipal sobre Instalaciones e Infraestructuras Radioeléctricas del municipio de Basauri aprobada por Acuerdo de 24 de junio de 2010 (publicada en el BOB núm. 139 de 22 de julio de 2010).

Como quiera que los preceptos impugnados de las respectivas ordenanzas son idénticos y los argumentos de la recurrente son también sustancialmente los mismos, deberemos ajustarnos a lo que se dijo en aquella sentencia de 24 de febrero de 2015 - recurso de casación núm. 2273/2013 - y, en términos análogos, sentencia de la misma fecha, 24 de febrero de 2015 -recurso de casación núm. 695/2013 -, interpuesto por la entidad Telefónica Móviles contra la sentencia de 8 de enero de 2013 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo núm. 1175/2010, también frente al reseñado Acuerdo de 24 de junio de 2010 del Ayuntamiento de Basauri por el que se aprueba definitivamente la citada Ordenanza.

**SEXTO.**- Así, reiteramos a continuación lo que se dijo en aquella sentencia de 24 de febrero de 2015 -recurso de casación núm. 2273/2013 - sobre los preceptos cuestionados y que se examinan, desde distintas perspectivas, en dicha sentencia.

A) Sobre los artículos 4 y 12.2:

*"TERCERO.- Como segundo submotivo se impugna la Sentencia de instancia al confirmar los artículos 4 y 12.2 que ordenan que los proyectos deberán justificar y, por tanto, emplear, la utilización de la mejor tecnología disponible, técnica y económicamente viable. Tal submotivo se estima por las siguientes razones:*

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

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

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

**CUARTO.**- El siguiente motivo de casación se refiere a la confirmación de los artículos 4.2 y 12.2 en cuanto al llamado "uso compartido". El primero exige que en el supuesto de instalaciones en demarcación no urbana,



los proyectos deben justificar la imposibilidad de compartir otras infraestructuras existentes en el entorno; el segundo exige, en esa línea, que los equipos - aparte de justificar la mejor tecnología- deben «lograr el mejor tamaño y complejidad de la instalación y permitir así la máxima reducción del espacio visual». Tal submotivo se desestima por las siguientes razones:

1º La Sentencia de instancia confirma ambos preceptos pues los considera conformes con el ejercicio de las competencias municipales sobre urbanismo y protección del medio ambiente (Ley vasca 3/1998 de 27 de febrero, sobre protección del medio ambiente y la Ley vasca 2/2006 de 30 de Junio de suelo y urbanismo); añade que las características de las instalaciones (morfología o diseño, tamaño o volumen, etc.) no son extrañas a la competencia municipal sobre seguridad y ornato de edificaciones, protección del paisaje o entorno, luego no infringe el artículo 149.1.21ª de la Constitución .

2º La recurrente en casación alega que el uso compartido de las instalaciones de telecomunicación sólo puede imponerlo el Estado, previa audiencia al interesado y de manera motivada; un ayuntamiento no puede exigirlo pues infringiría el artículo 30 LGTel, invadiría competencias exclusivas del Estado e infringiría la Directiva 90/388/CEE , de 28 de junio, que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar a los operadores la prestación de servicios de telecomunicaciones y la supresión de todas las restricciones en lo que se refiere al uso de infraestructuras suministradas por terceros y al uso compartido de infraestructuras.

3º La recurrente cita a tal efecto, aparte de la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, la de esta Sección de 27 de mayo de 2013 (recurso de casación 747/2007) según la cual los ayuntamientos no pueden atribuirse la decisión última sobre compartición de emplazamientos ni uso compartido de infraestructuras; sí pueden, motivadamente y mediante informes, por razón de la tutela intereses medioambientales o urbanísticos, entender que procede la compartición, pero quien lo decide es el Estado de forma ponderada recogiendo los informes sectoriales de otras Administraciones: se garantiza cooperación en una competencia concurrente.

