

Resumen

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera contra la sentencia del TSJ de Andalucía que estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la Ordenanza Municipal Reguladora de las Instalaciones de Radiocomunicación y Funcionamiento de las mismas, y en su consecuencia anuló el art. 7 en su inciso "... junto al programa la operadora deberá de presentar un seguro de responsabilidad civil, en cuantía que se determinará, que cubra posibles afecciones a bienes o a personas en la totalidad de las mismas. Este seguro cubrirá cada instalación y no podrá ser un seguro genérico"; el art. 11; el art. 16, 2, 3 y 4; último inciso del apartado 16.5 relativo al plano que exprese la potencia isotrópica radiada equivalente; 16.6 en su inciso a); 16.7 en sus incisos relativos a "justificación de uso de mejor tecnología", "justificación de medidas para evitar interferencias electromagnéticas", "conformidad del titular del terreno" y "aceptación de la comunidad de propietarios del edificio", y apartado 16.8 en su integridad; art. 26; y la disposición adicional segunda.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones
art.44.2 , art.44.3

Dir. 19/1996 de 13 marzo 1996. Modifica la Dir. 90/388/CEE, Instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones
art.2.2

Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local
art.25

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.149.1.21

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

COMPETENCIAS

Delimitación con las CCAA

Del Estado

Medio ambiente

Urbanismo

ADMINISTRACIÓN LOCAL

MUNICIPIOS

Potestades

Reglamentaria

Ordenanzas municipales

Procedimiento de elaboración

Impugnación

SERVICIOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

Cuestiones generales

URBANISMO

Ordenación urbanística

Competencias

Competencias concurrentes

MEDIO AMBIENTE

AUTONOMÍA LOCAL Y PROVINCIAL

EN GENERAL
ALCANCE

INCONGRUENCIA

EN GENERAL
CONGRUENCIA

Supuestos diversos

MEDIO AMBIENTE

PROTECCIÓN

TELECOMUNICACIONES

ORDENAMIENTO JURÍDICO
ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES
TELEFONÍA MÓVIL

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Operador de telecomunicaciones; Desfavorable a: Admón. autonómica (funciones legislativas)

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.44.2, art.44.3 de Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones

Aplica art.2.2 de Dir. 19/1996 de 13 marzo 1996. Modifica la Dir. 90/388/CEE, Instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones

Aplica art.25 de Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local

Aplica art.149.1.21 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD 1066/2001 de 28 septiembre 2001. Rgto. sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas

Cita art.48 de RD 1736/1998 de 31 julio 1998. Desarrolla Ley General Telecomunicaciones, Servicio universal de telecomunicaciones y otros aspectos

Cita art.31, art.32, art.33.1, art.33.2, art.65.2, art.67 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.42 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Cita art.24, art.120, art.137, art.140, art.149.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.44.2, art.44.3, art.45, art.47 de Ley 230/1963 de 28 diciembre 1963. General Tributaria

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de abril de dos mil once.

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 5333/2006, interpuesto por el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, (Cádiz), que actúa representado por el Procurador de los Tribunales D. Isacio Calleja García, contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2006, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso num. 1677/2002, interpuesto por Telefónica Móviles España S.A., contra la Ordenanza Municipal Reguladora de las Instalaciones de Radiocomunicación y Funcionamiento de las mismas, aprobada por el Pleno de la Corporación municipal el día 30 de octubre de 2002 y publicada en el B.O.P. de Cádiz num. 276, de 28 de noviembre de 2002.

Siendo parte recurrida la mercantil Telefónica Móviles España S.A., recurrente en la instancia, representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 1677/2002, seguido ante la Sección Tercera de la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se dictó sentencia con fecha 31 de mayo de 2006, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Fallamos: Estimamos parcialmente el presente recurso interpuesto contra la Ordenanza Municipal Reguladora de las Instalaciones de Radiocomunicación y Funcionamiento de las mismas, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera en sesión de 30 de octubre de 2002, y publicada en el BOP de Cádiz el 28 de noviembre de 2002, y en su consecuencia anulamos: El arts. 7 en su inciso"(...), junto al Programa la operadora deberá de presentar un seguro de responsabilidad civil, en cuantía que se determinará, que cubra posibles afecciones a bienes o a personas en la totalidad de las mismas. Este seguro cubrirá cada instalación y no podrá ser un seguro genérico"; el art. 11; el art. 16, en lo relativo a sus subapartados 16.2, 16.3 y 16.4 en su integridad; último inciso del apartado 16.5 (plano que exprese la potencia isotrópica radiada equivalente); 16.6 en su inciso a); 16.7 en sus incisos relativos

a "justificación de uso de mejor tecnología", "justificación de medidas para evitar interferencias electromagnéticas", "conformidad del titular del terreno" y "aceptación de la comunidad de propietarios del edificio", y apartado 16.8 en su integridad; art. 26; y la Disposición Adicional Segunda, sin que proceda declarar la nulidad del resto de artículos. Sin costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera se preparó recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 25 de octubre de 2006, formalizó recurso de casación, interesando previos sus trámites "se proceda a dictar Sentencia estimatoria del presente recurso, por la que se case y anule la sentencia recurrida, dictando en su lugar nueva resolución por la que se desestime íntegramente la demanda deducida de contrario, manteniendo en su integridad la Ordenanza recurrida por ser conforme a Derecho."

CUARTO.- Mediante providencia dictada por la Sección Primera de esta Sala el día cuatro de julio de dos mil siete, se acordó conceder a las partes el plazo común de diez días para que formularan alegaciones sobre la posible causa de inadmisión del recurso siguiente: no haberse justificado en el escrito de preparación del recurso que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia recurrida (artículo 89.2 de la LRJCA); trámite que fue evacuado por las partes.

QUINTO.- Por Auto de fecha once de octubre de dos mil siete la Sección Primera de esta Sala acordó "admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera contra la Sentencia de 31 de mayo de 2006, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictada en el recurso num. 1677/2002, respecto del motivo primero; y declarar la inadmisión en cuanto al motivo segundo"; con remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos donde se tienen por recibidas el catorce de diciembre de dos mil siete, confiriéndose traslado a la parte recurrida para formular oposición.

SEXTO.- La representación procesal de la parte recurrida formalizó escrito de oposición al recurso de casación con fecha 10 de enero de 2008, suplicando se dicte "Sentencia en su día por la que se desestime el motivo articulado de contrario, declarando no haber lugar al recurso y con imposición de costas a la recurrente."

