

Resumen

El TS estima el recurso de casación interpuesto por Telefónica contra la sentencia que anulaba parcialmente la Ordenanza del Ayuntamiento sobre instalaciones de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas. La Sala declara que procede anular la referida Ordenanza por exigir informe favorable de la Comisión Municipal del Patrimonio Histórico Artístico para la instalación de los elementos y equipos de telefonía, ya que ello supone vulnerar el principio de competencia, ya que en caso de que el informe fuera desfavorable, quien decidiría sobre la autorización de la licencia sería la referida Comisión Municipal y no el Ayuntamiento.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local
art.25 , art.26

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.149.1.21

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN LOCAL

MUNICIPIOS

Atribuciones y competencias

Licencias municipales

Otros supuestos

TELECOMUNICACIONES

CUESTIONES GENERALES

Dominio público radioeléctrico

ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA

Líneas aéreas, servidumbre de paso

TELEFONÍA MÓVIL

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.25, art.26 de Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local

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

Cita Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones

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.42 de Ley 7/1999 de 9 abril 1999. Administración Local de Aragón

Cita art.166, art.167, art.168 de Ley 5/1999 de 25 marzo 1999. Urbanismo de Aragón

Cita art.62.2, art.82, art.83 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

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

Cita art.9.3, art.103, art.149.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.45 de Ley 230/1963 de 28 diciembre 1963. General Tributaria

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Aragón Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 mayo 2004 (J2004/141410)

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

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - TELEFONÍA MÓVIL 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 en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 17 mayo 1999 (J1999/10481)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STC Pleno de 28 octubre 1997 (J1997/6344)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 15 abril 1997 (J1997/3099)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 18 marzo 1995 (J1995/1541)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STC Pleno de 20 diciembre 1990 (J1990/11805)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 29 noviembre 1988 (J1988/543)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 18 febrero 1988 (J1988/337)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STC Pleno de 11 junio 1987 (J1987/98)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STC Pleno de 10 abril 1986 (J1986/42)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 8 julio 1982 (J1982/44)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - CUESTIONES GENERALES - Dominio público radioeléctrico STC Pleno de 24 mayo 1982 (J1982/26)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 23 marzo 1982 (J1982/10)

RICARDO ENRIQUEZ SANCHO

SEGUNDO MENENDEZ PEREZ

ENRIQUE LECUMBERRI MARTI

SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA

CELSA PICO LORENZO

ANTONIO MARTI GARCIA

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de julio de dos mil ocho.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 7790 de 2004, interpuesto por la Procuradora D^a Carmen Ortíz Cornado, en nombre y representación de Telefónica Servicios Móviles, S.A., contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil cuatro, en el recurso contencioso-administrativo número 667 de 2001 EDJ 2004/141410 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, dictó Sentencia, el veinticuatro de mayo de dos mil cuatro, en el Recurso número 667 de 2001 EDJ 2004/141410 , en cuya parte dispositiva se establecía: "Estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo número 667/01 interpuesto por TELEFÓNICA SERVICIOS MOVILES, S.A. debo declarar y declaro la nulidad de los artículos de la Ordenanza del art. 5.2 suprimiendo: "que el programa de implantación no contendrá ninguna instalación de antena, estación base o radioculares (sic) o de cualquier tipo relacionado con la telefonía móvil situado a menos de 100 metros, medidos horizontalmente de parcelas donde existan guarderías, escuelas de enseñanza infantil, ciclos obligatorios y centros sanitarios" y art. 5.4 suprimiendo que: "El Ayuntamiento en el caso que lo considere necesario podrá imponer la agrupación de antenas siempre que los límites totales en emisión se mantengan entre los establecidos en la ordenanza", rechazando el resto de los pedimentos que se contienen en la demanda. No procede efectuar especial pronunciamiento en relación a las costas".

SEGUNDO.- En escrito de cinco de julio de dos mil cuatro, la Procuradora D^a Lucía del Río Artal, en nombre y representación de Telefónica Servicios Móviles, S.A., interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha veinticuatro de mayo de dos mil cuatro.

La Sala de Instancia, por Providencia de veintidós de julio de dos mil cuatro, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de seis de octubre de dos mil cuatro, la Procuradora D^a Lucía del Río Artal, en nombre y representación de Telefónica Servicios Móviles, S.A., procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de veintinueve de diciembre de dos mil cinco.

