



Roj: **STSJ AND 9856/2013 - ECLI:ES:TSJAND:2013:9856**

Id Cendoj: **18087330012013101171**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **16/09/2013**

Nº de Recurso: **138/2009**

Nº de Resolución: **2659/2013**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JOSE PEREZ GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SECCIÓN PRIMERA

ROLLO DE APELACIÓN NÚM. 138/2009

SENTENCIA NÚM. 2.659 DE 2.013

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Antonio de la Oliva Vázquez

Ilmos. Sres. Magistrados

Don José Pérez Gómez

Doña Rosa López Barajas Mira

En la Ciudad de Granada, a dieciséis de septiembre de dos mil trece. Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de apelación número **138/2009** dimanante del Procedimiento Ordinario núm. 547/2007, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número tres de los de Granada, siendo parte apelante **TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A**, representado por la Procuradora doña Estrella Martín Ceres, y parte apelada el **AYUNTAMIENTO DE MOTRIL**, en cuya representación interviene la Procuradora doña María Jesús Hermoso Torres. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo mencionado, en el recurso tramitado ante el mismo con el número reseñado, dictó sentencia número 271/08, de fecha 3 de octubre de 2008 en la que se acordaba estimar parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, del que, tras ser admitido en un solo efecto por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de 15 días formularan su oposición, presentándose por la partes apeladas escrito de impugnación de dicho recurso.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala se formó el oportuno rollo, se registró, se designó Ponente para la tramitación y al no haberse solicitado prueba, ni vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Asignado el recurso de apelación a la Sección Primera de la Sala, se designó como nuevo ponente al Ilmo. Sr. Magistrado don José Pérez Gómez, señalándose para la deliberación, votación y fallo el día y hora

que consta en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación frente la sentencia número 271/08, de fecha 3 de octubre de 2008, dictada en el recurso contencioso administrativo número 547/2007, procedimiento ordinario, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres de los de Granada, que estima parcialmente la demanda, anulando la resolución impugnada y acuerda la retroacción del procedimiento al momento en que se dictó el requerimiento de aportación al Plan de Implantación para continuar el procedimiento y determinar la posible legalización de la instalación, sin haber lugar a lo demás pedido ni a plantear la cuestión de ilegalidad.

SEGUNDO.- La parte apelante se alza frente a la sentencia antedicha alegando en síntesis lo siguiente:

- Que la sentencia al hacer alusión a que el expediente del que trae causa la resolución impugnada se inicia por solicitud de licencia de funcionamiento de actividad para la instalación de una estación base de telefonía omite su fecha: 25-09-2006. Declara probado que la demandada reconoce que el Plan de Implantación de la actividad se presentó en plazo.

- Que desestima plantear cuestión de legalidad, centrándose sólo en la ilegalidad de la exigencia de licencia de funcionamiento. Las afirmaciones de la sentencia sobre la necesidad de licencia de funcionamiento vulnera la doctrina de la Sala del TSJ, así como del TS.

- La nueva regulación del silencio administrativo por la reforma 4/99, del art. 43.1 de la Ley 30/1992, tiene como consecuencias que el vencimiento del plazo para resolver sin notificar resolución expresa, legitima al interesado para entenderla estimada o desestimada según los casos por silencio administrativo, y en este caso la licencia habría sido adquirida por silencio positivo, pues no existe infracción alguna de la normativa vigente al tiempo de su solicitud, sin que pueda alegarse la no aprobación de Plan de Implantación para excluir dicho silencio.

La Administración apelada se opone, suplicando se dicte sentencia desestimatoria del recurso de apelación y confirmatoria de la de instancia, que estima conforme a derecho. Rechaza que proceda declarar que la actora haya obtenido la licencia para instalación de telefonía móvil por silencio, así como que el Ayuntamiento carezca de competencias para decidir sobre la implantación de este tipo de instalaciones en su término municipal al ser una competencia estatal. Concluye que el Ayuntamiento ha de conceder licencia de funcionamiento de este tipo de instalaciones de acuerdo con el Plan de Implantación que ha de aprobarse de conformidad con la Ordenanza Municipal.

TERCERO.- La resolución recurrida es el Decreto del Servicio de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Motril de fecha 11 de abril de 2007 que acuerda tener por desistida a Telefónica Móviles España, SAU en la solicitud de licencia de funcionamiento de una estación base de telefonía móvil. La demanda contiene igualmente un recurso indirecto contra los preceptos de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas del Ayuntamiento de Motril.

Del expediente administrativo debe destacarse lo siguiente:

- Con fecha 25-09-2006 se solicita al Ayuntamiento de Motril por parte de Telefónica Móviles Licencia Municipal de Funcionamiento para la instalación de una Estación Base en la calle Cartuja num 7 de Motril.

- Con fecha 1-12-2006 se dicta resolución por el Teniente de Alcalde de Medio Ambiente del Ayuntamiento en la que requiere a la solicitante para que presente el Plan de Implantación redactado conforme al art. 6.2 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas de 2-10-2006.