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 31 de marzo de 2011; se señaló para votación y fallo el día 5 de abril de 2011, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto del presente recurso de casación estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo refiriendo en sus Fundamentos de Derecho Tercero a Decimoquinto, lo siguiente:

" TERCERO.- La alegación actora respecto del defecto formal consistente en haberse elaborado unilateralmente sobre materia de competencia exclusiva del Estado sin previa consulta a la Administración estatal, consideramos que es en este tema en el que gira la cuestión litigiosa, por lo que no estamos en una causa de oposición formal sino que afecta directamente al fondo y como tal ha de tratarse, en tanto que lo que se cuestiona es precisamente si la entidad local posee competencia para regular la materia que nos ocupa y, en su caso, aún teniendo competencias se ha producido un exceso en su ejercicio. Avanzar ya, que sin perjuicio de los concretos temas planteados y su examen a la luz de un posible exceso competencial, con carácter general ha de convenirse que las corporaciones locales sí son competentes para regular la materia que nos ocupa, como se ha dicho otras veces, no discutiéndose las competencias municipales en materias tales como urbanismo medio ambiente y protección de la salubridad pública, el problema, pues, es un problema de límites.

La competencia municipal le viene otorgada al Ayuntamiento por la cláusula de autonomía que recogen los arts. 137 y 140 de la CE. EDL 1978/3879 a la que debe de añadirse las competencias legales que le atribuye la Ley de Bases de Régimen Local, art. 2.1, "para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, deberá asegurar a los Municipios... su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate". En desarrollo de estas competencias las Corporaciones Locales pueden ejercerlas con sujeción al ordenamiento jurídico y desarrollarlas reglamentariamente, con el límite de no contradecir la legislación de rango superior, sin que pueda obviarse que se trata de una competencia no original, sino derivada; el art. 25 del texto antes citado expresamente establece que en todo caso ejercerá competencias en la materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, esto es se le otorga legalmente expresa competencia en urbanismo; también le compete, mismo artículo, la protección del medio ambiente; también protección de la salubridad pública, como se recoge en el artículo citado en relación con el art. 42 de la Ley 14/86, de 25 de abril EDL 1986/10228, General de Sanidad, en concreto, y sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tiene encomendadas las responsabilidades mínimas en relación con el cumplimiento de las normas y planes sanitarios, correspondiéndole el control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones y control sanitario de edificios y lugares de viviendas y convivencia humana.

Desde el punto de vista formal, la Ordenanza encuentra su apoyo en lo estatuido en el art. 4 de la Ley 7/85 y Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Resulta, pues, incuestionable la potestad reglamentaria de las Corporaciones Locales; cuyo contenido material viene delimitado por los intereses propios del municipio cuya salvaguarda tiene legalmente atribuida. A nuestro entender, es una obviedad que no necesita especial justificación, toda instalación o el establecimiento de cualquier infraestructura, con mayor o menor intensidad, conlleva un

impacto en la ciudad, que en múltiples perspectiva atañe e inciden en intereses netamente municipales; por lo que resulta acorde con el orden delimitado que el municipio sea quien controle y regule el uso de su propio suelo o subsuelo y vele por los intereses municipales que se vean comprometidos. Lo que conlleva que sin perjuicios de los derechos y facultades que legalmente a los titulares de licencias individuales para el establecimiento de redes públicas sobre la ocupación del dominio público y, también, del dominio privado, que los municipios puedan establecer las disposiciones necesarias para el correcto régimen de autorización, utilización y gestión del mismo; lo que desde el punto de vista de la competencia y de los intereses concurrentes, parece fuera de toda discusión, así lo reconoce explícitamente el art. 45 de la LGT EDL 1963/94 el, "las autorizaciones de uso deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local imponiendo la obligación de las canalizaciones subterráneas, cuando así se establezca en la legislación de régimen local".

En definitiva, corresponde a la Corporación Municipal el establecimiento del marco jurídico regulador del uso del suelo, subsuelo y vuelo del dominio municipal, en relación con la construcción de la infraestructura de telecomunicaciones y su uso urbanístico, para el ejercicio del control público que legalmente tiene encomendado.

CUARTO.- Conforme dispone el art. 149.1.21 de la CE EDL 1978/3879, el Estado tiene competencia exclusiva sobre telecomunicaciones. Competencia de carácter sustantivo que necesariamente ha de cohererse y armonizarse con materias sobre las que no tenga competencia el Estado, por pertenecer a otros entes, autonómicos y municipales. Lo cual conlleva, que los entes competentes en la regulación de la materia propia de su ámbito competencial en cuanto afecte a la materia de telecomunicaciones, deban de ajustarse a determinados límites para evitar que indirectamente mediante la regulación de aquellas materias se produzca el vaciamiento de la competencia estatal sobre telecomunicaciones, lo que deberá de considerarse prohibido por incidir sustancialmente en la competencia sectorial y servir de límite. En tal sentido se ha pronunciado la STC 149/98, de 2 de julio, que otorga la prevalencia de las decisiones estatales sectoriales en materia de su exclusiva competencia, cuando entren en conflicto con las determinaciones contenidas en los instrumentos de ordenación territorial, señalando que "aunque la Constitución no atribuye al Estado la competencia para llevar a cabo la planificación de los usos de suelo y el equilibrio interterritorial, sin embargo como queda dicho, el Estado, desde sus competencias sectoriales con incidencia territorial, puede condicionar el ejercicio de la competencia autonómica de ordenación del territorio, con la consecuencia de que, en el supuesto de que exista contradicción entre la planificación territorial autonómica y las decisiones adoptadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, y ensayados sin éxito los mecanismos de coordinación y cooperación legalmente establecidos, la Comunidad Autónoma deberá incorporar necesariamente en sus instrumentos de ordenación territorial las rectificaciones imprescindibles al efecto de aceptar las referidas decisiones estatales".

Pero además la delimitación competencial que abordamos, no sólo contiene los aspectos negativos señalados en cuanto restricciones limitaciones o prohibiciones. Sino que en general a los entes públicos, y en particular a las entidades locales, les obliga el principio que rige en las telecomunicaciones de la liberalización completa de servicios y redes de telecomunicaciones, lo que conlleva que el ejercicio de competencias deba de orientarse hacia dicha declaración en tal sentido Directivas 88/301 y 90/388; luego la Directiva 96/19 / CE de la Comisión de 13 de marzo, modifica la Directiva 90/388/CEE, de 28 de junio, en lo relativo a la instauración de la plena competencia en el mercado de las telecomunicaciones, y la Directiva 97/33 / CE, de 10 de abril, establece el marco común en materia de autorizaciones generales y de licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones -esta última Directiva, es de armonización amparada en el art. 100 A del Tratado (actual 95), encaminadas a la aproximación legislativa en la materia de los Estados miembros-, también mencionar, por basarse en los mismos principios las Directivas 2002/20/ CE y 2002/21 / CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de marzo, sobre autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicos y sobre el marco regulador común de las redes y los servicios de comunicación electrónicas, respectivamente.