CUARTO.- En escrito de trece de marzo de dos mil seis, el Procurador D. Antonio María Álvarez Buylla Ballesteros, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, manifiesta su oposición al Recurso de Casación y solicita se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día nueve de julio de dos mil ocho, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de este recurso extraordinario de casación lo constituye la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, de veinticuatro de mayo de dos mil cuatro EDJ 2004/141410, interpuesto por la representación procesal de Telefónica Servicios Móviles, S.A., frente a la Ordenanza Municipal de instalaciones de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza, aprobada mediante Acuerdo municipal de 30 de mayo de 2001 del citado Ayuntamiento. La Sentencia estimó en parte el recurso contencioso administrativo núm. 667/2001 y anuló los números 2 y 4 del art. 5 de la Ordenanza, rechazando el resto de las pretendidas nulidades interesadas por la recurrente.

SEGUNDO.- Según la Sentencia de instancia recurrida EDJ 2004/141410 la impugnación parcial de la Ordenanza que planteó la sociedad recurrente se refería a la expresión "funcionamiento" del art. 1, el art. 4.1, el art. 4.2, el art. 4.3. a), b) y d), el art. 4.3.c), el art. 4.4, el art. 5, el art. 6.2, 3, 5 y 6, el art. 7.2. a) y d), el art. 7.3, 7.4, el art. 10, el art. 11 y la Disposición Transitoria. La Sala de instancia en la Sentencia referida como expusimos, anuló el art. 5, apartados 2 y 4, y declaró conforme a Derecho el resto de los preceptos discutidos. El recurso de casación excluye de entre los impugnados en la instancia los arts. 10 y 11 de la Ordenanza que en consecuencia quedaron firmes.

TERCERO.- El recurso contiene varios motivos de casación que hay que entender que se plantean de conformidad con lo prevenido en el apartado d) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción, puesto que si bien en el escrito de interposición no se menciona apartado alguno de ese artículo, si que se hizo referencia a ese apartado d) en el escrito de preparación. En consecuencia hay que deducir que los motivos se articulan todos ellos por "infracción de las normas del Ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

El primero de esos motivos mantiene que la Sentencia que recurre "infringió los principios de legalidad, jerarquía y competencia de las disposiciones administrativas, plasmados en los arts. 9.3 y 103 de la Constitución EDL 1978/3879; arts. 3 y 51 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común y 6 de la Ley de Bases de Régimen Local, y ello en relación con la desestimación del recurso en relación con los arts. 1.1, 4.1, 4.2, 4.3.a), 5, 6.2 y Disposición Transitoria de la Ordenanza recurrida.

El argumento de la impugnación ya en la instancia fue que esos preceptos de la Ordenanza regulaban materias competencias del Estado, o bien materias reservadas a normas de rango de superior.

Así ocurría con el art. 1.1 que regulaba el funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas, así como los arts. 4.1, 5, 6.2 y la Disposición Transitoria todos ellos referidos al Programa de Implantación. Y los arts. 4.2 y 4.3.a) que establecen exigencias relativas a la tecnología a utilizar en ese tipo de instalaciones en relación con el impacto visual, ambiental y de preservación de la salud. Esos condicionamientos técnicos de las instalaciones sobrepasan el interés público urbanístico, y regulan directamente la tipología de las redes de los operadores.

Expone el motivo las razones de la Sentencia para justificar esos aspectos de la Ordenanza y así extracta de ella que "el Ayuntamiento de Zaragoza tiene competencia para regular el funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación puesto que el funcionamiento debe ser concebido, como un control continuado del cumplimiento de los requisitos exigidos para la instalación, sin que la Administración pierda la facultad de revisar y controlar a posteriori las instalaciones que ha realizado".

Pues bien en este punto hemos de coincidir con el planteamiento que efectuó la Sala de instancia, y ello porque la palabra "funcionamiento" que recoge el art. 1, primer párrafo de la Ordenanza, hay que situarla en el contexto del artículo y no de modo aislado de él, puesto que procediendo de esa forma esa expresión no significa que la Corporación Municipal pueda interferir en los aspectos técnicos relativos a los equipos instalados que no le competen sino y, como expresa el precepto, en "regular las condiciones urbanísticas de ubicación e instalación y el funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación..." en el término municipal de Zaragoza. De ahí que la Sentencia afirme como recogimos, que el funcionamiento debe ser concebido como un control continuado del cumplimiento de los requisitos exigidos para la instalación, pero siempre desde esa óptica inicial de las condiciones urbanísticas que le son propias y que no percuten sobre las que con carácter exclusivo posee el Estado en esta materia propia de la configuración de las telecomunicaciones. En consecuencia esa expresión funcionamiento que utiliza el art. 1, párrafo primero de la Ordenanza es conforme a Derecho.

