

Resumen

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la operadora de telecomunicaciones contra la sentencia del TSJ de Castilla y León, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Medina de Rioseco (Valladolid), por el que se aprobó definitivamente la modificación de la Ordenanza Reguladora de la Instalación de Antenas de Telefonía Móvil. La Sala desestima el primer motivo de casación, ya que, distinguiendo entre los instrumentos de planeamiento y las ordenanzas reguladoras de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones, en el caso examinado, no se ha planteado por la recurrente ni la Sala observa que la ordenanza sujeta a discusión contenga determinaciones impropias de su objeto, esto es, que supongan la ordenación detallada de sectores específicos del territorio municipal, sin que nada haya que oponer a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual y ambiental, insistiendo en que tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN LOCAL
MUNICIPIOS
Potestades
Reglamentaria
Ordenanzas municipales
Impugnación

TELECOMUNICACIONES
ORDENAMIENTO JURÍDICO
ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES
TELEFONÍA MÓVIL

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.44.3 de Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones
Cita RDLeg. 2/2008 de 20 junio 2008. Texto refundido de la ley de suelo
Cita Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones
Cita D 267/2001 de 29 noviembre 2001. Instalación de Infraestructuras de Radiocomunicación, C.A. Castilla y León
Cita RD 1066/2001 de 28 septiembre 2001. Rgto. sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas
Cita art.88.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa
Cita Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones
Cita Ley 6/1998 de 13 abril 1998. Régimen del Suelo y Valoraciones
Cita art.1 de Ley 5/1993 de 21 octubre 1993. Actividades Clasificadas, C.A. Castilla y León
Cita RDLeg. 1/1992 de 26 junio 1992. TR Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana
Cita art.1, art.2, art.3 de RD 2159/1978 de 23 junio 1978. Reglamento de Planeamiento del Suelo

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 noviembre 2004 (J2004/211241)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 15 junio 2010 (J2010/113377)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 17 mayo 2010 (J2010/113355)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 27 abril 2010 (J2010/53586)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 17 noviembre 2009 (J2009/307372)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 16 julio 2008 (J2008/128171)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 4 julio 2006 (J2006/105652)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 15 diciembre 2003 (J2003/187108)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 18 junio 2001 (J2001/31729)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 24 enero 2000 (J2000/529)

Cita sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 septiembre 2003 (J2003/236132)

Cita sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 9 mayo 2002 (J2002/35715)

ANTONIO MARTI GARCIA

CELSA PICO LORENZO

ENRIQUE LECUMBERRI MARTI

RICARDO ENRIQUEZ SANCHO

SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA

SEGUNDO MENENDEZ PEREZ

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 833/2005, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de "TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A.", contra la sentencia dictada el día veintinueve de noviembre de mayo de dos mil cuatro por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el recurso contencioso-administrativo número 73/2003 EDJ 2004/211241 .

No ha comparecido la parte demandada en instancia, el Ayuntamiento de Medina de Rioseco (Valladolid), cuyo emplazamiento por la Sala de instancia figura en las actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en los autos número 73/2003, dictó sentencia el día veintinueve de noviembre de dos mil cuatro EDJ 2004/211241 , cuyo fallo resuelve: "Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Redondo Araoz, en nombre y representación de Telefónica Servicios Móviles, S.A., y registrado con el número 73/03. No se hace una especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas".

SEGUNDO.- Por la representación procesal de "TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A.", se interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha quince de marzo de dos mil cinco.

TERCERO.- Mediante providencia dictada el día siete de septiembre de dos mil seis por la Sección Primera de esta Sala, se admite a trámite el recurso de casación, y se acuerda, conforme a las normas establecidas para el reparto de asuntos, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta; donde se tuvieron por recibidas el veintisiete de septiembre de dos mil seis.

CUARTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 9 de diciembre de dos mil diez, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de "TELFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A.", la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha veintinueve de noviembre de dos mil cuatro EDJ 2004/211241 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la precitada mercantil contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Medina de Rioseco (Valladolid) de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprobó definitivamente la modificación de la Ordenanza Reguladora de la Instalación de Antenas de Telefonía Móvil.

La sentencia recurrida EDJ 2004/211241 analiza las alegaciones formuladas por la parte recurrente en relación con los tres artículos de la Ordenanza objeto de modificación.

Para comenzar, rechaza en el fundamento de derecho primero una posible nulidad del conjunto del texto por razón de haberse "vulnerado lo establecido en el artículo 44.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones, alegato que debe ser desestimado habida cuenta que la Ordenanza aquí recurrida no tiene la naturaleza de "instrumento de planificación territorial o urbanística", que es el supuesto en el que los órganos encargados de su redacción deben recabar del Ministerio de Fomento (hoy de Ciencia y Tecnología, art. 26.2 de la nueva Ley General de Telecomunicaciones, la 32/2003, de 3 de noviembre) el informe que la actora echa de menos. Conviene añadir, por lo demás, que la modificación de la disposición general de que aquí se trata tiene su origen en el escrito que el 10 de julio de 2002 el Delegado del Gobierno remitió al Alcalde del Ayuntamiento demandado, escrito en el que ponía de relieve la ilegalidad, a su juicio, de determinados preceptos de la Ordenanza en cuestión (en la redacción aprobada el 5 de marzo de 2002) pero en el que no formuló sin embargo ningún reparo por la falta del informe del mencionado artículo 44.3 de la Ley 11/1998".

En punto a las competencias municipales para la reglamentación de la actividad consistente en la instalación de aparatos de telecomunicación, apela a la doctrina recogida en nuestras sentencias de 18 de junio de 2001 EDJ 2001/31729 y de 15 de diciembre de 2003 EDJ 2003/187108 , en que se alude a las competencias de los municipios en materia de ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones, así como a los límites a que se somete su ejercicio. Sirve esto de pórtico para la resolución del resto de pretensiones de anulación formuladas por la operadora recurrente, que se hace en los fundamentos de derecho tercero y cuarto en los siguientes términos:

