

EDJ 2003/11657

TSJ de Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 30-1-2003, nº 46/2003, rec. 510/2001

Pte: Moreno Grau, Joaquín

Comentada en "Urbanismo, telecomunicaciones y competencias municipales: una visión básica desde la jurisprudencia"

Resumen

El TSJ estima parcialmente el recurso interpuesto, por la Sociedad Anónima Telefónica Servicios Móviles, contra el Acuerdo Municipal, que aprobaba la Ordenanza reguladora sobre instalación de antenas, locales que presten servicios en materia de telecomunicaciones e infraestructura común en edificios, y declara nulos los artículos 2; 7, salvo las letras a) y b); 8; 9, salvo el párrafo quinto; 10; 12; 13; y 14 c), en base a los siguientes motivos: En primer lugar, al ser inconcebible que se realice una regulación urbanística que afecte a la red de telecomunicaciones por ondas sin intervención de la Administración del Estado. En segundo lugar, la Administración local debe respetar los procedimientos ambientales existentes, sin que pueda establecer exigencias técnicas, ni medidas adicionales de protección, ni trámites, al carecer de la habilitación legal específica. Y finalmente, al existir una exclusión injustificada de operadores, que genera una clara discriminación.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

art.6 , art.8 , art.9

Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones

art.44.3

Ley 1/1995 de 8 marzo 1995. Protección del Medio Ambiente de Región de Murcia

art.30 , art.46.9

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

art.86

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

art.25.2

D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

art.16

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

COMPETENCIAS

Delimitación con las CCAA

Cuestiones generales

Compartidas

Del Estado

Sanidad

Medio ambiente

Medios de comunicación social

De las Comunidades Autónomas

Medio ambiente

Sanidad y Seguridad Social

Delimitación con la Administración Local

Municipios

ADMINISTRACIÓN LOCAL

MUNICIPIOS

Potestades
Reglamentaria
Ordenanzas municipales
Impugnación

TELECOMUNICACIONES

ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA

Régimen de la concesión
Líneas aéreas, servidumbre de paso
Otras cuestiones

TELEFONÍA MÓVIL

OTRAS EMPRESAS DE TELEFONÍA

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.6, art.8, art.9 de 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

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

Aplica art.30, art.46 de Ley 1/1995 de 8 marzo 1995. Protección del Medio Ambiente de Región de Murcia

Aplica art.86 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Aplica art.25.2 de Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local

Aplica art.16 de D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

Cita LForal 10/2002 de 6 mayo 2002. Ordenación de estaciones base de telecomunicación por ondas electromagnéticas no guiadas en C.F. Navarra

Cita O CTE/23/2002 de 11 enero 2002. Condiciones para presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones

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 Ley 8/2001 de 28 junio 2001. Ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha

Cita O de 9 marzo 2000. Rgto. Desarrollo L 11/1998, de 24 abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico

Cita art.139 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones

Cita Ley 1/1995 de 8 marzo 1995. Protección del Medio Ambiente de Región de Murcia

Cita LO 9/1992 de 23 diciembre 1992. Transferencia competencias a Comunidades Autónomas

Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita Dir. 388/1990 de 28 junio 1990. Competencia en los Mercados de Servicios de Telecomunicaciones

Cita Dir. 301/1988 de 16 mayo 1988. Competencia en los mercados de Terminales de Telecomunicaciones

Cita art.17 de Ley 3/1987 de 18 diciembre 1987. Prorroga la vigencia de L 9/1985, de 4 diciembre, especial para tratamiento de Actuaciones Urbanísticas Ilegales, C.A. Madrid

Cita Ley 31/1987 de 18 diciembre 1987. Ordenación de las Telecomunicaciones

Cita art.4.1, art.25 de Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.58.2 de RD 1346/1976 de 9 abril 1976. TR Ley del Suelo y Ordenación Urbana

Cita D 2414/1961 de 30 noviembre 1961. Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas

Cita D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

Jurisprudencia

Cita STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 junio 2002 (J2002/50648)

Cita STS Sala 3ª de 18 junio 2001 (J2001/31729)

Cita STS Sala 3ª de 24 enero 2000 (J2000/529)

Cita STS Sala 3ª de 9 julio 1997 (J1997/6410)

Cita STS Sala 3ª de 3 marzo 1997 (J1997/2435)

Cita STC Pleno de 26 junio 1995 (J1995/2735)

Bibliografía

Comentada en "Urbanismo, telecomunicaciones y competencias municipales: una visión básica desde la jurisprudencia"
Citada en "La telefonía móvil y la regulación de las Corporaciones Locales sobre la materia. Foro abierto"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se presentó el día 14 de marzo de 2.001, y admitido a trámite, y previa su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, reclamación y recepción del expediente, la parte demandante formalizó su demanda deduciendo la pretensión a que antes se ha hecho referencia.

SEGUNDO.- La parte demandada se ha opuesto solicitando la desestimación de la demanda por ser ajustada al Ordenamiento Jurídico la resolución recurrida.

TERCERO.- Ha habido recibimiento del proceso a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones y cuya valoración se hará en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

CUARTO.- Después de evacuarse el trámite de conclusiones se señaló para la votación y fallo el día 24 de enero de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna por la actora el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Los Alcázares de 10 de noviembre de 2.000 por el que se aprueba la Ordenanza Reguladora sobre instalación de antenas, locales que presten servicios en materia de telecomunicaciones e infraestructura común en edificios. En concreto, considera que no se ajustan a Derecho sus artículos 2, 7 al 20, y disposiciones transitorias Primera, Segunda y Tercera.

Se alega en apoyo de sus pretensiones anulatorias, un vicio de forma y diversos motivos de fondo.

En cuanto a la forma se dice que se ha infringido el art. 32 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 ya que la ordenanza ha seguido el contenido de las alegaciones realizadas por la "Plataforma Regional Pro Alejamiento de Antenas de Telefonía Móvil y Líneas de Alta Tensión" por estimar que su capacidad y legitimación no están acreditadas, lo que determina que deba declararse la nulidad de la Ordenanza con retroacción del procedimiento al trámite de información pública.

En relación con el fondo se señala que:

1) Es ilegal el Programa Técnico de Desarrollo del Conjunto de la Red en el Término Municipal contenido en los arts. 7 y 9 de la Ordenanza por ser incompetente el Ayuntamiento para regular esta materia y por afectar a la confidencialidad de la información contenida en el Programa de Desarrollo.

2) Son nulos los apartados a, b y c del art. 7 de la Ordenanza y del art. 2 por resultar discriminatorios en perjuicio de los operadores de telefonía móvil, y por imponer limitaciones injustificadas en relación con la exigencia de distancias de seguridad y minimización del impacto paisajístico. Es nulo el art. 11 de la Ordenanza pues impone la observancia de parámetros urbanísticos exigibles sólo a operadores de telefonía móvil de manera claramente discriminatoria.

3) Es nulo el art. 9 en cuanto exige injustificadamente y sin cobertura normativa la suscripción de un seguro de responsabilidad civil.

