



Roj: **STS 4341/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:4341**

Id Cendoj: **28079130042006100249**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **04/07/2006**

Nº de Recurso: **417/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANTONIO MARTI GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil seis.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, compuesta por los Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación nº **417/2004**, interpuesto por Retevisión Móvil S.A., que actúa representada por el Procurador D^a Consuelo Rodríguez Chacon, contra la sentencia de 2 de diciembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Palma de Mallorca del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, recaída en el recurso contencioso administrativo 1219/2002, en el que se impugnaba la Ordenanza Municipal sobre Instalaciones de Telecomunicaciones y Telefonía Móvil, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Sant Joan de Labritja, el 27 de marzo de 2002.

Siendo parte recurrida el Ayuntamiento de Sant Joan de Labritja, que no ha comparecido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 16 de octubre de 2002, Retevisión Móvil, interpuso recurso contencioso administrativo con la Ordenanza Municipal sobre Instalaciones de Telecomunicación y Telefonía Móvil, aprobada por el Ayuntamiento de Sant Joan de Labritja, y tras los trámites pertinentes el citado recurso contencioso administrativo terminó por sentencia de 2 de diciembre de 2003, cuyo fallo es del siguiente tenor: "PRIMERO. Desestimamos la causa de inadmisibilidad. SEGUNDO. Estimamos parcialmente el recurso. TERCERO. Declaramos no ser conforme a Derecho y nulo el apartado quinto de la Disposición Transitoria Primera de la Ordenanza recurrida. CUARTO. Desestimamos las restantes pretensiones de la actora y declaramos ser conformes a Derecho los artículos 6, 7, 8, 11.2 y 22 y los apartados primero a cuarto de la Disposición Transitoria Primera. QUINTO. Sin costas".

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada sentencia, la parte recurrente por escrito de 17 de diciembre de 2003, manifiesta su intención de preparar recurso de casación y por providencia de 7 de enero de 2004, 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 estime el recurso, se anule la sentencia recurrida y se declaren nulos los artículos 6,7,8,11.2, 22, y los apartados primero a cuarto de la Disposición Transitoria Primera de la Ordenanza Municipal aprobada por el Ayuntamiento de Sant Joan de Labritja, en base a los siguientes motivos de casación: "PRIMERO.- POR INFRACCION DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y DE LA JURISPRUDENCIA APLICABLE PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE DEBATE Y CONCRETAMENTE DE LOS ARTICULOS 137, 140 Y 149 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA. SEGUNDO.- POR INFRACCION DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y DE LA JURISPRUDENCIA APLICABLE PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE DEBATE Y CONCRETAMENTE DEL ARTICULO 25 DE LA LEY REGULADORA DE BASES DE REGIMEN LOCAL EN RELACION CON EL ARTICULO 2.2 DE LA DIRECTIVA 96/19 DE LA COMUNIDAD EUROPEA, VULNERACION DEL REAL DECRETO 1066/2001 EN RELACION CON LA RECOMENDACION DEL CONSEJO DE LA COMUNIDAD EUROPEA 1999/519/CE DE 12 DE JULIO DE 1.999 Y EN RELACION CON LOS ARTICULOS 1 Y 66 DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES. TERCERO.-



INFRACCION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y DE LA JURISPRUDENCIA APLICABLE PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE DEBATE Y CONCRETAMENTE VULNERACION DEL REAL DECRETO 1066/2001 EN RELACION CON LA RECOMENDACION DEL CONSEJO DE LA COMUNIDAD EUROPEA 1999/519/CE DE 12 DE JULIO DE 1999, TODO ELLO EN RELACION CON LOS ARTICULOS 1 Y 66 DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y EL ARTICULO 14 DE LA LEY 5/95 DE ATRIBUCION DE COMPETENCIA A LOS CONSEJOS INSULARES EN MATERIA DE ACTIVIDADES CLASIFICADAS , EN RELACION CON EL REGLAMENTO DE ACTIVIDADES MOLESTAS, NOCIVAS, INSALUBRES Y PELIGROSAS. CUARTO.- INFRACCION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y DE LA JURISPRUDENCIA APLICABLE PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE DEBATE Y CONCRETAMENTE VULNERACION DEL PLIEGO DE BASES ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y DE PRESCRIPCIONES TECNICAS APROBADAS POR REAL DECRETO 1252/1997 , Y RECOGIDO EN LA ORDEN MINISTERIAL DE 24 DE JUNIO DE 1998 , DEL ARTICULO 11 DE LA DIRECTIVA 97/33/CE EN RELACION CON EL ARTICULO 43 DE LA LEY 11/98 DE 24 DE ABRIL , GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, DEL ARTICULO 62.2 DE LA LEY DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN " .

CUARTO.- Por providencia de 26 de abril de 2006, se señaló para votación y fallo el día veintisiete de junio del año dos mil seis, fecha en tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, estimó en parte el recurso contencioso administrativo, refiriendo en sus Fundamentos de Derecho los siguientes: "SEGUNDO. Las instalaciones de telefonía móvil, aun servicio de interés general, no han de dejar de sujetarse a la ordenación del territorio y el planeamiento de la ciudad, con respeto al medio ambiente y a la salud, de modo que, insertadas en un sistema de convivencia colectiva, donde el protagonismo corresponde a la Corporación Municipal, en definitiva, no cabe desconocer las competencias que corresponde ejercer al Ayuntamiento, bien que tampoco cabe admitir que el ejercicio de esas competencias obstaculice la implantación.

Por tanto, pese al énfasis que se pone en la demanda sobre la licencia ministerial de que se dispone, debe señalarse, ante todo, que la concreción en una instalación precisa activa y pone en juego el ejercicio de las competencias locales para salvaguardar los derechos de los vecinos, esto es, el círculo de los intereses municipales.

Naturalmente, la mejor forma de ordenar instalaciones como las del caso no es sino insertarlas en los instrumentos de planificación territorial, como así se contempló en la Ley de la Comunidad Autónoma 6/99, donde se preveía la elaboración del Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones, al que se hace mención en la exposición de la Ordenanza combatida, igual que a la Norma Territorial Cautelar, sobre la que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones pasó revista - resolución de 10 de octubre de 2000-.

La instalación de infraestructuras de telefonía móvil se encuentra sujeta, desde luego, a la normativa urbanística sobre uso del suelo, donde bien cabe medida preventiva como la presentación de un plan de despliegue de la red en el municipio, pero se encuentra sujeta también, en cuanto aquí puede interesar, a las restantes medidas concretas que en el ámbito de sus competencias se establezcan por la ordenación municipal -ubicación, incluyendo obligación de compartir instalaciones, atenuación de efectos visuales o imposición del deber de conservación-.

El sometimiento de la instalación de telefonía móvil a licencia municipal de obras, instalación, actividad y funcionamiento no supone sino recoger lo que del artículo 16 de la Ley de la Comunidad Autónoma 8/1995 o de la normativa urbanística resulta, pero encuentra ya amparo en el derecho comunitario, de aplicación prevalente, donde la protección del medio y los objetivos de la ordenación del territorio operan como condiciones sustantivas que limitan la iniciativa empresarial y la libre competencia, de modo que ineludiblemente ha de atenderse a la normativa medioambiental y urbanística, cuyo control se lleva a cabo mediante las licencias antes indicadas. Ciertamente, las competencias estatales - artículo 149.1.16., 21. y 23. de la Constitución - como las competencias autonómicas en materia de salud, medio ambiente y urbanismo, condicionan el ejercicio de la potestad normativa local en materia de telefonía móvil, estando aquellas y ésta sometidas, esto es, sujetas a la prevalencia de la normativa comunitaria, pero al Ayuntamiento le incumbe el deber de controlar el cumplimiento de la normativa, sea de seguridad estructural de la instalación, sea de la actividad -clasificada o con incidencia ambiental-, o sea urbanística, correspondiendo a los planes urbanísticos la determinación de los concretos emplazamientos de las instalaciones de radiocomunicación y a la ordenanza municipal tanto la regulación sobre impacto en el medio ambiente y en el paisaje como la relativa a documentación y procedimiento de las licencias de actividades y urbanísticas, pudiendo también la ordenanza, como aquí sucede, incorporar normas dictadas, bien por el Estado, bien por la Comunidad Autónoma.



El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de junio de 2001 , ya admitió - y a ello ha de atenderse- que la competencia municipal en materia de urbanismo y medio ambiente habilita para establecer una regulación municipal en materia de antenas colectivas, bien que las exigencias técnicas que contengan ni pueden impedir la prestación del servicio ni pueden ser desproporcionadas.