"TERCERO.- Sentado lo anterior, que tiene un marcado carácter general, y por lo que se refiere a los concretos preceptos impugnados, hay que comenzar señalando que, lejos de fijar unas distancias mínimas, el artículo 3 -a diferencia de lo que sucedía con la redacción inicial, modificada por la que aquí se enjuicia, en la que se estableció una franja o entorno protegido de 400 metros- remite las mismas, a los efectos de evitar el impacto de las instalaciones de telefonía móvil en la visión paisajística del conjunto histórico, a lo que se establezca ya en el Plan General ya en el Especial de Protección, proceder que no es desde luego ilegal, como subrayó por cierto en su momento el Delegado del Gobierno en el escrito ya referido de 10 de julio de 2002 y como se deduce de la interconexión existente entre telecomunicaciones y planeamiento urbanístico, de la que es buena muestra el antes mencionado artículo 44.3 de la Ley 11/1998 (hoy 26.2 de la Ley 32/2003 EDL 2003/108868), en el que se imponía a los órganos encargados de la redacción de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística la obligación, primero, de recabar del Ministerio entonces de Fomento el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones y, segundo, de recoger en los mencionados instrumentos las necesidades contenidas en tales informes. En cualquier caso, debe precisarse que la demandante no ha probado, y en realidad tampoco lo ha intentado, que esa no determinación de distancia mínima y consiguiente remisión al planeamiento imposibilite el ejercicio o funcionamiento de su actividad o que suponga una limitación manifiestamente desproporcionada. En lo concerniente al artículo 4 y habida cuenta que nada se dice en concreto del mismo, parece que la queja de la actora se centra, lo que conecta con el tercer motivo del recurso, en la exigencia que el mismo contiene de licencia de actividad para las instalaciones de telefonía móvil y sus bases, que a su juicio no sería necesaria dado que se trata de un servicio de interés general de competencia exclusiva del Estado, de modo que bastaría con la licencia concedida por la Administración General del Estado. En la medida en que, en realidad, esa exigencia se recoge en el artículo 1 de la Ordenanza litigiosa -que no se vio afectado por la modificación de la misma de que aquí se trata-, basta para desestimar este motivo del recurso con reproducir lo que al respecto se ha dicho en la sentencia núm. 1496 del pasado cuatro de noviembre, en la que se ha enjuiciado expresamente (y era ése y no éste el momento apropiado) la legalidad de dicho artículo 1. En efecto, se destaca en el fundamento de derecho sexto de esa sentencia que "la alegación de la actora de que no puede exigirse licencia de actividad para las antenas de que se trata no puede prosperar, pues la misma deriva de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Castilla y León 5/1993, de 21 de octubre EDL 1993/18213 , de Actividades Clasificadas, entonces vigente, al ser "susceptibles" de producir "riesgos para las personas", como ha señalado esta Sala en la sentencia de 30 de junio de 2003, que reitera lo indicado en las sentencias de 15 de noviembre de 2001, 9 de mayo EDJ 2002/35715 , 29 de junio y 18 de julio de 2002, entre otras, dictadas al resolver los recursos de apelación correspondientes, y así se ha dispuesto expresamente en el Decreto de la Junta de Castilla y León 267/2001, de 29 de octubre, publicado en el BOCYL de 30 de noviembre de 2001, relativo a la instalación de Infraestructuras de Radiocomunicación, como se admite por la parte actora. Y si bien es cierto que contra ese Decreto se interpuso por la misma entidad mercantil aquí demandante recurso contencioso-administrativo, seguido ante esta Sala con el número 231/02, también lo es que las alegaciones formuladas contra la necesidad, por lo que ahora importa, de esa licencia de actividad fueron desestimadas en la sentencia de esta Sala, dictada en ese recurso, de 3 de septiembre de 2003 EDJ 2003/236132 . Por ello, y sin perjuicio de reiterar los argumentos que se indican en esa sentencia sobre la procedencia de la licencia de actividad para las instalaciones de que se trata, hemos de señalar ahora, frente a las alegaciones formuladas por la recurrente en este proceso, que no puede compartirse la afirmación de la demandante de la improcedencia de esa licencia de actividad, al considerar que con ello se invade la competencia exclusiva del Estado, por ser suficiente, en su opinión, la autorización concedida por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, toda vez que esta autorización -como se señalaba en esa sentencia de 3 de septiembre de 2003 - lo es sin perjuicio del cumplimiento por parte de sus titulares de las disposiciones vigentes en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio, urbanismo "o cualquier otra que resulte de aplicación", como se establece en la propia legislación estatal sobre telecomunicaciones a la que antes se ha hecho

referencia, y que ahora se contempla en la nueva Ley 32/2003 EDL 2003/108868 , General de Telecomunicaciones, en los términos previstos en los artículos 28 y ss. También decíamos en esa sentencia -y hemos de reiterar ahora- que esa exigencia de las licencias de actividad, así como la de apertura -previstas en la legislación de la Comunidad Autónoma-, no invade la competencia estatal en materia de telecomunicaciones, pues esas licencias previstas en el ejercicio de competencias propias lo son sin perjuicio "de otras autorizaciones e informes sectoriales que resulten procedentes", como dispone expresamente el artículo 4 de ese Decreto de la Junta de Castilla y León. De la misma forma que la exigencia de la licencia de "obras", que también se contempla en el artículo 1 de la Ordenanza impugnada para la instalación de las antenas de telefonía móvil, no supone menoscabar ni invadir la competencia exclusiva estatal en esa materia, tampoco comporta esa invasión competencial la exigencia de la licencia de actividad prevista en la legislación medioambiental de la Comunidad Autónoma, y cuyo respeto se exige desde la propia legislación estatal en materia de telecomunicaciones, como antes se ha dicho.