4) Al establecer el art. 10 la temporalidad de las licencias, resulta nulo por contrariar el art. 58.2 T.R.L.S EDL 1976/979 .

5) También es nulo el art. 10 por imponer la obligación de uso compartido de emplazamientos por los operadores.

6) Es nulo también el art. 10 al exigir licencia de actividad contrariando lo establecido en la Ley Regional 1/95 de Protección del Medio Ambiente EDL 1995/13255 , y al imponer acciones de mimetización y armonización absolutamente indeterminadas.

7) Son nulos los artículos 12 y 13 de la Ordenanza cuando regulan el contenido de los Programas y Proyectos Técnicos al invadir ámbitos competenciales estatales.

8) Es nulo el art. 14 que establece un procedimiento de tramitación de licencias que vulnera lo dispuesto en el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales.

9) El art. 15 es contrario al art. 44 L.G. Tel. EDL 1998/43460 , y consiguientemente nulo, al imponer la necesidad de obtención de concesión para la ocupación del dominio público sustituyendo la previsión de dicho artículo de obtención de simple autorización de uso.

10) El art. 16, al regular los niveles máximos de inmisión, invade competencias estatales y es nulo. En el mismo sentido, resulta nula la disposición transitoria tercera que contiene un régimen transitoria en este punto.

11) El Capítulo III del Título II resulta íntegramente nulo al regular el régimen de infracciones y sanciones ignorando la existencia de legislación urbanística y medio-ambiental reguladora de estos aspectos.

12) Las disposiciones transitorias primera y segunda son nulas ya que establecen la aplicación retroactiva de la ordenanza.

SEGUNDO.- Preliminarmente debemos tratar el único motivo formal invocado por la actora. Se alega que ha existido vulneración del art. 32 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 que vicia la Ordenanza en su conjunto dado que la Ordenanza acoge las alegaciones de una Plataforma ciudadana que no consta que esté inscrita en el Registro de Asociaciones sin ánimo de lucro.

Este motivo carece de fundamento. Las alegaciones se hicieron en fase de exposición pública resultando indiferente que fueran hechas por una asociación legalmente constituida como por el particular que presentó el escrito en nombre de la asociación actuando

en su propio nombre y derecho. Consiguientemente, estimamos intrascendente la circunstancia alegada pues no nos encontramos con un informe incorporado al expediente de elaboración de la norma, sino ante unas simples opiniones de particulares que se sitúan en la línea de pensamiento de la Administración a la hora de concretar los contenidos de la disposición.

TERCERO.- En lo relativo al fondo, a la vista de los motivos de impugnación planteados se llega a la conclusión de que los problemas que se plantean son, fundamentalmente, de delimitación competencial entre las Administraciones públicas. La intervención en la materia corresponde a las tres Administraciones territoriales y, por tanto, conviene examinar los títulos competenciales de cada una de ellas para, sobre esta base, ir desgranando las diferentes cuestiones que se plantean en este campo.

I. Títulos Competenciales

A) Administración del Estado

Los títulos que constitucionalmente habilitan al Estado para intervenir en la materia son los siguientes:

Art. 149.1 EDL 1978/3879 : El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

21. Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.

16. Bases y coordinación general de la sanidad.

B) Administración Autonómica

La habilitación autonómica para incidir en el ámbito de las telecomunicaciones deriva, de forma indirecta, de títulos habilitantes en relación con competencias de las denominadas por el Tribunal Constitucional como transversales, en materia de urbanismo y medio ambiente. Así:

Art. 148.1.3 EDL 1978/3879 : ordenación del Territorio y Urbanismo.

Art. 148.1.9 EDL 1978/3879 : gestión en materia de medio-ambiente.

Art. 149.1.23 EDL 1978/3879 : adopción de medidas adicionales de protección en materia de medio-ambiente.

Art. 149.1.16 EDL 1978/3879 : la asunción de competencias en materia de sanidad en virtud del proceso de transferencia de competencia en este campo.

En el terreno del ejercicio de competencias medio-ambientales la situación ha venido evolucionando desde un primer momento en que las Comunidades Autónomas sólo podían asumir competencias en lo relativo a la gestión del medio-ambiente conforme al art. 148.1.9 C.E. EDL 1978/3879 , a excepción de las Comunidades Autónomas de autonomía superior que podían poseer competencias para la adopción de medidas adicionales de protección medio-ambiental. Sin embargo, desde la L.O. 9/92 de "Transferencia a las Comunidades Autónomas" EDL 1992/17840 se produce un proceso de nivelación competencial, que ha sido corroborado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de junio de 1.995 EDJ 1995/2735 , de forma que, actualmente, todas las Comunidades Autónomas cuentan con la posibilidad de adoptar medidas adicionales de protección en materia de medio-ambiente.

Surge, no obstante, la duda en relación con las competencias medio-ambientales de las Comunidades Autónomas, sobre si el ejercicio de estas competencias puede incidir en el ámbito de las telecomunicaciones. En este sentido resulta interesante contemplar el caso de la Ley 8/01, de "Ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación" de Castilla-La Mancha EDL 2001/26426 . Esta Ley ha sido impugnada por el Gobierno de la Nación ante el Tribunal Constitucional. Este simple hecho hace pensar, en un principio, en la posibilidad de que se esté planteando debate sobre la posibilidad de incidir las Comunidades Autónomas en este ámbito en cuanto resulte afectado el ejercicio de competencias exclusivas estatales sobre telecomunicaciones. Sin embargo, una vez examinado el contenido de la impugnación, se comprueba que ninguno de los artículos cuestionados hacen referencia a la adopción de medidas adicionales de protección de forma que, implícitamente, se está reconociendo que no hay discusión sobre la posibilidad de adoptar medidas adicionales de protección medio-ambiental que condicionen el ejercicio de la competencia del Estado sobre las Telecomunicaciones. Esta confirmación deriva, además, del hecho de que otras leyes autonómicas adoptan medidas adicionales de protección medio-ambiental, reforzando las exigencias en relación con los niveles de emisión radio-eléctrica admisibles y estableciendo distancias mínimas de protección, sin que hayan sido cuestionadas en cuanto a su constitucionalidad.

Desde luego, la actitud del Estado respecto de la legislación adoptada por las Comunidades Autónomas, no significa más que el reconocimiento de lo que está constitucionalmente fijado y remarcado por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, debe indicarse que el ejercicio de esta competencia por las Comunidades Autónomas no es ilimitado ya que no podrá vaciar de contenido el uso por el Estado de sus competencias exclusivas, como es el caso de las telecomunicaciones, pero, saliendo al paso de determinadas tesis que estimamos confusas, nos encontraríamos en estos casos ante supuestos en los que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene vedado el acceso puesto que la delimitación del lindero del ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y del Estado corresponde al Tribunal Constitucional. Si por los órganos de la jurisdicción se apreciase que alguna ley autonómica pudiera exceder el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma por enervar el ejercicio de competencias exclusivas estatales, la única posibilidad disponible sería la de plantearse cuestión de Inconstitucionalidad por la vía del art. 163 C.E EDL 1978/3879 .