- Decreto del referido Teniente de Alcalde de 11-04-2007 resolviendo tener a Telefónica Móviles España SA por desistida de la solicitud de la referida licencia al no presentar el documento requerido.

La demanda presentada en su día y turnada al Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Granada se basaba en que el Plan de Implantación ya fue presentado el 23-3-05. En el Suplico de la misma se interesaba la nulidad de la resolución recurrida, que se retrotraiga el expediente administrativo al momento anterior a la emisión de la resolución recurrida, reconociéndose expresamente a favor de Telefónica Móviles la licencia solicitada y la declaración de nulidad de determinados artículos de la Ordenanza antes mencionada o, caso de que el Juzgado no se considera competente, plantee Cuestión de Ilegalidad. Subsidiariamente, se declare que la instalación es susceptible de legalización, anulándose las resoluciones impugnadas, ordenando a la Administración que inicie el correspondiente expediente para el reconocimiento de la legalidad de las



instalaciones, acordándose el mantenimiento de las ya instaladas hasta que se resuelva la legalización solicitada.

La sentencia apelada, como se ha dicho, estima parcialmente el recurso, anulando la resolución impugnada y la retroacción del procedimiento al momento en que se efectuó el requerimiento de aportación del Plan de Implantación para continuar el procedimiento y determinar la posible legalización de la instalación (previo examen de dicho Plan) sin haber lugar a lo demás pedido ni a plantear la cuestión de ilegalidad.

CUARTO.- La estimación del recurso en cuanto a que la Administración no debió de tener por desistida a la solicitante es consecuencia, como se dice en la sentencia apelada, del propio reconocimiento que hace la Administración de que el Plan de Implantación fue presentado en plazo.

Ahora bien, también se interpuso recurso indirecto frente a la Ordenanza Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas del Ayuntamiento de Motril (artículos 3 a 7, 13 y Disposiciones Transitorias). La causa que determinaría la ilegalidad de la referida Ordenanza es que excede de las competencias municipales, incidiendo sobre el ejercicio de la actividad de **telecomunicación** e invadiendo en definitiva competencias estatales. La sentencia razona de forma detallada los motivos por los que resuelve después rechazar la ilegalidad, argumentos plenamente compartidos y a los que se pueden añadir los siguientes, contenidos en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2012 .

Conviene recordar el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los Municipios cuando afecte a la regulación de las **telecomunicaciones**, tal como fue expuesto en nuestras Sentencias de 15 de diciembre de 2003, recurso 3127/2001 , y de 4 de julio de 2006, recurso 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)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 la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados".

Establecido esto, en Sentencias de 21 de noviembre de 2006 (recurso 5277/2004), 10 de enero de 2007 (recurso 4051/2004), las tres de 17 de noviembre de 2010 (recurso 687/202006 , 4824/2006 y 8582/2004) y 14 de febrero de 2012 (recurso 3830/2010), hemos manifestado la necesidad de distinguir, en lo que a la exigencia de licencia de actividad por las Ordenanzas Municipales de **telecomunicaciones** se refiere, entre actividades calificadas y aquellas otras de las que no pueda predicarse semejante condición. Con respecto a las primeras, hemos aludido al imperativo, en caso de que exista norma específica que las regule, de que las Ordenanzas de **telecomunicaciones** respeten la regulación establecida en la normativa correspondiente, que, en su caso, sería la que establecería las condiciones relativas a su ejercicio. Lo que no equivale a que no pueda exigirse, conforme a dicha normativa y en su caso, su sujeción a licencia de funcionamiento.

En el presente supuesto, como se dice en la sentencia, la exigencia de la aprobación del Plan de Implantación en los términos y con el contenido previsto como condición indispensable para el otorgamiento de las licencias



pertinentes para el establecimiento de la instalación, está plenamente avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por ello, lo resuelto en la sentencia aplicada sea ajusta plenamente a la legalidad, siendo lo procedente que se retrotraiga el procedimiento al momento en que se efectuó el requerimiento de aportación del Plan de Implantación y continuar el procedimiento para determinar la posible legalización de la instalación, en cuanto a las cuestiones para las que se ha estimado la competencia de los Ayuntamientos, sin que pueda entenderse concedida por silencio administrativo positivo pues como se dice en la sentencia tampoco habrían transcurrido los tres meses legalmente previstos al momento en que se produjo el requerimiento de aportación de documentación, al amparo del artículo 71.1 de la Ley 30/1992 .

El recurso debe ser, por tanto, desestimado y la sentencia dictada confirmada íntegramente.

QUINTO.- A tenor del art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede la condena en costas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

1.- Desestimar el recurso de apelación formulado por TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A. , contra la sentencia número 271/08, de fecha 3 de octubre de 2008 en la que se acordaba desestimar el recurso contencioso administrativo, Procedimiento Ordinario núm. 547/07, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres de los de Granada, que confirmamos por ser conforme a derecho.

2. - Imponer las costas a la parte apelante.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, interesándole acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, que contra ella no cabe recurso alguno, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.