En concreto la Directiva 96/19 /CE, sobre instauración de plena competencia en el mercado de telecomunicaciones, que establece como principio básico el que la competencia en servicios exige la competencia en redes, y en su art. 2.2 se impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la posibilidad de los operadores de construir sus propias redes o utilizar libremente las de terceras personas, sin más restricción en la construcción de nuevas redes que la protección del medio ambiente y el cumplimiento de los objetivos de ordenación urbana y rural.

Las telecomunicaciones constituyen un servicio de interés general que necesariamente se ha de prestarse, una vez superada la etapa monopolística, en régimen de competencia. Lo cual exige, y dicha exigencia igualmente alcanza a las Corporaciones Locales, que para que exista real y seria competencia, se cree y facilite las condiciones jurídicas y materiales que la hagan posible, y en lo que ahora interesa, debe de preservarse la igualdad, no discriminación y neutralidad de los poderes públicos cuyo ámbito competencial incida o pueda incidir en la prestación del servicio. En tal sentido el propio art. 44.2 de la LGT EDL 1963/94 el, exige que "las condiciones y requisitos que se establezcan por las Administraciones titulares del dominio público, para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios". Resulta legalmente exigible, pues, que los entes competentes en la regulación de las materias de su competencia relacionadas con las telecomunicaciones, favorezcan y hagan posible, en la medida de sus capacidades, este principio.

Así, en la normativa referida, en la que se integra la Ordenanza que nos ocupa, debe de respetarse que las condiciones han de ser iguales para todos los operadores, no discriminatorias, y, además, transparentes. Lo que exige que en la regulación de requisitos, condiciones y limitaciones impuesta a los operadores en la instalación de la infraestructura o en el uso de la misma, que a la postre se traduce en el ejercicio y prestación del servicio de interés general que nos ocupa, se ofrezcan la razón de los mismos su motivación, con el fin de comprobar y justificar que la actuación llevada a cabo por el poder público competente, en cuanto limitadora o restrictiva, responde a criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido, teniendo presente la finalidad a la que aspira la Administración, esto es se da entrada al principio de proporcionalidad, con valor constitucional al vincularse sin dificultad a los principios que consagra el Estado de Derecho y proclaman la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

Respetándose el marco jurídico descrito se posibilita la prestación del servicio de interés público, prestación del servicio que se debe de realizar bajo los principios de libre mercado y libre competencia, supeditada la total liberalización al respeto y cumplimiento de las exigencias esenciales, como son, entre otros los objetivos de ordenación urbana y rural. Objetivos de ordenación urbana y rural que no sólo se concentra en la normativa general, sino a los que queden fijados en el instrumento adecuado de la ordenación urbanística, de contenido amplísimo y siempre legítimos cuando responda racional y objetivamente a intereses públicos. Cumplida aquella finalidad, asegurado el servicio en dichas condiciones, las competencias municipales pueden y deben desarrollarse en plenitud y sin otra limitación más que las que rigen el concreto campo de la materia, siendo instrumento adecuado al efecto las Ordenanzas municipales mediante el establecimiento de las determinaciones que se considere adecuadas.

QUINTO.- Ahora bien, dicho lo anterior ante las alegaciones que realiza la parte demandada sobre la competencia en materia medioambiental del Ayuntamiento para establecer reglas sobre esta materia y en concreto ampliar las medidas de control que impone el Estado, parece necesario detenernos al respecto y dejar sentadas las bases sobre las que ha de hacerse el examen que posteriormente se hará sobre los concretos artículos cuestionados; al tiempo que parece conveniente delimitar más acabadamente los límites a los que debe de someterse este tipo de Ordenanza en general y en particular la que nos ocupa. Siendo de advertir que en no pocas ocasiones, quizás por lo ambiguo de ciertas materias o ámbitos, existen determinaciones que igualmente pudieran considerarse urbanísticas como medioambientales, valga de ejemplo cuestiones como el paisaje.

Ya se ha comentado los límites competenciales generales y en concreto la competencia municipal en la materia. Lo cual sigue la línea jurisprudencial que se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2.000 y de 18 de junio de 2.001, entre las conclusiones a las que se llega de la doctrina jurisprudencial destacar que se afirma que los Ayuntamientos, titulares del dominio público solicitado no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador por su término municipal utilizando el suelo o el subsuelo de sus calles, ahora bien, una cosa es ésta obligación y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los Ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla. Añadiendo que por el contrario, la regulación adecuada de la utilización del dominio público por parte de las empresas de servicios es una cuestión esencial dada la saturación y el desorden que puede producirse en las instalaciones.... en suma, no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para regular las incidencias derivadas de las obras y actuaciones de las distintas compañías en sus respectivas instalaciones y que pueden representar, incluso, importantes costes para los proyectos municipales. Nos interesa señalar que en dichas sentencias se hace especial mención a que los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la nuevas 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, esbozando ya los límites de las Ordenanzas y del planeamiento a los efectos que ahora nos interesa y que luego desarrollaremos con el fin de delimitar qué puede regular la Ordenanza o mejor que no puede regular.

Veamos los instrumentos normativos que pueden utilizar los Ayuntamientos a los fines vistos, para en definitiva dejar sentado los límites que la Ordenanza ha de respetar.

Planeamiento y ordenanzas poseen un ámbito objetivo de regulación diferenciado. A pesar del carácter normativo de los planes, es pacífico doctrinalmente que ambos instrumentos tienen una naturaleza jurídica diferente, ambos son producto de dos potestades distintas, la planificadora y la reglamentaria y por ende su naturaleza es la de plan y la de reglamento. Los planes urbanísticos proyectan sobre el territorio una ordenación concreta del derecho de uso y edificación establece el diseño de la ciudad y portante, es el instrumento adecuado para determinar por donde han de discurrir las infraestructuras y su emplazamiento, y fijar compatibilidades e incompatibilidades de uso, así como prohibiciones o restricciones.

Las ordenanzas, por contra, son verdaderas reglamentaciones generales que no están ligadas a los planes, cuyo objetivo es regular, y seguimos las palabras del legislador autonómico andaluz, LOUA art. 24, "los aspectos morfológicos incluidos los estéticos, y cuantas otras condiciones, no definitorias directamente de la edificabilidad y el destino del suelo, sean exigibles para la autorización de los actos de construcción, edificación y usos susceptibles de realización en los inmuebles". Siendo una constante en la legislación autonómica al respecto desvincular las ordenanzas, la conocidas como ordenanzas urbanísticas que conformaban el planeamiento, del planeamiento, configurando como instrumento normativo las ordenanzas municipales en materia de urbanismo, de policía de edificación y de urbanización, aprobadas por los entes locales en el ejercicio de su potestad reglamentaria y no planificadora.