Lo que es claro e indiscutible es que el nivel adicional de protección medio-ambiental adoptado por las Comunidades Autónomas no incide en el ejercicio de la competencia exclusiva estatal sobre las telecomunicaciones, como lo demuestra que por el Estado no se cuestione.

C) Administración Local

La competencia local se va a desarrollar también en el campo del urbanismo y del medio-ambiente, en virtud de lo establecido en el art. 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local EDL 1985/8184 , en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

II.- Colisiones competenciales entre el Estado y las Corporaciones Locales

El choque se produce, como es lógico, al ejercer los Ayuntamientos sus competencias en materia de urbanismo y medio-ambiente para regular la instalación de estaciones de telefonía móvil en el Término Municipal.

A) Telecomunicaciones y urbanismo

Dos elementos inciden en la creación del problema:

a) La garantía de la prestación del servicio de telecomunicaciones y el respeto del derecho ocupación reconocido a los operadores (art. 45 y ss L.G.Tel EDL 1998/43460).

b) Las competencias municipales en materia de urbanismo.

Para resolver la cuestión e intentar definir el límite de interferencia entre las competencias de unos y otros es fundamental referencia la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2.000, (Pte. Fernández Montalvo) EDJ 2000/529 , así como a la de 18 de junio de 2.001 (Pte. Sr. Xiol) EDJ 2001/31729 .

La primera sentencia EDJ 2000/529 , aunque se refiera a un supuesto de hecho diferente, la extensión de redes subterráneas de comunicación por cable, va a sentar unos principios que son extrapolables al campo de la telecomunicación por ondas. Parte de la constatación de la circunstancia de que el art. 149.1.21 C.E. EDL 1978/3879 delimita las competencias estatales, en este caso en la materia de telecomunicaciones, respecto de las Comunidades Autónomas; mientras que las competencias municipales derivan de la Ley, sin perjuicio de que la autonomía municipal sea una garantía institucional reconocida por la Constitución para la "gestión de sus intereses" (arts. 137 y 140 CE EDL 1978/3879).

Por otra parte, contempla dos aspectos, que deben distinguirse para el examen íntegro del recurso: uno es el servicio de telecomunicaciones, en sí mismo considerado, y otro es el demanial, afectado por la canalización de la red soporte del servicio por cable, en la medida en que la prestación de dicho servicio requiera un indispensable componente de infraestructura que utilice pertenencias del dominio público, singularmente municipal.

Subraya que la competencia estatal sobre las telecomunicaciones, consideradas como servicio, tiene un evidente reflejo en la Ley General de Telecomunicaciones, 11/98 de 24 de abril EDL 1998/43460 , y examina la evolución desde la consideración de los servicios de telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público, contenida en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones EDL 1987/13243 , hasta la actual consideración en la L.G.Tel EDL 1998/43460 como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia, en virtud de la liberalización que se produce en nuestro Derecho como consecuencia de la adopción de las exigencias comunitarias basadas en la aplicación de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato (Directivas 88/301 EDL 1988/11784 y 90/388 EDL 1990/13905).

Constata la sentencia que la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) llevaba y lleva aparejada el derecho de ocupación del dominio público en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (arts. 17 LOT EDL 1987/13246 y 43 y ss LGT EDL 1998/43460). Por consiguiente, 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 vuelo o el subsuelo de sus calles. Ahora bien, una cosa es esta 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.

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.

Llega la sentencia sobre estas bases a las siguientes consecuencias:

a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio municipal que exija el tendido de redes, cables o,..., instalaciones o canalizaciones.

b) La competencia municipal se orienta a la preservación de intereses municipales y la normativa de régimen local especialmente concernida es la relativa a bienes y servicios municipales y planeamiento urbanístico. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativos a obras e instalaciones en la vía pública...

c) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Por su parte, la sentencia de 18 de junio de 2.001 EDJ 2001/31729 , en línea de lo ya expuesto en la anterior, ocupándose del problema de las antenas de comunicación por onda, señala que:

a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las 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 o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios (art. 4.1 a) de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local EDL 1985/8184 y 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales EDL 1955/46), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (artículo 25.2 a) EDL 1985/8184), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (artículo 25.2 b)), protección civil, prevención y extinción de incendios (artículo 25.2 c)), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2 d)), protección del medio ambiente (artículo 25.2 f)), patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2 e)) y protección de la salubridad pública (artículo 25.2 f)).

b) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Examinadas estas bases jurisprudenciales que afirman la compatibilidad de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones con el ejercicio de la competencia municipal en materia de urbanismo, siempre que no introduzca limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas, queda por contemplar cuál es el instrumento normativo adecuado para que la Administración Local regule estas cuestiones.

Nos encontramos con la regulación de una materia que, como se viene repitiendo, afecta al ejercicio de competencias exclusivas del Estado sobre las telecomunicaciones. La colisión de competencias justifica que la normativa municipal se realice teniendo en cuenta los diferentes intereses en presencia y, especialmente, el interés público representado en el ejercicio de las competencias estatales sobre las telecomunicaciones. Sobre esta base resulta inconcebible que se realice una regulación urbanística afectante a la red de telecomunicaciones por ondas sin intervención de la Administración del Estado. Esta lógica es la que recoge la Ley General de Telecomunicaciones cuando exige en su artículo 44.3 EDL 1998/43460 que el Ministerio competente deba emitir un informe, con carácter preceptivo, en la tramitación del planeamiento urbanístico, a los efectos de determinar las necesidades de las redes públicas de telecomunicaciones, que deberán recogerse en los instrumentos de planificación territorial y urbanística.

En este sentido se orienta la citada sentencia de 24 de enero de 2.000 EDJ 2000/529 , así como la de 18 de junio de 2.001. Señala esta última, en el Fundamento de Derecho Sexto EDJ 2001/31729 , que "el artículo 17 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones EDL 1987/13243 establecía una importante conexión entre el derecho del operador a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación de los servicios, en el ámbito de las condiciones que establece el artículo 28 de la misma EDL 1987/13243 , y los instrumentos de planeamiento urbanístico. En su apartado segundo establecía que "en tal sentido, los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio deberán tener en cuenta la instalación de servicios de telecomunicación, a cuyo efecto el Órgano encargado de su redacción recabará de la Administración la oportuna información". El artículo 18 EDL 1987/13243 reconocía el carácter vinculante de estos instrumentos en relación con la obligación de la canalización subterránea y establecía la proporción en que los operadores deben sufragar los costes de construcción de la infraestructura en proporción a su interés urbanístico. De este criterio se ha hecho eco la Jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1982, 7 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1986, 15 de octubre de 1988, 23 de noviembre de 1993, 22 de abril, 24 de octubre, 27 de noviembre y 17 de diciembre de 1996 y 2 de noviembre de 1999, entre otras). Estos mismos principios aparecen hoy desarrollados en los artículos 44 y 45 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones EDL 1998/43460".

