



Roj: **STS 777/2015 - ECLI:ES:TS:2015:777**

Id Cendoj: **28079130042015100075**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **24/02/2015**

Nº de Recurso: **695/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1/2013,**
AATSJ PV 2/2013,
STS 777/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil quince.

VISTO el recurso de casación registrado bajo el número 695/2013, interpuesto por la Procuradora doña Carmen Ortiz Cornago en representación de la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U contra la Sentencia de 8 de enero de 2013 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictada en el recurso contencioso-administrativo 1175/2010 frente al Acuerdo de 24 de junio de 2010 del Ayuntamiento de Basauri, publicado en el B.O.B. nº 1 139 de 22 de julio de 2010, por el que se aprueba definitivamente la Ordenanza Municipal sobre instalaciones e infraestructuras de radiocomunicación en el municipio de Basauri. Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Basauri, representado por la Procuradora doña María Villanueva Ferrer y asistido de Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se interpuso el recurso contencioso-administrativo 1175/2010 frente al Acuerdo de 24 de junio de 2010 del Ayuntamiento de Basauri, publicado en el B.O.B. nº 1 139 de 22 de julio de 2010, por el que se aprueba definitivamente la Ordenanza Municipal sobre instalaciones e infraestructuras de radiocomunicación en el municipio de Basauri.

SEGUNDO.- La citada Sección Primera dictó Sentencia de 8 de enero de 2013 cuyo fallo dice literalmente:

« Que estimando parcialmente, el recurso contencioso-administrativo presentado por la representación procesal de TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U. contra la Ordenanza sobre instalaciones e infraestructuras de radiocomunicación en el municipio de Basauri aprobada por el Pleno de ese Ayuntamiento el 24-06- 2010 y publicada en el B.O. de Bizkaia de 22 de julio del mismo año, debemos declarar y declaramos la nulidad de los artículos 4-2 y 3, 12-3 y 29-2; sin imposición de costas. »

TERCERO.- Contra la referida Sentencia preparó recurso de casación el Procurador don Luis López-Abadía Rodrigo en representación de la entidad TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. y el Procurador don Xabier Núñez Irueta en representación del Ayuntamiento de Basauri; que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tuvo por preparados mediante Diligencia de ordenación de fecha 18 de febrero de 2013 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.



CUARTO.- Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, la representación procesal de TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U presentó el 21 de marzo de 2013 escrito de interposición del recurso de casación basado en los siguientes motivos:

1º Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) por infracción del artículo 98 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, los artículos 149.1.6ª, 11ª y 13ª de la Constitución Española, Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2º Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA por infracción de la jurisprudencia en esta misma materia que la recurrente invoca.

QUINTO.- A su vez la representación procesal del Ayuntamiento de Basauri presentó el 9 de abril de 2013 escrito de interposición del recurso de casación al amparo del artículo 88.1.d) LJCA por incongruencia interna de la sentencia por infracción del artículo 24 de la Constitución Española (CE) y el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) así como los artículos 4.2, 4.3, 12.3, 17, 23.2.c y 29.2 de la Ordenanza municipal sobre Instalaciones e Infraestructuras de Radiocomunicación en el municipio de Basauri; y de la jurisprudencia aplicable al caso.

SEXTO. - Por Auto de 14 de noviembre de 2012 se declaró la admisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U y la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Basauri.

SÉPTIMO.- Mediante diligencia de ordenación de 16 de enero de 2014 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizara su escrito de oposición; lo que realizó la representación procesal del Ayuntamiento de Basauri oponiéndose al recurso interpuesto en los términos que constan en su escrito.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez por providencia de 22 de diciembre de 2014 y se señaló este recurso para votación y fallo el día 17 de febrero de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez, Magistrado de la Sala quien expresa el parecer de la misma conforme a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Esta Sala se ha pronunciado ya en numerosas ocasiones sobre asuntos análogos al de autos, en los que las operadoras de telefonía han impugnado ordenanzas reguladoras de instalaciones de telefonía móvil. En tales recursos se ha planteado, entre otros aspectos, que las ordenanzas invadían competencias estatales. Sobre ese punto que está en la base de los recursos, la Sala ha fijado una jurisprudencia que se puede resumir en los siguientes puntos:

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

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

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

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

5º Como criterios de delimitación competencial el Tribunal Constitucional ha dicho, por ejemplo, que de entrecruzarse e incidir en el mismo espacio físico una competencia estatal sectorial con una competencia



horizontal, ésta tiene por finalidad que su titular -en esa sentencia, las Comunidades Autónomas- formule una política global para su territorio, con lo que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones incluida la estatal.

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

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

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

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

SEGUNDO.- En el primer motivo planteado en los términos expuestos en el Antecedente de Hecho Cuarto.1º de esta Sentencia, se impugna la Sentencia de instancia al confirmar los artículos 4.2 penúltimo y artículo 23 -si bien la recurrente no los cita-, que exigen al operador una póliza de responsabilidad civil con cobertura total sobre daños a personas y cosas, con renovación anual mientras se mantenga en servicio la instalación.

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

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

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

SEXTO.- Como segundo motivo se impugna la Sentencia de instancia al confirmar los artículos 4 y 12.2, preceptos que la recurrente no cita y que ordenan que los proyectos deberán justificar y, por tanto, emplear la mejor tecnología disponible, técnica y económicamente viable.

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

OCTAVO.- Se estima este motivo pues las Sentencias de esta Sala y Sección de 24 de abril de 2012 , de 31 de mayo , 7 y 12 de junio de 2013 (recursos de casación 1598/2007 , 4398/2011 y 4689/2010 respectivamente) sustentan la anulación de la exigencia de la justificación de la mejor tecnología cuando la Ordenanza en cuestión no salva los criterios fijados por el Estado respecto del nivel tecnológico, que es a quien compete establecer un régimen uniforme en esta materia; esa falta de precisión genera incertidumbre, cosa que no ocurriría si la Ordenanza impugnada se funda claramente en la normativa estatal, lo que no es el caso, razón por la que se estima en este punto el recurso de casación.



NOVENO.- No se hace imposición de costas al haberse estimado el recurso de casación (artículo 139.2 de la LJCA).

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU, casándose y anulándose la Sentencia de 8 de enero de 2013 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco , dictada en el Procedimiento Ordinario 1175/2010.

SEGUNDO.- Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU contra el Acuerdo de 24 de junio de 2010 del Ayuntamiento de Basauri, publicado en el B.O.B. 139, de 22 de julio de 2010, por el que se aprueba definitivamente la Ordenanza Municipal sobre instalaciones e infraestructuras radioeléctricas en el municipio de Basauri y en su consecuencia se declara la nulidad de los artículos 4.2,12.2 y 23 en los extremos y con la extensión expuesta en esta Sentencia.

TERCERO.- No se hace imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Segundo Menendez Perez D^a Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas D. Ramon Trillo Torres

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Luis Requero Ibañez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.