El mismo motivo enfrenta seguidamente la impugnación de los dos primeros párrafos del art. 4 de la Ordenanza que sucesivamente se refieren al inicial a que "la instalación o modificación de los elementos o equipos de telecomunicación por transmisión recepción de

ondas eléctricas, antenas, estaciones base, radio enlaces y cualquier otro tipo de instalaciones destinadas a prestar el servicio de telefonía móvil u otros servicios de telefonía radio requerirán la aprobación previa de un Programa de Implantación que contemple el conjunto de toda la red dentro del término municipal, en el que se justificará la solución propuesta con criterios técnicos de cobertura geográfica y en relación a otras alternativas posibles". Y ese mismo párrafo primero añade que ese Programa lo deberá presentar cada operador que tenga título de la Administración competente en materia de telecomunicaciones que le habilite, y definirá la tipología para cada emplazamiento concreto. Cada programa debe ajustarse a las normas técnicas que apruebe el Ministerio competente y al contenido de la Ordenanza. Y en cuanto al número 2 de ese art. 4 la Ordenanza manifiesta que "los equipos, antenas, instalaciones base o en general cualquiera de las instalaciones previstas en este artículo habrán de utilizar la mejor tecnología disponible, en orden a la minimización del impacto visual y ambiental de preservación de la salud de las personas".

La Sentencia dice el motivo: "establece por no considerar que exista invasión competencial, la validez del Programa de Implantación. Y considera que la exigencia de utilización de "la mejor tecnología disponible en orden a la minimización del impacto visual y ambiental y de preservación de la salud de las personas" se incardina también dentro de las competencias municipales".

Y añade el motivo a lo anterior que: " El Ayuntamiento, al condicionar técnicamente la tipología y características de las infraestructuras a instalar por los operadores o el tipo de tecnología a emplear, está regulando directamente materia exclusiva de telecomunicaciones, que como es sabido, está reservada al Estado en virtud del artículo 149.1.21 de la CE EDL 1978/3879 y LGT (tanto la vigente a la fecha de publicación de la ordenanza, esto es, 11/1998 de 24 de abril como la hoy en vigor 32/2003 de 3 de noviembre), y ya se encuentra regulada, entre otras normas, por la OM de 14/10/1999 (por la que se regulan las condiciones de calidad en la prestación de servicios de telecomunicaciones).

La competencia municipal, tal como viene delimitada en los artículos 25 y 26 de la LBRL, habrá de delimitarse en torno a medidas tales como la armonización del impacto visual, alturas máximas, urbanismo, medio ambiente, etc... pero en ningún caso condicionar los criterios técnicos que configuran la tipología y características de las instalaciones y demás elementos que conforman las redes de telecomunicaciones de los operadores.

Resulta evidente que estos límites han sido claramente sobrepasados en las disposiciones de las que hablamos tanto en lo relativo a la utilización de la mejor tecnología en orden a la minimización del impacto visual y ambiental como en lo relativo al denominado Programa de Implantación".

En este primer motivo se combaten además la aquiescencia que la Sentencia de instancia otorgó también al art. 5 excluido el número 4 del mismo, el art. 6.2 y la Disposición Transitoria referidos todos ellos al programa de implantación al que ya se refería el art. 4.1 de la Ordenanza.

E igualmente el motivo argumenta en relación con esos preceptos que: "la Ordenanza recurrida regula material del ámbito de las telecomunicaciones, en el presente caso la infracción de los principios citados en este apartado se hace más patente, al ser una competencia exclusiva del Estado.

El artículo 149.1.21 de la CE EDL 1978/3879 atribuye al Estado competencia para dictar las normas básicas del régimen de las telecomunicaciones, dejando a salvo, claro está, las facultades de desarrollo y ejecución de estas normas que correspondan a las comunidades autónomas.

La competencia estatal sobre telecomunicaciones es exclusiva, como lo establecen, entre otras, las SSTC 10/82 EDJ 1982/10 , 26/82 EDJ 1982/26 y 21/88 EDJ 1988/337 .

La STC 44/82 EDJ 1982/44 , establecía que resulta primordial la existencia de numerosos acuerdos internacionales sobre telecomunicaciones que incumbe al Estado salvaguardar acuerdos en los que se garantiza la libre competencia y la implantación de prestación del servicio público universal.

