

Id. Cendoj: 20069450022016100001

Organo: -

Sede: Guipuzcoa

Sección: 2

Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 21/03/2016

Nº Recurso: 693/2010

Ponente: VICTOR MORA GASPAR

Procedimiento: CONTENCIOSO

Idioma: Español

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE DONOSTIA

DONOSTIAKO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 2

ZK.KO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1-3º PLANTA - C.P./PK: 20012

Tel.: 943-000778

N.I.G. / IZO : 20.05.3-10/001843

Procedimiento / Prozedura : **Ordinario / Arrunta 693/2010**

SENTENCIA Nº 47/2016

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintiuno de marzo de dos mil dieciséis.

VICTOR MORA GASPAR, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 693/2010 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: RESOLUCION DE 26 DE FEBRERO DE 2010 DEL AYUNTAMIENTO DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN ACORDANDO CONCESION DE LICENCIA.

Son partes en dicho recurso: como recurrente Moises, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 NUM. NUM000 DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, Mariola y Nuria y, representado por el/la Procurador INES PEREZ-ARREGUI DE CODES, y dirigido por el/la Letrado JOSE ALBERTO ARRATE ORMAETXEA;comodemandada AYUNTAMIENTODEDONOSTIA -SAN

SEBASTIAN y TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S. A., representado por el/la Procurador SANTIAGO TAMES ALONSO y ELENA MEDINA CUADROS y dirigido por el/la Letrado ASUNTA DE LA HERRAN y DAVID SANZ DE LEON

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso-administrativo y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia estimatoria de sus pretensiones.

SEGUNDO.- Los Abogados de la parte demandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia desestimatoria

por la que se confirmase el acto recurrido. La cuantía del procedimiento queda fijada en indeterminada.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Objeto del procedimiento

PRIMERO.- Acto administrativo impugnado.

Constituye el objeto del presente procedimiento el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, de fecha 26 de febrero de 2010, que acuerda la concesión de licencia de actividad clasificada a Telefónica Móviles España, S.A., para la instalación de estación base de telefonía móvil en el nº 29 de la CALLE000 de esta Localidad.

II. Pretensiones de las partes

SEGUNDO.- Pretensiones del actor.

Se alza la parte recurrente frente a dicha resolución pretendiendo su nulidad. Fundamenta el recurso en los motivos que, sucintamente expuestos, son los siguientes:

1.- Nulidad al autorizarse un proyecto en el cual no se ha comunicado por parte del solicitante las zonas de interés y las previsiones de instalación de emplazamientos en la ciudad.

2.- Nulidad al autorizarse un proyecto que carece de evaluación individualizada de impacto ambiental.

3.- Nulidad al autorizarse un proyecto sin cumplir la solicitante con el requerimiento y condicionado municipal de fecha 11 de junio de 2008, respecto a la incidencia de la instalación en áreas sensibles.

4.- Nulidad al autorizarse un proyecto que no aporta certificación que acredite que el edificio puede soportar la sobrecarga de la instalación.

5.- Nulidad al autorizarse un proyecto que contempla la implantación de dos mástiles y afecta a la estética del edificio.

6.- Nulidad al autorizarse un proyecto que afecta a la visitabilidad y al tránsito de la terraza, no garantiza la zona límite de seguridad y no respeta la distancia mínima de seguridad al no tener una altura mínima de dos metros incrementados en proporción directa a la separación del borde de la edificación.

7.- Nulidad al autorizarse un proyecto que no cumple el retranqueo de dos metros establecido en la ordenanza complementaria de edificación.

8.- Nulidad al autorizarse un proyecto que no cumple con la ordenanza al no haberse presentado las características técnicas de la instalación, en relación a la densidad de potencia en w/cm² en el haz principal de radiación ni la distancia de las mediciones realizadas con la antena.

9.- Nulidad al autorizarse un proyecto que no guarda la distancia mínima de 10 metros de exclusión de sometimiento a radiaciones, establecida en la ordenanza.

10.- Nulidad al autorizarse un proyecto que no está visado.

11.- Nulidad al autorizarse un proyecto que carece de póliza de aseguramiento de riesgos.

