

Resumen

El TSJ estima parcialmente el rec. contencioso administrativo interpuesto contra la Ordenanza Municipal para la Instalación y Funcionamiento de las Instalaciones de Radiocomunicación de Telefonía Móvil, que se anula ya que el Ayuntamiento puede exigir la adaptación de las instalaciones e incluso el traslado de las mismas, pero para aquellas instalaciones o la parte de las mismas en que la adaptación a lo dispuesto en la Ordenanza no fuese posible, ni con un traslado y siempre por causa, se entiende, no imputable a la operadora, la exigencia de la clausura resulta desproporcionada y no amparable por el derecho.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 20/2006 de 15 diciembre 2006. Municipal y de régimen local de las Islas Baleares
art.29

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
art.62 , art.83

Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local
art.4 , art.7 , art.25

Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro
art.75

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.137 , art.140 , art.148 , art.149

D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
art.5

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

TELECOMUNICACIONES
ORDENAMIENTO JURÍDICO
TELEFÓNICA
Régimen de la concesión
Líneas aéreas, servidumbre de paso
TELEFONÍA MÓVIL

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Operador de telecomunicaciones; Desfavorable a: Admón. local (funciones ejecutivas)

Procedimiento:Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.29 de Ley 20/2006 de 15 diciembre 2006. Municipal y de régimen local de las Islas Baleares

Aplica art.62, art.83 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Aplica art.4, art.7, art.25 de Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local

Aplica art.75 de Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro

Aplica art.137, art.140, art.148, art.149 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.5 de D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

Cita LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita D 22/2006 de 10 marzo 2006

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso en fecha 8 de octubre de 2007, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico, el acto administrativo

TERCERO.- Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO.- No habiéndose practicado prueba y declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 11 de enero de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION LITIGIOSA.

La representación de la parte actora pretende la nulidad de los artículos 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 y párrafo 4 del preámbulo de la ordenanza, artículos 2.5, 2.6, 3.1, 3.2, 3.3.c), 5.1, 5.2, 6, 7.2, 7.3, 7.4 y las Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª y 3ª de la Ordenanza objeto de impugnación.

En síntesis la nulidad se sustenta, según la actora, en que las restricciones desproporcionadas para la ubicación de estaciones base o de las características técnicas de éstas, superando las exigencias establecidas por la normativa estatal, impuestas por el Municipio, provocan la imposibilidad de prestar los servicios telefónicos móviles; en la extralimitación en sus competencias por el Ayuntamiento de Son Servera, que habría invadido, a juicio de la recurrente, competencias correspondientes a otras Administraciones Públicas, y en defectos procedimentales al aprobar la Ordenanza, al apartarse del informe emitido por la Dirección General de Tecnología y Comunicación del Gobierno de las Illes Balears.

La representación procesal del Ayuntamiento se opone a la demanda y fundamenta la oposición a la misma en las competencias municipales recogidas en el art. 29.2.z de la Ley 20/06, de 15 de diciembre EDL 2006/324626 , Municipal y de Régimen Local de las Illes Balears y en el Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones de las Illes Balears, competencias confirmadas en la sentencia del Tribunal Supremo de 23.11.2006.

SEGUNDO.- SOBRE LA COMPETENCIA MUNICIPAL PARA LA APROBACIÓN DE LA ORDENANZA.

Esta cuestión, previa a todas las demás planteadas de forma concreta en este proceso, relativa a la competencia del municipio para dictar la Ordenanza impugnada, al recaer su objeto sobre la materia de las telecomunicaciones y referirse el Preámbulo a que su objeto sería el de velar por la salud de los habitantes del municipio, ha sido resuelta por esta misma Sala con ocasión de la impugnación de disposiciones similares de otros municipios y también por el Tribunal Supremo en sentencias que constituyen una jurisprudencia consolidada y que no comparten la postura de la parte recurrente.

Sirve traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación 4780/06, de 23 de noviembre de 2010, la cual en sus fundamentos de derecho tercero y cuarto dispone:

" TERCERO.- El recurso de casación se erige contra los pronunciamientos de la sentencia de la Sala de instancia que, en conjunción con el fallo, han procedido a la anulación de diversos preceptos, apartados o incisos de la Ordenanza Municipal sobre Antenas de Telefonía, Radio y Televisión de Tabernes de Valldigna. No se extiende el recurso al art. 13, referido a la exigencia a los operadores de suscribir un seguro de responsabilidad civil, parte del fallo a la que, al no ser atacada, no afecta nuestra resolución y adquiere así firmeza.

En cuanto a los pronunciamientos objeto de impugnación, a la hora de resolver las cuestiones planteadas, y de un modo preliminar, conviene recordar el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los Municipios cuando afecte a la regulación de las telecomunicaciones, tal como fue expuesto en nuestras Sentencias de 15 de diciembre de 2003, rec. 3127/2001, y de 4 de julio de 2006, rec. 417/2004, al resumir que:

"1º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios(art. 4.1 a)LRBRL y 5 RSCL), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos(artículo 25.2a)), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas(artículo 25.2b)), protección civil, prevención y extinción de incendios(artículo 25.2c)), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística(artículo 25.2d)), protección del medio ambiente(artículo 25.2f)), patrimonio histórico-artístico(artículo 25.2e)) y protección de la salubridad pública(artículo 25.2f)).