4º Sin embargo se desestima este motivo pues mezcla dos aspectos: quién es competente para imponer el uso compartido y hasta qué punto es admisible. En cuanto a éste último, el uso compartido en sí es una restricción admisible que puede imponerse ( cf. artículo 30.4 LGTel.), y que es admisible se explica porque en otro caso no se entendería que se permita su imposición, sólo que quien puede imponerla es el Estado.

5º La Ordenanza exige que en caso de instalaciones en una demarcación no urbana, si se trata de proyectos de instalación no compartida, acompañen justificante de que le resulta imposible al operador compartir otras infraestructuras ya existentes. Con esto la Ordenanza fomenta la compartición, lo que está en la línea del artículo 30.1 LGTel. según el cual «Las Administraciones públicas fomentarán la celebración de acuerdos voluntarios entre operadores para la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras situadas en bienes de titularidad pública o privada».

6º En consecuencia, los artículos cuestionados en la instancia parte de la premisa de que un operador presente un proyecto sin haber previsto compartir ubicación ni instalaciones y como lo general es que se fomente la compartición, es por lo que se le exige que justifique que no es posible. Cosa distinta es la imposición de la compartición, algo ajeno al supuesto de hecho que regula la Ordenanza, cuya competencia corresponde a la Administración del Estado, pero tal extremo -que es en el que centra la actora su recurso- no es el supuesto ahora enjuiciado. Por lo demás, este tipo de previsiones se han confirmado por este Tribunal, valga como cita la más reciente Sentencia de 8 de marzo de 2013 (recurso de casación 5778/2005)".

B) Sobre los artículos 4.2 y 23:

"SEXTO.- En el siguiente submotivo se impugna la Sentencia al confirmar los artículos 4.2 penúltimo y artículo 23, que exigen al operador una póliza de responsabilidad civil con cobertura total sobre daños a personas y cosas, con renovación anual mientras se mantenga en servicio la instalación. Tal submotivo se estima por las siguientes razones:

1º La Sentencia de instancia confirma tal previsión conforme a la Directiva 2006/123/CE sobre servicios en el mercado interior y concluye que si la prestación de los servicios comprendidos en el ámbito de la Directiva requiere la prestación de la garantía que cubra los riesgos inherentes a la actividad, ha de considerarse igualmente exigible, se trate o no de servicios comprendidos en ese ámbito regulador, cuando su prestación esté sometida a autorización para la protección de la salud pública, lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera "razones imperiosas de interés general".

2º La recurrente, con base en las Sentencia de esta Sala ya reseñadas, basa su impugnación en que es el Estado quien tiene competencia sobre legislación mercantil, rechaza que las instalaciones presenten un riesgo directo y concreto para la salud, no hay norma que exija la suscripción de tales pólizas y se remite a Real Decreto 1066/2001, de 28 de noviembre, que regula las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, y



con remisión a la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012 , concluye que tal norma es de carácter básico, luego basta con cumplir con sus requerimientos.

3º Se estima este submotivo de casación y debe recalcar que lo que se debate no es la obligación de cualquier prestador de servicios, que supongan un riesgo directo y concreto, de concertar un seguro de responsabilidad civil sino de que el Ayuntamiento no tiene potestad para su exigencia. La cuestión no es tanto la exigibilidad sino quién puede exigirla. A estos efectos, los preceptos impugnados exigen, por una parte, que los proyectos vayan acompañados del justificante de haber suscrito una póliza de seguro (artículo 4.2) y condicionan ya sea la puesta en funcionamiento a la suscripción de la misma [artículo 23.2.d)].

4º La jurisprudencia de la Sala es clara en este punto (cf. Sentencias de 8 de marzo y 17 de mayo de 2013 , recursos de casación 5778/2005 y 3177/2006 , respectivamente) señalando la segunda de las citadas «que no existe normativa sectorial específica que exija a los operadores la constitución de seguro de responsabilidad civil por los daños que pueda producir la actividad, máxime si el estado actual de conocimientos y la autorización y control del Estado y a su vez de organismos internacionales no determinan que deba existir una garantía especial para enfrentar posibles perjuicios».