12.- Nulidad por defectos sustanciales en la notificación de la resolución, que se realiza incompleta por no dar traslado del anexo I en que se fundamentaba la misma.

13.- Nulidad por defectos sustanciales en la resolución que se hace ininteligible al existir párrafos superpuestos que impiden su correcta interpretación.

TERCERO.- Oposición de las demandadas.

El Ayuntamiento demandado se opone al recurso basándose en los siguientes motivos:

1.- El derecho a la protección de la salud se encuentra suficientemente garantizado mediante el cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 1066/2001.

2.- La licencia de actividad se dicta en ejercicio de una potestad reglada, por lo que el Ayuntamiento no puede denegarla si el solicitante cumple la normativa vigente

3.- No se ha producido indefensión material en el recurrente

4.- Las cuestiones civiles del derecho de propiedad deben quedar al margen del presente recurso.

La codemandada Telefónica Móviles España, S.A.U. alega como motivo principal la competencia del Estado para regular, entre otros, los límites de exposición y salud.

III. Examen del recurso.

CUARTO.- Como hemos visto, articula el recurrente trece motivos de impugnación, los dos primeros de los cuales tienen que ver con la falta de

comunicación por la codemandada Telefónica Móviles de las zonas de interés y las previsiones de instalación de emplazamientos en la ciudad, así como con la falta de una evaluación individualizada del impacto ambiental. Pues bien, del examen del expediente, de las alegaciones de las partes, así como de la prueba practicada, dichos motivos de impugnación han de tener acogida favorable, y, consecuentemente, el recurso va a ser estimado.

Para la resolución de los principios que inspiran la cuestión aquí suscitada resulta paradigma la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000 que incorporan otras posteriores de 13 de diciembre de 2003 y 24 de mayo de 2005, así como varios Tribunales Superiores de Justicia, al pronunciarse sobre la legalidad de Ordenanzas Municipales relativas a la Regulación de la telefonía móvil, en la que se dice que:

"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" (artículos 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".

Esta doctrina se reitera en las Sentencias de 15 de diciembre de 2003 (LA LEY 372/2004), rec. 3127/2001 , y de 4 de julio de 2006 (LA LEY 77352/2006), rec. 417/2004 , al resumir que:

" 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 (LA LEY 847/1985))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."

Dicha doctrina es acogida en la Sentencia 863/2004 de 15 Nov. 2004, Rec. 2575/2002 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, sobre la que luego volveremos.

QUINTO.- Examinadas estas bases jurisprudenciales, dispone la Ordenanza reguladora de las instalaciones radioeléctricas pertenecientes a las redes de telecomunicaciones lo siguiente:

Art. 3 Comunicación de las zonas de interés

Con carácter previo a la tramitación de las licencias a las que se hará referencia en el Título III, las operadoras de telecomunicaciones que tengan la pretensión de instalar o modificar el emplazamiento de este tipo de instalaciones (estaciones base, antenas, sus elementos auxiliares de conexión y otros elementos técnicos necesarios) deberán presentar, por escrito, ante este Ayuntamiento, una memoria en la que se justifique debidamente la necesidad de nuevas instalaciones o modificaciones.

Art. 4. Contenido de la Memoria.

La Memoria habrá de especificar el número de estaciones base, antenas de telefonía móvil y otros elementos de radiofrecuencia que se prevé instalar en cada zona de la ciudad, descripción de las instalaciones, de los servicios prestados y de las tecnologías que pretenden utilizarse, calendario orientativo de ejecución y las distintas alternativas de emplazamientos.

Art. 6. Solicitud de licencia. (...)

3.- El establecimiento de la instalaciones de telecomunicación en espacios ambientales sensibles, entendiéndose por tales los que se define con esa consideración en el art. 8.7 d) del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre y artículo 3 de la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología 23/2002, de 11 de enero, estará sometido al procedimiento de evaluación individualizada de impacto ambiental y al resto de obligaciones recogidas en la Ley 3/1998, General de Protección del Medio Ambiente, o normativa que la sustituya

(...)