La función ordenadora de la infraestructura de las telecomunicaciones le viene, pues reservada a los planes, lo que ha de conllevar por la estructuración natural de las competencias y los ámbitos de actuación, que las Ordenanzas municipales se limiten a la misión de complementar y completar, en su caso, el planeamiento de ordenación, incidiendo en los aspectos técnicos de la edificación y urbanización pero con respeto y ajustándose a las normas sectoriales reguladoras de los servicios públicos o de interés público. En concreto deberán de respetar las determinaciones técnicas de las disposiciones sectorial de las telecomunicaciones; lo que en absoluto merma las competencias urbanísticas propias de las corporaciones locales, puesto que el instrumento lo apruebe la propia Corporación Local o los órganos competentes de la Comunidad Autónoma, la intervención en su elaboración de la entidad local es incuestionable y de esencial relevancia, ante todo cuando no incide en intereses supramunicipales, pero si ayuda a aportar rigor y seguridad en la relación telecomunicaciones-territorio, por un lado se delimita el ámbito propio de los instrumentos de ordenación y las Ordenanzas, evitando que en estas, con el pretexto de regular materias competencia de las corporación local vinculadas al territorio, se incluyan determinaciones de carácter urbanístico fragmentario y parcial, incompatible con la idea de redes, cuya regulación ha de hacerse a través del instrumento que legalmente se le reserva que por la visión de conjunto que aporta es el único adecuado para plasmar y desarrollar la totalidad de los elementos que constituye una red, y por otro se hace posible la coordinación necesaria, art. 44.3 de la LGT EDL 1963/94 el y la efectiva participación a través de la información pública en la elaboración del plan de las operadoras N, demás interesados en

la elaboración de la ordenación de la infraestructura de telecomunicaciones; 5, ello sin merma, como decimos del papel trascendental que le compete al municipio.

Por tanto, a través del planeamiento se va a prever y decidir la localización o ubicación de los terrenos destinados a sistemas generales o dotacionales o redes públicas en los distintos tipos o clase de suelos, y sus elementos integrantes y descripción de sus características y trazado; junto a esta actividad estructurante, puede coexistir, también, una ordenación más detallada y concreta de los sistemas generales mediante el establecimiento de criterios y estándares, entre ellos el de definir la capacidad de la infraestructura, tan importante en un mercado como el de telecomunicaciones liberalizado y en el que se establece como principio a seguir, con limitaciones, la facultad de construir las propias redes. También corresponde al planeamiento la zonificación, esto es la implantación de infraestructura o redes locales en cada zona o sector, con previsiones de usos e intensidades de ocupación.

Todo lo cual nos ha de servir para concluir que si es el plan, como instrumento normativo, y no a las Ordenanzas, al que se le reserva la ordenación del territorio y la fijación de los objetivos urbanísticos perseguidos, es en dicho instrumento en el que quedan delimitados y concretados los requisitos esenciales, en tanto que "cumplimiento de los objetivos urbanísticos", capaz de condicionar o restringir el establecimiento o funcionamiento de redes públicas de telecomunicaciones disponibles al público como se prevé en el Anexo a la LGT el. Sector liberalizado, actividad prestada en régimen de competencia, reconocimiento legal a los operadores de crear sus propias redes, derecho a la ocupación del dominio público, que de modo alguno puede entenderse en el sentido de que cada operador pueda extender su propia red en la forma y con las características que desee, sino que debe de ajustar su actuación a los objetivos urbanos y rurales que se plasmen en los planes de contenido normativo.

En definitiva las Ordenanzas, y desde luego la que nos ocupa, no pueden establecer determinaciones de ordenación urbanística. Tampoco puede el Ayuntamiento utilizar las Ordenanzas que nos ocupa para introducir normas de protección ambiental que no le corresponde, en tanto que los Ayuntamientos no están investidos de la potestad para dictar normas adicionales de protección respecto de las estatuidas por el Estado, RD 1066/01 EDL 2001/28611 o en su caso, por la Comunidad Autónoma, en tanto que el art. 25 f) LRRL. les otorga competencia en materia de medio-ambiente en los términos de la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas. Por lo que al no existir una habilitación legal expresa que les confiera la posibilidad de establecer normas más rigurosas en el ámbito del municipio, su actuación deberá imitarse a comprobar el respeto de las medidas medioambientales establecidas en la normativa estatal o, en su caso, autonómica, controlando en el momento de la puesta en funcionamiento de las instalaciones que efectivamente se respetan las medidas medioambientales previstas en la legislación estatal o, en su caso, autonómica y durante el desarrollo de su funcionamiento puede, igualmente, llevar a cabo el control de que se mantiene la observancia de las medidas medioambientales.

SEXTO.- Dicho lo anterior, delimitado el marco competencial, su alcance y límites de su desarrollo, así como el contenido posible de la Ordenanza nos resta por examinar los concretos artículos cuestionados expresamente por la parte actora.

SÉPTIMO.- Por claridad expositiva, parece conveniente examinar los artículos cuestionados siguiendo la propia sistemática de la Ordenanza. Esta en su art. 4 establece la obligación de presentar por los operadores que pretendan establecer y desplegar infraestructura de red en el término municipal, un plan o programa de implantación. Recogiéndose en el art. 5 el contenido del expresado programa. En el art. 6 establece el plazo de presentación tanto para redes existentes como para las previstas de desarrollo. El art. 15 a) condiciona el otorgamiento de la licencia a la presentación del Plan de implantación

Afirma la actora que con dicha exigencia se está imponiendo un gravamen sin sustento legal alguno.

Si bien las infraestructuras de telecomunicaciones, no son más que una especie dentro del género de infraestructura una de sus características es que el conjunto de las instalaciones conforman una red, en este sentido está presente la idea de organización de contenido físico y material. La red se concibe no en atención de dotar de determinado equipamiento a una concreta zona, sino integralmente globalmente, con una finalidad propia y sustantiva, capaz de prestar un servicio de interés público. Aspecto este que adquiere gran importancia en el nuevo urbanismo, puesto que la idea base es la de organización que como tal no se comprende ni concibe aisladamente por los elementos que la componen sino en su conjunto, por lo que puede adquirir gran relevancia las determinaciones que individualmente pueda afectar a uno de los elementos de la red, en tanto que según el peso e importancia del mismo en la organización o red, pudiera resultar afectada la misma de forma sustancial.

Las instalaciones que se pretendan ubicar en el municipio obviamente conforman parte del entramado de instalaciones que conforman la red, puede que sólo preste servicio al municipio en cuestión, o por el contrario, lo que será más común y lógico, dentro de las características de la población es que las instalaciones constituyan parte del entramado de infraestructura que presten apoyo técnico a necesidades que exceden de las propias del municipio en el que se ubica. En definitiva, sea como sea lo cierto es que las instalaciones van a formar parte de una red, que se entiende y se concibe en su conjunto, no aisladamente por cada elemento que la compone.