C) Sobre el artículo 25:

"SÉPTIMO.- Se impugna también la Sentencia de instancia en cuanto que confirmó el artículo 25, referido a la retirada de instalaciones o de alguno de sus elementos, en los supuestos de cese definitivo de la actividad o de los elementos de las mismas que no se utilicen. Se desestima tal submotivo por las siguientes razones:

1º Según la Sala de instancia, lo que la Ordenanza prevé es que la retirada procede por resultar inservibles o técnicamente inoperantes y no de forma temporal o reversible; añade que así interpretada esa obligación no es lesiva para los derechos del operador amparados por el título de propiedad de las instalación y autorización para su funcionamiento.

2º La recurrente se limita a sostener que la Sala confirma un precepto que contraviene la autonomía de la voluntad y que sólo si antes del cese hay un acto que lo ordene, se retirarían esos elementos pues puede darse el caso de que unilateralmente o por contrato decida el cese por un tiempo.

3º Este submotivo carece de fundamento cuando se basa, precisamente, en las propias razones que la Sentencia emplea para confirmar la Ordenanza: es conforme a Derecho porque lo que prevé es la retirada cuando las instalaciones son «inservibles o técnicamente inoperantes y no de forma temporal o reversible». En este sentido no se trata de esperar a que haya un previo requerimiento -que podrá venir como consecuencia de un supuesto de ejecución forzosa- sino de que el operador asuma la obligación de retirar esos equipos en los supuestos antes citados.

4º Este Tribunal tiene dicho (cf Sentencia de 12 de junio de 2013, recurso de casación 4689/2010 ) que este tipo de previsiones normativas se insertan y son coherentes en el reparto competencial entre el Estado y los municipios en la defensa, por parte de estos, de los intereses que les son propios como son los urbanísticos y medioambientales. Además en esa misma Sentencia se dijo a la aquí recurrente que este tipo de previsiones no invade el ámbito de las relaciones entre particulares, luego no afecta a su libre autonomía al no adentrarse en la forma en que debe procederse a la retirada".

D) Sobre el artículo 28:

"OCTAVO.- Con el siguiente submotivo se impugna la Sentencia de instancia en cuanto que confirma el artículo 28. Tal precepto prevé que la orden de desmontaje y retirada, cuando no se disponga de licencia, será independiente de la orden de legalización, de manera que será inmediatamente efectiva mientras no esté legalizada la instalación. Tal submotivo se desestima por las siguientes razones:

1º Según la Sentencia se trata de un régimen especial de disciplina que debe estimarse adecuado a las características también especiales de las infraestructuras comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ordenanza (artículos 1 y 2). Y añade la Sala de instancia que no es una derogación singular del régimen general de disciplina urbanística respecto a obras ejecutadas sin licencia pero legalizables.

2º Según la recurrente la Ordenanza sólo puede prever el desmantelamiento de una instalación en los casos expresamente regulados por ley y no puede crear un régimen especial de disciplina remitiéndose al régimen general de disciplina urbanística.

3º Esta Sala no ve obstáculo para lo previsto en el artículo 28 en cuanto que se opta por ordenar la retirada, al margen de las resultas del proceso de legalización. Por otra parte en su escrito de oposición el Ayuntamiento alega que lo recogido en tal precepto tiene su base en las previsiones en la normativa de disciplina urbanística





del País Vasco, que no cita y que, en todo caso, llevaría lo litigioso a un punto en el que esta Sala no puede entrar por razón del artículo 84.6 de la LJCA ".

E) Sobre el régimen sancionador:

"NOVENO.- Concluye este motivo de casación impugnando la confirmación que hace la Sala de instancia del régimen sancionador previsto en la Ordenanza, pronunciamiento que se confirma. Tal submotivo se desestima por las siguientes razones:

1º La recurrente se refiere en su recurso a todo el régimen sancionador de la Ordenanza, sin hacer expresa concreción de los preceptos impugnados, lo que ya advirtió la Sentencia recurrida. En este sentido es conforme a Derecho la Sentencia, precisamente por dicha inconcreción. Cabría entender que lo impugnado fue el artículo 31 en cuanto que tipifica una serie de conductas como infracciones muy graves, graves y leves, pero de ser así debería haberse concretado, tipo a tipo, en qué se advertía la ilegalidad.