En el fundamento siguiente, al reconocer la competencia de los Ayuntamientos, vuelve a hacerse expresa alusión al planeamiento urbanístico como instrumento a través del cual se materializa el ejercicio de las competencias.

La conclusión es inmediata, la Ordenanza, por sí sola, es instrumento jurídico inidóneo para determinar el desarrollo de la red en el municipio.

B) Telecomunicaciones y medio-ambiente

De acuerdo con la jurisprudencia anteriormente citada, parece fuera de toda duda que los Ayuntamientos, a través de los instrumentos de planeamiento, pueden establecer condicionamientos paisajísticos o estéticos que pueden calificarse de medio-ambientales. El problema se plantea con relación a las medidas medio-ambientales que inciden en el establecimiento de niveles de emisión o de distancias de seguridad por los Ayuntamientos.

Al contemplar la realidad de la normativa municipal reguladora del establecimiento de estaciones base de telefonía móvil se aprecia cómo los Ayuntamientos están introduciendo normas de protección ambiental, bien imponiendo niveles máximos de emisión radio-eléctrica, bien fijando distancias mínimas de situación de las estaciones.

La pregunta que cabe formularse es si están los Ayuntamiento habilitados para dictar estas normas adicionales de protección.

En el ámbito estatal la regulación de los niveles de emisión está contenida en el R.D. 1.066/01 por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radio- eléctrico, restricciones a las emisiones radio-eléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radio-eléctricas EDL 2001/28611 . En el ámbito autonómico se van publicando leyes autonómicas

que establecen normas adicionales de protección medio-ambiental en el marco competencial proporcionado por el art. 149.1.23 C.E EDL 1978/3879 .

En este contexto normativo, debe entenderse que los Ayuntamientos no están investidos de la potestad para dictar normas adicionales de protección. El art. 25 f) L.R.B.R.L. EDL 1985/8184 les otorga competencia en materia de medio-ambiente en los términos de la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas. Por consiguiente, salvo que exista una habilitación legal expresa que les confiera la posibilidad de establecer normas más rigurosas en el ámbito del municipio, su actuación deberá limitarse, como veremos, a comprobar el respeto de los niveles de emisión radioeléctrica y distancias fijadas en la normativa estatal o, en su caso, autonómica.

III.- Procedimiento Ambiental

Relacionado con los aspectos de la potestad de intervención de la Administración del Estado y de la Administración Local nos encontramos con problemas de índole procedimental que se concretan en dos puntos: la exigencia de licencia de actividad y, en caso de que esta sea exigible, el procedimiento a seguir y el papel desempeñado por el Ayuntamiento.

A.- Exigencia de licencia de actividad

Respecto de esta cuestión las diferencias entre las posturas de las operadoras y de los Ayuntamientos son claras. Como regla general, unos sostienen que no es necesaria la licencia de actividad y los otros que sí sería necesaria. Existen excepciones a este planteamiento puesto que alguna Administración opina que, al no desarrollarse en el interior de las instalaciones de las estaciones base ningún proceso industrial o actividad de algún tipo, no se encuentra sometida a autorización ambiental. Es el caso concreto de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a la que corresponde el ejercicio de la competencia para la declaración de calificación ambiental respecto de los municipios de menos de 20.000 habitantes, y que ha sostenido esa tesis para dejar de someter a calificación ambiental la actividad.

Esta postura no se comparte, y así se ha pronunciado la Sala ya en alguna sentencia, por cuanto la instalación forma parte de una red de telecomunicaciones mediante la cual la empresa de telecomunicación ejerce la actividad propia de operador del mercado de telecomunicaciones por onda. A través de la antena de telefonía móvil se producen emisiones de ondas electromagnéticas sometidas a los límites de emisión fijados en la normativa estatal, sin perjuicio de las medidas adicionales de protección medio-ambiental que, en su caso, pudiera adoptar la Comunidad Autónoma.

Por consiguiente, sentado que nos encontramos ante una actividad susceptible de afectar a la salud de las personas, la medida en que se somete a la obtención de autorización ambiental debe hacerse desde una perspectiva jurídica, y para poder alcanzar alguna conclusión al respecto deben diferenciarse dos supuestos: que no exista normativa ambiental específica autonómica que haya desplazado al R.A.M.I.N.P. EDL 1961/63 , deviniendo inaplicable, o que sí exista esa normativa reguladora.

1.- Territorios en que esté vigente el R.A.M.I.N.P EDL 1961/63 .

El sistema seguido por el Reglamento de Actividades Clasificadas prevé la inclusión de una actividad entre las que precisan licencia de apertura en el caso de que figure incluida en el nomenclátor del Anexo del Reglamento. En sentido contrario, las actividades no sometidas serían las inocuas, y estas debían ser concretadas por cada Ayuntamiento, de manera que la ausencia de determinación de la actividad como inocua suponía que, caso por caso, se valorase a la vista de las características de la actividad si era clasificable como molesta, insalubre, nociva o peligrosa. Sin embargo, el art. 8.2 de la Instrucción para la Aplicación del Reglamento EDL 1961/63 (Orden de 15 de marzo de 1.963), dio carácter cerrado a estas listas, de manera que la falta de inclusión en ellas implicaban su sometimiento al procedimiento ambiental. Por su parte el Tribunal Supremo en sentencias de 3 de marzo EDJ 1997/2435 y 9 de julio de 1.997 EDJ 1997/6410 , entre otras muchas, atiende, caso por caso, a la naturaleza de la actividad.

En el caso concreto de las Estaciones Base de Telefonía Móvil, como es lógico, no se encuentran recogidas en el Anexo del R.A.M.I.N.P. por lo que, si no están contempladas como exentas por los respectivos Ayuntamientos, se encontrarán sometidas al procedimiento autorizatorio del R.A.M.I.N.P., tanto si se sigue el automatismo preconizado por la Instrucción, como si se atiende a la naturaleza de la actividad, como sostiene el Tribunal Supremo, siendo indudable que, por las características de las emisiones radio-eléctricas y el principio de precaución aplicable y reconocido internacionalmente (recomendación del Consejo de Ministros de Sanidad de la U.E. y recomendación de Salzburgo), serían incluibles entre las actividades descritas en el art. 3 R.A.M.I.N.P.

2.- Territorios con normativa ambiental propia.

En estos casos habrá que atender a las exigencias de cada una de las regulaciones autonómicas en concreto.

En el caso de Murcia, para definir el campo de actividades sometidas a calificación ambiental la Ley 1/95, en su artículo 22 EDL 1995/13255 utiliza un triple criterio que va a conducir a que la enumeración de actividades sometidas a calificación ambiental sea meramente indicativa:

- Positivo: se someten las actividades enumeradas en su Anexo II EDL 1995/13255 .

- Negativo: no se someten las actividades sujetas a evaluación de impacto ambiental, que son las enumeradas en el Anexo I EDL 1995/13255 ; así como las exentas, que se enumeran en el Anexo III EDL 1995/13255 .

