

Resumen

El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por las entidades Telefónica Móviles y France Telecom España contra la sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, que estimó parcialmente los recursos deducidos contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Elche por el que se aprobó definitivamente la ordenanza municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de antenas y otros equipos de telecomunicación, declarando nulos y contrarios a derecho declaran nulos y contrarios a derecho el art. 3, 6º y el Anexo I en cuanto establecen niveles de exposición a los campos electromagnéticos; y los arts. 4, 7 -salvo respecto de la tramitación de licencias de carácter urbanístico- y 8, en cuanto consideran la actividad como calificada y regulan los trámites de la licencia de actividad. La Sala revoca la sentencia exclusivamente en lo relativo a la declaración de conformidad a derecho de la expresión "que provoquen un impacto visual no admisible con el entorno" incluida en el art. 3.1 de la Ordenanza Municipal impugnada, mención que se anula, pues la genérica referencia a lo que resulte inadmisibles, sin apelar a los elementos de juicio que pudieran dar lugar a semejante conclusión, introducen un elevado factor de ponderación subjetiva en la apreciación del supuesto de hecho, rayana en la arbitrariedad.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones
art.20 , art.26 , art.44

RD 1066/2001 de 28 septiembre 2001. Rgto. sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas
art.8 , art.9 , art.11

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.218 , art.326 , art.348

Ley 6/1998 de 13 abril 1998. Régimen del Suelo y Valoraciones
art.3 , art.43

Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones
art.35 , art.37 , art.44 , art.45 , art.47 , art.61 , art.62

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa
art.65 , art.88

RD 1736/1998 de 31 julio 1998. Desarrolla Ley General Telecomunicaciones, Servicio universal de telecomunicaciones y otros aspectos
art.46 , art.47 , art.49

Ley 6/1994 de 15 noviembre 1994. Actividad Urbanística, C.A. Valenciana
art.4 , art.15 , art.86 , art.91 , art.95 , art.138

Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad
art.18 , art.19 , art.24 , art.40

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

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.9 , art.38 , art.128 , art.131 , art.149

Ley de 27 diciembre 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa
art.43

D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
art.5 , art.15

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN LOCAL

MUNICIPIOS

Atribuciones y competencias

Competencias propias

Potestades

Reglamentaria
Ordenanzas municipales
Procedimiento de elaboración
Impugnación

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SUJETOS

Legitimación activa
Coadyuvante

RECURSO DE CASACIÓN -HASTA 1992 DENOMINADO APELACIÓN-

MOTIVOS

Infracción de ley

TELECOMUNICACIONES

TELEFONÍA MÓVIL
OTRAS EMPRESAS DE TELEFONÍA

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.20, art.26, art.44 de Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones

Aplica art.8, art.9, art.11 de RD 1066/2001 de 28 septiembre 2001. Rgto. sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas

Aplica art.218, art.326, art.348 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.46, art.47, art.49 de RD 1736/1998 de 31 julio 1998. Desarrolla Ley General Telecomunicaciones, Servicio universal de telecomunicaciones y otros aspectos

Aplica art.65, art.88 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Aplica art.35, art.37, art.44, art.45, art.47, art.61, art.62 de Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones

Aplica art.3, art.43 de Ley 6/1998 de 13 abril 1998. Régimen del Suelo y Valoraciones

Aplica art.4, art.15, art.86, art.91, art.95, art.138 de Ley 6/1994 de 15 noviembre 1994. Actividad Urbanística, C.A. Valenciana

Aplica art.18, art.19, art.24, art.40 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

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

Aplica art.9, art.38, art.128, art.131, art.149 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.43 de Ley de 27 diciembre 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Aplica art.5, art.15 de D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

Cita RD Leg. 2/2008 de 20 junio 2008. Texto refundido de la ley de suelo

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 RD 1890/2000 de 20 noviembre 2000. Rgto. que establece procedimiento para evaluación de conformidad de aparatos de telecomunicaciones