2º Nada habría que objetar al artículo 30 pues se limita a prever que el incumplimiento de la Ordenanza respecto de las normas urbanísticas sobre emplazamiento, instalación y funcionamiento de los equipos de radiocomunicación, es sancionable «de conformidad con lo establecido en la legislación estatal, autonómica y municipal» aplicable; en el aspecto medioambiental se remite a «la normativa urbanística de régimen local y medio ambiental que sea de aplicación» y concluye que «para el resto de cuestiones que afecten a materias de competencia municipal se estará a lo previsto en la normativa de régimen local y (sic) general reguladora de dichas materias».

3º En cuanto al artículo 31, el artículo 139 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, apodera a los municipios para que "en defecto de normativa sectorial específica" puedan establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, apoderamiento que tiene por objeto «la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos». No basta, por tanto, negar esa potestad, sino razonar en qué medida los tipos sancionadores exceden de ese apoderamiento para ejercer tal potestad en ese ámbito de forma subsidiaria.

4º Corroborar lo dicho la Sentencia de esta Sala y Sección de 12 de junio de 2013 (recurso de casación 4689/2010) y que la propia recurrente cita. En ella, tras advertir el apoderamiento de los entes locales conforme a los artículos 4.1.f) y 139 y siguientes de la Ley 7/1985 antes citada, expresamente dijo que no puede hacerse una imputación genérica de infracción del principio de legalidad, por lo que enjuició con concretos tipos sancionadores".

F) Sobre el artículo 2.4:

"DUODÉCIMO.- El artículo 2.4 excluye del ámbito de aplicación de la Ordenanza «los equipos y estaciones de telecomunicación para la Protección Civil, las adscritas a la Defensa Nacional, al sistema de navegación aérea, a la seguridad pública y, en general, a cualesquiera servicios de análoga naturaleza», si bien añade que el Ayuntamiento valorará positivamente que los de esos equipos y estaciones «intenten regular sus emisiones y condiciones a los límites contemplados en esta ordenanza». Se desestima la demanda en tal punto por las siguientes razones:

1º En los folios 79 y 80 de la demanda se aborda la impugnación de tal precepto y que se basa en la infracción del artículo 14 de la Constitución pues no advierte razón que justifique la exención de tales instalaciones a los límites de emisión del Real Decreto 1066/2001.

2º El trato distinto que recoge la Ordenanza tiene su base en lo previsto en el artículo 4 de la LGTel., y cuya regulación queda reservada al Estado (artículo 4.1 de la LGTel). La Ordenanza se limita a constatarlo, si bien añade el inciso final antes expuesto.

G) Sobre el artículo 4.2:

"DÉCIMO CUARTO.- En cuanto al artículo 4.2, la incongruencia omisiva se advierte en tres aspectos: uno, al ordenar que los proyectos contemplen el compromiso de desmantelamiento de las instalaciones (folio 103); otro que obliga a aportar el contrato civil -de alquiler o de cualquier otra naturaleza- con el propietario del terreno y/o del edificio donde se vaya a instalar la infraestructura y, en tercer lugar, al amparo del artículo 7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, la autorización tendrá como duración máxima la del contrato; expirado éste, el operador debe instar la renovación del contrato para poder renovar la autorización (cf. folios 110 y 111). Se estima en parte la demanda en el siguiente sentido:

1º Respecto del primer aspecto -compromiso de desmantelamiento- se desestima por dos razones. La primera porque no se razona motivo de ilegalidad alguno, sino que la recurrente plantea una mera discrepancia y, en



segundo lugar, porque vincula tal impugnación a la del artículo 25 de la Ordenanza, confirmado en casación tal precepto, decae la impugnación directa de este apartado del artículo 4.2.