CUARTO.- Por último y por lo que atañe al artículo 5, alega la recurrente que sus apartados g), m), o) y p) invaden competencias que no corresponden al Ayuntamiento, que, en su opinión, no puede controlar la tecnología utilizada en las estaciones de telecomunicaciones. En contra de tal posición, debe indicarse que el Tribunal Supremo tiene declarado (SSTS 24 enero 2000 EDJ 2000/529 , 18 junio 2001 EDJ 2001/31729 y 15 diciembre 2003 EDJ 2003/187108) que "los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 LOT/87y43 y siguientes LGT/98). Este principio es plenamente aplicable a las instalaciones por parte de los operadores (sujetos a la sazón al régimen de concesión) que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Corporación municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19 / CE, de la Comisión de 13 de marzo, y Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones) y en la nueva regulación estatal. Esta normativa reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y las expresadas instalaciones". Al margen de lo anterior y por lo que se refiere concretamente al apartado g) del artículo 5 ahora examinado, que es el único que ha sido objeto de una consideración específica por parte de la recurrente -en él se exige, entre la documentación a acompañar, la justificación de la utilización de la mejor tecnología disponible, técnica y económicamente viable en cuanto a la tipología y características de los equipos, en aras a conseguir el mejor impacto visual sobre el paisaje y el patrimonio-, conviene precisar, primero, que el mismo no hace sino reproducir literalmente el apartado g) del Anexo III del Decreto 267/2001, de 29 de noviembre EDL 2001/82371 , relativo a la instalación de Infraestructuras de Radiocomunicación -al igual que sucede con el apartado m), también impugnado-, y segundo, que dicha previsión, como acontece con la contenida en el apartado o) - declaración o compromiso de mantener la instalación en perfectas condiciones de seguridad, estabilidad y ornamentación, claramente entroncada, en línea con lo apuntado en el fundamento jurídico tercero del acuerdo recurrido, con lo dispuesto en el artículo 8.b) de la Ley autonómica 5/1999 -, constituye una materia estrechamente relacionada con la protección de intereses municipales respecto de los que no solo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger, afirmación esta que, por ejemplo, hace la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003 al enjuiciar la legalidad del precepto, allí el artículo 7.3, que obligaba a utilizar "la mejor tecnología posible que sea compatible con la minimización del impacto visual", supuesto este que califica, y acepta, como de discrecionalidad impropia o técnica. Por fin y en lo tocante al apartado o punto p), no parece que la acreditación de la "presentación" ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología del proyecto técnico necesario para la autorización por éste de las instalaciones radioeléctricas constituya una medida desproporcionada en relación con los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos, sin que evidentemente suponga tal exigencia, o al menos no se ha acreditado, una restricción absoluta o desmedida de la actividad de las operadoras de telefonía, que en verdad necesitan de la aprobación o autorización ministerial."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia EDJ 2004/211241 se invocan por la parte recurrente dos motivos de casación, ambos por razón de la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que resultaren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 88.1.d LJCA EDL 1998/44323).

El primero de ellos denuncia la infracción del art. 44.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones, al entender que la Ordenanza originariamente recurrida está incurso en causa de invalidez al no haberse solicitado durante su tramitación informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

El segundo halla sustento en el art. 149.1, en relación con los arts. 61 y 62 de la misma Ley General de Telecomunicaciones de 1998, por la invasión por el Ayuntamiento emisor de la Ordenanza de competencias estatales en materia de telecomunicaciones, al establecer restricciones a la instalación de aparatos de telecomunicación no contempladas en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 , por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

TERCERO.- 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 EDJ 2003/187108 , y de 4 de julio de 2006, rec. 417/2004 EDJ 2006/105652 , 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 25.2 a)), 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)).