TERCERO. Con el punto de partida de que, tal como ya ha quedado señalado, la licencia ministerial no excluye que la operadora deba obtener no solo licencia municipal de obras sino también la de actividad a que se refiere el artículo 6 de la Ordenanza combatida , por lo que respecta a que se sujetase o no a la tramitación relativa a expedientes de actividad clasificada, ha de tenerse en cuenta que, conforme resulta de los artículos 14, 15 y 17 de la Ley 8/95 , en relación con el Anexo I, no considerada como excluida la actividad de telefonía móvil, incluida o no en el nomenclator y no teniendo éste carácter limitativo, al fin, tratándose de actividad potencialmente peligrosa, ha de quedar sujeta al procedimiento correspondiente - artículos 25 y siguientes de la Ley 8/95 -.

En ese sentido, el Plan Especial de Telefonía Móvil de Ibiza y Formentera, amparado en la Norma Territorial Cautelar y vigente en tanto no se aprobase el Plan Director Sectorial, también requiere las licencias de instalación y apertura y funcionamiento.

Despejada igualmente en el anterior fundamento la incógnita sobre el alcance del control municipal, que comprende, pese a lo que en la demanda se aduce, el cumplimiento de la normativa a que se sujete la actividad en cuestión, sea comunitaria, estatal, autonómica o local, sin que tampoco el plan de implantación que se requiere - artículo 7 de la Ordenanza - deje de ser sino aceptable medida preventiva, ha de concluirse así que carece de fundamento atendible la impugnación de los artículos 7, 8 y 11.2 de la Ordenanza .

El artículo 22 de la Ordenanza Municipal anuda el establecimiento de la obligación de compartir a motivos urbanísticos, medioambientales o paisajísticos y la tesis de la actora no es sino que solo podría imponerlo el Estado, pero ha de tenerse en cuenta que, precisamente por los motivos a que se conecta en la Ordenanza el establecimiento del uso compartido, esto es, sobre materias en las que bien el Estado no tiene competencia o bien a las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos corresponden las normas de desarrollo y ejecución, al fin, el Ayuntamiento, en el marco de la relación de sujeción especial en que se encuentra la operadora, es competente para imponer la compartición a que se refiere el artículo 22 de la Ordenanza Municipal combatida.

Por lo que respecta a los apartados primero a cuarto de la Disposición Transitoria Primera de la Ordenanza , descartado ya que el alcance del control municipal se ciñese a lo que aduce la actora, en cuanto a la retroactividad que se cuestiona, debe tenerse en cuenta que la adecuación que contempla la Ordenanza no supondría sino, acaso, su aplicación a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con la entrada en vigor de aquella, esto es, una retroactividad de grado mínimo que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han declarado compatible con el principio de interdicción de la retroactividad, incluso cuando resultase aplicable.

En ese sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de enero de 2000 , señalaba lo siguiente:

"...la retroactividad de las normas en nuestro ordenamiento viene marcada por determinados preceptos y criterios jurisprudenciales. El artículo 2.3. del Código Civil contienen una norma de aplicación subsidiaria, al establecer la irretroactividad de las Leyes, si éstas no dispusieran lo contrario. El artículo 9.3 CE eleva a rango constitucional la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Y, en fin, el artículo 62.2. LRJ-PAC prevé la sanción de nulidad para los reglamentos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos.

No existe, por tanto, una interdicción general de la retroactividad de las normas, pero en todo caso, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se adopte en relación con el mencionado artículo 2.3 CC , ya se entienda que establece una regulación subsidiaria común para cualquier disposición escrita con carácter de generalidad, como ha entendido esta Sala en múltiples Sentencias (SSTS 22 de noviembre de 1980 (análoga), 13 de octubre de 1981, 26 de enero de 1982, 20 de febrero de 1982 y 15 de abril de 1997), o se mantenga la tesis que la entiende referida sólo a las disposiciones con rango de ley y que existe una prohibición absoluta de retroactividad para los reglamentos, lo cierto es que resultan ineficaces con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales 26-2-1999. Pero es bien conocida la diferencia de los distintos niveles o grados de retroactividad. Tanto de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que tiene una primera manifestación en la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero , y luego múltiples referencias en sucesivas Sentencias, como con la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS 14 y 22 de junio de 1999, 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997 , ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo que aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no, una retroactividad de grado medio, en la que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados, y, en fin, una retroacción de grado mínimo, en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido



conforme a la anterior norma. Esta retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretende anudar efectos "ex novo" a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, es aceptada pacíficamente por el Tribunal Constitucional y por este Alto Tribunal, ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (SSTC 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997 , entre otras, y SSTs de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997, 17 de mayo de 1999 , entre otras muchas)".