2º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende,

en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados."

CUARTO.- Dado que los siete motivos de casación se refieren a las mismas cuestiones y artículos de la Ordenanza anulados, procede, por razones de claridad expositiva, realizar un análisis conjunto de los mismos.

Así, en primer lugar habremos de pronunciarnos sobre la anulación por la Sala de instancia del inciso del art. 1.1 de la Ordenanza que reza "proteger la salud de los ciudadanos". No está de más ponernos en situación mediante el recordatorio de lo que dice el primer artículo del reglamento municipal en su integridad, siendo así que preceptúa que "La presente ordenanza tiene por objeto la regulación de las instalaciones destinadas a las infraestructuras de telecomunicaciones que se contemplan en su contenido, en todo el término municipal, con la finalidad de proteger la salud de los ciudadanos y de preservar el paisaje rural y urbano, aplicando los criterios de la menor ocupación del espacio y del menor impacto visual y medioambiental".

La Sala de instancia anuló la expresión de referencia por la sencilla razón de considerar que los Municipios carecen de competencia en materia de salud pública, esto es, queda fuera de sus atribuciones la protección de la salud de sus ciudadanos. Criterio que es completamente contrario al que con insistencia viene aplicando esta Sala en la resolución de impugnaciones de Ordenanzas Municipales dictadas para regular la instalación de antenas y elementos auxiliares de telecomunicaciones.

En particular, hemos insistido en diversas ocasiones, entre las que pueden citarse como las más recientes dos sentencias de 15 de junio de 2010 (recs. 240y3220/2007, respectivamente), en el criterio fijado en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007, que parte de la asunción de la honda preocupación social generada por el riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil. Inquietud que ha dado lugar a la promulgación de normas tuitivas en el ámbito estatal, en particular el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, si bien la determinación en tal reglamento de unos límites máximos de emisión no impide la implantación de medidas adicionales de protección por parte de los Ayuntamientos, dentro del ámbito de sus competencias, ante la realidad de que el riesgo generado por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica.

Así, hemos validado tanto la fijación de límites o condiciones complementarias a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611, como la delimitación de zonas sensibles en que se establece una protección reforzada frente a las emisiones, o bien se prohíbe directamente la instalación de antenas de telecomunicaciones y similares.

De forma que, si hemos considerado que los Ayuntamientos pueden implantar medidas efectivas de protección de la salud en las Ordenanzas Municipales reguladoras del régimen jurídico de la actividad de instalación de aparatos o elementos de telecomunicaciones, de mala manera podríamos considerar, como hace la Sala de instancia, que los Ayuntamientos carezcan de competencia alguna en la materia y, por ende, no se pueda considerar como objeto de tales Ordenanzas, entre otros, atender a la protección de la salud de los ciudadanos. Razón por la que debemos estimar los motivos segundo y quinto de casación y, anulando la sentencia de instancia en el particular, declarar la conformidad a derecho del inciso "proteger la salud de los ciudadanos" incluido en el art. 1.1 de la Ordenanza Municipal sobre Antenas de Telefonía, Radio y Televisión de Tabernes de Valldigna".

En consecuencia, establecida "prima facie" la competencia municipal debe desestimarse la pretensión de nulidad de los artículos impugnados por el motivo de falta de competencia y concretamente del párrafo cuarto del Preámbulo de la Ordenanza que fundamenta la misma en las competencias municipales en materia urbanística, medioambiental y de sanidad, restando entrar a considerar si los preceptos cuestionados cumplen con las exigencias de proporcionalidad requeridas para el establecimiento de limitaciones. En todo caso, debe señalarse que la pretendida imposibilidad de prestar los servicios telefónicos móviles resulta huérfana de toda prueba al respecto, con lo que no puede tenerse por cierta.

TERCERO.- SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LA ORDENANZA. INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TECNOLOGÍA Y COMUNICACIÓN DEL GOVERN DE LAS ILLES BALEARS.

Se sostiene la nulidad de la Ordenanza por infracción del procedimiento seguido para su aprobación.

El Ayuntamiento solicitó el 5 de junio de 2007 informe a la Dirección General de Tecnología y Comunicaciones del Govern de las Illes Balears relativo a la Ordenanza aprobada inicialmente y a las alegaciones presentadas por la empresa Vodafone al no disponer el Municipio de un técnico para informar acerca de las mismas.

Con fecha 17 de julio de 2007 se evacuó el informe municipal sobre la Ordenanza y las alegaciones de la recurrente.

El informe técnico de la Dirección General de Tecnología y Comunicaciones del Govern de las Illes Balears, en el que se proponía la modificación de determinados preceptos de la Ordenanza inicialmente aprobada, fue emitido el 31 de mayo de 2007.

El 31 de julio de 2007 se aprobó definitivamente la Ordenanza por el Pleno del Ayuntamiento, haciendo caso omiso de las observaciones del informe de 31 de mayo de 2007, relativas a los art. 1, 2.1, 2.2, 2.5, 3.1, 3.2 y 7.4. Por este motivo la recurrente esgrime la nulidad por defectos procedimentales en la aprobación de la Ordenanza, al haberse vulnerado, a su juicio, lo dispuesto en el Decreto

22/2006, de 10 marzo EDL 2006/24669 , por el que se aprueba el Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones de las Illes Balears (BOIB num. 39, de 18 de marzo de 2006).