5.- Para la obtención de las licencias municipales será preceptivo el cumplimiento de los requisitos estipulados en los artículos 3 y 4 de la presente Ordenanza.

El art. 8.7 d) del Real Decreto 1066/2011, de 28 de septiembre establece que "De manera particular, la ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas debe minimizar, en la mayor medida posible, los niveles de emisión sobre espacios sensibles, tales como escuelas, centro de salud, hospitales o parques públicos".

El art. 3.1 f) de la Orden CTE de 11 de enero, del Ministerio de Ciencia y Tecnología define como centro sensible "Para las estaciones tipo ER1 y ER2, cuando en un entorno de 100 metros de las mismas existan espacios considerados sensibles (guarderías, centros de educación infantil, primaria, centros de enseñanza obligatoria,

centros de salud, hospitales, parques públicos y residencias o centros geriátricos), el estudio tendrá en consideración la presencia de dichos espacios, para lo que se justificará la minimización de los niveles de exposición sobre los mismos según lo previsto en el art. 8.7 del Reglamento y se aportarán los niveles de emisión radioeléctrica calculados, teniendo en cuenta los niveles de emisión preexistentes en dichos espacios".

SEXTO.- Sentado lo anterior, la ausencia del plan de despliegue exigido por la normativa referenciada resulta del propio reconocimiento que hace la Administración recurrida cuando, al folio 12 de su escrito de contestación señala la falta de constancia en el expediente del plan de despliegue previo, y si bien menciona que Telefónica Móviles España declara haberlo presentado, es lo cierto que el mismo no consta, por lo que no podemos tener por cumplimentado el requisito exigido, requisito que tampoco puede entenderse subsanado, como postula la demandada con la emisión de los informes urbanísticos que obran a los folios 350 y 475 e.a., pues lo cierto es que la ordenanza reguladora exige de forma taxativa la presentación del plan de desarrollo por escrito, como requisito previo para la tramitación de la solicitud de la licencia, y a la vista además de los informes mencionados, el primero que resulta desfavorable a la concesión de la licencia y el segundo remite, como no podía ser de otra manera, al cumplimiento de la ordenanza reguladora y resto de la normativa que resulte de aplicación. Como dice el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15-12-2003 , el apartado c) de su fundamento jurídico tercero:

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

Por otra parte, la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente. El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico a que se refieren los artículos 7 y 9 de la Ordenanza constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia. Y no pueden considerarse ilegales en cuanto establecen la indicada exigencia y señalan un contenido del plan tendente a garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y paisajes urbanísticos. Se tratan de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger. "

Y la Sentencia 863/2004 de 15 Nov. 2004, Rec. 2575/2002 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, establece, en lo que aquí resulta relevante que: "Respecto de la concreta crítica que recibe el art. 12.7 sobre presentación del programa de desarrollo como condición indispensable para que el municipio otorgue la licencia, se extiende la parte demandante en reflexiones generales sobre el régimen de licencia que por su extensión no vamos a reproducir pero que se sintetizan en la idea de que las limitaciones impuestas por la Ordenanza inciden sobre la libertad de empresa del artículo 38 CE, y suponen el incumplimiento de la legislación sectorial a que obliga el artículo 84.3 LRBRL, y con diversas citas de dicha Ley de Bases y del RSCL de 1.955, así como de la jurisprudencia o de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se adentra en consideraciones sobre ocupación del dominio público.

No obstante lo anterior, no es posible anudar el sustrato de tales consideraciones, en sí mismas atinadas en lo fundamental, con una hipotética objeción legal a que la licencia establecida por la Ordenanza esté condicionada a la presentación de un Programa de Desarrollo que, como hemos visto en la reciente y extensa cita de

Sentencia del Tribunal Supremo, cuenta con marchamo de legitimidad y, como el propio artículo 84.3 LRBRL menciona, no queda excluida por la previa intervención autorizatoria del regulador tecnológico."