Ya con anterioridad hemos delimitado la competencia municipal, y como esta se extiende al conjunto de sus intereses, los que de forma real y efectiva se ven afectados por la instalación de infraestructura sobre su territorio, por lo que resulta absolutamente legítimo que el municipio, como ya se indicó, controle y regule el uso de su propio suelo o subsuelo y vele por los intereses municipales que se vean comprometidos. Si las instalaciones que se ubican en su término municipal, conforman parte de una red, para el correcto ejercicio de las potestades legalmente encomendadas y para el establecimiento del correcto régimen de autorización, utilización y gestión, del marco jurídico regulador del uso del suelo, subsuelo y vuelo del dominio municipal, en relación con la construcción de la infraestructura y uso urbanístico, en definitiva para el ejercicio del control público que legalmente tiene atribuido, necesite conocer de forma acabada el conjunto de la red y las funciones y lugar que ocupa la instalación que se va a ubicar en su término municipal, lo cual sólo es posible conseguir teniendo la información que se pretende obtener a través del Programa Técnico cuestionado. El contenido exigido en el art. 5 de la Ordenanza se incardina teleológicamente para el análisis y, en su caso, autorización a los solos efectos de la licencia de actividad y de obras de ser necesarias en directa exigencia de una información que resulta necesaria y adecuada para que el Ayuntamiento pueda

desarrollar las competencias, en concreto urbanísticas y medio ambientales, que legalmente se le encomienda. Sin perjuicio de la nulidad de la exigencia que se acompañe una póliza de seguro de responsabilidad ilimitada.

OCTAVO.- Establece el art. 7 que "(...), junto al Programa la operadora deberá de presentar un seguro de responsabilidad civil, en cuantía que se determinará, que cubra posibles afecciones a bienes o a personas en la totalidad de las mismas. Este seguro cubrirá cada instalación y no podrá ser un seguro genérico".

La Disposición Adicional Segunda, también impugnada, dispone: "El Ayuntamiento podrá reclamar una fianza en concepto de garantía para que los operadores asuman los riesgos correspondientes."

Ningún título competencial avala el establecimiento de las condiciones vistas para la concesión de la licencia, ni las exigencias de las referidas garantías poseen contenido urbanístico o medioambiental. El establecimiento, pues, de dichas garantías, una con carácter general y omnicompreensivo, otra salvaguardando la actuación administrativa mediante asunción de responsabilidades dimanantes de la propia actuación administrativa, en modo alguno responde a criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido que es propio a la Ordenanza, en tanto que delimitado su ámbito material como se ha hecho anteriormente, resultan aquellas completamente ajenas sin relación alguna a la ordenación técnica de las instalaciones en cuanto puedan afectar al urbanismo o al medio ambiente. Desde esta perspectiva, el que se establezca o no dichas garantías y fianzas, técnicamente resulta indiferente a efecto de la ordenación y autorización urbanística y para la protección del medio ambiente o la salud pública, tal y como ya han sido delimitadas. Son, pues, determinaciones que inciden directamente en la regulación sectorial de las telecomunicaciones en cuanto que afecta a requisitos exigidos a las operadoras para la instalación de redes y su utilización, incidiendo directamente en la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones, aparte de afectar al sistema general del régimen de responsabilidad propio del Derecho Civil. Razones que nos han de llevar a declarar la nulidad del art. 7 en la parte recogida, y de la Disposición Adicional Segunda.

NOVENO.- A pesar de impugnarse directamente el art. 15 a) de la Ordenanza, sobre licencia urbanística de instalación, la única crítica que se contiene se limita a la exigencia del Programa Técnico, valga lo dicho al respecto para desestimar la pretensión anulatoria de la actora sobre este artículo.

DÉCIMO.- El art. 11 sobre "distancia de seguridad" expresamente establece limitaciones que se han venido declarando por la Sala de contenido ordenador y sanitario.

Conforme al reparto competencial en la materia de urbanismo, que comprende las tres materias básicas de planeamiento, gestión y disciplina, corresponde a la ley autonómica, articular de forma general la instalación de las redes de telecomunicación o infraestructura dotacionales, distinguiendo entre los diversos tipos posibles y como han de integrarse en la estructura del territorio; y deberá establecer los instrumentos de planeamiento adecuados, planes de rango superior por su territorialidad planes generales o planes concretos o especiales, en los que debe de preverse y desarrollarse las mismas y su concreción, atendiendo a los diversos tipos, y la normativa precisa para el desarrollo de las previsiones o determinaciones urbanísticas, incluido, claro está, las Ordenanzas municipales como normativa idónea para regular el contenido edificatorio y urbanizador no previsto en la ley, en los instrumentos de planeamiento y aquellos instrumentos de planeamiento sin carácter normativo; así como la clase de suelo en el que debe de asentarse las infraestructuras, con las limitaciones y especialidades, en su caso para la instalación en suelo no urbanizable; coordinación de las diversas administraciones competentes; mecanismos e instrumentos para la ejecución de los distintos instrumentos de planeamiento, y en particular los necesarios para ejecutar las redes, infraestructuras o dotaciones, ya de carácter general o local, cesión y conservación de infraestructuras y urbanizaciones, y fórmula para la obtención y ocupación de los terrenos destinados a estas dotaciones y por último, el régimen de disciplina urbanística, desde la regulación de las autorizaciones y licencias, protección de la legalidad, como el de infracciones urbanística.

Por tanto, una previsión como la que nos ocupa, en la que se contiene una determinación de ordenación del territorio, sólo puede encontrar su instrumento idóneo de ordenación en los establecidos expresamente para dicha finalidad, esto es en los instrumentos de ordenación, en los planes de distintos ámbitos que se prevean, no siendo, pues, una Ordenanza reguladora de la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación la disposición adecuada a efecto de realizar dicha ordenación. La función ordenadora de la infraestructura de las telecomunicaciones le viene, pues, reservada a los planes de carácter normativo, lo que ha de conllevar por la estructuración natural de las competencias y los ámbitos de actuación, que las Ordenanzas municipales se limiten a la misión de complementar y completar, en su caso, el planeamiento de ordenación en los términos ya vistos.

Junto a lo anterior es de destacar que, como ya lo hemos indicado ut supra, no es competencia municipal el regular una materia que por mor de los arts. 149.1.16 y 21 de la CE EDL 1978/3879 corresponde al Estado, y dado que las únicas razones que se vislumbra son razones estrictamente sanitarias, es al Estado al que corresponde dicha regulación no siéndole posible al Ayuntamiento establecer la prohibición vista por razones de sanidad.

UNDÉCIMO.- El art. 12 de la Ordenanza se dedica a la "compartición de emplazamientos", disponiendo: "El Ayuntamiento de manera justificada por razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas, y dando audiencia a los interesados, establecerá la obligación de compartir emplazamientos por parte de diferentes operadores, de acuerdo con los Programas de desarrollo propuestos". Añadiendo en su párrafo segundo la posibilidad de desestimarse si se justifican razones técnicas, y en el tercero la opción de que en caso de conflicto entre las operadoras medie el Ayuntamiento.

