



Roj: **STS 2692/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2692**

Id Cendoj: **28079130042013100125**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **27/05/2013**

Nº de Recurso: **747/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **RICARDO ENRIQUEZ SANCHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Cataluña, Sección 3ª, 01-12-2006 (rec. 1309/2003), STS 2692/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Mayo de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número **747/2007**, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA S.A, contra la sentencia dictada el día 1 de diciembre de 2006, nº 1015, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso contencioso-administrativo número 1309/2003, seguido a instancia de Telefónica Móviles España S.A., en el que se impugnaba la Ordenanza Municipal "Reguladora de les Activitats i Instal.lacions de Radiocomunicació" aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Molins de Rei el 30 de Octubre de 2003 y publicada en el BOPB de 24/11/2003.

Ha comparecido como parte recurrida el Ayuntamiento de Molins de Rei (Barcelona) representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Montserrat Sorribes Calle.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo 1309/2003 seguido ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se dictó sentencia con fecha 1 de Diciembre de 2006, nº 1015 que acuerda desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica Móviles España S.A. contra la Ordenanza Municipal de Molins de Rei aprobada por el Pleno de 30 de Octubre de 2003 para la regulación de las actividades e instalaciones de radiocomunicación. No impone las costas causadas.

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de Telefónica Móviles España S.A. se prepara recurso de casación el 4 de enero de 2007 y teniéndose por preparado por providencia de 18 de Enero de 2007, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** La representación de Telefónica Móviles España S.A. por escrito de fecha 7 de Marzo de 2007, formaliza recurso de casación por dos motivos amparados en el apartado d) del artículo 88.1 de nuestra Ley de la Jurisdicción e interesa, que por esta Sala se dicte sentencia por la que se estime el recurso de casación y se case y anule la recurrida " *exclusivamente en lo relativo a declarar la nulidad de los siguientes artículos y disposiciones transitorias de la Ordenanza Municipal reguladora de las actividades e instalaciones de radiocomunicación, dictada por el Ayuntamiento de Molins de Rei (Barcelona), aprobada por acuerdo del Pleno de fecha 30 de octubre de 2003 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona nº 281 el 24 de*



noviembre de 2003". Solicita la declaración de nulidad de los artículos 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 14.6, 23, 24, 23.8, 33, 36, Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Tercera de la Ordenanza "

**CUARTO.-** La Sección Primera de esta Sala acordó por providencia de 3 de septiembre de 2007 la admisión del recurso de casación interpuesto y la remisión del mismo a la Sección Cuarta en virtud de las normas de reparto de asuntos vigentes.

**QUINTO.-** Una vez recibidas las actuaciones por la Sección Cuarta se acordó otorgar plazo de treinta días para traslado del recurso a la parte recurrida.

La representación procesal en esta instancia del Ayuntamiento de Molins de Rei presentó escrito de oposición al recurso de casación en fecha de 24 de Octubre de 2007 solicitando que por esta Sala se declare la inadmisión del recurso formulado en relación a la infracción de los artículos 12 (en realidad 11), 14 y demás preceptos del Decreto 148/2001 y artículo 2 b) de la Ley 4/2004 , relación con los artículos 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 14.1, 14.6, 23, 23.8, 24, 33, 36 y Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la Ordenanza impugnada, y en todo caso, la desestimación del recurso, confirmando en todos sus extremos la sentencia impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Por diligencia de ordenación de 26 de Octubre de 2007 quedaron las actuaciones para señalamiento por su turno.

**SEXTO.-** Por providencia de 10 de mayo de 2013 se señaló para votación y fallo para el 21 de mayo de 2013 , en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Enriquez Sancho,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- En el recurso de casación que enjuicamos se impugna por la representación procesal de Telefónica Móviles España S.A. la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Cataluña, de 1 de diciembre de 2006 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha operadora, contra la aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Molins de Rei de la Ordenanza Municipal Reguladora de las Actividades e Instalaciones de Radiocomunicación -B. O. P. de Barcelona nº 281, de 24 de noviembre de 2003-.

La sentencia de instancia expone la pretensión actora (FJ 2º) y procede a analizar seguidamente, en los sucesivos fundamentos los artículos en cuestión atacados. Los podemos sistematizar de la siguiente manera:

a.- *Artículo 5 y 9* . Derecho de información sobre las instalaciones de radiocomunicación existentes y en funcionamiento y del programa de desarrollo de red. Documentación complementaria gráfica y escrita. No existe vulneración alguna respecto a su confidencialidad, máxime cuando la normativa estatal y autonómica regulan la cuestión. Se declara la conformidad a derecho.

b.- *Artículo 6 y 8*. Información básica sobre las instalaciones existentes y programa de desarrollo de red. Estamos ante competencias concurrentes de distintas Administraciones sobre el mismo ámbito físico. Jurisprudencia de la Sala 3ª que ha analizado esta cuestión (SSTS 24 de Enero de 2000 , 18 de Junio de 2001 y 15 de diciembre de 2003 ). La exigencia de un Plan de implantación o programa de desarrollo de red es posible a pesar de que sus expectativas lo sean a corto plazo o fácilmente superables por la propia evolución de las técnicas aplicables. La mera alegación de la imposibilidad o dificultad técnica no tiene fuerza por sí para negar su exigencia, ya que ha de acreditarse . No se ponen en cuestión las finalidades del plan a los efectos de ponderar la situación actual y las necesidades de futuro de los operadores de radiocomunicación y así poder establecer de manera pormenorizada y sobre el territorio las concretas posibilidades de emplazamiento. Conformes a derecho.

c.- *Artículo 7* . Contenido del documento sobre las instalaciones existentes y su actualizaciones. Documentación complementaria a aportar. La información que se requiere a los operadores es necesaria y procedente a los fines de la ordenación y control que les corresponde en atención a sus competencias, y sin que se observe una evidente desproporción en lo exigido que reitera la normativa autonómica - artículo 8 Decreto 148/2001 - y estatal - artículo 9 RD 1066/2001 y la Orden CTE/23/2002. Acorde a derecho.

d.- *Artículo 12* . Utilización de las técnicas disponibles que minimicen la exposición de las personas a los campos electromagnéticos , el impacto visual o físico y el medio ambiental. Doctrina de la Sala 3ª TS en sentencias de 24 de mayo de 2005 y 15 de diciembre de 2003 que permiten la exigencia de la tecnología disponible que prime el menor impacto visual que les corresponde salvaguardar a los Municipios. No hay imposición de determinaciones técnicas de competencia estatal. Conformidad a derecho.



e.- *Artículo 13 a 18* . Sistemas y técnicas de mimetización que una vez publicados en un catálogo se exijan a los operadores para compatibilizar la instalación con el entorno. Restricciones en emplazamientos protegidos o sensibles imponiendo las distancias previstas en el Decreto 148/2001 y que a su vez se limitan las emisiones. Reglas de minimización del impacto visual y ambiental en todo tipo de edificaciones, terrenos no edificados y demarcaciones no urbanas. No hay arbitrariedad en los conceptos de "compatibilidad con el entorno" o "perturbación visual". Conformidad a derecho.

f.- *Artículos 23 y 24* . Compartición de emplazamiento o las instalaciones a imponer por el Ayuntamiento por razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas. No hay vulneración de la competencia estatal. La compartición de estructuras debe descartarse cuando se superen los límites estatales de emisión o autonómicos y cuando el impacto resulte superior al de la implantación separada de cada instalación. Se respeta la audiencia de los interesados y se tienen presentes todas las informaciones sobre los programas de desarrollo. La finalidad fundamental es la producción de un menor impacto visual y ambiental en los términos definidos por el artículo 3 de la propia Ordenanza. Conformidad a derecho.