No se cita precepto concreto alguno que exija el informe del Govern de las Illes Balears para aprobar una Ordenanza como la impugnada ni que establezca dicho informe como vinculante, con lo que debe deducirse que el informe técnico de la Dirección General de Tecnología y Comunicaciones del Govern de las Illes Balears tenía el carácter de informe facultativo y no vinculante, con lo que el Ayuntamiento no venía obligado a seguir las prescripciones del informe de referencia y pudiendo incluso continuar con la aprobación de la Ordenanza aún cuando éste no hubiese sido emitido, al amparo de lo dispuesto en el art. 83 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de RJAPyPAC EDL 1992/17271 .

En consecuencia, la alegación de defectos procedimentales sostenida por la recurrente no merece ser acogida.

CUARTO.- SOBRE LA COMPETENCIA MUNICIPAL PARA ESTABLECER MEDIDAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN. LÍMITES A LA POTENCIA ELECTROMAGNÉTICA.

El art. 2.1, primer inciso, de la Ordenanza establece que las instalaciones de telefonía móvil se han de ubicar en suelo no urbanizable, con determinadas limitaciones en cuanto a las distancias en los siguientes términos:

"les instal.lacions de telefonía mòbil s'han d'ubicar a sòl no urbanitzable, a una distància d'almenys 100 metres d'un habitatge i de 300 metres d'un centre educatiu, sanitari, geriàtric o anàleg, encara que aquesta distància pot ser revisada, augmentada o disminuïda, segons sigui el tipus de tecnologia emprada (potència, freqüència, etc)."

El art. 2.1, inciso segundo dispone:

"En qualsevol cas el limit de densitat de potència permesa és de 0,1 W/cm2, límit que pot ser revisable segons avanci la investigació i s'estableixin riscos en valors menors segons criteri de l'ajuntament, les entitats i persones col.laboradores, en aquest cas poden augmentar la potència en un futur."

El apartado 2.2 completa esta regulación permitiendo el establecimiento de las instalaciones en suelo urbanizable o urbano en supuestos excepcionales.

El art. 2.6 recoge que : " Será requisit necessari la prèvia obtenció de l'estudi d"impacte ambiental favorable per pan de l'autoritat pertinent"

Se impugna también el art. 5 que establece el procedimiento para la instalación de las antenas en suelo urbanizable o urbano.

La parte recurrente opone que estas limitaciones establecidas por la Ordenanza no son conformes a Derecho puesto que vulneran los art. 148 y 149.1.21ª, 23ª y 16ª, 137 y 140 de la Constitución EDL 1978/3879 y el art. 7.1 y 25.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. Concretamente, se sostiene que no cabe que el Ayuntamiento establezca más limitaciones de seguridad que las establecidas por el R.D. 1066/2001 EDL 2001/28611 y que las distancias de protección son totalmente arbitrarias y no se basan en ningún estudio científico ni en medidas objetivas y que las competencias sanitarias corresponden a la Comunidad Autónoma y no al municipio. Cita en apoyo de sus argumentos sentencias de nuestro Alto Tribunal y de los Tribunales Superiores de Justicia.

Sentada más arriba la competencia municipal en la materia, la cuestión se centra en determinar si el Ayuntamiento autor de la Ordenanza resulta competente para fijar límites adicionales de protección a los contemplados por el RD 1066/01 EDL 2001/28611 . La misma ha sido resuelta, en sentido afirmativo, por el Tribunal Supremo, en relación a un precepto similar que establecía la distancia mínima de cien metros a cualquier vivienda, en la sentencia dictada en el recurso 3321/07, de 23 de noviembre de 2010, la cual en su Fundamento de Derecho Quinto señala:

"Pasando al motivo tercero, la temática litigiosa se centra en determinar si el Ayuntamiento emisor de la Ordenanza tenía competencia para fijar límites adicionales a los contemplados para la emisión de radiaciones electromagnéticas en el Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 , en particular en relación con lo dispuesto en el art. 8 y en la disposición adicional única de la Ordenanza impugnada, que establecen, respectivamente, la prohibición de instalación de antenas sobre cubierta en zonas de viviendas unifamiliares aisladas y una distancia mínima de cien metros de distancia a cualquier vivienda para las nuevas localizaciones de equipos de telecomunicación.

Dicha cuestión, realmente, ha sido ya tratada y resuelta por esta Sala. En concreto, nos remitiremos, atendiendo a criterios de coherencia y de unidad de doctrina, a lo ya declarado en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007 :

"El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 , bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles -colegios, hospitales, parques y jardines públicos- estableciendo unas

áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles, adecuándose como afirma la Administración demandada a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que corresponde a la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala.

Lo que nos obliga a desestimar también el tercer motivo de casación".

En consecuencia, debemos declarar la conformidad a Derecho de los art. 2.1, primer inciso y 2.2 de la Ordenanza impugnada, declarando la competencia municipal para el establecimiento de medidas adicionales de protección.

Distinta suerte debe correr el inciso segundo del art. 2.1 de la Ordenanza en cuanto al límite de densidad de potencia permitido de 0,1 W/cm².