El apartado quinto de la Disposición Transitoria Primera de la Ordenanza Municipal impone a la operadora la obligación de cumplimentar un seguro de responsabilidad civil por cada antena.

Al respecto, según ya se ha señalado, la actora aduce que "...excede de la competencia del Ayuntamiento..."; y éste, en la contestación a la demanda, ha guardado silencio.

Hemos reiterado que la instalación de infraestructuras de telefonía móvil se encuentra sometida a la normativa urbanística y que también lo está a las medidas concretas que se establezcan en la ordenación municipal, pero las medidas concretas a imponer por el Ayuntamiento se extienden -y limitan- a todas aquellas que se encuentran comprendidas en el ámbito de sus competencias.

Pues bien, no solo es ya que sea significativo el silencio del Ayuntamiento en el juicio sino que, ante todo, el seguro requerido carece incluso de contacto cualquiera con las competencias municipales ejercitables en la materia, de modo que, adentrada así la Ordenanza combatida en la competencia estatal, procede la declaración de nulidad pretendida en la demanda.

Llegados a este punto, cumple ya la estimación parcial del recurso".

SEGUNDO.- En el motivo primero de casación, la parte recurrente denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, en concreto los artículos 137,140 y 149 de la Constitución Española .

Alegando en síntesis, que conforme a los preceptos citados el Estado tiene la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones y que la competencia de los entes locales, que además es derivada, no puede por la vía indirecta originar el vaciamiento de la competencia estatal , y por ello, dice, ninguna Ordenanza Municipal puede incidir sustancialmente en la competencia sectorial del Estado, citando al efecto la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1999 nº 149/99 .

Y procede rechazar tal motivo de casación.

De una parte, porque la parte recurrente se limita a hacer consideraciones generales sobre las competencias del Estado en la materia sin explicitar, como es exigido, cómo y en qué forma se produce la infracción, y sin olvidar, que ese vaciamiento de las competencias del Estado, que de forma genérica refiere el recurrente, lo atribuye a la Ordenanza Municipal y no a la sentencia, recurrida, que es el único objeto del recurso de casación, según establece la Ley que lo regula, - Ley de la Jurisdicción-, y ha declarado reiteradamente esta Sala del Tribunal Supremo.

De otra, porque esa invasión o vaciamiento de las competencias del Estado las refiere genéricamente a toda la Ordenanza Municipal y no ha formulado petición de nulidad de toda la Ordenanza y si de alguno de sus artículos, y estaba por ello obligado a precisar cómo y en qué forma, las valoraciones de la sentencia recurrida sobre los artículos impugnados, infringen el ordenamiento y la jurisprudencia.

Y en fin, porque esta Sala del Tribunal Supremo, aun reconociendo la competencia del Estado en materia de Telecomunicaciones, también ha admitido, competencias de los Ayuntamientos en la materia, con lo que ciertamente se desvirtúan incluso esas alegaciones genéricas del recurrente, bastando para ello recordar lo declarado en la sentencia de 15 de diciembre de 2003 , relativa a una Ordenanza de instalación de antenas aprobada por el Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canarias, en la que se dice, en el Fundamento Tercero, lo siguiente: "...a) Como tuvimos ocasión de señalar en STS 24 de enero de 2000 , el artículo 149.1.21 CE delimita las competencias estatales en materia de telecomunicaciones respecto de las Comunidades Autónomas, mientras que las competencias municipales derivan de la Ley, sin perjuicio de que la autonomía local represente una garantía institucional reconocida por la CE para la "gestión de los intereses locales" (arts. 137 y 140 CE). Y añadíamos, en STS de 18 de junio de 2001 , que la existencia de un reconocimiento de la competencia en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales.

El sistema de fijación o de determinación de competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas que se verifica en el Título VIII de la Constitución tiene como finalidad el establecer los principios con arreglo a los cuales deben distribuirse las competencias básicas, normativas y de ejecución entre el Estado y las



Comunidades Autónomas, como entes territoriales investidos de autonomía legislativa. Sin embargo, no impide que la ley, dictada con arreglo al esquema competencial citado, reconozca competencias a los entes locales ni anule la exigencia constitucional de reconocer a cada ente local aquellas competencias que deban considerarse necesarias para la protección de sus intereses en forma tal que permita el carácter reconocible de la institución.

La autonomía municipal es, en efecto, una garantía institucional reconocida por la Constitución para la «gestión de sus intereses» (artículos 137 y 140 de la Constitución) y hoy asumida en sus compromisos internacionales por el Reino de España (artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988).