En cuanto a la ausencia de una evaluación individualizada de impacto ambiental, el Ayuntamiento demandado reconoce (folio 355 e.a.) que "la estación base de referencia, afecta al menos a cuatro espacios catalogados como sensibles por el Decreto 1066/2001 y la Orden CTE 23/2002. En concreto al colegio San José (Prim 33), la Escuela infantil Municipal (Prim 35), otra guardería infantil (Prim 19) y la guardería infantil sita en el mismo lugar del emplazamiento (Prim 29)". De los informes periciales obrantes en actuaciones (documento 2 de la demanda, Más documental A, B, y C) resulta igualmente que la instalación afecta a cinco centros sensibles, a saber, la Guardería Tippi, el Centro de Estudios Francés, la Guardería Kuluxka, el Colegio San José y la guardería municipal, todos ellos a menos de 100 metros de la instalación. Como dice el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 13 Dic. 2010, Rec. 6426/2005: "Con carácter general, hemos afirmado la posibilidad de que los Municipios, en las Ordenanzas Municipales en materia de instalaciones de telecomunicación, puedan delimitar zonas en que se limite e incluso prohíba el emplazamiento de aquéllas. Baste recordar, atendiendo a criterios de coherencia y de unidad de doctrina, a lo ya declarado en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (LA LEY 254434/2009), rec. 5583/2007 , posteriormente reiterado, entre otras, en la de 27 de abril de 2010 (LA LEY 34287/2010), rec. 4282/2006:

"El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre (LA LEY 1373/2001) por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

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

El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001 (LA LEY 1373/2001) , bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles

-colegios, hospitales, parques y jardines públicos- estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

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

Sin embargo, en el caso presente se plantea algo más. Y es si, atendida la intensidad de las limitaciones impuestas en el apartado de la Ordenanza objeto de comentario, se ha establecido una restricción absoluta del derecho de las operadoras a la ocupación del dominio público local con vistas a la debida prestación del servicio.

Como punto de partida, cabe decir que, sin perjuicio de la aceptación general (en los términos que más arriba hemos referido) de la posibilidad de establecer restricciones

físicas o zonales al emplazamiento de instalaciones de telecomunicación, habrá de considerarse si, en cada caso concreto, las limitaciones establecidas, por un lado, responden, a un ejercicio proporcionado y justificado de las competencias municipales, y, por otro, respetan tanto el derecho de las operadoras a la ocupación del dominio público como el de los propios usuarios a su disfrute.

Por ello, hemos de examinar los términos concretos en que se ha establecido la restricción. Ésta se refiere, en primer lugar, a espacios o equipamientos en que, por razones de su utilización pública, resulta frecuente la presencia masiva y estable de personas. Es el caso de la restricción que afecta a la instalación de equipos de telecomunicación a menos de 100 metros de equipamientos educativos, culturales, asistenciales o sanitarios, así como en espacios libres clasificados por el planeamiento para el ocio. En cualquiera de esos casos, la prohibición aparece justificada, a juicio de la Sala en funciones de juzgador de instancia, por razón de la protección de la salud de los ciudadanos, finalidad que justifica el establecimiento de restricciones a la instalación de antenas y demás equipos de telecomunicación por parte de la Entidad Local, en los términos que hemos referido.

Distinto fundamento, aunque también justificado en términos genéricos a juicio de la Sala, tiene la prohibición de instalación de elementos o equipos destinados al servicio de las telecomunicaciones en palmerales o en los edificios protegidos incluidos en el Plan Especial.

En cuanto a los edificios protegidos, a priori, su protección no puede reputarse, en principio, ajena a las competencias municipales. Téngase en cuenta que el art. 25.2 e) LRBRL (LA LEY 847/1985) incluye la referencia al patrimonio histórico- artístico entre las materias sobre las que se proyectan las competencias municipales, es decir, entre las denominadas competencias propias de dichas Entidades Locales. En este sentido, hemos declarado, entre otras, en las sentencias de 23 de mayo y de 4 de julio de 2006 , recs. 8783 /2003 y 417/2004 , que "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."