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.- En particular, son tres las cuestiones que plantea el recurso de casación, aunque formalmente sea articulado en solo dos motivos, relacionadas todas ellas con el alcance y límites de las competencias municipales sobre la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación.

Comenzando por el primer motivo, se basa en la infracción del art. 44.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones, que prescribía en su primer inciso que "Los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe, a efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones".

La parte aduce al respecto, por un lado, que la Ordenanza Reguladora de la Instalación de Antenas de Telefonía Móvil de Medina de Rioseco constituye claramente un instrumento de ordenación urbanística. Se queja también de que la Sala de instancia utilizara como argumento para no acoger su pretensión anulatoria, el que la Delegación del Gobierno, al formular requerimiento a la Entidad Local, no había planteado una posible disconformidad a derecho de la Ordenanza por infracción de dicho art. 44.3.

Tiene razón la recurrente en su queja con respecto a la utilización ad abundatiam por la Sala de instancia del argumento relativo a la falta de puesta de relieve por la Administración periférica del Estado de una posible vulneración del artículo 44.3 de la LGTT de 1998. En modo alguno puede un órgano judicial renunciar a su función fiscalizadora de la legalidad de la actuación administrativa por mor del criterio expuesto por un tercero, sea de naturaleza pública o privada. Ese es el resultado que se produciría si las sentencias asumieran de modo acrítico el criterio de las Administraciones Públicas so pretexto de su competencia sobre determinada materia o sobre la base de la habilitación legal para ejercitar determinada competencia, como es el caso. Ahora bien, el exceso argumental de la Sala de instancia no debe desviarnos del examen del criterio fundamental utilizado por su parte con vistas a desbaratar los argumentos de la demanda.

En efecto, la tesis de la sentencia en esta sede recurrida es coincidente que la línea que hemos adoptado a partir de nuestras recientes sentencias de 17 EDJ 2010/113355 y de 18 de mayo de 2010, recaídas, respectivamente, en los recursos de casación 1186 y 2491 / 2007, en la que nos planteábamos la exigibilidad del informe ministerial previsto en el art. 44.3 de la LOTT de 1998 y en el actual art. 26 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre EDL 2003/108868 , General de las Telecomunicaciones, y le dábamos respuesta en los siguientes términos:

"A nadie se le puede escapar que el elemento determinante para dilucidar si se ha de exigir el correspondiente informe, es el hallarnos ante un instrumento de planificación territorial o urbanística. Como cuestiones previas, aclaremos que, no obstante la imprecisión del legislador, parece claro que, cuando éste se refiere a instrumentos de planificación territorial o urbanística, se está refiriendo a lo que con más rigor podemos identificar como instrumentos de planeamiento urbanístico o de ordenación territorial. Y que en los Anexos de las leyes de 1998 y de 2003 en que respectivamente se contienen las definiciones de conceptos utilizados en las mismas, no se recoge una acepción específica a efectos de su aplicación de tales términos, de forma que tendremos que estar al concepto general de planeamiento urbanístico y territorial.

Así las cosas, tenemos que anticipar que, el hecho de que, como hemos dicho en numerosas ocasiones, las Ordenanzas que regulan la instalación de infraestructuras de telecomunicación en un determinado término municipal supongan, entre otras, el ejercicio de competencias urbanísticas, no convierte por ello a tales disposiciones en instrumentos de planeamiento.

Los instrumentos de planeamiento urbanístico constituyen una especie de los reglamentos que se define, cuando menos, por su objeto y la especificidad de su procedimiento de tramitación y aprobación. Centrándonos en el primer aspecto, son normas cuyo objeto es, a grandes rasgos, determinar el régimen jurídico a que debe destinarse el territorio municipal mediante su asignación a una de las clases

de suelo contemplada por la legislación urbanística de aplicación, pormenorizando en un segundo nivel de desarrollo la intensidad y condiciones de uso de cada uno de ellos. Es decir, realizan las funciones clásicas de clasificación y calificación del suelo.