g.- *Artículo 33* . Denegación de licencias urbanísticas y ambientales, permisos de obra y actividad cuando no se haya presentado la documentación de información sobre las instalaciones existentes y el programa de desarrollo de red. Conformidad a Derecho por cuanto el Plan técnico de implantación es un documento que otorga una información necesaria y proporcional a las finalidades que se persiguen proteger por el Ayuntamiento. Doctrina de la Sala 3ª TS.

h.- *Artículos 35 y 36* . Documentación a presentar con las solicitudes de licencia ambiental y permiso ambiental. Proyecto técnico de la licencia ambiental. La propia parte reconoce que se trata de una documentación de la que ya dispone y que ha sido presentada ante otras Administraciones para otros fines. Cobertura jurídica de la exigencia de esta documentación al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental . Conformidad a derecho de los preceptos.

i.- *Artículo 42* . Constitución de fianza para la eficacia de la licencia ambiental o permiso ambiental y de la licencia de obra, prevista en el artículo 13 del Decreto 148/2001 . No estamos ante una duplicación de la garantía por el ejercicio de la actividad. Se recuerda la doctrina de esa Sala de instancia sobre las previsiones de constitución de esta garantía, recogidas en los artículos 22.f y 33 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero y disposiciones concordantes. Conformidad a derecho.

j.- *Artículos 44 a 46* . Sometimiento a controles medioambientales de las instalaciones de radiocomunicación. No se invade la competencia estatal sobre el sector de las telecomunicaciones. Estamos ante la perspectiva del control medioambiental mediante las correspondientes licencias y permisos que se regulan en la Ley 3/1998, de 27 de febrero . Conformidad a derecho de los preceptos.

k.- *Artículos 47 , 48 y 49* . Revisión de licencias y permisos ambientales. Acción inspectora. Cobertura jurídica mediante los artículos 37 , 38 y 46 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero que regula la perspectiva ambiental a aplicar a estas instalaciones e infraestructuras. Conformidad a derecho.

l.- *Artículos 51 y 52* . Exigencia del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ordenanza para las empresas operadoras que ejerzan su actividad y tengan la titularidad de las instalaciones y obras en el municipio. Régimen sancionador. No hay vulneración del principio de legalidad sancionadora por cuanto se sujeta a los ámbitos de competencia municipal. Conformidad a derecho.

m.- *Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª de la Ordenanza* . Su contenido se ajusta a la doctrina de la Sala 3ª expuesta en las STS de 18 de Junio de 2001 y 15 de diciembre de 2003 . Conformidad a derecho de los preceptos.

**SEGUNDO.** - La parte recurrente, Telefónica Móviles España S.A. formula dos motivos de casación amparados en el apartado d) del artículo 88.1 de nuestra Ley de la Jurisdicción .

El *primer motivo* , dividido en subapartados, alega la infracción por la sentencia de los artículos 9.3 y 149.1.21ª de la Constitución , artículo 1 , 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998 (y artículos 3 apartados c ) y e ) y 26.2 de la LGTel 32/2003) , el artículo 12 y 14 del Decreto autonómico 148/2001, el artículo 84.2 la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local , el artículo 6 Reglamento de Servicios de 17 de junio de 1955 , la Ley autonómica 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental el artículo 2 b) de la Ley 4/2004, de la Generalidad de Cataluña y art. 62.2 de la Ley 30/1992 ; ello en relación los siguientes bloques impugnatorios:

- Exigencia de un Programa de Desarrollo.
- Utilización de tecnologías disponibles.



- Compartición de emplazamientos.
- Límites a la ubicación de las instalaciones y control.
- Régimen transitorio.

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

La parte recurrida, Ayuntamiento de Molins de Rei formula una causa de inadmisión al considerar que no cabe invocar en este recurso la infracción de normas de Derecho Autonómico -Decreto 148/2001, de 29 de Mayo, de la Generalidad de Cataluña, según lo previsto en el artículo 86.4 de nuestra Ley de la Jurisdicción, ni tampoco la Ley 4/2004, de la Generalidad de Cataluña, sobre el proceso de adecuación de las actividades de incidencia ambiental. A continuación, formula oposición al recurso por motivos de fondo, aludiendo a los numerosos precedentes jurisprudenciales en esta materia, y, considera:

a.- La sentencia recurrida al no declarar la nulidad de los preceptos impugnados de la Ordenanza no conculca la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones. La Sala 3ª TS ha afirmado reiteradamente que la competencia estatal sobre la materia de las telecomunicaciones en modo alguno impide que las Comunidades Autónomas y Municipios regulen determinados aspectos, amparándose en competencias propias. La normativa autonómica vigente en Cataluña -Decreto 148/2001, de 29 de mayo, de Ordenación Ambiental de las Instalaciones de Telefonía Móvil y otras Instalaciones de Radiocomunicación, y la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, legitiman las previsiones de la Ordenanza en la medida que constituyen una clara habilitación a la misma para regular determinados aspectos.

b.- La sentencia de instancia al no anular los preceptos que cita, no incurre en vulneración alguna del ordenamiento jurídico, ni de la doctrina jurisprudencial aplicable. La exigencia de un Plan de Implantación o Programa de desarrollo de red ha sido ratificada tanto por el Decreto 148/2001, como por las SSTs de la Sala 3ª (15 de diciembre 2003, 24 de mayo de 2005 o 28 de marzo de 2006). Asimismo, está consolidada la Jurisprudencia que admite la exigencia de la utilización de la mejor tecnología disponible en el mercado que comporte el menor impacto ambiental y visual. No contraviene al régimen de despliegue de red en todo el territorio en condiciones de igualdad el hecho de que se aprueba por el Ayuntamiento y se exija a los operadores el cumplimiento de sistemas y técnicas de mimetización, porque son conceptos susceptibles de concreción por la Administración y de posible control jurisdiccional. Las restricciones y limitaciones de emplazamientos de instalaciones en determinados espacios protegidos y/o sensibles entra dentro de las competencias municipales definidas en el artículo 25. 2 LBRL 7/1985, de 2 de abril. En cuanto al control continuo y calibrado mediante un sistema homologado de las emisiones sobre determinados espacios se encuentra regulado en la legislación autonómica, y por tanto, son previsiones que complementan el regulación estatal y autonómica vigente. La exigencia municipal de que en determinados supuestos se pueda acordar la compartición de emplazamientos no invade la competencia estatal, sino que se encontraría justificada en razones urbanísticas o medioambientales y, respetando la normativa estatal. La necesidad de aportar datos en el proyecto técnico a presentar junto con la licencia ambiental se ampara en la legislación autonómica de referencia continua así como en la clara declaración de que las instalaciones de radiocomunicación están sometidas a la obtención de la preceptiva licencia ambiental (o régimen de comunicación, según el caso). El régimen transitorio de la Ordenanza no supone infracción alguna del principio de irretroactividad - artículo 9.3 CE - en tanto que se exige la adaptación de las instalaciones existentes a la nueva normativa.

**TERCERO.-** Con carácter previo debemos resolver la causa de inadmisión parcial planteada por la parte recurrida al amparo del artículo 93.2 a), 93.4 y 86.4 de nuestra Ley de la Jurisdicción.