Los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 LOT/87 y 43 y siguientes LGT/98).

Este principio es plenamente aplicable a las instalaciones por parte de los operadores (sujetos a la sazón al régimen de concesión) que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Corporación municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo , y Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones) y en la nueva regulación estatal. Esta normativa reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y las expresadas instalaciones.

El artículo 17 LOT/87 establecía una importante conexión entre el derecho del operador a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación de los servicios, en el ámbito de las condiciones que establece el artículo 28 de la misma , y los instrumentos de planeamiento urbanístico. En su apartado segundo establecía que «En tal sentido, los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio deberán tener en cuenta la instalación de servicios de telecomunicación, a cuyo efecto el Organismo encargado de su redacción recabará de la Administración la oportuna información». El artículo 18 reconocía el carácter vinculante de estos instrumentos en relación con la obligación de la canalización subterránea y establecía la proporción en que los operadores deben sufragar los costes de construcción de la infraestructura en proporción a su interés urbanístico. De este criterio se ha hecho eco la Jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1982, 7 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1986, 15 de octubre de 1988, 23 de noviembre de 1993, 22 de abril, 24 de octubre, 27 de noviembre y 17 de diciembre de 1996 y 11 de febrero de 1999 , entre otras). Estos mismos principios aparecen hoy desarrollados en los artículos 44 y 45 de la LGT/98 ."

TERCERO.- En el segundo motivo de casación, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 25 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local , en relación con el artículo 2,2 de la Directiva 96/19 de la Comunidad Europea , y la vulneración del Real Decreto 1066/2001 en relación con la recomendación del Consejo de la Comunidad Europea 1999/519/CE de 12 de julio de 1999 y en relación con los artículos 1 y 66 de la Ley General de Telecomunicaciones .

Alegando en síntesis; a), que el artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local al hablar de las competencias de las Corporaciones Locales, utiliza el término, en todo caso, y que si resulta incuestionable la potestad reglamentaria de las Corporaciones Locales, esta competencia ha de referirse a los intereses propios del municipio, y en modo alguno puede suponer una transgresión de las competencias del Estado; b), que la normativa local se ha de poner en relación con la Directiva 96/19 de la CE, concretamente su artículo 2,2 que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la posibilidad a los operadores de construir sus propias redes sin más restricciones que la protección del medio ambiente y la ordenación urbana y rural y ello hace que se incida por el Ayuntamiento en nulidad de pleno derecho, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62,1.b de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , por invadir esferas competenciales reservadas al Estado.; c), que la Corporaciones Locales no tiene ni tenían competencia para regular una materia que afecte directa y sustancialmente al sector de telecomunicaciones



y que en todo caso están vinculadas de lleno por la Directiva 96-19, y d), que de la sentencia recurrida y por ende de la Ordenanza confirmada, nace una previsión encaminada a una determinación de ordenación del territorio estableciendo la Ordenanza como un instrumento de ordenación, siendo así que esta ordenación supone una limitación al derecho de prestación del servicio de interés público con carácter universal que tienen las telecomunicaciones móviles y su motivación responde al temor de la incidencia en la salud humana, a virtud de las radiaciones electromagnéticas procedentes de las instalaciones en funcionamiento.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Por las mismas razones mas atrás expuestas, pues el recurrente se limita también a hacer consideraciones genéricas y a cuestionar la competencia de los Ayuntamientos en la materia, sin explicitar cómo ni en que forma, la sentencia recurrida, que es el único objeto del recurso de casación, y no la Ordenanza infringen el ordenamiento, sin olvidar, como también mas atrás se ha referido, que no se esta impugnando la Ordenanza en su totalidad y si alguno de sus artículos, y por tanto, la infracción se habría de referir, obligadamente a alguno de los artículos que son objeto de impugnación, obviamente, cuestionando en forma lo al respecto valorado por la sentencia recurrida.

Y debiendo agregar a lo anterior, que también esta Sala por sentencia de 24 de mayo de 2005, al resolver sobre la impugnación de una Ordenanza sobre instalación de Antenas aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona ha declarado, entre otros en su Fundamento de Derecho Tercero, lo siguiente: "1º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

Por consiguiente, 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 (art. 4.1 a)LRBRL y 5 RSCL), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (artículo 25.2 a)), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (artículo 25.2 b)), protección civil, prevención y extinción de incendios (artículo 25.2 c)), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2 d)), protección del medio ambiente (artículo 25.2 f)), patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2 e)) y protección de la salubridad pública (artículo 25.2 f)).