- Residual: se someten todas aquellas actividades que no están explícitamente exentas (Anexo III EDL 1995/13255).

Por consiguiente, no estando la actividad comprendida entre las excluidas en el Anexo III EDL 1995/13255 , estaría sometida a calificación ambiental.

IV.- Procedimiento ambiental en el ámbito de las autorizaciones de utilización del Dominio Público Radioeléctrico

Por último se plantean problemas en relación con el procedimiento autorizatorio aplicable y la articulación entre los aspectos sustantivos y medio-ambiental del mismo, así como respecto a la definición del papel de los Ayuntamientos en el plano del ejercicio de competencias medio- ambientales.

A.- Procedimiento autorizatorio en la normativa de Telecomunicaciones.

El procedimiento autorizatorio sustantivo para la utilización del dominio público radioeléctrico está previsto por el art. 67 L.G.Tel. EDL 1998/43460 que remite al desarrollo reglamentario su regulación.

Por Orden Ministerial de 9 de marzo de 2.000 EDL 2000/78669 se reguló el procedimiento que contiene los siguientes trámites:

Solicitud + proyecto técnico

Mejora de la solicitud, en caso de que la Administración lo estime necesario

Resolución.

Esta Orden EDL 2000/78669 olvidó que el art. 67 L.G.Tel. EDL 1998/43460 ordenaba que el Reglamento debía determinar los niveles de emisión radio-eléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud.

Para cubrir esta laguna se dicta el R.D. 1.066/01 EDL 2001/28611 que impone restricciones de emisión radio-eléctrica y adopta medidas de protección sanitaria, siguiendo la Recomendación de la U.E., Consejo de Ministros de Sanidad de 12 de julio de 1.999.

El art. 6 EDL 2001/28611 se refiere a los límites de exposición a emisiones radio- eléctricas por remisión a los niveles contenidos en el Anexo II EDL 2001/28611 .

El art. 8 EDL 2001/28611 alude al estudio que ha de efectuarse en relación con los niveles de exposición radio-eléctrica en áreas cercanas a las instalaciones en que puedan permanecer personas habitualmente.

Constatará que los niveles de emisión no exceden de los señalados en el Anexo II EDL 2001/28611 .

Para la confección del Estudio se ha dictado al Orden C.T.E. de 11 de enero de 2.002 EDL 2002/13 por la que se establecen las condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones.

Este estudio se incorpora a la solicitud y al proyecto con los que se inicia el procedimiento regulado en la O.M. de 9 de marzo de 2.000 EDL 2000/78669 .

Por último, el art. 9 R.D. 1.066/01 EDL 2001/28611 prevé, en línea con lo que establece el art. L.G.Tel EDL 1998/43460 una comprobación de funcionamiento para la puesta en marcha.

Vista la regulación procedimental estatal, la cuestión a resolver es la relativa a si esta normativa colma las exigencias propias de los procedimientos ambientales.

El procedimiento autorizatorio es lacónico. Desde un punto de vista medio-ambiental se echa de menos, especialmente, la ausencia del trámite de información pública, característico de cualquier procedimiento ambiental, como se deriva de la configuración constitucional del medio- ambiente adecuado en el art. 45 C.E. EDL 1978/3879 como elemento del que todos tienen derecho a disfrutar y deber de conservar. En consecuencia, en la medida que el medio-ambiente afecta a "todos", es necesario concluir que la participación ciudadana en la regulación y gestión de este sector es uno de sus pilares básicos.

Esta ausencia puede suplirse acudiendo a la aplicación de las normas comunes de la Ley 30/92. Su art. 86 EDL 1992/17271 prevé el trámite de información pública, admitiéndose la posibilidad de que se someta a información pública sólo parte del expediente, lo que permitiría la exposición exclusivamente de aquellos aspectos que puedan contener información de carácter reservado por afectar bien a la estrategia empresarial del operador, bien a la seguridad de las comunicaciones (lo que solucionaría, de paso, el espinoso problema de la difusión de información estratégica y reservada, que es resuelto por algunas Leyes autonómicas sobre la materia cuando, a la hora de regular el Plan Territorial de Infraestructuras, hacen expresa mención a la necesidad de que las empresas operadoras hagan constar qué parte de la información suministrada tiene carácter confidencial).

B) Actuación municipal en el otorgamiento de licencias de actividad.

Deben distinguirse dos supuestos, según se trate de municipios situados en territorios de Comunidades Autónomas con legislación propia que establezca medidas adicionales de protección, de aquellos situados en territorios en que la Comunidad Autónoma no haya establecido tales medidas.

1) Si no existen medidas adicionales de protección.

En estos casos no cabe que por los ayuntamientos se inicie un nuevo procedimiento ambiental ya que las características ambientales de la actividad y el respeto de los límites exigidos en la autorización ya habrán sido examinados por el órgano estatal competente para dictar la autorización conforme al procedimiento previsto en la Orden de 9 de marzo de 2.000 EDL 2000/78669 y en el R.D. 1.066/01 EDL 2001/28611 .

Esta situación guarda cierta analogía con lo que sucede en los casos en que se solicita licencia de apertura respecto de actividades respecto de las que es exigible evaluación impacto ambiental. En estos supuestos carece de sentido que por el Ayuntamiento se inicie la tramitación de un nuevo procedimiento ambiental superpuesto al ya realizado por otra Administración y por el que se ve vinculado pues, en definitiva, ante la Declaración de Impacto Ambiental la actitud del Ayuntamiento afectado puede ser, si está disconforme, combatirla mediante el empleo de los recursos procedentes; o, si la consiente, atenerse a sus términos y abstenerse de iniciar procedimiento ambiental alguno.

¿Qué sentido tiene entonces la intervención del Ayuntamiento mediante el otorgamiento de licencia de apertura?. Sencillamente, se trata de una garantía adicional. En el momento de la puesta en funcionamiento de la actividad el Ayuntamiento puede controlar que, efectivamente, se respetan los niveles de emisión radio-eléctrica. Durante el desarrollo de la actividad puede, igualmente, llevar a cabo el control de que se mantiene la observancia de los niveles de emisión contenidos en la autorización. También en este caso se detectan analogías con lo que sucede en los casos de actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental. Nada impide que el Ayuntamiento

-más bien está obligado- imponga como condicionantes al otorgamiento de la licencia de apertura el respeto de las medidas correctoras establecidas en la declaración ambiental favorable, con la consecuencia de que la falta de respeto de estas medidas correctoras habilita al Ayuntamiento para no autorizar la puesta en marcha de la actividad o a suspenderla si el ejercicio de la actividad se desvía del respeto de las referidas medidas.

2) Si existen normas adicionales de protección autonómica.

En estos casos, a través del procedimiento ambiental correspondiente, bien el del R.A.M.I.N.P. o el autonómico que desplace aquél, competirá al Ayuntamiento controlar el respeto de los niveles de emisión, distancias u otras medidas adicionales de protección establecidas en la legislación autonómica. En este supuesto, el examen medio-ambiental estatal no será de utilidad puesto que los niveles de exigencia en la Comunidad Autónoma son superiores y debe constatarse su cumplimiento, precisamente, por los Ayuntamientos a través del oportuno procedimiento ambiental.