Desde la primera Ley 31/87 de Ordenación de las Telecomunicaciones EDL 1987/13243 , pasando por la vigente en el momento de aprobarse la ordenanza impugnada, Ley 11/98 y la Ley 32/03 EDL 2003/108868 antes citadas, el legislador estatal ha ido regulando los servicios de telecomunicación en todos sus aspectos, en ejercicio de la competencia exclusiva en la materia contenida por nuestra Constitución. Claramente además, la vigente Ley 32/03 EDL 2003/108868 General de Telecomunicaciones (LGTC), como normativa reguladora de las Telecomunicaciones ha avanzado en la plena liberalización de los servicios de telecomunicaciones, lo que ha supuesto una clara disminución del control administrativo que existía sobre el sector.

Al mismo tiempo, la LGT garantiza totalmente el acceso de todos los ciudadanos a precio asequible de los servicios básicos de telecomunicaciones, denominados como servicio universal".

Y añade el motivo que: " Así, en nuestro actual sistema, y en cumplimiento de toda la normativa estatal en la materia, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, y sus inferiores jerárquicos, la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y la Subdirección General de Planificación y Gestión del Espectro Radioeléctrico son los órganos estatales encargados de la supervisión, aprobación, verificación e inspección de todos los elementos que conforman la red de telefonía móvil de los operadores legalmente habilitados para la prestación del servicio, que con carácter previo a la utilización, han de presentar ante la Secretaría de Estado un proyecto técnico en el que se define toda la tipología de la red, proyecto que debe ser aprobado e inspeccionado por los técnicos competentes.

Creemos importante apuntar que todo lo anteriormente alegado, en la actualidad debe ser además analizado desde la perspectiva de la Ley 32/2003, de 3 de Noviembre EDL 2003/108868 , General de Telecomunicaciones (LGT), que deroga la anterior LGT 11/1998, y ha introducido numerosos cambios en la regulación del sector, a fin de facilitar la plena liberalización en la prestación del servicio.

Así, toda la regulación estatal de la materia se basa en el Principio de intervención mínima. Creemos necesario transcribir el contenido de la exposición de motivos de la referida Ley, en lo que a las condiciones para la prestación del servicio se refiere:

"Cumplimiento con el principio de intervención mínima, se entiende que la habilitación para dicha prestación y explotación a terceros viene concedida con carácter general e inmediato por la Ley. Únicamente será requisito previo la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para iniciar la prestación del servicio".

El párrafo anterior se ha plasmado en el texto normativo de la LGT, más concretamente en los artículos 6 y 7".

Y concluye afirmando que: "Esta parte no ha negado en ningún momento que, en virtud de las competencias en materia de urbanismo, protección de la salud pública y protección del medio ambiente, atribuidas por el artículo 25 de la LBRL, es indiscutible el hecho de que los Ayuntamientos pueden condicionar el establecimiento de las redes de telecomunicaciones por parte de los operadores.

En este sentido cita la STS DE 24/01/00 EDJ 2000/529 :

"Los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras o instalaciones en la vía pública".

Sin embargo, estas competencias con las que cuenta el Ayuntamiento, tienen unos límites claramente establecidos:

a).- Con carácter general, han de ejercerse con el alcance que determinen las Leyes estatales y autonómicas. Así, en el caso que nos ocupa, la regulación realizada por el Ayuntamiento habrá de observar las previsiones de la normativa estatal en materia de telecomunicaciones en todo caso, así como la de la normativa autonómica en materia de urbanismo y medio ambiente.

b).- Con carácter específico, existen otra serie de límites que el ayuntamiento se ve obligado a respetar en el ejercicio de las competencias que le son propias. El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso y ocupación del dominio público municipal (SSTS de 24/01/00 EDJ 2000/529 y 18/06/01 EDJ 2001/31729).

Cualquier limitación al derecho de ocupación del dominio público por parte de un operador deberá ser proporcionada, resultado de una equilibrada ponderación entre el interés público que se trate de proteger y el derecho de ocupación con que cuenta el operador (SSTS 24/01/00 EDJ 2000/529 y 18/06/01 EDJ 2001/31729).

Las condiciones impuestas a los operadores para la ocupación del dominio público deberán someterse al principio de igualdad de trato y de no discriminación entre los distintos operadores de redes (artículo 45 LGT EDL 1963/94).

Las condiciones impuestas no podrán ser arbitrarias, sino que habrán de venir justificadas de forma objetiva por motivos de interés público (los llamados requisitos esenciales contemplados en la LGT)".

Se opone de contrario que el programa de implantación encaja en las competencias de los Entes Locales y en sus Ordenanzas y lo mismo ocurre con la referencia a la adaptación de la mejor tecnología disponible que se acoge al principio de Autonomía Local.

Como se comprueba fácilmente el motivo no descende a la impugnación concreta de los preceptos que combate sino que sobrevuela sobre ellos, haciendo consideraciones genéricas acerca de la competencia del Estado y su regulación sobre telecomunicaciones, pero sin concretar la impugnación de los preceptos.