La parte recurrente entremezcla infracciones de normas estatales junto con otras de naturaleza autonómica y, por ello, es necesario delimitar el objeto del recurso para así, también marcar el marco de contraste. Y ello es así y corresponde más que apreciar una causa de inadmisión concreta. Así, cita como infringidas por la sentencia normas de derecho autonómico, como es el Decreto 148/2001, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación, la Ley 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental y la Ley 4/2004, reguladora del proceso de adecuación de las actividades de incidencia ambiental a lo establecido en la referida Ley 3/1998.

Ya en nuestra STS de 28 de febrero de 2012, RCa 5320/2006, se analiza esta cuestión a raíz de un recurso de casación de la hoy también recurrente, Telefónica Móviles, contra otra Ordenanza municipal de Cataluña. Hay que recordar que la Diputación de Barcelona elaboró un modelo-tipo de Ordenanza municipal que fue objeto de publicación en el BOP de Barcelona de 6 de febrero de 2002 y muchos Ayuntamientos la fueron asumiendo casi íntegramente por sus Plenos, como en el caso presente. Por ello, ya esta Sala ha tenido ocasión de analizar las



cuestiones que ahora como grupos o bloques impugnatorios se van a tratar. Como en la STS de 28 de febrero de 2012 citada dijimos:

*"Fuera de estas matizaciones, repetimos, queda vedado el análisis de la normativa autonómica como motivo del recurso de casación que nos compete, lo que viene al supuesto, por cuanto el recurso de casación viene fundamentado por la alegación de infracción por la sentencia tanto de la legislación autonómica como la estatal, que si bien no ha de impedir el enjuiciamiento de lo que nos suscita en cuanto la alegada infracción de la normativa estatal, dicho condicionante y tal como aparece planteada la cuestión, no nos permite revisar los pronunciamientos de la Sala de instancia en relación los artículos 4.2.9 (revisión bianual de la licencia) y 5.1.1 (certificación anual) y la Disposición Transitoria Tercera de la Ordenanza, por cuanto los motivos relativos a estos únicamente vienen formulados por la aducida vulneración de aquella normativa autonómica que antes reseñamos."*

Volviendo a nuestro caso, como que la recurrente en cada motivo cita tanto normativa estatal relevante como autonómica que también considera infringida, este Tribunal no analizará el contraste con los citados preceptos autonómicos al no corresponderle en atención a los criterios establecidos por la sentencia del Pleno de esta Sala de 30 de noviembre de 2007 RCa 7638/2002 .

Por último, y dentro de este proceso de delimitación del recurso de casación cabe concluir que el motivo segundo articulado por la recurrente, que consiste en la alegación de infracción por la sentencia que cita como aplicable ,de los principios de proporcionalidad y de irretroactividad al no anular los mismos artículos y disposiciones de la Ordenanza a que se refiere el motivo primero, determina ,sin duda, que se vuelva al analisis de lo que se resuelva en el primer motivo con ocasión de los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica, según resulta de nuestra doctrina recaída al conocer de los límites normativos de las Ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación. Por lo que, van a resolverse de forma conjunta e indiferenciada.

**CUARTO.-** Es necesario partir de un marco común a todo el debate ya que la sociedad recurrente de forma genérica y sin la debida precisión plantea que la sentencia desconoce el reparto de competencias entre el Estado y los entes locales en materia de telecomunicaciones, en relación a los artículos 6, 7, 8 ,9 , 12, 13, 14, 23, 24 y 36 de la Ordenanza.

Es doctrina fuertemente consolidada y arraigada en esta Sala y Sección el reconocimiento de que nos encontramos ante títulos competenciales de distinta naturaleza -sectoriales y transversales- que concurren o convergen en el mismo ámbito físico entendido como territorio -suelo, subsuelo y vuelo-, con objetos distintos y hasta a veces con distintas intensidades. A partir de la sentencia de esta Sala y Sección de 15 de diciembre de 2003, RCa 3127/2001 y la de 4 Mayo de 2006 RCa 417/2004 , hemos ido repitiendo que si bien ciertamente el Estado goza de competencia exclusiva sobre el régimen general de las Telecomunicaciones - artículo 149.1.21ª CE -que se circunscribe a los " aspectos propiamente técnicos " (tales como configuración y diseño técnico y despliegue de la red) , la de los Municipios no queda excluida o anulada, puesto que éstos siguen ostentando la competencia para la gestión de sus respectivos intereses derivados del reconocimiento legal de los mismos, y dentro de la habilitación estatal y autonómica que se les otorgue- artículo 4.1. a) y 25.2 LBRL 7/1985, 2 de abril -. Y a pesar de que en algún momento pudiera haber existido alguna vacilación entre sentencias surgidas por esta Sección 4ª al analizar las Ordenanzas municipales para la instalación de estaciones de telefonía móvil y Sentencias de la Sección 5ª que analizaban instrumentos de planeamiento que contuvieran especificaciones o condicionamientos en la materia , no lo fue en esta cuestión relativa al reconocimiento de la competencia municipal para la determinación de los condicionamientos jurídicos a la hora de establecer las instalaciones e infraestructuras de las distintas operadoras de telefonía móvil. Es más, el reconocimiento de la exclusividad estatal en la materia tiene un claro sustento constitucional desde las SSTC 168/1993 , 244/1993 , y también en la 31/2010, de 28 de Junio y por otra parte, el propio artículo 137 CE afirma que los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Debemos destacar la relevancia de la STC 8/2012, de 18 de febrero que analiza el problema de la concurrencia competencial entre la competencia sectorial estatal en telecomunicaciones y la autonómica en otros títulos transversales, aunque también sean exclusivos, desde el punto de vista de la extensión y alcance de cada una de las regulaciones que convergen en un mismo ámbito físico. Esta sentencia reconoce que la relación entre ambas es complicada y si se producen discrepancias respecto a la delimitación del espacio de cada una de las convergentes a la hora de regular debe procederse a "integrar ambas competencias" acudiendo en primer lugar a "formulas de cooperación", a los efectos de maximizar su ejercicio, pudiendo elegirse entre técnicas o herramientas que resulten más adecuadas, como cita " *mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ambitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición "mixta ..."* Y si ello no permitiera la integración efectiva final, deberá resolverse a favor del titular de la competencia "prevalente" o en definitiva determinante de mayor relevancia sin que ello signifique desconocer las restantes competencias exclusivas



que convergen. La delimitación de cada una de las competencias ha de ser, en definitiva, la adecuada al fin, priorizando aquellas actuaciones que permitan espacios de decisión consensuada.

La reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 11 de Febrero de 2013, RC 4490/2007, partiendo de las antiguas sentencias de 24 de enero de 2000 y 18 de Junio de 2001, ha fijado definitivamente la cuestión de la regulación por las Ordenanzas Locales de medidas adicionales de protección de la salud pública, como veremos con posterioridad al analizar los artículos de esa naturaleza en la presente Ordenanza, en la instalación de estaciones base de telefonía móvil al recoger y asumir la nueva perspectiva de análisis que había aportado al problema del entrecruzamiento competencial Estado-Autonomías-Corporaciones Locales la sentencia de la Sección 5ª de esta Sala de 22 de Marzo de 2011, RCa 1845/2006, y que puede determinarse en los siguientes puntos:

- La competencia exclusiva estatal en el sector de las Telecomunicaciones - artículo 149.1.21ª CE - determina un ámbito propio infranqueable de regulación (y ejecución) sobre el ámbito físico, aún cuando puedan condicionarse otros títulos competenciales, incluso también exclusivos de otras Administraciones. Esta competencia exclusiva estatal no puede quedar soslayada o desvirtuada por el ejercicio que se realice por cada una de las Autonomías y, previa habilitación legal, por las Corporaciones Locales, puesto que existe un interés general subyacente en la prestación del servicio de telefonía móvil que ha de preservarse por el Estado.