2º Respecto de la exigencia de aportar un contrato con la propiedad en los términos antes expuestos, la recurrente cita la Sentencia de esta Sección de 17 de noviembre de 2010 (recurso de casación 4824/2006). La Sala anuló previsiones análogas a la de autos sobre la base que tal exigencia cercenaba el derecho de los operadores a la ocupación de la propiedad privada pues si conforme al artículo 27 LGTel. los operadores pueden exigir que se les permita la ocupación de la propiedad privada, empleando para tal fin dos instrumentos jurídicamente -la expropiación forzosa y la declaración de servidumbre forzosa de paso de la infraestructura- exigirles contar en este caso con un contrato implica obstaculizar tal ocupación del dominio privado.

3º Finalmente, respecto de que la duración máxima de la autorización será la del contrato, luego expirado éste el operador debe instar la renovación del contrato para poder renovar la autorización, tal exigencia ahora impugnada contradice los supuestos tasados del artículo 7.1 de la Ley 17/2009 en que se basa; añádase que parte de la premisa de que la duración de la autorización coincidirá con la del contrato, luego si en este aspecto se anula la Ordenanza, hay que concluir que tal anulación arrastra a esta segunda exigencia".

H) Sobre la disposición transitoria segunda:

"DÉCIMO SEXTO.- Finalmente la Disposición Transitoria Segunda se impugna (folios 128 a 131) en cuanto que prevé que, respecto de las instalaciones ya existentes al tiempo de entrar en vigor, que en un plazo de seis meses los operadores deberán acreditar el nivel de cumplimiento de las determinaciones de la Ordenanza. Se desestima la demanda en este punto por las siguientes razones:

1º Tal tipo de previsiones las ha confirmado este Tribunal (cf. Sentencia de 29 de mayo de 2013, recurso de casación 2996/2010), Sentencia dictada precisamente respecto de la mercantil ahora recurrente que alegaba en un caso análogo la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución por entender que son previsiones retroactivas que lesionan sus derechos adquiridos, lo que supondrá una nueva obra con una nueva instalación.

2º La Sala, por el contrario, ha entendido se trata de una retroacción en grado mínimo y que las Ordenanzas se proyectan hacia futuro para que las instalaciones cumplan las exigencias por ella establecidas para el otorgamiento de las correspondientes licencias. Se trata de una retroactividad mínima que, en sí, no debe considerarse como tal retroactividad en sentido propio ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas. De no entenderse así, pervivirían regímenes urbanísticos y medioambientales distintos".

**SÉPTIMO.-** Así procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por Vodafone España y -ex artículo 95.2 LJCA - estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Tudela, declarándose la nulidad de los artículos 4.2 (núms. 5, 6, 7, 10, 15 y 17), 12.2 y 23 en los términos que se recogen en aquella sentencia. Todo ello además de lo ya acordado por la Sala "a quo".

Se rechaza la nulidad de los artículos 2.4, 5.c), 25, 28 y 31.3.b), c) y d) y disposición transitoria segunda.

**OCTAVO.-** No se hace imposición de costas al haberse estimado el recurso de casación y el recurso contencioso-administrativo ( artículo 139 de la LJCA ).

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

## FALLAMOS

**PRIMERO.-** Que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de VODAFONE ESPAÑA SAU, casándose y anulándose la Sentencia de 26 de marzo de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso núm. 197/2011, en los términos recogidos.

**SEGUNDO.-** Se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de VODAFONE ESPAÑA SAU contra el Acuerdo de 20 de diciembre de 2010 del Ayuntamiento de Tudela, publicado en el Boletín Oficial de Navarra de 31 de enero de 2011, por el que se aprueba definitivamente la Ordenanza Municipal sobre instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil en el municipio de Tudela y en su consecuencia se declara la nulidad de los artículos 4.2, 12.2 y 23 en los extremos y con la extensión expuesta en esta Sentencia.

**TERCERO.-** Se inadmite el recurso del Ayuntamiento de Tudela.

**CUARTO.-** No se hace imposición de costas.



Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Segundo Menendez Perez Maria del Pilar Teso Gamella Jose Luis Requero Ibañez Jesus Cudero Blas Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