La Sentencia recurrida EDJ 2004/141410 respondió a las alegaciones planteadas en la instancia sobre esas cuestiones con la Jurisprudencia de esta Sala, tomando para ello la referencia de lo manifestado en Sentencia de 15 de diciembre de 2003, recurso de casación núm. 3127/2001 EDJ 2003/187108 , y partiendo de lo allí expuesto sobre el plan técnico preciso para la instalación y el programa de implantación necesario para su realización, y en relación con los preceptos más arriba mencionados, expresó en el párrafo final de su fundamento de Derecho tercero que "el hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil está vinculada a la aprobación del plan técnico a que se refieren los artículos 7 y 9 de la Ordenanza constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia y no pueden considerarse ilegales en cuanto establecen la indicada exigencia y señalen el contenido de un plan tendente a garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y parajes urbanísticos, se tratan de materias estrictamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no solo tiene competencia el Ayuntamiento sino que este tiene encomendada la función de proteger", por tanto al desenvolverse dentro de las competencias atinentes al Ayuntamiento, no ya la aprobación de un plan técnico, sino la aprobación de un programa de implantación que contemple la disposición geográfica de la red y su ubicación completa, que deberá presentar el operador, no procede dar lugar a la nulidad de los artículos mencionados, sin que, por otra parte, pueda estimarse vulnerado con el establecimiento del mismo el principio de igualdad constitucional puesto que, para que ello acaeciera sería preciso, según reiterada doctrina, que dos situaciones iguales fueran tratadas de forma distinta, igualdad que obviamente no puede predicarse en relación a las estaciones base o antenas en razón a otras instalaciones de tipo general como los puntos geodésicos naturales o las luces de situación para los aviones y otros elementos entre los que cabe citar los que se sitúan en las cubiertas de los edificios, al ser la materia regulada por las telecomunicaciones, obviamente distinta, a los elementos expuestos".

Nada de lo ahí expuesto es contrario a lo que viene sosteniendo esta Sala y Sección en situaciones similares a estas en relación con las diferentes Ordenanzas Municipales de telecomunicación aprobadas por ayuntamientos de la geografía española. Y es que es de lógica la exigencia que establece la Ordenanza aquí discutida en el art. 4.1 relativa a que la instalación de esos elementos o equipos de telecomunicación vaya precedida de la aprobación previa de un programa de implantación que justifique la solución propuesta y se refiera a otras alternativas posibles, programa que deberá ajustarse a las normas técnicas aprobadas por el Ministerio competente y a la Ordenanza local, y como lógico corolario de lo anterior nada impide que el art. 5 de la Ordenanza disponga que ese programa de

implantación se presente ante la autoridad municipal para que a la vista del mismo se recaben los informes necesarios de organismos o servicios municipales dirigidos a comprobar que los mismos cumplen aquellas condiciones urbanísticas de ubicación e instalación a que se refiere el art. 1 de la Ordenanza y para lo que es competente el Ayuntamiento, que no puede invadir aquellos otros aspectos técnicos propios de la competencia del Estado.

Tampoco el motivo puede cambiar el sino de la desestimación de la alegación por la Sentencia del art. 4.3.a) de la Ordenanza puesto que es razonable, siempre desde el punto de vista de las competencias municipales, la no autorización de instalaciones que sean incompatibles con el entorno, por provocar un impacto ambiental inadmisibles o afección a la salud de las personas, ya que esas competencias son plenamente municipales si bien para la concreción de las mismas resulten aplicables normas del Estado.

Por lo que hace al núm. 1 del art. 5 de la Ordenanza ya nos hemos referido a su conformidad a Derecho, y en relación con el resto del precepto nada se dice en el motivo, tanto más cuanto que la Sentencia de instancia anuló sus números 2 y 4.

Nada hay que añadir en este motivo en relación con el art. 6.2 de la Ordenanza dada su lógica con el entramado de la norma municipal, puesto que se refiere a la necesidad de que cuando sea exigible un programa de implantación previo sólo podrán otorgarse la licencia para cada instalación individual de la red una vez que se haya aprobado el programa, y la licencia que se solicite se ajuste al plan.