CUARTO.- El primer punto, de fondo, en el que se aprecia por la actora que es nula la ordenanza impugnada se centra en la ilegalidad del Programa Técnico de Desarrollo del Conjunto de la Red en el Término Municipal contenido en los arts. 7 y 9 de la Ordenanza por ser incompetente el Ayuntamiento para regular esta materia y por afectar a la confidencialidad de la información contenida en el Programa de Desarrollo.

Dispone el art. 7, apartado segundo, de la Ordenanza que la instalación de antenas para telefonía móvil automática, estación base de telefonía celular, mini-estación base de telefonía móvil, sistemas de sustitución de red cableada, enlaces vía radio y otros servicios radioeléctricos de telefonía pública o privada de análoga naturaleza estará sujeta a la previa aprobación por el Ayuntamiento Pleno del Programa Técnico del desarrollo del conjunto de toda la red del término municipal.

El art. 9 se refiere al Programa de Desarrollo, y señala que las instalaciones de radiocomunicación estarán sujetas a la previa presentación, por parte de los diferentes operadores de telecomunicaciones, al Ayuntamiento de un Programa del Desarrollo del conjunto de toda la red dentro del término municipal.

El Programa será comprensivo de los siguientes elementos:

- Esquema general de la red con indicación, en su caso, de la localización de la cabecera, principales enlaces y nodos.
- Implantación de estaciones base, antenas de telefonía móvil y otros elementos de radiotelecomunicación.
- Estaciones Base y antenas con indicación de nombre, zona de ubicación, cobertura territorial, potencias, frecuencias de trabajo y número de canales.
- Justificación de la solución técnica propuesta en el municipio.
- Previsión de las áreas de implantación de equipos justificando la cobertura territorial prevista.

A continuación señala que la solicitud se presentará conforme a lo dispuesto en la Ley 30/92 EDL 1992/17271, por triplicado. En el apartado siguiente exige que se debe presentar el Programa de Desarrollo actualizado, y de aquí pasa ya a referirse a la modificación del contenido del Programa, exigiendo la obtención de previa autorización del Ayuntamiento y del órgano medioambiental de la Comunidad Autónoma. La modificación del Programa deberá someterse, al igual que su aprobación primigenia, al trámite de información pública.

Varias cuestiones se plantean en relación con estos artículos:

a) ¿Cuál es el procedimiento de aprobación del Programa Técnico de Desarrollo?

No se regula de forma sistemática, y hay que construirlo a base de los datos contenidos en los artículos 8 y 9 de la Ordenanza, de los que se infieren los siguientes trámites:

- Solicitud. En la forma prevenida en la Ley 30/92 EDL 1992/17271, por triplicado, y con el contenido descrito en el artículo 9.
- Información pública por plazo de 1 mes.
- Autorización del órgano medioambiental competente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (aunque sólo se le menciona para el supuesto de modificación, es natural que la previsión alcance a la aprobación).
- Aprobación por el Ayuntamiento. Acto autorizatorio que pone fin al procedimiento.

b) ¿De qué naturaleza es la exigencia de aprobación del Programa Técnico de Desarrollo?

Del examen de las exigencias del contenido del Programa es claro que por el Ayuntamiento se está incidiendo de forma directa en aspectos técnicos que afectan al ejercicio de la actividad de telecomunicación.

Por otro lado, resulta patente que la motivación que orienta al Ayuntamiento a exigir el Programa de Desarrollo es de naturaleza medioambiental puesto que en el proceso autorizatorio hace una expresa exigencia de autorización medioambiental.

Sobre estas premisas, lo que debemos resolver es si el Ayuntamiento, con estas exigencias está actuando dentro del ámbito de sus competencias o, por el contrario, las está excediendo. Por consiguiente, debemos examinar si, en el campo de las telecomunicaciones y del medio-ambiente está facultado para introducir el requisito de aprobación del Programa de Desarrollo.

Desde la perspectiva de las telecomunicaciones, la S.T.S. de 18 de junio de 1.998, en el Fundamento de Derecho Décimo EDJ 2001/31729 ofrece unas pautas que nos van a servir de apoyo para la resolución de lo aquí planteado.

Parte esta sentencia de que la exigencia de un plan técnico se presenta con la siguiente finalidad:

- 1º Garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas
- 2º La pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano.

Afirma que estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que justifican la intervención del Municipio en este campo. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento.

Ahora bien, a continuación se aclara que esta facultad de intervención no es incondicionada, sino que debe llevarse a cabo garantizando la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias, mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el, a la sazón, Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Nuevamente nos encontramos con la necesidad de articulación del ejercicio de competencias en colisión entre los entes públicos. La Entidad Local no puede regular la materia de forma unilateral ignorando que su ejercicio está condicionado por el respeto al ejercicio de las competencias de otros entes públicos. De ahí que la compatibilización de las finalidades señaladas -garantía de una buena cobertura territorial y protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano- deba hacerse mediante la intervención de ambas Administraciones Públicas. Lo que en este caso no se produjo pues no se respetó la exigencia del art. 44.3 L.G.Tel EDL 1998/43460 .

Desde el punto de vista medio-ambiental, debemos tener en cuenta que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia no tiene legislación propia en materia de comunicación por ondas. Sí dispone, en cambio, de normativa medioambiental propia que sustituye el régimen autorizador del R.A.M.I.N.P. por el trámite de calificación ambiental, previo al otorgamiento de licencia de apertura.

Sobre estas bases nos encontramos con que el Ayuntamiento debe atenerse al respeto de los procedimientos ambientales existentes. En concreto, el Ayuntamiento podrá desplegar su actividad en dos momentos:

a) En el procedimiento autorizador estatal regulado en la O.M. de 9 de marzo de 2.000 EDL 2000/78669 , completado por el R.D: 1.066/2.001 EDL 2001/28611 , compareciendo y haciendo las alegaciones que tenga por conveniente, o impugnando la resolución autorizatoria si está en desacuerdo con ella y con las exigencias medioambientales (niveles de emisión) que haya fijado.

b) En el momento de concesión de licencia de apertura. Aunque no pueda reiniciar un trámite medio ambiental ya agotado por la Administración del Estado, sí que podrá a través de la licencia de actividad supervisar y controlar el cumplimiento de las medidas medioambientales impuestas por la referida autorización estatal.

Lo que en ningún caso cabe es que innove una exigencia de Programa de Desarrollo Técnico de Red fuera de los cauces oportunos, pues, como ha quedado visto, ni desde una óptica sustantiva ni procedimental tiene habilitación para establecerla del modo que lo hace en la Ordenanza.

Igual justificación determina la declaración de nulidad de los artículos 12 y 13 en cuanto recogen exigencias técnicas de Proyectos y Programas Técnicos.