Manteniéndose por la demandante que entra en contradicción con la Ley 11/98, art. 47, que establece el procedimiento al efecto y nunca por las razones recogidas en la Ordenanza; existe, pues, una invasión de competencias.

A nuestro entender la regulación contenida en el indicado art. 47 y la que se hace en la Ordenanza, se mueven en planos diferentes, afectan a materias distintas, y por ende pudiéndole corresponder la facultad de autorizar la compartición al Estado en el ámbito competencial que le es propio y exclusivo, sector de las telecomunicaciones, ello no es incompatible para que se ejerzan por el municipio las competencias que le son propias dentro del ámbito distinto como el urbanístico y medioambiental. Así las facultades otorgadas en el art.

47 de la LGT EDL 1963/94 el al órgano competente de las telecomunicaciones, se incardinan en la esfera propia de las telecomunicaciones, a la luz del art. 11 de la Directiva 97/33 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, la compartición o coubicación de instalaciones, art. 48 del RD. 1736/98, de 31 de julio EDL 1998/45162 , y no sólo de los bienes de titularidad pública o privada, aparte de ser un derecho reconocido a cualquier operador, puede venir impuesto por motivos de exigencias esenciales, entre las que se encuentra como se ha indicado la ordenación urbana y rural, intereses públicos de utilización racional del territorio que deben imponerse a los privados de los operadores, en cuyo caso el ente competente para imponerlas no es otro que aquel que tiene atribuidas las competencias de urbanismo, en función de sus preferencias.

Así se expresa en el artículo justificadamente "por razones urbanísticas, medioambientales o paisajistas", con una cláusula de salvaguarda en la letra b). El Ayuntamiento ejerce sus propias competencias y regula la materia de la compartición desde un estricto ámbito urbanístico y medioambiental con la expresa limitación de su imposibilidad técnica, respetándose las determinaciones técnicas de las disposiciones sectoriales.

DUODÉCIMO.- El art. 14 de la Ordenanza, "compatibilidad con el entorno", dispone: "Se limitará, atendiendo a la documentación librada por el solicitante según los artículos 15 y 16 de la presente Ordenanza, la autorización de aquellas instalaciones de radiocomunicación que no resulten compatibles con el entorno por provocar un impacto visual, medioambiental o de salubridad no admisible. Asimismo se deberán establecer las acciones de mimetización y armonización con el entorno, que sean necesarias".

Los argumentos recogidos anteriormente sirven también en este caso para rechazar las imputaciones vertidas por la parte actora. Ciertamente se recogen conceptos jurídicos indeterminados que habrá de delimitarse ante la presencia del caso concreto, lo cual en regulaciones generales, en este caso atinente a todo el término municipal resulta absolutamente adecuado y a veces hasta necesario. La dicción del artículo no hace más que recoger lo que son limitaciones contenidas en las regulaciones generales, no ofrece indeterminación o establece criterios subjetivos, sino que a la vista del caso concreto, será necesario integrar caso por caso cuando se produce un impacto visual incompatible con el entorno o el medioambiente o de salubridad no admisible. Control, insistimos, por demás que le tiene atribuido al municipio en el desarrollo y normal ejercicio de las competencias y actividad de inspección y de policía y de protección urbanística y medioambiental; y ya hemos mencionado en ocasiones precedentes como el art. 42 de la Ley 14/86, también se le atribuye un cierto control sanitario.

DECIMOTERCERO.- Procede declarar la nulidad del art. 16, en lo relativo a sus subapartados 16.2, 16.3 y 16.4 en su integridad; último inciso del apartado 16.5 (plano que exprese la potencia isotrópica radiada equivalente; 16.6 en su inciso a); 16.7 en sus incisos relativos a "justificación de uso de mejor tecnología", "justificación de medidas para evitar interferencias electromagnéticas", "conformidad del titular del terreno" y "aceptación de la comunidad de propietarios del edificio", y apartado 16.8 en su integridad; porque, según lo que hemos venido exponiendo, este tipo de Ordenanzas no pueden establecer determinaciones de ordenación urbanística o introducir normas de protección ambiental invadiendo las competencias estatales, y por lo expuesto a continuación sobre la introducción de características técnicas de los equipos.

DECIMOCUARTO.- El art. 26, bajo la denominación de "obligación de revisar", establece la conocida como cláusula de progreso. Por la que se obliga a las operadoras a adaptar sus equipos a los últimos avances tecnológicos. En la misma se dispone que "Al objeto de asegurar la adaptación de las instalaciones de radiocomunicación a las mejoras tecnológicas existentes en cada momento en cuanto a la minimización del impacto visual y ambiental o a la modificación sustancial de las condiciones del entorno que hagan necesario reducir este impacto de la licencia urbanística otorgada por el Ayuntamiento para la instalación de elementos de radiocomunicación determinarán la obligación por parte de los operadores de revisar las instalaciones transcurrido el plazo de dos años desde la fecha de la licencia o de su última revisión. Las entidades colaboradoras de la Administración debidamente acreditadas podrán realizar la revisión. Los criterios para esta revisión se fundamentarán en la eventual existencia de nuevas tecnologías que hagan posible la reducción del impacto visual o ambiental y sobre la salud. Asimismo la publicación de nuevos estudios contrastados que exijan la eliminación o desplazamiento o modificación de la instalación por razones de salud pública supondrán la clausura de la misma en un plazo de 6 meses si ello fuera necesario".

Con anterioridad hemos delimitado las competencias de unos y otros entes. Ya se ha dejado indicado la competencia urbanística y medioambiental y el control último respecto de la salud pública que se le atribuye a los Ayuntamientos. Mas estas competencias no pueden servir de título ni justificación para a través de las mismas regular materia de ajena competencia, como es el de las telecomunicaciones; en tanto que la lectura del artículo lo que sugiere, por la mera invocación de las materias sobre las que se extiende su competencia, urbanismo, medioambiente y protección de la salud, sin más justificación ni concreción, es la imposición, mediante la adaptación bianual de las instalaciones a las últimas tecnologías, de determinaciones de claro y estricto contenido técnico, incidiendo directamente en la competencia estatal sobre el sector de las telecomunicaciones. Mas cuando, como va se indicó, la peculiaridad de este tipo de infraestructura es el de la organización de sus elementos, el concepto de red, de suerte que la instalación concreta que se pueda instalar en el municipio en cuestión, no puede contemplarse aisladamente, con independencia de los elementos que componen la red, el establecer ciertas determinaciones técnicas, como la que nos ocupa, la adaptación a las últimas tecnologías, supone o puede suponer incidir directamente en la red global, esto es sobre el modo de organizar en general la infraestructura de las telecomunicaciones. Las determinaciones técnicas de los equipos pertenece a la competencia estatal, con lo que se hace posible la prestación del servicio de interés general bajo los principios ya enunciados. Si vía Ordenanza municipal, con una delimitación clara y precisa, se hace posible que cada Ayuntamiento establezca las determinaciones técnicas de los equipos y como han de ser estos en el futuro, la prestación del servicio podría llegar a ser prácticamente imposible, bastaría que dentro de la red varios Ayuntamientos establecieran distintas determinaciones técnicas o que unos aplicaran la cláusula de progreso y otros por iguales motivos invocados, urbanísticos, medioambientales o de salud, una vez concedida la licencia, prohibiera cambios técnicos en los equipos. En definitiva, la cláusula de progreso impuesta

supone un exceso en las competencias que se invocan como título para justificar la determinación impuesta, pues se invade directamente competencias que sólo atañen al Estado, como es establecimiento de las determinaciones técnicas de los equipos.