La parte actora señala que el establecimiento de los límites de potencia es de competencia exclusiva del Estado. La representación de la demandada implícitamente reconoce la extralimitación en este punto y lo achaca a un error, puesto que la medida fijada es superior a la señalada en el RD 1066/01 EDL 2001/28611, habiendo según dice el Consistorio adoptado las medidas necesarias para su corrección.

Por consiguiente, la fijación de los límites de exposición del art. 2.1, inciso segundo de la Ordenanza, en cuanto no se ajusta a los límites establecidos por la Administración del Estado que es la competente, debe ser anulada por no ser conforme a Derecho.

En cuanto a la exigencia de la Evaluación del Impacto Ambiental establecida por el art. 2.6 de la Ordenanza, debemos compartir lo alegado por la representación de la demandada, de que dado que las instalaciones en general deberán ubicarse en suelo no urbanizable, será preciso contar con la preceptiva declaración de interés general y con el Estudio de Impacto Ambiental, que, en coherencia, no se exige en el procedimiento establecido en el art. 5, que a su vez remite al 3.3 de la misma, por referirse a las instalaciones que se vayan a ubicar en suelo urbano, con lo que la exigencia del art. 2.6 de la Ordenanza resulta conforme a Derecho, en cuanto a que de la interpretación conjunta de lo dispuesto en la Ordenanza resulta únicamente aplicable en los casos en que la instalación se ubique en suelo no urbanizable.

La competencia sustantiva del municipio sobre la materia determina la existencia de la competencia para establecer los procedimientos, con lo que la pretensión de anulación del art. 5, que la demandante únicamente vincula a que no pueden establecerse limitaciones a la instalación en suelo urbano o urbanizable debe decaer.

QUINTO.- SOBRE LA MINIMIZACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL Y VISUAL. LA OBLIGACIÓN DE INSTALAR LA TECNOLOGÍA MÁS AVANZADA O CLÁUSULA DE PROGRESO. SOBRE EL QUEBRANTO DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA.

La parte actora considera que procede la anulación de los preceptos contenidos en los art. 2.4, 2.5 y 2.6 de la Ordenanza porque, además de exceder las competencias municipales, contienen conceptos jurídicos indeterminados, causantes de indefensión. Ya hemos tratado la cuestión relativa a la competencia municipal, resta determinar si puede apreciarse la existencia de conceptos jurídicos indeterminados cuya ausencia de concreción produzca en la demandante la indefensión invocada.

El Tribunal Supremo, en Sentencia rec. 3321/2007, de 23.11.10, F.D. Quinto ha resuelto esta controversia señalando:

"En cuanto al motivo segundo, se relaciona con la disposición que recoge el deber de los operadores de ajustarse en la instalación de los elementos y equipos pertenecientes a una red de telecomunicación "a la tecnología más avanzada, para lograr el menor tamaño y complejidad de la instalación y permitir la máxima reducción del impacto visual"(art. 23de la Ordenanza, en su primer párrafo).

No es la primera vez que esta Sala se enfrenta a esta especie de "cláusula de progreso". Nos hemos referido a ella en nuestras sentencias de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004, y de 6 de abril de 2010, rec. 4450/2007, relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Supone ésta una técnica en que, junto a las zonas de certeza positiva o negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre" en relación a la cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad.

Por lo tanto, en ésta como en aquellas ocasiones, nada hay que oponer a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual y ambiental y la menor afección a la salud de las personas, e insistimos en que tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 ."

Esta cuestión ha sido ya resuelta por la Sala en sentencia 669/04 de la Sección 2ª que sigue el criterio del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sección 4ª, en su sentencia de 15 de diciembre de 2003 :

"La utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las normas reglamentarias y, en concreto por las Ordenanzas municipales, es no sólo posible y constitucionalmente lícito sino habitual e inevitable, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia".

En definitiva, supone una técnica en la que, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre", en relación con el cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. Técnica de expresión normativa admisible

en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de los conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse, en cada caso, si concurre o no el supuesto determinante, según la previsión de la Ordenanza, de la procedencia de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables, de una determinada actividad. Y, desde luego, sin hacer, por supuesto, una aplicación especial de la presunción iuris tantum de validez de los actos administrativos, ni rescatar la doctrina que otorgaba a la Administración el "beneficio de la duda" en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso, es posible rectificar la apreciación que del concepto jurídico indeterminado haga la Administración, cuando aparece que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad (Cfr. SSTs 25 mayo 1998 y 19 de julio de 2000).

Por lo que se refiere a las medidas contempladas en el art. 3.2 (soluciones de mimetización y prohibición de determinadas tipologías de soportes y antenas) no sólo gozan de cobertura legal, sino que además permiten una aplicación equitativa que sopesa las ventajas e inconvenientes de prohibir un concreto emplazamiento y de adoptar razonadamente medias alternativas quizá menos costosas e igualmente efectivas".

También esta Sala se ha pronunciado sobre la invocada vulneración, ante Ordenanzas semejantes, del principio de neutralidad tecnológica, concluyendo que se establece con la cláusula de progreso un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación podrá ser controlada cuando la entidad afectada por la evolución técnica considere bien que la evolución técnica es inexistente bien que las soluciones materiales que propugne el municipio carecen de virtualidad bastante para minimizar los impactos ambientales que las infraestructuras produzcan en el municipio. Con lo que abiertamente se discrepa es con la afirmación de que esa mejora en la reducción de los daños paisajísticos que tales infraestructuras tienen para los municipios en que se ubican sean, per se y sin el aditamento de otros datos posteriores, contraria a Derecho.