Junto a lo anterior nada hay que oponer tampoco a la Disposición Transitoria en tanto que la misma tiene por objeto adaptar las instalaciones de telecomunicaciones para las que sea exigible un proyecto de instalación que hayan sido establecidas sin la debida autorización antes de la entrada en vigor de la Ordenanza a ésta, para lo que se tramitarán los correspondientes expedientes de legalización que permitan su inclusión en el proyecto de instalación, y ello en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la Ordenanza. Y por otra parte es lógico que si esas instalaciones no pueden ser legalizadas deban retirarse en los términos del art. 8.2 de la Ordenanza al que se remite, y que prevé supuestos de retirada por cese definitivo de la actividad o de elementos de las mismas que no se utilicen.

Ello sin perjuicio de que estaríamos en presencia de una retroactividad de grado mínimo y por tanto admisible como hemos expuesto con reiteración así en la Sentencia de 4 de julio de 2006 EDJ 2006/105652 en la que dijimos que "Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986 EDJ 1986/42 , 99/1987 EDJ 1987/98 , 227/1988 EDJ 1988/543 , 210/1990 EDJ 1990/11805 y 182/1997 EDJ 1997/6344 , entre otras, y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995 EDJ 1995/1541 , 15 de abril de 1997 EDJ 1997/3099 y 17 de mayo de 1999 EDJ 1999/10481 , entre otras muchas).

El examen de las normas de la Ordenanza cuestionada proyectan su eficacia al futuro tratando de que las antenas instaladas cumplan las exigencias por ella establecidas para el otorgamiento de las correspondientes licencias, concediendo el plazo de un año para la obtención de aquéllas y para la modificación de las condiciones de las ya instaladas con sujeción a los nuevos requisitos. 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."

Por último hemos de referirnos en relación con este primer motivo a la impugnación del núm. 2 del art. 4 de la Ordenanza que dispone que "los equipos, antenas, instalaciones base, o en general cualquiera de las instalaciones previstas en este artículo habrán de utilizar la mejor tecnología disponible, en orden a la minimización del impacto visual y ambiental de preservación de la salud de las personas".

Nada expone el motivo que pueda modificar el criterio que estableció la Sentencia de instancia que insistió en la Jurisprudencia de esta Sala y en la cita de la Sentencia mencionada de 15 de diciembre de 2003 EDJ 2003/187108 , y que, además, menciona el art. 42 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón que prevé en su artículo 42 la competencia municipal en materia de medio ambiente EDL 1999/61302 .

Añade a lo anterior con mención de la Sentencia citada que "la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las normas reglamentarias y en concreto por las Ordenanzas Municipales es no solo 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 que junto a las zonas de certeza positiva o negativa se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre" en relación al 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 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 cuando esa actividad se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 .

CUARTO.- El segundo motivo alega con idéntico fundamento que el anterior "infracción de los arts. 62.2, 51 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 y 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 , así como el carácter reglado de las licencias y la incorrecta sujeción de las licencias al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y a las licencias previstas en los arts. 167 y 168 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo EDL 1999/61042, Urbanística de Aragón determinante del fallo recurrido.

Cita el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 , y el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico Orden de 9 de marzo de 2000, así como la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 11 de enero de 2002.

Concreta el motivo la impugnación en los arts. 4.4º, 6.3º, 6.5º, 6.6º, 7.2.a), 7.2.d). 7.3º y 7.4º.

Comenzando por el primero de ellos ese precepto de la Ordenanza dispone que "las licencias para las instalaciones de los elementos y equipos de telecomunicación tendrán el carácter de revisables en el plazo de tres años desde su otorgamiento o última revisión. Los criterios para esta revisión se fundamentarán en la eventual existencia en los mercados de mejoras tecnológicas que haga posible la reducción del impacto visual y la preservación de la salud de las personas. Como resultado de dicha revisión podrá exigirse el cambio de ubicación o la clausura de las instalaciones".

Sobre esta cuestión la Sentencia impugnada EDJ 2004/141410 volvió a referirse a la Sentencia de 15 de diciembre de 2003 y en ella sobre la vigencia de estas licencias se dijo lo que sigue: "Es cierto que el artículo 15.1 del RSCL establece que las licencias relativas a instalación tienen vigencia mientras subsista ésta; pero también lo es que la normativa sectorial puede limitar el plazo de ciertas licencias. Y, en el presente caso, la temporalidad que contempla el precepto de la ordenanza no es incompatible con el régimen de la clase de licencia de que se trata, que permite determinaciones accesorias, como es la que constituye el señalamiento de un determinado plazo de vigencia, siempre que estén previstas en la correspondiente disposición general, y resulten adecuadas al cumplimiento de la finalidad a que responde el acto de intervención administrativa. En la previsión normativa examinada tal adecuación resulta evidente por la necesidad de que las instalaciones de antenas existentes sean compatibles con la normativa urbanística y conservación del patrimonio artístico. En el bien entendido que la renovación de tales licencias, a que se refiere el propio precepto de la Ordenanza, está sujeta a los mismos condicionamientos reglados que los que preside su inicial otorgamiento.