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.33, art.43, art.89.3, art.95.2 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita Ley 6/1998 de 13 abril 1998. Régimen del Suelo y Valoraciones

Cita RD Leg. 1/1992 de 26 junio 1992. TR Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana

Cita art.21, art.24.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.1, art.2, art.3 de RD 2159/1978 de 23 junio 1978. Reglamento de Planeamiento del Suelo

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 6426/2005, que ante la misma pende de resolución, interpuesto, respectivamente, por los Procuradores D^a Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.", y D. Pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de "RETEVISIÓN MÓVIL, S.A." (actual "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A."), contra la sentencia dictada el día veinte de septiembre de dos mil cinco por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, recaída en los autos acumulados números 1593, 1613 y 1696/2002, en el que se impugnaba la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Antenas y Otros Equipos de Telecomunicación en el término municipal de Elche (Alicante).

Habiendo comparecido como partes recurridas el Ayuntamiento de Elche, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Cayetana de Zulueta Luchsinger, y "VODAFONE ESPAÑA, S.A." (anterior "AIRTEL MÓVIL, S.A."), representada por el Procurador de los Tribunales D. Cesáreo Hidalgo Senén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en los autos acumulados números 1593, 1613 y 1696/2002, dictó sentencia el día veinte de septiembre de dos mil cinco, cuyo fallo dice:

" I.- Se estiman en parte los Recursos Contencioso-Administrativos interpuestos por las mercantiles TELEFÓNICA SERVICIOS MOVILES S.A., RETEVISION MOVIL S.A y AIRTEL MOVIL S.A, contra la Ordenanza Municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de antenas y otros equipos de telecomunicaciones en la ciudad de Elche, aprobada por acuerdo plenario de dicho Ayuntamiento de 29/Julio/2002.

II.- Se declaran nulos y contrarios a derecho los siguientes preceptos de la Ordenanza recurrida:

a.- El art. 3.6º y el Anexo I, al que éste se remite, en cuanto establecen niveles de exposición a los campos electromagnéticos;

b.- Los arts. 4, 7 (salvo respecto de la tramitación de licencias de carácter urbanístico) y 8, en cuanto consideran la actividad como calificada y regulan los trámites de la licencia de actividad. Se desestiman los restantes motivos impugnatorios sostenidos por las mercantiles recurrentes,

III.- No procede hacer imposición de costas."

SEGUNDO.- Por las correspondientes representaciones procesales de "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A." y de "RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.", se interpusieron sendos recursos de casación mediante escritos presentados, respectivamente, el veintinueve y el treinta de noviembre de dos mil cinco.

TERCERO.- Mediante providencia dictada el día siete de marzo de dos mil siete, por la Sección Primera de esta Sala se admiten a trámite los recursos de casación formalizados en nombre de "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A." y de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", 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 diecisiete de abril de dos mil siete.

CUARTO.- Mediante escritos presentados el 8 y el 14 de junio de 2007, el Ayuntamiento de Elche y "VODAFONE ESPAÑA, S.A." pusieron de manifiesto su respectiva oposición a los recursos de casación planteados de contrario, proponiendo su desestimación íntegra.

QUINTO.- 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 las representaciones procesales de "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A." y de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha veinte de septiembre de dos mil cinco, que estimó parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos por "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.", "RETEVISIÓN MÓVIL, S.A." y "AIRTEL MÓVIL, S.A.", contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Elche de veintinueve de julio de dos mil dos, por el que se aprobó definitivamente la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Antenas y Otros Equipos de Telecomunicación.