Si bien la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones EDL 1998/43304, vigente durante la tramitación y aprobación de la Ordenanza en que hallan mediato origen las presentes actuaciones, no contiene una definición de la potestad de planeamiento que nos permita dilucidar si una Ordenanza reguladora de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones en un determinado término municipal encaja en su concepto, resulta muy ilustrativa la actual Ley del Suelo EDL 1992/15748 -máxime si se tiene en cuenta que ésta no ha introducido una nueva noción de planeamiento, sino reflejado el que se deriva de nuestra normativa tradicional urbanística-, cuyo texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio EDL 2008/89754, cataloga la ordenación territorial y la urbanística como aquellas "funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste" (art. 3.1).

Lo que caracteriza por consiguiente a los instrumentos de planeamiento territorial o urbanístico es orientarse directamente a concretar el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo. Finalidad que no se puede decir sea el fundamento de las Ordenanzas reguladoras de la implantación de instalaciones de telecomunicaciones, por mucho que coadyuven a delimitarlo, pero sólo en referencia a un determinado tipo de uso, que además no suele ser incompatible con el principal al que se destina el terreno, que es el dirigido a asentar sobre el mismo infraestructuras que sirvan a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones. Dicha concomitancia se da también en otros tipos de Ordenanzas municipales, como las que protegen frente a la contaminación ambiental, verbigracia ordenando instalar aparatos de ventilación en determinados espacios o prohibiendo la de ciertos generadores en otros en que puede resultar peligroso; la de obras o la de ruido cuando restringen a determinados horarios el ejercicio de ciertas actividades, o las de convivencia cívica cuando limitan la práctica de ciertas costumbres en zonas que han de ser objeto de protección frente al posible deterioro urbano que conllevan. No tratándose por ello de normas de carácter urbanístico, en cuanto que la competencia urbanística no es su exclusiva razón de ser, como tampoco lo es en el caso de las Ordenanzas de telecomunicaciones, en cuya aprobación se proyectan otras competencias municipales igualmente relevantes.

Se trata de finalidades sobre las que tangencialmente pueden proyectarse las Ordenanzas dictadas en materia de telecomunicaciones, especialmente en cuanto coadyuven a limitar el uso del suelo y de las edificaciones -apdo. j) de la relación antecedente-, pero sin constituir en ningún caso su objeto específico, a diferencia de los instrumentos de planeamiento. Tal conclusión se corrobora teniendo a la vista los arts. 1 a 3 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio EDL 1978/2744, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento, en cuya enumeración de instrumentos normativos a cuyo través se desarrolla y ejercita la potestad de planeamiento no figuran tampoco las Ordenanzas de telecomunicaciones.

A lo anterior, que nos lleva a diferenciar entre las citadas Ordenanzas y los instrumentos de planeamiento urbanístico y territorial, se añade un argumento práctico. Y es que el trámite previsto en el art. 44 de la LOTT de 1998 y 26 de la ley actualmente vigente, tiene por objeto que el Municipio tenga constancia de las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones para el término municipal. Y este conocimiento debe servir efectivamente de condicionante o factor de moderación de los instrumentos de planeamiento, en cuanto que un tratamiento particularmente cicatero de los mismos con respecto a las instalaciones de telecomunicaciones podría hacer inefectivo el derecho de los ciudadanos al disfrute del servicio correspondiente, pero no cuando se trata de configurar, desde una perspectiva general, los criterios y limitaciones que deben presidir su implantación en el término municipal. En las Ordenanzas relacionadas con las telecomunicaciones, en principio, no existe una ordenación de detalle del término municipal que motive introducir en su elaboración consideraciones de oportunidad o de necesidad, según los casos, de implantación de instalaciones en sectores específicos, por lo que lo que la ley dice responde a la lógica, y es que se solicite el informe del Estado cuando se trate exclusivamente de hacer ciudad, objeto este último específico de los instrumentos de planeamiento. Consideraciones que debemos igualmente extender a los instrumentos de ordenación territorial, añadiéndose en este caso a la diferenciación de objeto con las Ordenanzas de telecomunicaciones, una proyección extramunicipal de la que aquéllas, por razones obvias, carecen.