Aunque la recurrente no lo plantee expresamente, conviene significar que el sistema seguido por la Ordenanza, de remitir o completar la delimitación de zonas en que no será posible la instalación de antenas a un instrumento de ordenación urbanística, no puede reputarse ilegítima en términos generales. Es evidente que, entre las competencias que ejercita el Municipio al regular las condiciones para la instalación de aparatos destinados al servicio de telecomunicaciones, ocupa un lugar destacado la urbanística. De forma que, aunque hallamos declarado que las Ordenanzas aprobadas con tal objeto no son propiamente instrumentos de ordenación urbanística, tampoco se puede descartar que existan aspectos de su regulación que sean objeto de tratamiento específico en normas de dicho carácter."

SÉPTIMO.- En definitiva, que nos encontramos ante la reglamentación por una Corporación de local de una materia de su competencia, pues no cabe duda que las exigencias de esa norma guardan directa relación con la ordenación urbanística (artículo 25.2- d) *LBRL*), y protección del medio ambiente (artículo 25.2 f) *LBRL*) siendo razonables y proporcionadas. De lo anterior se deriva que los Ayuntamientos pueden y deben 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 (arts. 4, 15, 86, 91 y 95 *LRAU* , 138 -b) *del TRLS de 1992* , entre otros). Además, parece razonable que se establezca una regulación sobre la ubicación de los emplazamientos de las antenas de telefonía móvil, pues la naturaleza y usos urbanísticos de los terrenos de un municipio es una competencia básica de los Ayuntamientos, en lo que viene a ser la ordenación racional de su territorio. La necesidad de dicha regulación se hace más evidente si se atiende al 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 en la Ley 11/1998) sin que pueda pretenderse, al amparo

de la exclusiva competencia estatal en materia de telecomunicaciones, excluir la que corresponde al Ayuntamiento, en cuyo ejercicio ha establecido las prescripciones o exigencias de los preceptos transcritos, sin que ninguna de ellas contravenga el ordenamiento, pues no prohíben la instalación de antenas a menos de 100 metros de las zonas consideradas sensibles tanto por el Real Decreto 1066/2001 como por la Orden CTE de 11 de enero, sino que preceptúa, conforme a dicha normativa y en aplicación de las medidas de protección en ella señaladas (recordemos que el apartado 7.d) del artículo 8 del Real Decreto 1066/2001 establece que "la ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas debe minimizar, en la mayor medida posible, los niveles de emisión sobre espacios sensibles, tales como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos". Lo que ha sido desarrollado por la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones, en cuyo apartado 3.1.f) se dispone que "para las estaciones tipo ER1 y ER2, cuando en un entorno de 100 metros de las mismas existan espacios considerados sensibles (guarderías, centros de educación infantil, primaria, centros de enseñanza obligatoria, centros de salud, hospitales, parques públicos y residencias o centros geriátricos), el estudio tendrá en consideración la presencia de dichos espacios, para lo que se justificará la minimización de los niveles de exposición sobre los mismos según lo previsto en el art. 8.7 del Reglamento y se aportarán los niveles de emisión radioeléctrica calculados, teniendo en cuenta los niveles de emisión preexistentes, en dichos espacios") el sometimiento de dicha instalación a un informe de evaluación individualizada de impacto ambiental.

El recurso ha de ser, en consecuencia, y sin necesidad del examen de los demás motivos de impugnación esgrimidos, íntegramente estimado.

OCTAVO.- Costas procesales.

A los efectos previstos en el art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998 las costas han de ser impuestas a la parte demandada.

NOVENO.- Vistos los límites cuantitativos impuestos a la apelabilidad en el artículo 81 de la LJCA cabe apelación frente a la presente resolución.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo ESTIMAR y ESTIMO íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora Inés Pérez Arregui de Codés, frente a la actividad administrativa referenciada en el Fundamento de Derecho Primero de la presente Sentencia, que anulo, porque no es conforme con el ordenamiento jurídico. Con expresa condena en costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso ordinario de apelación, ante este Juzgado, en el plazo de quince días a contar desde su notificación, mediante escrito debidamente razonado.

Una vez firme esta resolución, devuélvase el expediente administrativo al Organo de procedencia con testimonio de esta sentencia para su conocimiento, ejecución y para que la lleve a cumplido y debido efecto, de todo lo cual deberá acusar recibo a este juzgado en el plazo de diez días.

Así por ésta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.