2º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados."

Sin olvidar en fin que la Ordenanza a que esta litis se refiere, expresamente declara y así lo reconoce la sentencia recurrida, que trata de respetar las competencias estatales y autonómicas en la materia.

CUARTO.- En el motivo tercero de casación, la parte recurrente denuncia la vulneración del Real Decreto 1066/2001, en relación con la recomendación del Consejo de la Comunidad Europea 1999/519/CE de 12 de julio de 1999, en relación con los artículos 1 y 66 de la Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 14 de la Ley 5/96 de Atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de actividades clasificadas, en relación con el Reglamento de Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas.

Alegando en síntesis; a), que en contra de lo expresado en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida, la Ordenanza concretamente en su artículo 8 está vulnerando lo dispuesto en el Real Decreto 1066/2001 de 28 de septiembre en relación con la recomendación del Consejo de la Comunidad Europea 1999/519/CE de 12 de julio, pues es evidente que el Ayuntamiento está invadiendo competencias que son exclusivas y excluyentes del Estado, y que, es el Estado el que conforme al Real Decreto citado establece las condiciones de protección de dominio público, radioeléctricas y las medidas de protección sanitaria; b) que a la vista de todo lo manifestado a lo largo del escrito y del criterio de la sentencia recurrida, esta representación entiende que los artículos recurridos de la ordenanza son nulos de pleno derecho; c), que igualmente la



Ordenanza y por ende con el criterio de la sentencia se produce la vulneración del artículo 1 y 66 de la ley 11-98 de 24 de abril, - que reproduce-, en cuanto es el Estado el que tiene la competencia en materia de telecomunicaciones; d), que igualmente la Sala con su criterio esta vulnerando el artículo 14 de la Ley 5/95 en cuanto establece los casos en que una actividad puede ser clasificada como peligrosa y el artículo 6 de la Ordenanza impugnada, establece la obligación de tramitar expediente de actividades clasificadas, y por ello ese artículo 6 es nulo porque el Ayuntamiento no tiene competencia para determinar cuales puedan ser las actividades clasificadas, al ser ello competencia de Comunidad Autónoma y por supuesto del Estado; e), que el Ayuntamiento no tiene competencia para clasificar una actividad, y que según el artículo 12,3 del Estatuto de Autonomía para las islas Baleares corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo de la legislación que dicte el Estado, y que este no ha definido como actividad clasificada la de telefonía móvil. Sin olvidar que el propio Ministerio de Ciencia y Tecnología ha declarado que la exposición a campos de radio frecuencia debida a teléfonos móviles o a estaciones base de telefonía, no tienen consecuencia alguna para la salud, y que así mismo el informe técnico elaborado por el Comité de expertos del Ministerio de Sanidad y Consumo, en relación a campos electromagnéticos y salud publica concluye que el cumplimiento de la citada recomendación es suficiente para garantizar la protección de la población; f), que dando cumplimiento al principio de precaución el Estado Español dicta el Real Decreto 1066-2001 por el que establece las condiciones de protección del dominio publico y las medidas de protección sanitaria, y por tanto es al Estado a quien incumbe inspeccionar la adecuación de las instalaciones a la normativa estatal y g), en fin que los Tribunales Superiores de Justicia se están pronunciando en el sentido de que la actividad de telefonía móvil no es una actividad clasificada y refiere dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 30 de septiembre de 2003 y de 15 de octubre de 2003.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

De una parte, porque el recurrente esta reiterando las consideraciones genéricas sobre las competencias de los Ayuntamientos en la materia, y las concreta además en la Ordenanza, también de forma genérica, sin hacer alusión alguna a las consideraciones y valoraciones al respecto realizadas por la sentencia recurrida, que es aquí lo único a valorar, según mas atrás se ha expuesto.

De otra porque además a esas consideraciones genéricas ya ha dado la respuesta oportuna esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias mas atrás citadas, cuyo contenido se ha expuesto.