- Esta competencia exclusiva no supone la regulación íntegra y global del fenómeno, sino que ha de centrarse en los "aspectos propiamente técnicos" o aquellos que los predeterminen. De lo contrario, estaríamos ante una expansión estatal ilegítima de otras competencias autonómicas o locales. Por tanto, tampoco cabe que los Ayuntamientos se extiendan en su regulación a cuestiones técnicas, bajo el pretexto de regular "temas urbanísticos, protección del patrimonio histórico-cultural, medio ambiente y salubridad pública".

Existen formulas de resolver esa llamada "colisión" o "convergencia" competencial, como es la búsqueda y aplicación de instrumentos de cooperación, colaboración, coordinación en sus más variadas y posibles posibilidades y, si ello no fuera posible, considerar y ponderar la competencia prevalente para otorgar la primacía en su actuación con desplazamiento de los demás títulos competenciales concurrentes y no cohonestables entre sí.

En definitiva, y volviendo al caso, no cabe duda alguna de la capacidad de las Corporaciones Locales de reglamentar en el sector de las telecomunicaciones a los efectos de la instalación y ubicación de infraestructuras y equipos de telefonía móvil, en el ejercicio de sus competencias y en el marco que la previa legislación estatal y autonómica hayan prefijado.

- No poseen margen de regulación (reglamentación mediante Ordenanzas) las Corporaciones Locales para adoptar normas adicionales de protección de la salud pública -ex artículo 25.2 h) Ley 7/1985, 2 de Abril - más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica tanto en relación a los límites de emisión radioeléctrica como en la fijación de distancias mínimas a las correspondientes infraestructuras, al haber ejercitado el Estado -ex artículo 149.1.16ª CE - de forma completa y agotada las medidas de protección sanitaria frente a los niveles tolerables de exposición e estas emisiones.

Así, partiendo de esta estructura habremos de analizar si el articulado de la Ordenanza se ha movido en el ámbito que le es "propio" a sus finalidades e intereses marcados por la ley.

**QUINTO.-** El primer grupo impugnatorio lo podemos referir a la exigencia de un programa de desarrollo de red dentro del término municipal y documentos informativos sobre las instalaciones existentes, que determina los artículos 6 a 9 de la Ordenanza. Así como dentro de este grupo también incluiremos la denegación de la licencia ambiental y licencias de obras mayores y comunicación de las menores por falta de la presentación de este Plan de implantación o programa de desarrollo de red así como la información sobre las ya existentes que se contiene en el artículo 33 de la Ordenanza, también objeto de análisis en este recurso.

Mantiene la recurrente que se produce en esta exigencia una "palmaria extralimitación" de sus competencias al obligar a facilitar unos datos de carácter tecnológico, que no le incumben al ejercicio de sus competencias.

Son estas cuestiones ya resueltas en la doctrina de este Tribunal Supremo en relación la contenida en resoluciones semejantes de la misma sala de instancia, como la ya citada de 28 de febrero de 2012, RCa 5320/2006, la de 13 de diciembre de 2011, RCa 7454/2004 en relación la Ordenanza de Palau-Solità i Plegamans, en la que con reiteración de las de 4 de mayo de 2010, 5 de octubre de 2010, 22 de febrero de 2011 y 24 de mayo de 2005 (RCa 4801/2006, 5973 / 2006, 4212/2008 y 2623/2003, respectivamente) en las que, al examinar genéricamente la exigencia de presentación previa del plan de implantación, poníamos de manifiesto que:



" Sobre este aspecto hay que recordar que, con la finalidad de racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo que sobre el medio ambiente producen con frecuencia las instalaciones de radiocomunicación, numerosas ordenanzas municipales exigen a las distintas operadoras la presentación ante el Ayuntamiento de un plan técnico de implantación, cuya aprobación por la Corporación local es un presupuesto para que las distintas empresas puedan obtener licencias de obras o de funcionamiento.

En las sentencias de veinticuatro de mayo de dos mil cinco -rec. 2623/2006 - y de 17 de enero de 2009 -rec. 5583/2007 -, hemos razonado que "la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento.

Por otra parte, la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente.

El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico . . . constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia. Y no 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 trata de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger ".

Asimismo, el artículo 8 " información de base " del Decreto 148/2001 , fue objeto de estudio y análisis en el RCa 1845/2006, que dio lugar a la sentencia de 22 de marzo de 2011 , y fue declarada su conformidad a derecho considerando:

A diferencia de los anteriores preceptos, no consideramos que éste sea contrario a derecho por haberse extralimitado desde la perspectiva competencial, por la sencilla razón de que a través del mismo no se establece sino una simple obligación de información a la Administración actuante, entre otras cuestiones sobre la tecnología prevista, que no predetermina la Autoridad competente para fijar los estándares técnicos correspondientes, que es, y no puede dejar de ser otra, que la estatal. En cuanto tal obligación de información no es contraria a Derecho, si bien la Administración autonómica no puede esgrimir tal obligación de información para sobrepasar lo que el precepto establece y tratar de controlar o decidir sobre la tecnología aplicable. ( FJ 16º).

De esta forma, y sin mayores argumentaciones por no hacerlas tampoco la recurrente a esta consolidada doctrina que arranca ya del año 2001, apreciamos que la presentación de un Plan de Implantación, o programa de desarrollo de red junto con la información de las instalaciones ya existentes, como condición para la autorización municipal del establecimiento de las instalaciones, constituye una medida razonablemente proporcionada y adecuada para asegurar la protección de intereses municipales respecto de los que tiene competencia y la función de proteger, como es la garantía de una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas, siempre que en el caso no se produzca una imposibilidad técnica de presentar el plan de implantación o su contenido imponga alguna restricción adicional.

También hemos dicho que el condicionante de la concesión de la licencias urbanísticas y ambientales correspondientes a la presentación y aprobación del Plan de Implantación, despeja de toda sospecha de arbitrariedad el otorgamiento de aquellas, puesto que si se ajustan a las previsiones y determinaciones del programa y cumple con los requisitos propios ad hoc, su concesión es reglada.

Así también lo hemos recordado en nuestra reciente sentencia de 8 de marzo de 2013 (RCa 5778/2005 ) que recoge las múltiples objeciones que se han ido presentando contra la elaboración del Plan, que van desde la imposibilidad o dificultad en su elaboración, como su rápida obsolescencia, la falta de confidencialidad, o que supondría exponer públicamente la estrategia de negocio de la compañía. Nada de eso ha tenido fuerza para desbancar la finalidad de proporcionar datos relativos a las previsiones de ampliación de los operadores y cuáles van a ser las posibles necesidades futuras a las que el Ayuntamiento va a tener que responder cuidando siempre de los intereses propios determinados por Ley.

La mera invocación que se realiza por el recurrente de que estamos una actividad o área de conocimiento reservada al Estado, sin atacar concretamente aspectos concretos del programa, que pudiera tildar de



desproporcionados o ajenos a ese deber de información del que debe disponer la Administración Local, determina que este ataque a los artículos 6 a 9 y 33 de la Ordenanza de Molins de Rei deba ser desestimado.