DECIMOQUINTO.- Disposición Transitoria Primera, establece para las instalaciones que cuenten con licencia la necesidad de adecuarse a la Ordenanza en el plazo de 18 meses desde su entrada en vigor.

Sin perjuicio de los derechos de los titulares de las instalaciones correctamente ubicadas conforme a la normativa hasta ese momento exigible y su posible indemnización, ningún inconveniente legal existe para prever un régimen transitorio a fin de que en el plazo máximo fijado las instalaciones objeto de la Ordenanza se adapten a las determinaciones previstas, que ya hemos indicado ha de entenderse que se desenvuelve, como no puede ser menos, dentro del ámbito estrictamente urbanístico y medioambiental, y aún cuando la irretroactividad sea la regla general, dado que no estamos antes normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales cuya retroactividad si está prohibida, la regla general se puede excepcionar cuando así expresamente se dispone, como acontece en este caso."

SEGUNDO.-.- La Administración recurrente plantea en su escrito de interposición dos motivos de casación, con amparo respectivamente en los apartados c) y d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional. Declarada la inadmisión del segundo motivo de casación por Auto de 11 de octubre de 2007, no procede entrar en el examen del mismo, quedando reducido el presente recurso al estudio del primer motivo de casación que se articula, literalmente, en los siguientes términos:

"De conformidad con el apartado c) del mentado artículo 88.1, consideramos que ha existido un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias y de las que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido una indefensión a esta parte.

Ello se deriva de las circunstancias específicas producidas durante la tramitación del procedimiento, que fueron oportunamente impugnadas en su momento procesal, solicitando la aclaración de la Sentencia, de tal modo, por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Tercera en fecha 31 de mayo de 2006, se dictó Sentencia por la que se hacía constar que se anulan una serie de disposiciones, en su generalidad por entender que las mismas incurren en materia de competencia estatal, aunque ni se fundamenta jurídicamente los motivos de anulación, ni es congruente con las alegaciones expuestas al respecto en la sentencia.

Considerando por tanto que el Tribunal "a quo" infringió las formas esenciales produciendo una indefensión por quebrantamiento en el ejercicio de la jurisdicción, mediante la anulación entre otra de la dicha Disposición Adicional Segunda.

En consecuencia se han infringido los artículos 67 y siguientes de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso- Administrativa EDL 1998/44323 , pues la sentencia no razona debidamente la anulación de dichos artículos. Se limita a declarar la nulidad de los mismos, produciendo un defecto de ejercicio de jurisdicción, ya que está obligado a fundamentar todas las cuestiones controvertidas del proceso. Llegando a producir indefensión.

La representación procesal de la recurrida, en su escrito de oposición, objeta el citado motivo, interesando su desestimación.

TERCERO.- - Tal y como está planteado el único motivo de casación admitido se aprecia que el mismo no puede prosperar. La parte invoca en este motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de ésta Jurisdicción la existencia de un vicio de incongruencia interna, la defectuosa motivación de la sentencia y un defecto de ejercicio de jurisdicción.

Hemos de partir del hecho de haberse denunciado en un mismo motivo de casación de forma simultánea, infracciones que hubieran debido articularse de forma separada en motivos independiente, lo que implica que el motivo esté defectuosamente articulado, como esta Sala ha puesto de manifiesto de forma reiterada, por ejemplo en nuestra Sentencia de 11 de febrero de 2011, RC 6228/2007 : "la invocación simultánea de defecto de jurisdicción (art. 88.1.a) e incongruencia (art. 88.1.c) en un único motivo casacional, cuando según reiterada jurisprudencia una cosa es la falta de pronunciamiento sobre alguna de las cuestiones planteadas por las partes (vicio de incongruencia, incardinable en la letra c)) y otra la negativa a conocer y resolver sobre un asunto del propio orden jurisdiccional (defecto de jurisdicción, incardinable en la letra a) del art. 88.1). Dicho en otros términos, el defecto de jurisdicción sólo pueden entenderse que existe en aquellos supuestos en que la sentencia demuestre que el Tribunal al decidir se había negado a ejercer la jurisdicción dentro del marco que delimita su ámbito de conocimiento jurisdiccional, en tanto que la incongruencia existe cuando, habiendo conocido del asunto litigioso el Tribunal, se produce un desencuentro entre lo planteado por las partes y lo resuelto por la sentencia. En este sentido sentencias de 11 de octubre de 2004 (Rec. 757/1999) y de 22 de marzo de 2005 (Rec. 2921/2002)."

Pero es que, aún prescindiendo de lo anterior tampoco puede acogerse el motivo casacional pues consideramos que la Sala de instancia no ha incurrido en el vicio de incongruencia ni en falta de motivación que se denuncian, ni en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia establecidas en el artículo 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio EDL 1998/44323 , Reguladora de la Jurisdicción Contencioso -administrativa, que prescribe que las sentencias « decidirán todas las cuestiones controvertidas en el proceso », institucionalizando el principio procedimental de congruencia de las resoluciones judiciales en el orden contencioso- administrativo. En este sentido, procede recordar que, según una reiterada y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 67/2007, de 27 de marzo, que se reitera, sustancialmente, en la sentencia constitucional 44/2008, de 10 de marzo, para que se pueda declarar que un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879 , que comprende el derecho a obtener una decisión razonada fundada en Derecho, por falta de respuesta a las cuestiones planteadas en los escritos rectores del proceso, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

«Según dijimos en nuestra STC 52/2005, de 14 de marzo, "forma parte de la jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 . Tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de 'la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo', sino sobre el 'desajuste

externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes' (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Como recordaba recientemente la STC 8/2004, de 9 de febrero, se trata de 'un quebrantamiento de forma que... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia' (FJ 4).

a) En la lógica de la cuestión fundamental no resuelta por el órgano judicial, constituye el primer requisito de la incongruencia omisiva que infringe el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 el de que dicha cuestión fuera 'efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno' (STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; también, entre otras, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 206/1998, de 26 de octubre, FJ 2).

b) Debe reseñarse, en segundo lugar, que no se trata de cualquier cuestión, sino, en rigor, de una pretensión, de una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o causa petendi. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero, 'el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre' (FJ 3 en ambas)... (La constrictión de la incongruencia omisiva relevante a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma...

c) Obvio es decir que el tercero de los requisitos de la incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva es la falta de respuesta del órgano judicial a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal -y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional- 'es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita' (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3). En tal sentido 'no se produce incongruencia omisiva prohibida por el art. 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879 , cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo' (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2)" (FJ 2)».