Y en fin porque la única alegación concreta que el recurrente hace sobre la falta de competencia de los Ayuntamientos para declarar la actividad como clasificada y que la relaciona, esta vez adecuadamente, con el artículo 6 de la Ordenanza, también procede rechazarla. Pues por un lado, la Sala de Instancia ha dado las razones por las que estima que el Ayuntamiento si tenia competencia para ello, fundándolo en la interpretación y aplicación que hace de los artículos 14.15,17 y 25 de la Ley Autonómica 8/95 en relación con el Plan Especial de Telefonía Móvil de Ibiza y Formentera, y el recurrente no combate ni cuestiona en forma tal argumentación, y es preciso recordar, que en la interpretación y aplicación de la normativa autonómica es la Sala de Instancia la que tiene la potestad y competencia, estando vedado a este Tribunal Supremo entrar en su análisis, entre otros, artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción. Y por otro, aunque ya no resulte necesario, porque esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias citadas ha reconocido a los Ayuntamientos competencia en la materia, entre otras, por razones de seguridad, y estas razones de seguridad ya podrían justificar la clasificación de la actividad. Sin que a lo anterior obste el que ciertamente, como el recurrente refiere, otras sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, han declarado que la solución mas prudente sea la de no reconocer a los Ayuntamientos competencia para clasificar la actividad a que la Ordenanza se refiere, pues la sentencia de Instancia ha llegado a la conclusión contraria, valorando y aplicando la normativa de su Comunidad Autónoma, Ley 8/95 citada, y esa norma no la han podido tener en cuenta las otras Salas que han llegado a la conclusión contraria.

QUINTO.- El motivo cuarto de casación, la parte recurrente denuncia la infracción, infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones de debate y concretamente vulneración del Pliego de Bases administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobadas por Real Decreto 1252/1997, y recogido en la Orden Ministerial de 24 de junio de 1998, del artículo 11 de la Directiva 97/33/ce en relación con el artículo 43 de la Ley 11/98 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, del artículo 62.2 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Alegando en síntesis; a), que la Orden Ministerial de 24 de junio de 1998, al aprobar el concurso publico para la adjudicación de la concesión para la prestación del servicio de comunicaciones móviles, es la que concede la licencia ministerial de actividad, y que los entes locales únicamente tiene competencia respecto a la licencia de obras, de acuerdo además con lo dispuesto en el artículo 149,1,21 de la Constitución; b), que la sentencia recurrida vulnera el artículo 11 de la Directiva 97/33/CE, en cuanto las Corporaciones Locales no deben impedir el ejercicio por los operadores de su derecho a la ocupación del dominio publico



o propiedad privada o para el despliegue de sus redes; c), que el artículo 22 de la Ordenanza esta invadiendo las competencias que corresponden a los operados y en cualquier caso a la Autoridad Nacional, pues es el Estado el que debe intervenir para solucionar los conflictos que puedan existir, y el Ayuntamiento en modo alguno tiene competencias para establecer la obligación de compartir el emplazamiento o las instalaciones, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley General de Comunicaciones ; d), que así pues y para evitar repeticiones innecesarias, concluye, que, la sentencia al no declarar la nulidad de pleno derecho de los artículos 6,7,8,11.2, 22 y la Disposición Transitoria Primera punto 1,2,3 y 4 de la Ordenanza Municipal , es contraria a derecho y f), que conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000, tan solo cabría una retroactividad de carácter mínimo, pero en modo alguno el Ayuntamiento puede obligar a las operadoras que disponen de licencia de obras y de actividad a que vuelvan a iniciar el procedimiento de solicitud de licencias por la entrada en vigor de la Ordenanza, y de la lectura de la Disposición Transitoria, se desprende que en modo alguno se trata de una retroactividad de grado mínimo.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Pues en cuanto a las declaraciones genéricas sobre las competencias del Estado y de los Ayuntamientos, que hace, sin concretar a que artículos de los impugnados de la Ordenanza afectan, basta con referirse a todo lo mas atrás expuesto.

Y en cuanto a las cuestiones concretas que en relación con los artículos de la Ordenanza hace también procede rechazarlas.

De una parte, porque interesa la nulidad de los artículos, 6, 7, 8,11.2, 22 y Disposición Transitoria Primera puntos 1,2, 3 y 4, y solo hace referencia en sus argumentaciones a los relativos a la falta de competencias del Ayuntamiento para establecer la obligación de compartir el emplazamiento o los instalaciones y la retroactividad de la Ordenanza, y por tanto se puede entender que solo impugna esos preceptos de la Ordenanza, y en todo caso que no ha desvirtuado las valoraciones de la sentencia recurrida en los demás aspectos o artículos impugnados.