**SEXTO.-** La siguiente cuestión a analizar viene referido a la exigencia que las instalaciones de radiocomunicación utilicen la tecnología disponible en el mercado que comporte tanto minimizar la exposición de las personas a los campos electromagnéticos, como el menor impacto ambiental y visual, que se recoge en el *artículo 12* de la Ordenanza. También procede analizar en este grupo el *artículo 13* relativo a la imposición de sistemas o técnicas de mimetización de las instalaciones que puede definir el Ayuntamiento en un Catálogo a parte, que se publicará y que será entonces obligatorio para los operadores.

La sentencia de instancia confirma los preceptos considerando que no hay invasión de las competencias estatales que le corresponden al Estado para la determinación de los aspectos técnicos de las infraestructuras, sino que se está imponiendo la mejor tecnología disponible que sea compatible con el menor impacto visual.

La parte recurrente considera en el recurso de casación que se está infringiendo el principio de neutralidad tecnológica, puesto que la tecnología a utilizar no puede limitarse al objetivo de minimización del impacto visual y ambiental sino que existen otros factores que deben tenerse en cuenta para la prestación del servicio con los estándares de calidad prefijados.

El principio de neutralidad tecnológica recogido tanto en la LGTel 32/2003, artículo 3 f), como en el artículo 9.3 Directiva 2009/140/CE por la que se modifica la Directiva marco 2002/21/CE, la Directiva de acceso 2002/19/CE y la Directiva de autorización 2002/20/CE supone un principio inspirador en la regulación que se efectúe que busca asegurar a los operadores una decisión libre respecto a las tecnologías a utilizar, por lo que las Corporaciones Locales, como no podía tampoco ser de otra manera, en uso de sus potestades de reglamentación, no puede imponer directa o indirectamente las tecnologías que deben emplearse para la prestación del servicio de telecomunicaciones.

A partir de lo anterior, sin duda, la mera invocación sin sustento probatorio alguno relativa a la afectación de este principio no puede desembocar en su infracción ya que requiere que esa afectación adquiera relevancia y desproporción a los fines que tratan de protegerse. Por lo que en modo alguno puede en el presente caso tenerse por cercenado.

Además, debemos considerar que con anterioridad a la STS de 22 de marzo de 2011, RCa 1845/2006, Sección 5ª, habíamos mantenido que no había nada que objetar a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual, como tampoco a la posibilidad de que tal finalidad se plasme en restricciones a la instalaciones de antenas en determinadas ubicaciones o alturas. Pero a partir de aquella sentencia, que interpreta el Decreto 148/2001, de 29 de Mayo, se ha reconsiderado nuestro punto de vista y ya se asume que esta imposición de una determinada tecnología no salva, presupone el respeto o tiene en cuenta los parámetros técnicos prefijados por el Estado a los efectos de establecer un régimen uniforme en todo el ámbito nacional acorde a los principio de unidad de mercado. Se considera por tanto, que a falta de precisión expresa para el respecto a esos aspectos técnicos que fija el Estado, estas "clausulas progreso" suponen un nivel de incertidumbre que choca frontalmente con la labor de uniformidad que compete al Estado en la determinación de los aspectos técnicos del sector.

El extremo casuismo que caracteriza esta materia puede hacer pensar que no había una clara postura al respecto. Pero lo cierto es que en una STS de 24 de abril de 2012, RCa 4964/2008, recordando la evolución, se llega a concluir que si en el caso concreto el precepto que impone la tecnología que menor impacto visual o medioambiental se funda o basa en el Derecho estatal no habría extralimitación o vaciamiento de la competencia exclusiva del Estado sobre los aspectos técnicos. Si falta esa mención entonces el nivel de inseguridad que puede generar a los operadores motiva su anulación por vaciamiento de la competencia estatal. En ese recurso se analiza y se anula un precepto cuyo redactado es exactamente el mismo que el presente *artículo 12* de la Ordenanza de Molins de Rei, por lo que asumiendo esta doctrina sentada a partir de marzo de 2011 y considerando que esta imposición de la mejor tecnología disponible puede afectar a los parámetros técnicos fijados por el Estado al no quedar asegurado su respecto, debe considerarse que el precepto no es conforme a Derecho y nulo.

El *artículo 13* de la Ordenanza, por el contrario no consideramos que sufra del mismo vicio de extralimitación competencial, ya que, en este caso, la formulación y exigencia de una serie de técnicas o sistemas a los operadores que pretendan integrar en el entorno los elementos físicos no presupone interferencia, alteración o prevalencia sobre la competencia estatal para la determinación de los estándares técnicos de la red. No se observa afectación a la forma, gestión y uso del espacio radioeléctrico sino que la finalidad a la que responden -compatibilidad con el entorno- queda dentro de las competencias propias de las Corporaciones Locales, ex artículo 25.2 f) LBRL- así como se reconoce como una de las "finalidades básicas" que la propia Ordenanza recoge en el artículo 4 c). El objetivo último, cual es, la protección del medio ambiente a través de la integración





de las infraestructuras en el entorno supone el legítimo ejercicio de la competencia local atribuida legalmente y que en modo alguno condiciona la competencia estatal exclusiva.

Por ello, el motivo ha de ser estimado en cuanto a este precepto 12 y casada la sentencia en este punto, con declaración de nulidad exclusivamente del artículo 12, en este bloque.

**SEPTIMO** .- El siguiente bloque impugnatorio viene referido a la legalidad de los fundamentos que la sentencia de instancia dedica al análisis del *artículo 14* , que formula restricciones a los emplazamientos de las infraestructuras tanto espacios o conjuntos protegidos como en zonas sensibles.

El precepto recoge que con carácter general no se autorizarán las instalaciones de radiocomunicación en edificios, conjuntos o espacios protegidos o en entornos cercanos donde el impacto visual o estético de la instalación fuera perturbador. Además, se remite a la observancia de las distancias fijadas en el Anexo 2 del Decreto 148/2001, para centros docentes y establecimientos donde permanezca población en edad escolar. En los espacios sensibles los operadores habrán de minimizar en la mayor medida posible los niveles de emisión, así como colocar a su cargo sistemas homologados y calibrados de control continuo para la consulta de los técnicos municipales. En estos espacios sensibles el Ayuntamiento podrá obligar a las limitar la potencia de las instalaciones y a respetar una distancia de protección de 40 metros.

De forma confusa la parte recurrente cita en su escrito de interposición al inicio que pretende la declaración de nulidad del artículo 14.1º (espacios protegidos) y 6º (deber de minimización en espacios sensibles), para luego referirse íntegramente y sin distinguir a todo el precepto, el cual contiene diversos apartados con regulaciones autónomas. Finalmente en el Suplico pide la declaración de nulidad de todo el artículo 14 -sin detallar si se refiere a todas las restricciones- y además del artículo 14.6 , que también contiene aspectos susceptibles de ser tratados de forma independiente. La tarea que se impone a la Sala en este recurso extraordinario se complica debido a esta falta de exposición clara y directa al vicio que se imputa a la sentencia de instancia.