La sentencia de instancia, en el fundamento de derecho primero concreta los aspectos de la Ordenanza impugnada puestos en entredicho por los recursos contencioso-administrativos:

"- La exigencia de un Plan de Implantación (arts. 2.3º, 4.3º y 5)

- La fijación de limitaciones y condicionamientos a las instalaciones, estableciendo las zonas donde deben ubicarse las instalaciones de telecomunicación y los límites de densidad de potencia de cualquier frecuencia de exposición al campo electromagnético que produz-

can, régimen de distancias, altura máxima, sometimiento a las medidas que prescriban los técnicos municipales para atenuar el impacto visual, así como el cumplimiento de las condiciones estéticas, y la necesidad de emplear la mejor tecnología disponible y de procurar la utilización compartida de localizaciones y estructuras soporte por parte de los distintos operadores (arts. 2, 3 y 6, así como Anexo I).

- La sujeción a licencia municipal de actividad de toda instalación de equipos de telecomunicación, y su consideración como actividades calificadas, regulándose las disposiciones aplicables a tales actividades calificadas, así como la documentación complementaria a aportar junto a las solicitudes, relativa, entre otros aspectos, a la incidencia ambiental de la instalación, a su impacto visual, y sus condiciones de seguridad (arts. 4, 7 y 8).

- El carácter revisable de las licencias (art.3.4º), así como las exigencias de renovación y sustitución de instalaciones, y órdenes de retirada y desmontaje (art.9)

- El establecimiento de un régimen sancionador y de responsabilidad objetiva (art.9).

- El régimen transitorio para las instalaciones preexistentes que se contiene en las Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª y 3ª de la Ordenanza."

Para abordar su análisis, parte de la conceptualización de las atribuciones administrativas sobre la ordenación de las telecomunicaciones como competencias concurrentes, trayendo a colación las líneas esenciales de la intervención de los Municipios en la materia, presidida por el principio de autonomía municipal, tal como fueron reflejadas en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2003.

Tras ello, analizó los diferentes artículos impugnados por las partes recurrentes. En concreto, y atendiendo al contenido impugnatorio de los escritos de interposición, interesa dejar constancia de los fundamentos de derecho tercero y quinto de la sentencia impugnada, en que se resuelven las cuestiones que habrán de centrar nuestro análisis:

" TERCERO.- Sentado lo anterior, y a la hora de abordar de forma individualizada los distintos preceptos de la Ordenanza afectados por la presente impugnación, debe advertirse que la Sección Tercera de esta Sala, ya se pronunció sobre todos ellos, destacando al respecto la Sentencia núm. 1626/03, de 30/Septiembre. Posteriormente, y atribuido por reparto el conocimiento de esta materia a esta Sección 2ª, su criterio fue distinto, favorable a la plenitud de competencias municipales para la regulación de esta materia. Así las cosas, el Pleno del Tribunal, convocado expresamente al efecto, asumió la posición que sostenía la Sección Tercera, mediante Sentencias de 4/mayo o 1/Junio/2005 (recursos 691/03 y 1064/02), entre otras, que transcriben y hacen propio el mencionado criterio. Este Ponente, pese a haber suscrito el Voto Particular planteado frente a estas Sentencias, asume no obstante el planteamiento del Pleno, por cuanto refleja el parecer mayoritario del Tribunal. Así pues, y bajo la óptica de tal doctrina, analizaremos las cuestiones que plantea la mercantil recurrente. En primer lugar, y con relación a las limitaciones, requisitos y condiciones que para la instalación de antenas y demás elementos de telefonía móvil se establecen en los arts. 2, 3 y 6 de la Ordenanza de Elche, partiendo de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionada, debe reiterarse lo establecido por la Sentencia del Pleno de este Tribunal de 4/Mayo/2005, que concluye:

"Argumentan las demandantes que los preceptos de la Ordenanza Municipal que regulan distancias (artículo 2.1), clasificación y calificación urbanística del suelo donde deben ubicarse las estaciones de telefonía móvil y su respeto al entorno (artículo 2.1, 2.2, 2.4, 2.5 y 4) y compartición de infraestructuras (artículo 2.3) es nulo por invadir competencias estatales, suponiendo además un exceso sobre las competencias municipales en materia urbanística.