Por consiguiente, no se aprecia en la regulación de la Ordenanza de Son Servera, en lo relativo a la exigencia de minimización del impacto ambiental y visual y en el establecimiento de acciones de mimetismo y armonización con el entorno, una inconcreción que imposibilite, en el caso concreto, determinar si la concreción de las previsiones de la Administración se ha hecho de acuerdo con los parámetros de la razonabilidad, lo que determina la ausencia de indefensión y la posibilidad de control jurisdiccional de la actuación administrativa por la que se da contenido concreto a los conceptos jurídicos indeterminados establecidos en la norma.

SEXTO.- SOBRE LA POSIBILIDAD DE COMPARTIR INSTALACIONES.

El art. 2.3 de la Ordenanza establece la posibilidad de las empresas de telefonía móvil de compartir instalaciones para la realización de la actividad.

La representación de la parte recurrente sostiene la nulidad de este precepto al amparo del art. 62.1 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271, al sostener que es competencia de la Administración del Estado la imposición unilateral de la compartición de infraestructuras.

La mera lectura del precepto hace decaer la pretensión de nulidad sostenida por la actora puesto que la Ordenanza no obliga a compartir las infraestructuras sino que configura esta posibilidad como una opción para las operadoras. Este Tribunal entiende que el uso compartido de emplazamiento para instalaciones que se ubiquen en determinados terrenos o que persigan la máxima integración en el paisaje urbano es ajustada al ordenamiento jurídico y se realiza dentro del ámbito de las competencias municipales, limitándose la norma impugnada a posibilitar, sin imponer, el uso compartido de instalaciones, en base a razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas, que justificarían a la postre la exigencia de tal medida, sin poder obviar que la propia normativa estatal regula tal posibilidad:

"...En el supuesto de que varias estaciones radioeléctricas de un mismo operador o de diferentes operadores se ubiquen en el mismo emplazamiento..."(art. 4º, Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 11 enero 2002 por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones).

En esta cuestión la Ordenanza no hace sino explicitar lo establecido por el Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones de las Illes Balears en el Título II, cap. IV, arts. 16 a 18.

En consecuencia, deberá desestimarse la demanda en lo relativo a la pretensión anulatoria del artículo 2.6 de la Ordenanza.

SEPTIMO.- PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LA LICENCIA DE INSTALACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. PROGRAMA DE DESARROLLO.

A la regulación de estas cuestiones se refiere el art. 3 de la Ordenanza en los siguientes términos:

3.1. Per obtenir les autoritzacions esmentades, les empreses de telefonia mòbil han de presentar primer un programa de desenvolupament i, una vegada aprovat aquest per l'Ajuntament, han de presentar els corresponents projectes per a la llicència d'activitat i d'obra que siguin necessaris per al desenvolupament del programa

3.2. Programa de desenvolupament:

a) Contingut del Programa de desenvolupament. El Programa ha d'especificar els següents elements:

Esquema general de la xarxa amb indicació, si és el cas, de la localització de la capçalera, principals enllaços i nodes.

Implantació d'estacions base, antenes de telefonia mòbil i altres elements de radiocomunicació.

Estacions base i antenes: nom, zona d'ubicació, cobertura territorial, potència, freqüències de treball i nombre de canals.

Justificació de la solució tècnica proposada al municipi o, si és el cas, a nivell supramunicipal.

Previsió de les àrees de nova implantació d'equips que justifiquin la cobertura territorial prevista.

b) La representació del programa de desenvolupament s'ha de fer per triplicat i s'hi ha d'adjuntar la corresponent sol·licitud, amb els requisits formals de caràcter general que determina la Llei 30/1992, de 28 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

c) S'hi ha d'adjuntar l'acreditació d'haver constituït una pólissa d'assegurança de responsabilitat civil que cobreixi possibles afectacions o danys a persones o béns. Aquesta assegurança cobreix cada instal·lació i, no en pot ser una assegurança genèrica per a la totalitat.

d) Les operadores han de presentar, quan així ho requereixi l'Ajuntament, una actualització del programa de desenvolupament. Qualsevol modificació del contingut del programa ha de ser comunicada d'ofici i autoritzada per l'Ajuntament abans de posar-la en pràctica.

3.3 Llicències d'Obres i d'Activitat:

a) Els procediments per a demanar i tramitar les sol·licituds de llicències d'activitats i d'obra per a les instal·lacions de radiocomunicació de telefonia mòbil a sòl no urbanitzable, són els regulats a les corresponents normatives.

b) Les llicències d'obres i d'activitat només es poden atorgar una vegada presentat i aprovat el programa de desenvolupament d'instal·lacions que exigeix la present ordenança.

e) La documentació que ha d'acompanyar la sol·licitud, de la qual s'han d'adjuntar tres còpies, s'ha de presentar al registre general de l'ajuntament. Aquesta documentació ha d'anar acompanyada de l'acreditació d'estar al corrent de les obligacions tributàries amb l'Ajuntament, comunitat autònoma i consell de Mallorca, així com de la seguretat social.

El contingut de la documentació per a l'obtenció de la llicència d'activitat ha de ser el que determina la Llei 16/2006, de 17 d'octubre, de règim jurídic de les llicències integrades d'activitats de les Illes Balears.