Por lo que se refiere *en primer lugar* a las prohibiciones -y excepcionales autorizaciones- de emplazamiento de instalaciones de radiocomunicación en edificios, conjuntos o espacios protegidos, espacios naturales también protegidos o en su entorno cercano y zonas de núcleo antiguo consideradas por los correspondientes instrumentos de planeamiento urbanístico o resoluciones al amparo de la legislación sectorial en la materia, recogidas en los *apartados 14.1, 14.2, 14.3 y 14.4* de la Ordenanza, cabe concluir que nos encontramos ante la legítima imposición de restricciones urbanísticas, que entran de lleno en el campo de las competencias municipales -artículo 25.2 e) LBRL-, que no inciden en modo alguno en aspectos técnicos ,y, por ello no chocan o alteran la competencia estatal exclusiva en ese aspecto. Entre las competencias municipales se encuentra la salvaguarda del orden urbanístico, y se ha de poder ejercer esta competencia siempre coherenciándola, mediante una adecuada planificación con la normativa sectorial que recoja los aspectos técnicos. La regulación municipal ha de ir dirigida a conseguir un orden y protección de su patrimonio histórico y demás lugares dignos de protección y medio ambiente urbano, de forma que no es posible la negación de esta competencia a los Ayuntamientos. Por otra parte, se contiene además, en todos los supuestos la posibilidad de autorización excepcional en los supuestos de imposibilidad de prestación del servicio en la zona o área en cuestión, que sería el único supuesto en que entraría en colisión con la competencia estatal exclusiva en cuanto garante de la prestación del servicio de interés general con los estándares de calidad fijados. Siguiendo, por tanto, nuestra doctrina al respecto que cabe deducir de la STS de 15 de diciembre de 2003 , que llama a una adecuada planificación que permita el ejercicio de las competencias urbanísticas así como de la de 28 de Marzo de 2006 ( RCa 5150/2003 ), ha de estimarse la legitimidad de la protección y tutela del orden urbanístico que corresponde a los Municipios. Procede confirmar su adecuación de estos apartados a derecho, sin que constituyan restricciones desproporcionadas a los fines que las justifican.

*En segundo lugar* , y dentro de este mismo artículo 14, por lo que se refieren a las restricciones de emplazamientos de las instalaciones en espacios sensibles -distancias mínimas y deber de minimización- recogidas en los *apartados 14.5 y 14.6* , debemos tener en cuenta la STC 8/2012, de 18 de febrero que analiza la Ley Castellano Manchega 8/2001 sobre Ordenación de Instalaciones de Radiocomunicación y dos importantes pronunciamientos de esta Sala 3ª; la STS de 22 de Marzo de 2011, RCa. 1845/2006 , que declara nulos los artículos 5 , 6.2.a ), 14.2 , Disposición transitoria Segunda y Anexos 1, 2, 3 y 4 de dicho Decreto 148/2001, de 29 de mayo y la STS del Pleno de esta Sala de 11 de febrero de 2013 , RCa 4490/2007, que declara nulos preceptos de las Ordenanzas municipales que imponen medidas adicionales de protección de la salud pública más restrictivas que las fijadas por el Estado, considerando que las Corporaciones Locales no poseen competencia para ello.

Se plantean varias cuestiones en relación a este precepto.

En primer lugar, hemos dicho, a título de muestra en STS de 4 de mayo de 2010 (RCa 4801/2006 ), que la interdicción de establecer restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público o privado



de los operadores a que alude el art. 29 de la LGTel 32/2003 , no debe ser interpretada en el sentido de que deba garantizarse, siquiera alternativamente, el derecho de los operadores a la ocupación de cada franja o porción, bien del dominio público, bien del dominio privado, pues, en tal caso, las competencias municipales que se proyectan sobre el campo de las telecomunicaciones, en especial la urbanística, sanitaria y medioambiental, como hemos visto al analizar los anteriores apartados del artículo 14, se verían claramente cercenadas, impidiéndoles de facto establecer prohibiciones al establecimiento de instalaciones sobre zonas determinadas. Por lo que , así, la prohibición de establecer restricciones absolutas se refiere, bien a la imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en determinada zona o lugar, bien a la posibilidad de prestarlo sólo en condiciones de gravosidad desproporcionada en relación con los beneficios que la restricción pueda revertir a los intereses municipales. Por lo tanto, requiere una actividad expresa probatoria del recurrente de exposición de la concreta situación que se plantee en relación a ese emplazamiento o ubicación. En el caso en el que nos encontramos, únicamente se plantea por la recurrente que existe una desproporción en las restricciones, sin ni siquiera expresar que en atención a la concreta situación (orografía, tecnología, emplazamiento...) ni precisar en qué supuesto se produce, o si se va a producir o una imposibilidad en la prestación del servicio o una dificultad desproporcionada con el beneficio de desplazar el emplazamiento a otro lugar. Por ello, la afirmación de que las restricciones son desproporcionadas carecen del mínimo sustento que evidencien que la labor de ponderación probatoria realizada en la instancia fuera irracional.

En segundo lugar, y con motivo ya de la línea jurisprudencial expuesta a partir de la STS de 11 de febrero de 2013 , queda claro que las Corporaciones Locales no regular y exigir (mediante Ordenanzas, artículo 4.1 a) LBRL) normas adicionales de protección de la salud pública -ex artículo 25.2 h) Ley 7/1985, 2 de Abril - más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica -RD 1066/2001, de 28 de septiembre, tanto en relación a los límites de emisión radioeléctrica como en la fijación de distancias mínimas a las correspondientes infraestructuras. Se produce una invasión por extralimitación de la competencia exclusiva estatal -ex artículo 149.1.16ª CE - en todos aquellos supuestos en los que los Ayuntamientos, regulan, mediante Ordenanza, límites de emisión tolerables al públicos más estrictos o imponen distancias mínimas de emplazamiento bajo el prisma de la protección de la salud pública, por más que consideren que sus previsiones son totalmente compatibles con las del RD estatal en un mal entendido deber de minimización por razones sanitarias públicas. El Estado ha ejercitado sus competencias en relación con la fijación y determinación los límites tolerables y lo ha hecho para todo el ámbito nacional, y, sin perjuicio, de que en atención a nuevos hallazgos científicos puedan motivar nuevas previsiones de protección sanitaria que integren el principio de precaución a la vista de los riesgos que se concreten.

Además, debe tenerse en cuenta que la normativa autonómica constituida por los Anexos 1, 2 del Decreto 148/2001 que fijaban límites de emisión y distancias mínimas de protección que se tenían que cumplir por los operadores, fue declarada nula por la STS de 22 de marzo de 2011 , por lo que ha dejado sin cobertura jurídica los preceptos de esta Ordenanza que las reproducen por remisión.

El motivo de casación debe ser estimado en cuanto a los artículos 14.5 y 14.6 primer y tercer párrafo, casada la sentencia en este punto y estimada parcialmente la pretensión de nulidad de pleno derecho del artículo 14. Se declara nulo de pleno derecho los artículos 14.5 -que a pesar de no ser citado expresamente cabe considerarlo así por la remisión global a todo el precepto- y el 14.6 primer y tercer párrafo.

**OCTAVO.-** La parte recurrente ataca la declaración de conformidad de la sentencia de instancia con relación a los *artículos 14.6* segundo párrafo y *23.8* de la Ordenanza de autos que recogen un sistema de control continuo de las emisiones en espacios sensibles. Anulado ya el artículo 14.6 primer y tercer párrafo que sirve de referencia al 14.6 segundo, indefectiblemente se anticipa el resultado estimatorio tanto de éste como del 23.8, en materia de compartición de emplazamientos, que también contiene regulación sobre un sistema de control para ese supuesto.