QUINTO.- Se afirma que el art. 2 de la Ordenanza es nulo por resultar discriminatorio en perjuicio de los operadores de telefonía móvil respecto de los restantes operadores de telecomunicaciones así como de radiodifusión y televisión.

Se trata de una cuestión técnica que ha sido probada por la actora mediante el informe pericial aportado junto con la demanda y ratificado, con contradicción, en fase de prueba, y que no ha sido rebatido por la Administración.

De la pericial practicada se desprende que el ámbito de aplicación de la Ordenanza deja fuera de su alcance las redes públicas de banda ancha vía radio, refiriéndose a las seis licencias que en marzo de 2.000 adjudicó el Ministerio de Ciencia y Tecnología para BUCLE LOCAL VÍA RADIO (MMDS/LMDS) en banda ancha y microondas (Bandas de 3,5 GHz y 26 GHz). Se trata de servicios que permiten el acceso a telefonía, internet y multimedia en todas sus vertientes de forma simultánea o individual.

Esta omisión respalda las argumentaciones de la actora al existir una exclusión de operadores que no se encuentra justificada, lo que determina la declaración de nulidad de este artículo y de la clasificación en él contenida.

SEXTO.- Se pide la declaración de nulidad del art. 7. a) de la Ordenanza, que dispone que no se autorizarán aquellas antenas a las que alude este artículo que no resulten compatibles con el entorno por provocar un impacto visual no admisible. Se razona que se trata de un precepto que da posibilidad de aplicar criterios absolutamente discrecionales por parte de la Administración que pueden desembocar en subjetivismo y arbitrariedad.

Respecto de esta cuestión, compartimos la postura mantenida por otros Tribunales Superiores de Justicia, como el de Cataluña, sentencia de 28 de junio de 2.002 EDJ 2002/50648 , que, respecto de norma semejante, afirma, sobre la base del carácter reglado de las licencias, que la compatibilidad con el entorno no se calificará de forma subjetiva por el funcionario o autoridad actuante, sino conforme al planeamiento y ordenanzas concretas aplicables, así como por la normativa medioambiental aplicable.

Efectivamente, no nos encontraríamos ante un caso de discrecionalidad, de estrecho margen de control jurisdiccional, sino ante conceptos jurídicos indeterminados a concretar, en cada caso, atendiendo a las circunstancias de hecho concurrentes puestas en relación con la distinta normativa aplicable al ámbito de la edificación y uso del suelo desde una perspectiva tanto estrictamente urbanística como medio- ambiental. Por consiguiente, entendemos que el apartado estudiado no es ilegal puesto que, en su aplicación, la Administración deberá justificar adecuadamente la solución a la que llega basándose en la aplicación de concretas normas urbanísticas o medio-ambientales. El problema, como hemos visto, es el relativo al instrumento en que debe apoyarse la Administración para modular urbanísticamente las condiciones de instalación de las antenas.

SÉPTIMO.- Se impugna el art. 7. b) que establece que no se autorizará la instalación de antenas a que se refiere este artículo en conjuntos protegidos.

La solución es similar a la dada en el fundamento anterior. La limitación entra dentro del campo de las competencias municipales -art. 25.2.e) L.R.B.R.L. EDL 1985/8184 -, debiendo concretarse en cada caso si el conjunto afectado está integrado dentro de los bienes protegidos por razones de defensa del patrimonio histórico-artístico, teniendo presente, en cada supuesto, los distintos niveles de protección según su importancia e interés y la compatibilidad de la instalación con el grado de protección asignado.

OCTAVO.- El art. 7 c) fija un régimen de localización de las antenas en los siguientes términos: únicamente podrán localizarse (las antenas) a las que alude este artículo en los emplazamientos expresamente consignados al efecto por el planeamiento de aplicación y, en todo caso en el suelo no urbanizable, prohibiéndose la localización en áreas destinadas a uso residencial de cualquier tipología o que se ubiquen a distancia inferior a 350 metros de la edificación destinada a uso residencial, asistencial o social, escolar, deportivo, comercial, o administrativo más próxima o respecto de parcela apta para cualesquiera de las finalidades enunciadas aún cuando carezca de dotación de servicios urbanísticos.

La cuestión a resolver en relación con el establecimiento de distancias de emplazamiento por las ordenanzas reguladoras de la instalación de antenas de telefonía móvil es la relativa a si nos encontramos ante una norma de contenido urbanístico o medio-ambiental.

A nuestro parecer, no hay duda de que se trata de una disposición establecida para la protección respecto de las emisiones radioeléctricas y, por tanto, se trataría de una norma de naturaleza medio-ambiental. Prueba de que es así lo constituye que el establecimiento de distancias de emplazamiento de actividades ha sido regulado tradicionalmente por la norma medioambiental por excelencia, el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y así se viene a corroborar por la legislación autonómica reguladora específicamente de las instalaciones de radiocomunicación que fijan distancias de seguridad por razón de protección de la salud de las personas ante la exposición a campos electromagnéticos.

Por consiguiente, centrada la cuestión, la conclusión no puede ser otra que la de excluir la competencia de los entes locales para establecer medidas adicionales de protección medio-ambiental si no están investidos de una habilitación legal específica, tal como señalamos en el fundamento tercero.

Por otro lado, la norma cuestionada no resiste un análisis de ponderación de proporcionalidad pues no existe justificación técnica que explique el establecimiento de la distancia de emplazamiento indicada en la Ordenanza. Prueba de que existe desproporción la encontramos en que algunas leyes autonómicas que fijan distancias de seguridad como medidas adicionales de protección medio-ambiental (Leyes 10/2002 de la Comunidad Foral de Navarra EDL 2002/12199 y 8/2001 de La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha EDL 2001/26426) la limitan a un paralelepípedo de 10m x 6m x 4m medidos desde los sistemas radiantes.

NOVENO.- Se impugna por la actora el establecimiento, en el apartado quinto del art.9 de la Ordenanza, la exigencia de seguro de responsabilidad que garantice la satisfacción de indemnización como consecuencia de daños a las personas y bienes.

La cobertura normativa de exigencia de seguro de responsabilidad civil, en la Región de Murcia, se encontraría en el art. 46 de la Ley Regional de Protección del Medio Ambiente EDL 1995/13255 que confiere a la Administración ambiental autorizante, la Consejería de Medio Ambiente o los Ayuntamientos, la potestad de exigir la constitución de un seguro que cubra el riesgo de daños a las personas, los bienes y al medio ambiente siempre que la actividad esté sujeta al procedimiento de calificación o evaluación de impacto ambiental.