Per a la concessió de la llicència d'obres, la persona interessada ha de presentar els documents en la forma establerta a les Ordenances Municipals.

d) Les sol·licituds de llicència per a la instal·lació d'elements de radiocomunicació de telefonia mòbil han de ser sotmeses a informe tècnic municipal. L'Ajuntament pot sol·licitar la col·laboració d'ens supramunicipals i dels tècnics que estimi oportuns. El tècnic competent en la matèria segons l'apartat anterior ha d'emetre l'informe manifestant la conformitat o no de la documentació a la normativa aplicable i com a conclusió, si l'informe és favorable o desfavorable a la concessió de la llicència. Si l'informe és desfavorable ha de concretar si és esmenable o inesmenable de les deficiències observades a l'expedient."

La parte recurrente alega la nulidad de este precepto, apartados 3.1 y 3.2, al amparo del art. 62.2 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271, al entender vulneradas las competencias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, ya que la exigencia de un "programa de desenvolupament" supone el establecimiento de un trámite innecesario, establecido unilateralmente y sin justificación alguna por parte del Ayuntamiento, invadiendo las competencias autonómicas establecidas en el Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones de las Illes Balears, que establece la exigencia de un proyecto de implantación que es suficiente y hace innecesaria la exigencia de otro a nivel local.

Esta afirmación no se comparte. La Ley recoge la concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos *ratione materiae* que deberán respetar, en todo caso, estas garantías. La Constitución establece la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las especialidades derivadas de su organización propia pero además, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no se puede disociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento, por lo que también ha de ser posible que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, pues lo reservado al Estado no es todo procedimiento sino sólo aquél que deba ser común y haya sido establecido como tal. La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrá de respetar siempre las reglas del procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de procedimiento administrativo común.

Con el punto de partida del procedimiento administrativo común, tanto el legislador estatal como el autonómico pueden establecer procedimientos especiales, con particularidades que los diferencien de aquel, sea en la duración, sea en el sentido del silencio o sea en cuanto a trámites obligatorios, pero igualmente el Ayuntamiento, como cualquier otro ente territorial, puede establecer un procedimiento específico, como el del caso, sustentado en el procedimiento administrativo común y en lo dispuesto por la legislación sectorial del ámbito de que se tratase, concretándose ahí, por ejemplo, sea la competencia atribuida a determinado órgano para la tramitación, sean aspectos formales como la documentación precisa o sean trámites como la emisión de determinados informes.

La recurrente cuestiona la exigencia del artículo 3.1 y 2 de la Ordenanza para que se presente el programa de desarrollo, sin cuya aprobación no cabe presentar proyectos para obtener autorizaciones de instalación y funcionamiento.

Sentada la necesidad de un control municipal de la actividad de telefonía móvil que se traduce en la necesidad de obtener las preceptivas licencias de obra y actividad, lo cual ha sido establecido de forma constante por la jurisprudencia de los Tribunales y no se cuestiona expresamente en el recurso, el alcance del control municipal comprende, el cumplimiento de la normativa a que se sujete la actividad en cuestión, sea comunitaria, estatal, autonómica o local, sin que tampoco el programa de desarrollo que se requiere - artículo 3 de la Ordenanza - deje de ser sino aceptable medida preventiva, que no resulta incompatible sino un complemento y concreción, a nivel del municipio, de otras medidas de control como la del Proyecto de Implantación, que el Ayuntamiento puede exigir en virtud de las competencias que le son propias, cabe así concluir que la impugnación carece de fundamento.

Lo mismo, en virtud de lo expuesto cabe decir de la objeción opuesta a la exigencia establecida en el art. 3.3. c) de la Ordenanza que establece la obligación de acreditar el pago de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social para la obtención de licencias.

Se trata de una previsión procedimental establecida por el Ayuntamiento que no establece una obligación novedosa del pago de tributos y de las cuotas de la Seguridad Social, sino solo que se acredite el cumplimiento de la obligación, exigencia que se considera legítima, de acuerdo con los principios de colaboración y coordinación administrativa, que permiten que una corporación local recabe informes o solicite certificados acreditativos del cumplimiento de la legislación estatal y autonómica, para una mejor gestión de los intereses locales.

Distinta solución procede en lo relativo al art. 3.2.c) de la Ordenanza.

El artículo 3.2.c. de la Ordenanza de Son Servera establece que el programa de desarrollo a presentar -y a aprobar- previamente a la solicitud de autorizaciones de instalación y funcionamiento, se debe acompañar con acreditación de la constitución de una póliza de seguro de responsabilidad civil que cubra posibles afectaciones o daños a personas o bienes. Además, requiere que cubra cada instalación, sin que pueda ser "...genérica per a la totalitat..."

Al respecto, la actora aduce, en síntesis, que una Ordenanza Municipal no es lugar adecuado para exigir la tenencia de instrumento asegurativo alguno, y por tanto, una exigencia de tal calibre vulnera el principio de competencia.

El Ayuntamiento de Son Servera se defiende de esta alegación entendiendo que la posibilidad de establecer este requisito deriva de la competencia para el establecimiento de planificación, amparándola en la protección de intereses que no solo son del municipio pero que él mismo tiene encomendada la misión de proteger. Desembocando así en que el Ayuntamiento puede imponer por su cuenta, esto es, con independencia de que no lo hubiera dispuesto el Gobierno, la obligación del seguro.