Estos preceptos imponen a las operadoras la obligación de colocar a su cargo un sistema homologado y calibrado de medida continua de los niveles de emisión sobre estos espacios sensibles de las instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil; accesible en todo momento a los técnicos municipales.

Nuestra STS de 6 de Marzo de 2012, RCa 5363/2006 , que analizó un precepto muy similar de la Ordenanza de Badalona, concluye que con esta regulación se está arrogando el Municipio complementar la potestad inspectora que posee el Estado y, por tanto, y como consecuencia, también la capacidad de poder adoptar decisiones al respecto de los resultados de esas mediciones. Aquí también habremos de llegar a la misma conclusión anulatoria de estos preceptos por incompetencia.

Así, si ya hemos dicho que no cabe que los Municipios puedan adoptar medidas adicionales de protección a las fijadas por el Estado, puesto que éste ya ha configurado de forma uniforme y para todo el ámbito nacional los niveles de emisión tolerables, aplicando el principio de precaución, al amparo de lo previsto en el



artículo 61.2 de la Ley 11/1998, de 24 de Abril (43 .2 LGTel 32/2003) le corresponde a éste la comprobación técnica de las emisiones y la potestad inspectora, de conformidad con lo previsto también en la propia Ley al tipificar las posibles infracciones y en el artículo 13 del RD 1066/2001, de 28 de septiembre . La potestad de control e inspección y, en su caso, sanción está atribuida por la Ley y desarrollada por el marco normativo correspondiente , al Estado, en su función de conformación de un marco normativo general del sector con funcionalidad uniforme para todo el territorio nacional.

El motivo ha de ser estimado con relación a estos preceptos y casada la sentencia en estos concretos preceptos. Se anulan los artículos 14.6 segundo párrafo y 23.8 de la Ordenanza.

**NOVENO.-** Llegamos al análisis de los *preceptos 23 y 24* de la Ordenanza , relativos a la facultad del Ayuntamiento de imponer, por razones urbanísticas, medioambientales y de protección del paisaje , la obligación de compartir emplazamientos por parte de las diferentes operadoras, así como los efectos de esta decisión municipal.

Nos encontramos ante una cuestión que ya de entrada requiere puntualizar elementos de concepto. Una cosa es el uso compartido de emplazamientos, es decir, que sobre un mismo suelo los distintos operadores levantan su estación base con elementos de funcionalidad técnica y/o elementos de la propia infraestructura (cableado, alarmas, etc) y otra distinta el uso compartido de infraestructuras, cuando se comparten uno o más elementos, equipos, de una determinada estación base de telefonía móvil. A partir de aquí las clasificaciones serían múltiples puesto que podríamos introducir variables como un operador con varias tecnologías de telefonía o entre compartición entre infraestructuras nuevas y otras ya existentes, etc. Pero en lo que a nosotros nos interesa es recoger la distinción a los efectos de observar como se regula el fenómeno y si el mismo engloba ambos supuestos y, en definitiva como se resuelve. Todo ello, ya que es del todo evidente que, también de entrada, la compartición sea de emplazamientos sea de infraestructuras conlleva una reducción del espacio físico necesario, aunque ello no siempre conlleve resultados positivos en otros ámbitos públicos (seguridad pública, protección del medio ambiente, salud pública).

El artículo 47 LGTel 11/1998, generó inseguridad jurídica en su aplicación puesto que ante la discrepancia de los operadores insalvable en esta materia era la Comisión del Mercado de la Telecomunicaciones la que debía decidir de forma vinculante para las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos tanto en coubicación como en la compartición de infraestructuras, a pesar de que el precepto exclusivamente se refiere a la primera, con lo cual el papel de intervención de otras Administraciones era totalmente obviado en la defensa de esos otros intereses públicos para los que ostentaba competencia.

El Tribunal Supremo a la hora de analizar las sentencias que contenían pronunciamientos sobre esta cuestión tampoco generó una línea interpretativa unívoca y uniforme, sino que fue fluctuando, a veces por el excesivo casuismo y otras por los propios avances tecnológicos que imponían entender adecuadamente un mundo tecnológico en constante ebullición y demanda. Al inicio existió, podemos decir, una primera fase, RCa. 3783/2003, 23 de noviembre de 2006 y RCa 2103 2004, de 24 de octubre de 2006, con pronunciamientos que consideraban que en materia de compartición de emplazamientos, bajo el artículo 47 citado, la competencia estatal exclusiva era prevalente y no cabía reconocer espacio , en nuestro caso, a los Ayuntamientos para imponer por razones medioambientales y urbanísticas la compartición, ni aún en el caso de que se remitiera a la normativa estatal, puesto sólo el Estado podía imponer la compartición tras el arbitraje que debía residenciarse dentro de la Comisión. Así si bien es cierto que la STS de 23 de noviembre 2006 (Ordenanza de Torrelavega) citada ya con la nueva regulación del artículo 30 Lgtel 32/2003 se avanza a reconocer que debe permitirse la participación relevante de los Municipios en el proceso de toda de decisión. Con posterioridad esa línea jurisprudencial avanzó fruto de las Directivas comunitarias y la LGTel 32/2003 que reconoció la existencia de esas competencias concurrentes de otras Administraciones y, por tanto, debían ofrecérseles intervención en esta cuestión para la salvaguarda de esos otros intereses públicos (medio ambiente, seguridad pública, salud y ordenación territorial). El artículo 29 reconoce la protección y por tanto, su valoración en el proceso de despliegue de las rede de los intereses medioambientales , de seguridad pública, defensa nacional, salud pública y ordenación del territorio. Por su parte, el artículo 30 LGTel consagra esa intervención de otras Administraciones en defensa de sus intereses dentro del procedimiento para la determinación de la coubicación y compartición de infraestructuras-ahora ya sí expresamente diferenciadas- y sus determinaciones habrán de ser consideradas en la decisión última tanto si es por vía de acuerdo de los operadores como si finalmente la Comisión ha de determinar imperativas las condiciones del uso compartido. Entonces, llegamos a una segunda fase interpretativa y encontramos un gran grupo de sentencias de esta Sala a partir del año 2010 que consideran legítimo que los Ayuntamientos en función de la salvaguarda de finalidades medioambientales o urbanísticas puedan imponer el uso compartido de las instalaciones o de emplazamientos. Así, nos hemos pronunciado sobre esta cuestión, atendida la similitud de los preceptos por provenir de un modelo-tipo de Ordenanza, en las SSTS de 6 de Marzo de 2012, RCa. 3404/2007 , donde se



analizaba la Ordenanza de Santa Perpetua de la Mogoda y también en la de 13 de diciembre de 2011, RCA 7454/2004, en la que conocimos del mismo motivo en relación la Ordenanza de Palau-Solità i Plegamans.