Y debe asimismo referirse, desde la perspectiva de poder considerar infringido el principio de congruencia, en razón de la naturaleza del recurso contencioso-administrativo, el distinto grado de vinculación del Juez Contencioso-administrativo en orden a dar respuesta a las pretensiones deducidas por las partes, a los motivos de impugnación o a las argumentaciones jurídicas, según se declara en la sentencia constitucional 278/2006, de 27 de septiembre :

«... debemos considerar que en todo proceso contencioso-administrativo la demanda incorpora necesariamente una pretensión en relación con la actuación administrativa impugnada (sea de declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico, de anulación del acto o resolución, de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y adopción de medidas para su pleno restablecimiento, de condena o de cese de una actuación material, ex arts. 31 y 32 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa EDL 1998/44323 : LJCA). Cualesquiera que sean, las pretensiones han de fundamentarse en concretos motivos aducidos en defensa de la ilegalidad de la actuación administrativa; pudiendo contraponer las partes demandadas, a su vez, motivos de oposición a las pretensiones. Finalmente, los motivos de impugnación o de oposición han de hacerse patentes al órgano judicial mediante las necesarias argumentaciones jurídicas.

Las anteriores consideraciones cobran particular relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora la que ordena a los Tribunales de esta jurisdicción que fallen no sólo «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes» sino dentro también «de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición» (art. 33.1 LJCA EDL 1998/44323). Como afirmamos en la STC 100/2004, de 2 de junio (FJ 6), en el proceso contencioso-administrativo adquieren especial relevancia los motivos aducidos para basar la ilegalidad de la actuación administrativa (en el mismo sentido, las SSTC 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.b; y 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2).

Ahora bien, frente a la estricta vinculación del juzgador a las pretensiones de las partes, por el contrario su vinculación es sólo relativa en relación con los motivos de impugnación u oposición, pues el órgano judicial dispone de la facultad de introducir en el debate procesal motivos no apreciados por las partes, ya sea en el trámite de la vista o conclusiones (art. 65.2 LJCA EDL 1998/44323) o en el momento de dictar sentencia (art. 33.2 LJCA EDL 1998/44323), a salvo la prohibición de que el órgano judicial lleve a cabo por sí mismo la subsunción de los hechos bajo preceptos legales seleccionados por él ex novo con el objeto de mantener una sanción administrativa(STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 4.c).

(...)

c) Por último, cuanto antecede no comporta que el Juez esté constreñido por las alegaciones y razonamientos jurídicos de las partes. A salvo las particularidades de las normas sancionadoras, el principio procesal plasmado en los aforismos iura novit curia y da mihi "factum", dabo tibi ius permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes, pudiendo así recurrir a argumentaciones jurídicas propias distintas de las

empleadas por las partes, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos planteados por las mismas (desde la inicial STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2, hasta la más reciente STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 8) ».

La proyección de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta al caso litigioso examinado, promueve la declaración de que la Sala de instancia no incurre en la incongruencia ni en falta de motivación que se denuncian, al constatarse que la fundamentación de la sentencia recurrida responde de forma precisa y pormenorizada a los argumentos jurídicos planteados con carácter sustancial en los escritos de demanda y de contestación sobre la impugnación de la cuestionada Ordenanza Municipal Reguladora de las Instalaciones de Radiocomunicación y Funcionamiento de las mismas.

Resulta adecuado señalar la doctrina de esta Sala sobre la interdicción de que los órganos judiciales incurran en violación del principio de congruencia, que se engarza en el deber del juez de motivar las decisiones judiciales, que constituye una garantía esencial para el justiciable, como hemos señalado, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en la sentencia constitucional 118/2006, de 24 de abril, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico, según se expone en las sentencias de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003):

«El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879, engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución EDL 1978/3879, exige, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero, acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo. ».

Conforme es doctrina de esta Sala, advertida en la sentencia de 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997), «el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas.».

Por ello, en aplicación de esta reiterada doctrina jurisprudencial, ponderando las circunstancias concurrentes en este litigio, debemos concluir el examen del único motivo de casación a que ha quedado reducido el presente recurso reconociendo que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha respetado el principio de congruencia y el deber de motivación de las decisiones judiciales, en cuanto que resuelve la controversia litigiosa en los términos en que quedó planteado el debate, sin modificar ni alterar la causa petendi, la razón de pedir, y no ha dejado imprevistas las pretensiones oportunamente planteadas, por lo que no consideramos que se haya producido un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva que suponga una efectiva denegación de justicia.

Finalmente hemos de destacar que resulta, cuanto menos llamativo, que la Administración sólo se refiera de forma expresa en este motivo de casación a uno de los preceptos anulados, la Disposición Adicional Segunda, cuya anulación se solicitó en el escrito de demanda (Fundamento de Derecho III.2 y suplico de dicho escrito), mientras que ninguna objeción a dicho pedimento se hizo por la Administración hoy recurrente en el escrito de contestación a la demanda, en el que no se recoge mención alguna en relación a la Disposición Adicional Segunda, -como tampoco se aludió a la misma en el escrito de conclusiones de la parte hoy recurrente-. Lo cierto es que la Sentencia recurrida recoge en su Fundamento de Derecho Octavo, transcrito en el primero de ésta, las razones que llevan a la Sala a declarar la nulidad de la citada Disposición Adicional Segunda ajustándose a las exigencias de congruencia y motivación.

CUARTO.- - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien, en uso de la facultad que confiere el número 3 de ese mismo precepto se declara como cantidad máxima a reclamar el Letrado de la parte recurrida la de 1.800 euros, y ello en atención; a), a que las costas se imponen por imperativo legal y en tales casos esta Sala, de acuerdo además con las propias normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación; y b), a que esa es la cantidad que esta Sala reiteradamente ha declarado en supuestos similares, en que la actividad de la parte se ha referido a un sólo motivo de casación.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, (Cádiz) representado por el Procurador de los Tribunales D. Isacio Calleja García, contra la sentencia que dictó, con fecha 31 de mayo de 2006, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso número 1677/02, que queda firme. Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación, con el límite fijado en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042011100210