El artículo 75 de la Ley 50/80 EDL 1980/4219 establece que será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen.

En consecuencia, únicamente cabe que la Ordenanza requiera aportar la documentación acreditativa de tener suscrito el seguro que normativamente hubiera sido dispuesto por el Gobierno para la actividad del caso.

Sin embargo, tal como ya hemos visto, la regulación de la Ordenanza excede de esta previsión, lo que determina que el artículo 3.2.c de la Ordenanza Municipal de Son Servera no es conforme a Derecho y, por tanto, es nulo.

OCTAVO. DEBER DE REVISIÓN. OBLIGACIÓN DE RETIRAR LAS INSTALACIONES.

El art. 6 de la Ordenanza establece lo siguiente:

"Amb la finalitat d'assegurar l'adaptació de les instal·lacions de telefonia mòbil a les millores tecnològiques que hi ha a cada moment, referent a minimització de l'impacte visual i ambiental o a la modificació substancial de les condicions de l'entorn que facin necessari reduir aquest impacte, la llicència urbanística atorgada per l'Ajuntament per a la instal·lació d'elements de radiocomunicació ha de determinar l'obligació per part de les operadores de revisar les instal·lacions, transcorregut el termini de dos anys des de la data de la llicència o de la seva última revisió. Les entitats col·laboradores de l'Administració, degudament acreditades, poden realitzar la revisió. Els criteris per a aquesta revisió s'han de fonamentar en l'eventual existència de noves tecnologies que facin possible la reducció de l'impacte visual i ambiental."

La parte recurrente sostiene que este precepto es nulo por invadir las competencias del Estado, al amparo del art. 62.2 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 .

Debemos dar por reproducido lo expuesto sobre las competencias municipales de control, que tienen que ver con el ámbito objetivo al que se dirige la revisión y modificación de las condiciones en que fueron otorgadas las licencias urbanísticas, por cuanto este ámbito es el de la protección urbanístico/medio-ambiental consistente en la tutela del paisaje o entorno que configura el espacio físico de un determinado municipio. En este ámbito el Ayuntamiento - como se ha reiterado en diversas fases de esta sentencia - dispone de una plena competencia para decidir, ateniéndose al Derecho aplicable, el modo en que se va a desarrollar la futura actividad de control ínsita y característica de esa licencia de obras y, también, las posibles variaciones o exigencias a posteriori que cabe imponer dada la configuración de tracto sucesivo propio de esta figura jurídica, con lo que cabe concluir que la previsión de la revisión municipal de las instalaciones establecida por la Ordenanza es conforme a Derecho.

El mismo título competencial de protección del entorno o del paisaje resulta habilitante para el establecimiento de la previsión establecida en el art. 7.2 y 7.3 de la Ordenanza. El Ayuntamiento de Son Servera resulta competente para exigir la retirada de las instalaciones que devengan inútiles y el restablecimiento de la situación anterior, sin que la exigencia de una fianza que así lo garantice resulte desproporcionada para el fin pretendido, con lo que ninguna causa de nulidad concurre en los apartados 2 y 3 del art. 7 de la Ordenanza de Son Servera.

NOVENO. VARIACIÓN DE LAS INSTALACIONES POR RAZÓN DEL INTERÉS PÚBLICO.

El art. 7.4. dispone:

"L'Ajuntament de Son Servera, per raons d'interés públic, pot exigir en qualsevol moment la modificació de la ubicació de les instal·lacions o de qualsevol dels seus elements, la qual ha de ser obligatòria per a l'empresa autoritzada, sense que pugui reclamar cap cost o cap indemnització per danys, perjudicis".

La recurrente sostiene que este precepto provoca una inseguridad jurídica no admisible y que es abusivo en cuanto a la exclusión de la indemnización de los daños, pérdidas o costes.

En este punto estamos de acuerdo con la parte actora y debemos establecer la falta de conformidad a Derecho de este enunciado normativo por cuanto que el concepto jurídico de que hace uso el Ente local demandado en la controversia dispone de unos tintes de excesiva imprecisión, que incide - de forma peyorativa - sobre el principio de seguridad jurídica. Y ello es así a la vista de que este enunciado legal evita determinar, de forma alguna, cuáles son las razones de interés público que legitiman la adopción de una medida tan

relevante como es imponer a la entidad explotadora de servicios de telefonía móvil el cambio en el lugar donde sitúa sus instalaciones o la variación de cualquiera de sus elementos.

Para que esta disposición se adecue al fiel mínimo impuesto por el Derecho resultaría preciso que el apartado legal estableciese, con una mínima precisión (y aún dentro del espacio de abstracción propio de las normas jurídicas), qué tipología, caracterización, índole tienen los intereses públicos que el Ayuntamiento de Son Servera va a poder tomar en consideración a la hora de hacer uso del punto 4 del artículo 7 de la Ordenanza reguladora de las Instalaciones de Radiocomunicación y Telefonía Móvil. La simple previsión al cambio del régimen de situación de las instalaciones de telefonía móvil cuando concorra cualquier tipo de interés público - apreciable, según se induce de la normativa, de forma libérrima por el órgano que disponga de competencia para aplicarla -, es insuficiente a la hora de garantizar, a quienes tienen reconocida la explotación de unas instalaciones que cuentan con tal ámbito objetivo en un determinado espacio local, que esa variación se va a producir en función de la vigencia de supuestos concretos, certeros, fijados con suficiente certeza en el Derecho aplicable, cosa que no efectúa la Ordenanza enjuiciada. Por la misma razón decae también la previsión de que la modificación de la ubicación se produciría sin derecho a indemnización alguna. La indemnización procederá si se produce al sujeto un daño que no tenga el deber jurídico de soportar, sin que la Ordenanza pueda excepcionar de plano el derecho al resarcimiento.