Por todo ello debemos desestimar el primer motivo de casación, ya que, en el caso examinado, no se ha planteado por la recurrente ni la Sala observa que la Ordenanza sujeta a discusión contenga determinaciones impropias de su objeto, esto es, que supongan la ordenación detallada de sectores específicos del territorio municipal."

Razones de coherencia y unidad de doctrina nos llevan a sustentar hoy la misma doctrina, desestimando en consecuencia el primer motivo de casación formulado a instancia de "TELFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A."

QUINTO.- En cuanto al motivo segundo, el desarrollo del motivo se centra en discutir si el Ayuntamiento emisor de la Ordenanza a debate tenía competencia para fijar, desde la perspectiva de la protección de la salud, límites adicionales a los contemplados en el Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611. Ello, en relación con dos aspectos distintos, que por consiguiente conviene examinar por separado; primero, la posible restricción de la instalación de antenas en zonas específicas del término municipal, y, en segundo lugar, la legitimidad de la imposición por Ordenanza municipal a las operadoras del deber de utilizar la mejor tecnología disponible.

En cuanto al primer aspecto, la parte se queja genéricamente de que los Municipios carecen de competencias para establecer limitaciones no diseñadas por la Administración del Estado y, más concretamente, de que las limitaciones incorporadas por el Acuerdo de la Entidad Local originariamente impugnado en su art. 5, podrían dar lugar a zonas de sombra o carentes de cobertura en el núcleo urbano del término municipal.

En términos generales, en cuanto a la posibilidad de establecer límites adicionales a los previstos en la reglamentación estatal, 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 EDJ 2009/307372, posteriormente reiterado, entre otras, en la de 27 de abril de 2010, rec. 4282/2006 EDJ 2010/53586

, en que se reconoce la posibilidad de que los Ayuntamientos establezcan límites a la instalación de antenas de telefonía móvil, en particular desde el punto de vista físico o zonal, en sus Ordenanzas en la materia:

"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."

No obstante, esta doctrina de nuestra Sala no elude la posibilidad de fiscalizar las restricciones que en concreto incorpore cada Ordenanza, examinando en especial si resultan impeditivos del derecho de las operadoras a la prestación del servicio en el término municipal. En dicho sentido, aduce la recurrente que las restricciones al emplazamiento de antenas impuestas por el art. 3 de la Ordenanza Reguladora de la Instalación de Antenas de Telefonía Móvil, en su versión modificada objeto de impugnación, son susceptibles de producir zonas de sombra en el término municipal, esto es, son impeditivas del derecho de las operadoras a la prestación del servicio.

En el caso sujeto a examen, se ponen en contraste dos bienes jurídicos susceptibles de protección por el Ordenamiento Jurídico. Por un lado, el Ayuntamiento impone una restricción a la instalación de antenas en suelo urbano con vistas a preservar el impacto visual sobre el Conjunto Histórico. Lo hace preceptuando, en dicho art. 3, que "La distancia mínima a la que podrán situarse las instalaciones de telefonía móvil respecto a los límites del suelo urbano será la que se establece en la modificación del Plan General de Ordenación Urbana, o en su caso en el Plan Especial de Protección, a los efectos de evitar el impacto visual de las mismas en la visión paisajística del Conjunto Histórico". Por otro lado, "TELFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A." (como en general podría haber hecho cualquiera operadora interesada) invoca su derecho a la prestación del servicio de telecomunicaciones en el término municipal, al entender que la restricción así impuesta podría crear zonas de sombra (esto es, de exclusión en la posible recepción del servicio por parte de los usuarios) en determinados lugares del casco urbano.