En modo alguno la renovación es discrecional, ni puede ser denegada en fraude del derecho preferente que tiene el operador instalado mientras las antenas instaladas cumplan con las exigencias y requisitos a que se supedita el otorgamiento de la correspondiente licencia".

Pues bien sobre esta cuestión nada hay que añadir porque la Sentencia que acabamos de transcribir disipa cualquier duda sobre la licitud del precepto que se impugna.

Por lo que hace al art. 6 relativo a la sujeción a licencia se cuestionan los apartados 3, 5 y 6 que clasifican las actividades reguladas en la Ordenanza como calificada o no calificada o inocua, considerando como calificadas las que tienen por objeto la instalación de equipos y elementos de telefonía, así como los mismos equipos y elementos de emisión y transmisión de señales televisión y radiodifusión y que en relación con las obras necesarias para el establecimiento de esas instalaciones se clasifican de acuerdo con las ordenanzas urbanísticas del Ayuntamiento de la ciudad.

Y el mismo proceder efectúa el motivo con los arts. 7.2.a), 7.2.d). 7.3º y 7.4º en cuanto al procedimiento a seguir en relación con la solicitud de licencias.

El motivo tampoco puede prosperar en estos aspectos. En modo alguno el motivo combate lo que sobre esas cuestiones expuso la Sentencia recurrida EDJ 2004/141410 cuando mantuvo que: "En consecuencia atendidas las potenciales repercusiones que pudieran derivarse de su ejercicio, en función de un principio de precaución, de lo expuesto se concluye que no existe impedimento en inculpar la instalación de equipos de telefonía y elementos de emisión y transmisión de señales de televisión y radiodifusión en el ámbito de actividades calificadas. Lo expuesto supone, al tenerse que regular estos extremos, una proyección dentro del ámbito de planificación urbanística, no en el establecimiento de restricciones de emisión de ondas, que no competen a la administración local, pero sí en lo atinente a dotar de garantías el procedimiento establecido para su obtención. Por consiguiente la definición de la "actividad calificada" que regula el art. 166 de la Ley 5/1999 de 25 de marzo EDL 1999/61042 Urbanística de Aragón otorgada por el municipio correspondiente sin perjuicio de las demás intervenciones públicas exigibles por la legislación sectorial que les afecte, se proyecta dentro del ámbito de la planificación urbanística, no en el establecimiento de restricciones de emisión de ondas que no competen a la Administración Local, pero si en lo atinente a dotar de garantías el procedimiento establecido para su obtención atendida la naturaleza de la licencia. Por consiguiente la definición de la licencia como "actividad calificada" no introduce ninguna extralimitación competencial por parte de la Administración Local puesto que esta, ateniéndose a las bases que sienta la legislación estatal, se limita a desarrollar con las garantías y requisitos precisos el procedimiento que debe seguirse para su obtención. Por tanto dicha causa de oposición deberá rechazarse sin que pueda concluirse que exista una incompatibilidad entre la licencia obtenida y la autorización correspondiente o los boletines de instalación eléctrica concedidos y sellados respectivamente por el servicio de la DGA. puesto que en los supuestos de instalaciones de telecomunicación por transmisión recepción de ondas radioeléctricas, al concurrir en su funcionamiento y desarrollo dos o más administraciones distintas cada una de las mismas dentro de un ámbito competencial, debe cumplir los requisitos establecidos para la legislación correspondiente".

Por todo ello es claro que la Ordenanza no excedió los límites que había de respetar y se mantuvo dentro de ellos haciendo valer sus competencias respetando aquellas que correspondían al Estado y a la Comunidad Autónoma como competencias concurrentes sobre la materia.

QUINTO.- El último y tercer motivo alega la infracción del principio de competencia en relación con el art. 4.3.b) de la Ordenanza que se refiere a que "será preciso el informe favorable de la Comisión Municipal del Patrimonio Histórico Artístico, para la instalación de los elementos y equipos objeto de este artículo, en todo el término municipal".

Según el motivo el Ayuntamiento impone una exigencia que no está prevista ni en la legislación general de telecomunicaciones ni tampoco en la legislación de patrimonio histórico artístico y, además, lo hace con carácter general para toda la ciudad y lo encomienda a la Comisión Municipal que sólo tiene competencias cuando se trate de determinados aspectos que tengan que ver con la protección del patrimonio histórico artístico.