DÉCIMO. RÉGIMEN TRANSITORIO.

La Disposición Transitoria Primera de la Ordenanza de Son Servera establece que las instalaciones ya antes licenciadas deben adaptarse a aquella y en caso de no ser posible, tendrán que ser clausuradas, en el término máximo de seis meses a partir de la entrada en vigor.

La disposición Transitoria Segunda dispone:

"L'eliminació de les instal·lacions de radiocomunicació de telefonia mòbil que han de ser traslladades a sòl no urbanitzable, s'ha de fer després d'aprovar el programa de desenvolupament."

La disposición Transitoria Tercera establece que:

"Si passats sis mesos no s'ha presentat el programa de desenvolupament per part del titular o responsable, s'ha de retirar immediatament la instal·lació de radiocomunicació de telefonia mòbil, mitjançant procediment d'execució subsidiària."

La actora esgrime que se trataría de retroactividad inadmisibile y reitera lo expuesto sobre la improcedencia de la exigencia del programa de desarrollo municipal.

Cuestiona la representación procesal de Vodafone la legalidad de la disposición transitoria primera que prevé el desmantelamiento de las antenas instaladas con licencia en el caso de que éstas no puedan adaptarse a las condiciones establecidas en la Ordenanza, concediendo al efecto un período de seis meses.

A este respecto procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003, que declaraba la legalidad del art. 13 de la Ordenanza Municipal sobre instalación de antenas en Las Palmas de Gran Canaria, recurso número 3127/01, que exigía la adopción de las medidas necesarias para adaptar las dichas instalaciones a la nueva regulación de la referida ordenanza, pues, en palabras del propio Tribunal Supremo:

"Esto supone, a lo sumo, una retroactividad de grado mínimo (aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor), puesto que debe interpretarse que en ningún momento se contempla la supresión de las antenas que no sean susceptibles de adaptación a las nuevas condiciones exigidas por la Ordenanza, sino sólo su traslado o adaptación" (FJ 5).

En consecuencia, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Supremo una retroactividad mínima que obligue incluso al traslado de las instalaciones y a la aprobación de los programas de desarrollo para la adaptación a la Ordenanza como las que establecen las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera es conforme a Derecho, pero no así una norma que en caso de imposibilidad de adaptación exija la clausura de las instalaciones, puesto que consagraría la retroactividad con una amplitud que cercenaría los derechos subjetivos en modo no amparable por el Derecho, ya que no puede establecerse una consecuencia tan grave como la clausura cuando se dé la imposibilidad de adaptación de una instalación efectuada cumpliendo todos los requisitos exigidos para su establecimiento. El Ayuntamiento puede exigir la adaptación de las instalaciones e incluso el traslado de las mismas, pero para aquellas instalaciones o la parte de las mismas en que la adaptación a lo dispuesto en la Ordenanza no fuese posible, ni con un traslado y siempre por causa, se entiende, no imputable a la operadora, la exigencia de la clausura resulta desproporcionada y no amparable por el Derecho.

A la vista de lo expuesto, debe concluirse que la Disposición Transitoria primera es contraria al ordenamiento jurídico, procediendo declarar su nulidad.

UNDÉCIMO. COSTAS PROCESALES.

No se aprecia ninguno de los motivos que, de conformidad con el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, obligue a hacer una expresa imposición de costas procesales, por lo que se estima adecuada su no imposición.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

1.- ESTIMAR, DE FORMA PARCIAL, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Airtel Móvil S.A.(Vodafone) contra la Ordenanza Municipal para la Instalación y Funcionamiento de las Instalaciones de Radiocomunicación de Telefonía Móvil en el Término Municipal de Son Servera aprobada el día 30 de julio de 2007 por el Pleno del Ayuntamiento de Son Servera.

2.- ESTABLECER la falta de conformidad a Derecho de los siguientes artículos: art. 2.1, inciso segundo, en cuanto a que el límite de densidad de potencia permitido es de 0,1 W7cm2; art. 3.2.c); art. 7.4 y Disposición Transitoria Primera y DESESTIMAR el recurso en lo demás.

3.- ORDENAR la publicación de la parte dispositiva de esta sentencia en el Boletín Oficial de les Illes Balears, una vez que la misma disponga del carácter de firme.

4.- NO EFECTUAR imposición de las costas procesales causadas en el recurso a ninguno de los litigantes.

Contra la presente sentencia cabe preparar recurso de casación, en esta Sala para el Tribunal Supremo, previo depósito de 50 euros según lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2009 EDL 2009/238888 , en el término legal de diez días a contar desde el siguiente al de notificación de la misma a las partes.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación. Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. D^a Felisa M^a Vidal Mercadal que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 07040330012011100040