Sin perjuicio del valor que tiene el interés alegado por la recurrente, es lo cierto que en el supuesto que se nos plantea no puede ser acogida su alegación en relación con la posible imposibilidad de prestación del servicio en la totalidad del término municipal por un doble motivo.

En primer lugar, y aunque la recurrente no lo plantee expresamente, conviene significar que el sistema seguido por la Ordenanza, de remitir o completar la delimitación de zonas en que no será posible la instalación de antenas a un instrumento de ordenación urbanística, no puede reputarse ilegítima en términos generales. Es evidente que, entre las competencias que ejercita el Municipio al regular las condiciones para la instalación de aparatos destinados al servicio de telecomunicaciones, ocupa un lugar destacado la urbanística. De forma que, aunque hallamos declarado que las Ordenanzas aprobadas con tal objeto no son propiamente instrumentos de ordenación urbanística, tampoco se puede descartar que existan aspectos de su regulación que sean objeto de tratamiento específico en normas de dicho carácter.

Eso es lo que pasa en el supuesto examinado, en que, por mucho que la Ordenanza Reguladora de la Instalación de Antenas de Telefonía Móvil de Medina de Rioseco anticipe una limitación a la instalación de antenas por razones de protección del Conjunto Histórico, no se puede afirmar si resultará o no impeditiva de la prestación del servicio más que a la vista de los instrumentos normativos que le complementan, esto es, del Plan General de Ordenación Urbana o, en su caso, del Plan Especial de Protección. Sin que por otra parte ello suponga indefensión para la parte, que podrá utilizar cuantos medios de defensa considere pertinentes y estén a su alcance contra dichos reglamentos, aduciendo, entre otras razones de posible ilegalidad, su derecho a la prestación del servicio en caso de que éste resultara realmente impedido en todo o parte del término municipal.

A mayor abundamiento, no se puede pasar por alto que la parte recurrente, a la que habría que presumir cierto interés en la estimación de su recurso contencioso-administrativo originario dados los intereses mercantiles que se pondrían en juego en caso de impedirse -como sostiene- la prestación del servicio, no haya presentado en el procedimiento de instancia prueba alguna que acredite la realidad de esa pretendida imposibilidad e incluso la plantee simplemente en términos de probabilidad. Ello constituye una razón adicional para confirmar el criterio de la Sala de instancia, desestimando en este primer aspecto el segundo motivo de casación.

SEXTO.- Queda por analizar el segundo aspecto a que se refería el motivo segundo de casación, que también enlaza con lo que considera vinculación taxativa de los Municipios a los límites estatuidos en el Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611, esta vez en

relación con el deber, incorporado al artículo 5 en su apartado g), de que en la solicitud de licencia se acompañe la documentación que justifique la utilización de la mejor tecnología disponible "en aras a conseguir el mejor impacto visual sobre el paisaje y el patrimonio".

Nos hemos referido a esta especie de cláusula de progreso, entre otras, en nuestras sentencias de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004 EDJ 2008/128171 , y de 15 de junio de 2010, rec. 240/2007 EDJ 2010/113377 , 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, e insistimos en que tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 .

Lo que, también en este particular aspecto, debe conducir a desestimar el motivo segundo de casación formulado en nombre de "TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A.".

SÉPTIMO.- Si bien conforme al artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se deben imponer las costas a la parte recurrente al haberse desestimado el recurso de casación, esta declaración carece aquí de trascendencia al no haberse personado la parte recurrida.

FALLO

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación número 833/2005, interpuesto por la representación procesal de "TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A.", contra la sentencia de veintinueve de noviembre de dos mil cuatro, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, recaída en los autos 73/2003 EDJ 2004/211241 . Sin que haya lugar a expresa condena en costas.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042010100660