Pero nuestra postura al respecto debe cambiar mediante una lectura pausada de las conclusiones de la STC 8/2012 de 18 de febrero que analiza esta cuestión desde la óptica de todos las competencias concurrentes -en aquel caso Estado y CCAA- pero trasladable también a las entidades locales en sus esferas de interés y actuación. Concluye que la decisión última tras el fracaso del acuerdo entre operadores, en materia de ubicación y compartición de infraestructuras corresponde a la CMT mediante la determinación imperativa de las condiciones del uso compartido de infraestructuras:

*"En resumen, la legislación estatal incorpora hoy una regulación acorde a la concurrencia competencial, deslindando adecuadamente las esferas de decisión correspondientes a las distintas instancias territoriales y regulando, allí donde es preciso, mecanismos de cooperación, como los informes. Se reconoce que las Administraciones autonómicas y locales pueden, en ejercicio de sus respectivas competencias, imponer a los operadores la ubicación y compartición de infraestructuras, si bien la determinación imperativa de los términos y condiciones del uso compartido corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con la finalidad de preservar la competencia entre operadores, aunque la comisión deberá atender a los contenidos de los informes sectoriales que persiguen la salvaguarda de las «exigencias esenciales»*

*"...si bien la decisión de utilización compartida del dominio público o de la propiedad privada deberá adoptarse respetando lo dispuesto en la legislación estatal, singularmente la obligación de realizar previamente un trámite de información pública (art. 30.2 de la Ley general de telecomunicaciones de 2003), correspondiendo, por otra parte, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a falta de acuerdo entre operadores, la determinación imperativa de las condiciones del uso compartido de infraestructuras. Así interpretado, el precepto no invade las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, en consecuencia, puede considerarse constitucional, por lo que esta interpretación de conformidad se llevará al fallo.*

Por tanto, los Ayuntamientos no pueden atribuirse la decisión última, ejecutiva, en materia de compartición de emplazamientos ni de infraestructuras sino la decisión motivada instrumentalizada mediante informes, que determine si, en atención a sus intereses medioambientales o urbanísticos, corresponde y procede la compartición, que se llevará a la CMT para que, pondere la afectación que se produce en el mercado y determine los condicionantes de esa compartición recogiendo los informes sectoriales emitidos por otras Administraciones, con lo que, como mecanismo de cooperación, queda garantizada la toma en consideración de todas las competencias concurrentes.

El artículo 23 de la Ordenanza contiene la previsión de que el Ayuntamiento de Molins de Rei puede imponer la compartición de emplazamientos y de infraestructuras por razones o motivos medioambientales y urbanísticos pero, a pesar de la remisión que se realiza a la normativa estatal en el artículo 24 para el establecimiento de la misma, el propio precepto mantiene que la decisión que se adopte en éste -el estatal ante la CMT- no va a afectar a la decisión municipal, por lo que la Ordenanza está otorgando una prevalencia o cláusula de salvaguarda contraria a lo que prevé el artículo 30 LGTel 32/2003 e interpreta el propio TC, como hemos visto.

Todo lo anterior, conlleva que esta Sala varíe lo hasta ahora sostenido con reiteración en materia de ubicación y compartición de infraestructuras, para, asumiendo la interpretación emanada por el TC, se aplique a las previsiones de las Ordenanzas que contengan determinaciones de este tipo y no reconozcan esta competencia del Estado última en este punto -artículo 30 LGtel 32/2003.

El motivo debe ser estimado y casada la sentencia, con declaración de nulidad de los artículos 23 y 24 de la Ordenanza.

**DÉCIMO.-** Llegamos así al último grupo impugnatorio del recurso de casación, en que se plantea la desconformidad a derecho de la sentencia recurrida, al haber confirmado la Disposición Transitoria Primera y la Segunda y la Tercera de la Ordenanza de Molins de Rei en que dice se establece un régimen retroactivo que no tiene cabida en nuestro Ordenamiento Jurídico, porque afecta a derechos consolidados, pero sin que singularice el contenido de cada una de dichas Disposiciones ni la razón por la que afirma contiene una regulación que incide en situaciones ya consolidadas.

Todo ello además de que se reproduce en el motivo, como fundamento de su pretensión, la cita de nuestra Sentencia de 15 de diciembre de 2003, RCA 3127/2001, en la que precisamente declaramos que el establecimiento de un plazo temporal de un año para la adecuación de las instalaciones autorizadas a los nuevos requisitos, supone una retroactividad de grado mínimo " *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* ".



En nuestras SSTs hemos ido repitiendo, como las de 28 de febrero de 2012, RCa 5320/2006, la Sentencias de 15 de noviembre de 2011, RCa 191/2008 y 17 de noviembre de 2009, RCa 5583/2007, sobre esta cuestión del régimen transitorio de nueva ordenación, que es conforme a Derecho la previsión de un plazo para actualizar las instalaciones legalizadas a la nueva ordenación, ya que no existe una prohibición general de retroactividad, sino exactamente y según el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, una prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Como hemos dicho, frente los tres grados de retroactividad de una norma, nos encontramos ante una retroactividad de grado mínimo, ya que tales transitorias sólo tienen efecto para el futuro, respecto de relaciones o situaciones nacidas bajo la vigencia de la normativa anterior, y su razón de ser dimana del interés público que tratan de salvaguardar, garantizando, a su vez, los derechos de los operadores, al concederles un plazo prudencial para que puedan adecuar sus instalaciones al nuevo régimen legal.

No se produce con la Disposiciones Transitorias ningún supuesto de aplicación retroactiva con afectación de los efectos ya producidos y consolidados, sino que trata de regular la necesaria adaptación a la nueva ordenación municipal con carácter uniforme. Ningún reproche puede hacerse a esta regulación hacia futuro cuando lo que se preve es la aplicación de la nueva ordenación a las instalaciones anteriores existentes a su entrada en vigor pero que por ello no pueden quedar sustraídas a la nueva regulación como si para estas las nuevas exigencias de interés público no fueren aplicables. Ello generaría una multiplicidad de regímenes concurrentes impeditivos de la consecución de los intereses municipales.

Se desestima el motivo impugnatorio.

**DÉCIMO PRIMERO** .- La estimación del recurso de casación en los términos indicados determina, de acuerdo con el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, que debemos resolver lo procedente respecto del recurso interpuesto, relativo a la legalidad de la Ordenanza de Molins de Rei, reguladora de las actividades e instalaciones de radiocomunicación, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, que conforme lo expuesto se concreta en la declaración que son contrarios a Derecho y nulos: **artículo 12; artículo 14. 5 y 14.6 y artículo 23 y 24**; con desestimación de las demás pretensiones formuladas por la entidad recurrente en la instancia y en este recurso de casación.

Con relación al *artículo 36* (documentación y datos a aportar con el proyecto técnico de la licencia ambiental de la Ordenanza), la parte recurrente no realiza argumentación específica y concreta alguna referida al mismo, por lo que no cabe hacer ningún comentario.

**DECIMO SEGUNDO** .- Al ser procedente la declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto, no debemos hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en el mismo, según dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que existan méritos para imponer las causadas en la instancia, al no apreciarse en la actuación de los litigantes mala fe ni temeridad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados,

## FALLAMOS

1º **Ha lugar** al recurso de casación **747/2007** interpuesto por la entidad mercantil Telefónica Móviles España S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 3ª, de 1 de diciembre de 2006.

2º Casamos dicha sentencia, en cuanto declaró ajustado al ordenamiento jurídico el artículo 12, 14.5, 14.6, 23 y 24 de la Ordenanza Municipal Reguladora de las Actividades e Instalaciones de Radiocomunicación en el Ayuntamiento de Molins de Rei.

3º Estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad recurrente contra el acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Molins de Rei de fecha 30 de octubre de 2003 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona nº 281 el 24 de noviembre de 2003.

4º Anulamos el **artículo 12, 14.5, 14.6, 23 y 24** de dicha Ordenanza.

5º No hacemos especial declaración sobre las costas causadas.

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 esta Sala Excmo. Sr. D. Ricardo Enriquez Sancho, todo lo cual yo el Secretario, certifico.