Y también procede desestimar el motivo de casación, en el particular, que cuestiona la legalidad de los citados preceptos. El primero, el relativo a la obligación de compartir, relacionado con el artículo 22 de la Ordenanza , porque la sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho explicita las razones por las que admite la legalidad del precepto, entre otros, porque se refiere a los supuesto en que el Estado no tiene competencia, y con ello la sentencia recurrida en esa aplicación respeta las competencias del Estado, que es lo único que aduce el recurrente, sin desvirtuar, como es exigido, las valoraciones de la sentencia recurrida. Debiendo en fin recordar que este Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de mayo de 2006, recaída en el recurso de casación nº 8788/2003 , aunque ha valorado las competencias del Estado en la materia, que se derivan del artículo 43 de la Ley General de Comunicaciones , ha reconocido también la competencia de los Ayuntamientos, para en determinados supuestos solucionar los conflictos e intervenir en aquellos casos en que procede compartir, declarando en su Fundamento de Derecho Octavo, lo siguiente: "OCTAVO.- Tras ello la disposición de la Ordenanza que se afirma conculca la normativa estatal, aquí la LGT/1998, debe ser examinada en el seno del conjunto de disposiciones de que forma parte y no aisladamente.

Nos centramos ahora en el séptimo motivo respecto del cual cabe rechazar las afirmaciones que se hacen respecto a la LGT/2003 por los motivos antes expuestos.

El apartado de la Ordenanza cuestionado es el art. 6.5 que sienta que "El Ayuntamiento, de manera justificada por razones técnicas, urbanísticas, medioambientales y paisajísticas, dando audiencia a los interesados, podrá establecer la obligación de compartir emplazamientos por parte de diferentes operadores, siguiendo los trámites previstos en la normativa estatal sobre utilización compartida de instalaciones de telecomunicaciones".

Su lectura evidencia que, tal argumenta la recurrente, no se impone el uso compartido sino que, en determinados supuestos por razones urbanísticas, medioambientales y paisajísticas -de competencia municipal- podrá establecerse la obligación de compartir emplazamientos diferentes operadores. Regulación que, tal como hemos razonado en el fundamento anterior, hemos reputado viable en la Sentencia de 4 de mayo de 2005 , al constituir una medida proporcionada a los fines pretendidos".

Y el segundo punto, el relativo, a la retroactividad de la Ordenanza, porque, las valoraciones de la sentencia recurrida, aparecen en plena conformidad con la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, en la sentencia mas atrás citada de 15-12-2003 , que en su Fundamento de Derecho Quinto ha declarado: "QUINTO.- El cuarto y último motivo de casación debe ser desestimado, pues ni el artículo 13 ni las disposiciones transitorias de la Ordenanza tienen una eficacia retroactiva incompatible con la prohibición del artículo 9.3 de la Constitución o el Título III del RDU .



En primer lugar, no se trata de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derecho, en el sentido estricto en que acoge este concepto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Persigue, en efecto, la implantación de una nueva regulación que por su carácter uniforme requiere el establecimiento de un régimen general.

En segundo término, aun desde la perspectiva del principio de irretroactividad de los reglamentos recogido hoy en el artículo 62.2 LRJ y PAC, el motivo tampoco puede ser acogido.

Resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (cfr. sentencia del Tribunal Supremo 26 de febrero de 1999).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero, y se recoge en la jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994, 22 de junio de 1994, 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997), ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo "cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no", una retroactividad de grado medio "cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados" y una retroactividad de grado mínimo "cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior".

Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas).

El examen de las normas de la Ordenanza cuestionada proyectan su eficacia al futuro tratando de que las antenas instaladas cumplan las exigencias por ella establecidas para el otorgamiento de las correspondientes licencias, concediendo el plazo de un año para la obtención de aquéllas y para la modificación de las condiciones de las ya instaladas con sujeción a los nuevos requisitos. Esto supone, a lo sumo, una retroactividad de grado mínimo (aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor), puesto que debe interpretarse que en ningún momento se contempla la supresión de las antenas que no sean susceptibles de adaptación a las nuevas condiciones exigidas por la Ordenanza, sino sólo su traslado o adaptación."

SEXTO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción, a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, si bien esta declaración carece de trascendencia, al no haberse personado parte recurrida.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Retevisión Móvil S.A., que actúa representada por el Procurador D^a Consuelo Rodríguez Chacon, contra la sentencia de 2 de diciembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Palma de Mallorca del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, recaída en el recurso contencioso administrativo 1219/2002, que queda firme. Sin que haya lugar a expresa condena en costas, por lo más atrás expuesto.

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 Martí García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.