Ya hemos analizado anteriormente que, en la Región de Murcia, al no haberse adoptado por la Comunidad Autónoma medidas adicionales de protección medio ambiental en materia de emisiones radio-eléctricas, el procedimiento medio-ambiental se lleva a cabo por el Estado a través de los trámites de la O.M. de 9 de marzo de 2.000 EDL 2000/78669 y R.D. 1.066/01 EDL 2001/28611 , lo que no es obstáculo para la intervención del Ayuntamiento a través del otorgamiento de licencia de apertura, si bien limitado a controlar y supervisar el cumplimiento de los límites medio-ambientales impuestos por el órgano ambiental, que en estos casos es estatal. No obstante lo anterior, entendemos que si el Ayuntamiento estima que, dentro de los límites medio-ambientales fijados, existe riesgo de siniestro que pueda ser garantizado mediante el correspondiente seguro, el art. 46 de la Ley 1/95 EDL 1995/13255 le otorga habilitación específica para exigir su constitución, lo que habrá de hacerse en cada caso, de forma motivada y siguiendo el procedimiento de valoración previsto en el propio art. 46.9 EDL 1995/13255 , siendo esta actuación controlable de forma independiente.

DÉCIMO.- Por la recurrente se impugnan determinadas normas de la Ordenanza reguladora que afectan a aspectos urbanísticos contenidos en los artículos 10 (temporalidad de las licencias y obligación de usos compartidos de emplazamientos) y art. 11 (observancia de los parámetros contenidos en el planeamiento urbanístico).

En relación con los aspectos urbanísticos nos remitimos a lo señalado en el fundamento tercero. Los instrumentos a través de los cuales han de regularse estas cuestiones son los de planeamiento. La Ordenanza por sí sola no es instrumento adecuado por eludirse en su tramitación la preceptiva intervención de la Administración del Estado, vulnerándose lo dispuesto por el art. 44.3 L.G.Tel. EDL 1998/43460 Como hemos visto, no es un simple problema formal sino que la intervención del Estado es mecanismo de articulación del contenido del ejercicio de las competencias para garantizar la finalidad de que la cobertura territorial sea adecuada y se protejan los conjuntos o edificios catalogados, vías públicas y paisaje urbano.

Este motivo determina también la nulidad de los aspectos urbanísticos contenidos en los artículos 12 y 13 de la Ordenanza.

UNDÉCIMO.- Se cuestiona el artículo 14 de la Ordenanza en cuanto desarrolla el régimen de tramitación de las licencias, pues se estima que es contrario al R.S.C.L. EDL 1955/46 , añadiendo trámites no previstos por normas de rango superior y sin habilitación para introducirlos. Se refiere específicamente al trámite de publicación en el B.O.R.M. y un diario de los de mayor difusión.

Por la representación del Ayuntamiento, en la contestación a la demanda se justifica la necesidad de publicación en el art. 30 de la Ley Regional de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia EDL 1995/13255 .

Esta habilitación no es aplicable porque, como hemos visto, no se sigue el procedimiento de calificación ambiental. Por tanto carece el Ayuntamiento de habilitación para establecer el trámite discutido.

Los demás trámites no consideramos que sean incompatibles con la regulación general de la tramitación de las licencias si entendemos que la referencia que se hace a la documentación técnica alude a la técnico- constructiva de la instalación proyectada.

DECIMOSEGUNDO.- Se discute por la actora el art. 15 de la Ordenanza ya que exige la concesión municipal para la ocupación del dominio público municipal.

Entendemos que supeditar la ocupación del dominio público a la obtención de concesión no es incompatible con el derecho de ocupación reconocido en el art. 44 L.G.Tel, siempre que los requisitos y condiciones sean transparentes y no discriminatorios, y no estimamos que no se vaya a actuar de esa manera ya que la Ordenanza remite al régimen jurídico del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales.

DECIMOTERCERO.- Se impugna el art. 16 de la Ordenanza y su Disposición transitoria tercera por fijar valores máximos de emisión.

No apreciamos que exista ilegalidad en la regulación de este punto puesto que la norma únicamente remite a los límites de emisión establecidos en la legislación estatal o autonómica de aplicación.

El artículo 16 contiene una reserva de la posibilidad de modificar la Ordenanza para fijar límites de emisión. Se trata de una disposición superflua puesto que la Ordenanza puede modificarse en cualquier momento y, entonces, podrá valorarse si sus contenidos se ajustan a Derecho o no.

En cuanto a la disposición transitoria tercera, debe resaltarse que remite transitoriamente a los límites de la Conferencia de Salzburgo y de la Recomendación U.E., en tanto se regule la materia. Actualmente, en vigor el R.D. 1.066/01 EDL 2001/28611 , la disposición transitoria no es aplicable en este punto.

DECIMOCUARTO.- Se cuestiona la legalidad del Capítulo III del Título II, regulador del régimen de infracciones y sanciones.

En primer lugar, el art. 18 se refiere a las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, que no tienen carácter sancionador y son las generales de aplicación en relación con las obras y construcciones que no se ajustan a la ordenación urbanística.

El art. 19 es pura remisión a la Ley 1/95 de Protección del Medio- ambiente de la Región de Murcia EDL 1995/13255 .

El art. 20 fija las personas responsables y no se discute por la actora.

Consiguientemente, no apreciamos la concurrencia de motivo de nulidad.

DECIMOQUINTO.- Las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ordenanza se consideran, por la actora, contrarias a Derecho al establecer la aplicación retroactiva de la Ordenanza sin establecimiento de obligación de indemnizar a los titulares de instalaciones ejecutadas anteriormente que se vean afectadas por la nueva ordenación.

La disposición transitoria primera se refiere a instalaciones que se hubieran realizado sin licencia e impone un plazo de legalización. Lógicamente, si no son legalizables no cabe más que su desmantelamiento o efectuar las modificaciones necesarias para que se ajusten al planeamiento de acuerdo con la normativa aplicable en el momento de la regularización ya que, con anterioridad, su existencia era clandestina. Lógicamente, poner fin a la clandestinidad es un deber de la Administración y no puede llevar aparejado un derecho al rescancamiento para el que operaba en tales condiciones.

En cuanto a la disposición transitoria segunda, alude a las instalaciones que contasen con licencia sin fijar el régimen jurídico respecto de las que resulten afectadas por la nueva ordenación. Obviamente, la referencia normativa de la cuestión no puede ser otra que la general contenida en el art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales EDL 1955/46 .

No se aprecia, por tanto, que el régimen previsto sea contrario a Derecho.

DECIMOSEXTO.- No concurren las circunstancias legalmente previstas para realizar un especial pronunciamiento en costas (art. 139 LJCA EDL 1998/44323).

En atención a todo lo expuesto, y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA EDL 1978/3879 ,

FALLO

Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo 510/00 interpuesto por "Telefónica Servicios Móviles, S.A." contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Los Alcázares de 10 de noviembre de 2.000 por el que se aprueba la Ordenanza Reguladora sobre instalación de antenas, locales que presten servicios en materia de telecomunicaciones e infraestructura común en edificios, declarando nulos los siguientes artículos: 2; 7, salvo las letras a) y b); 8; 9, salvo en su párrafo quinto; 10; 11; 12; 13 y 14 c). Sin costas.

Notifíquese la presente sentencia, que no es firme al darse contra ella recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Abel Ángel Sáez Doménech.- Mariano Espinosa de Rueda Jover.- Joaquín Moreno Grau.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 30030330022003100015