La Sentencia de instancia en cuanto a esta cuestión mantuvo que: "En cuanto a la pretendida supresión del artículo 4 apartado 3 letra b) que exige, para la autorización de las instalaciones el informe favorable de la Comisión municipal del Patrimonio Histórico Artístico para la instalación de los elementos y equipos objeto de este artículo en todo el término municipal, hay que poner de relieve que, tal y como se ha expuesto en la doctrina referida, al tener potestad los Ayuntamientos, de establecer condiciones para instalación de antenas y redes de comunicaciones y contemplar exigencias y requisitos para la mencionada instalación es claro que el referido informe es una condición lícita y dentro de las competencias municipales que pueden determinar potestativamente los límites de control que hayan de ejercer cuyo fin es que el Planeamiento se desenvuelva de acuerdo con las prescripciones legales. Por tanto deberá rechazarse la oposición en relación a ese extremo".

En este caso el motivo ha de prosperar. Y no tanto por que se vulnere por el precepto el principio de competencia como se afirma, (lo que sería la consecuencia última) ya que, aún pudiendo ser excesiva la pretensión de que en todo caso informe la Comisión Municipal de Patrimonio Histórico Artístico, nada se opone a que dentro de la preservación de esas competencias municipales se pueda contar con ese informe en relación con esas instalaciones, sino porque lo que se exige es que ese informe sea favorable, de modo que se convierte en vinculante para el otorgamiento o no de la licencia de manera que se priva al órgano competente para decidir acerca del otorgamiento o denegación de la autorización del ejercicio de su competencia de forma que en caso de que el informe sea desfavorable quien habrá decidido la denegación habrá sido la Comisión Municipal del Patrimonio Histórico Artístico, y no el órgano que ostenta la competencia.

Ese precepto por tanto vulnera los arts. 82 y 83 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271, cuando establecen el primero de ellos que "A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos. 2. En la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita". Y añade el art. 83 que: "Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes".

Y en este caso no puede deducirse del precepto cuestionado que ese informe favorable siendo como es preceptivo al considerarse preciso, sea vinculante porque la competencia es irrenunciable, y de tener ese valor el informe dejaría en manos de un órgano consultivo la decisión que compete exclusivamente al órgano al que la norma se la concede.

En consecuencia se anula de ese inciso b) del número 4, del art. 3 la palabra favorable.

En consecuencia se estima parcialmente el recurso y se casa la Sentencia de instancia que se declara nula y sin ningún valor ni efecto.

SEXTO.- Al estimarse en parte el recurso procede de conformidad con lo dispuesto en el art. 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción dictar una nueva Sentencia en tareas de Tribunal de instancia que en este caso se limitará por las razones inmediatamente expuestas más arriba a declarar nula la expresión favorable del apartado a) del núm. 3 del art. 4 de la Ordenanza municipal impugnada.

SÉPTIMO.- Al estimarse el recurso no procede de conformidad con lo prevenido en el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción hacer expresa condena en costas a la recurrente.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

FALLO

Ha lugar al recurso extraordinario de casación núm. 7790/2004 interpuesto por la representación procesal de Telefónica Servicios Móviles, S.A., frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, de veinticuatro de mayo de dos mil cuatro EDJ 2004/141410, interpuesto por la representación procesal contra la Ordenanza Municipal de instalaciones de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza, aprobada mediante Acuerdo municipal de 30 de mayo de 2001 del citado Ayuntamiento que estimó en parte el recurso contencioso administrativo núm. 667/2001 y anuló los números 2 y 4 del art. 5 de la Ordenanza, rechazando el resto de las pretendidas nulidades interesadas por la recurrente, que casamos y declaramos nula y sin ningún valor ni efecto y anulamos del inciso b) del número 4, del art. 3 de la Ordenanza la palabra "favorable".

Desestimamos el recurso contencioso administrativo núm. 667/2001 interpuesto por Telefónica Servicios Móviles, S.A., representada por el Procurador D.^º Lucía del Río Artal frente a la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por Transmisión-Recepción de Ondas Radioeléctricas en el Término Municipal de Zaragoza que declaramos conforme a Derecho.

De acuerdo con lo establecido en el art. 72.2 de la Ley de la Jurisdicción publíquese el fallo de esta Sentencia por el Excmo Ayuntamiento de Zaragoza en el mismo periódico oficial en que se publicó la Ordenanza parcialmente anulada haciendo constar en ese anuncio la nulidad de la palabra "favorable" del apartado b) del número 3 del art. 4, así como la nulidad de los números 2 y 4 del art. 5 de la Ordenanza.

No se hace expresa condena en costas en este recurso extraordinario de casación ni en la instancia

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042008100434