Pues bien, entrando en el estudio de los límites de distancias y densidad de potencia del artículo 2.1 de la Ordenanza, resulta desacertada su impugnación por la parte demandante por ser plenamente ajustado a derecho lo que resulta ser una invocación de la exigibilidad en materia de exposición humana a los campos electromagnéticos de la reglamentación prevista en el RD 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 , lo que constituye una correcta remisión a la normativa aplicable, por cierto, de carácter estatal, y sin que se disponga medida alguna que contradiga o modifique las regulaciones de tal reglamentación sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Respecto a las limitaciones urbanísticas de los artículos 2.1, 2.2, 2.4, 2.5 y 4 de la Ordenanza, nos encontramos ante la reglamentación por una Corporación de local de una materia de su competencia, pues no cabe duda que las exigencias de esa norma guardan directa relación con la ordenación urbanística (artículo 25.2-d) LBRL), protección del medio ambiente (artículo 25.2 f) LBRL) y patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2 e) de dicho texto legal), siendo razonables y proporcionadas.

Los Ayuntamientos pueden y deben 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 suelo o el subsuelo de sus calles (arts. 4, 15, 86, 91 y 95 LRAU, 138 -b) del TRLS de 1992, entre otros). Además, parece razonable que se establezca una regulación sobre la ubicación de los emplazamientos de las antenas de telefonía móvil, pues la naturaleza y usos urbanísticos de los terrenos de un municipio es una competencia básica de los Ayuntamientos, en lo que viene a ser la ordenación racional de su territorio, máxime si se trata de espacios o bienes protegidos o de minimizar los impactos visuales sobre los mismos. La necesidad de dicha regulación se hace más evidente si se atiende al 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 en la Ley 11/1998. Y ello no vulnera el derecho que tienen las empresas operadoras, consecuencia de la explotación de servicios de telecomunicación, a la ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 LOT/87, artículo 138-b) del TRLS de 1992 y 43 y siguientes Ley del Suelo EDL 1992/15748 de 1998).

En relación a la compartición de emplazamientos del artículo 2.3 de la Ordenanza, esta Sala ya expuso su punto de partida al respecto en la mencionada sentencia núm. 1626/2003, de 30 de septiembre, afirmando que:

"Esta perspectiva que estamos analizando bajo el prisma técnico y sanitario se puede ver reflejada en la normativa europea sobre redes y servicios de telecomunicación, nos estamos refiriendo a la normativa de algunas ordenanzas que obligan a la compartición de antenas por parte de las compañías sobre telefonía móvil, las Ordenanzas Municipales que asumen este criterio pretenden reducir el número de antenas móviles, no obstante, la normativa europea no asume este punto de vista ni desde la perspectiva de la libre competencia ni desde la perspectiva de reducción del número de antenas, baste la lectura de los antecedentes 23 y 24 de la".. Directiva 2002/21 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco): (23) El uso compartido de recursos puede resultar beneficioso por motivos de ordenación territorial, de salud pública o medioambientales y las autoridades nacionales de reglamentación deben fomentarlo sobre la base de acuerdos voluntarios. Cuando las empresas no dispongan de alternativas viables, puede resultar adecuado imponer la obligación de compartir recursos o propiedades. Ello incluye, entre otras cosas, la ubicación física y el uso compartido de conductos, edificios, repetidores, antenas o sistemas de antenas. La obligación de compartir recursos o propiedades sólo debe imponerse a las empresas tras una consulta pública completa. (24) En caso de que los operadores de telefonía móvil estén obligados a compartir torres o mástiles por motivos medioambientales, esta exigencia puede suponer una reducción en los niveles máximos de potencia transmitida autorizada a cada operador por razones de salud pública, lo que, a su vez, puede requerir que los operadores instalen más emplazamientos de transmisión para garantizar la cobertura nacional"

Este Tribunal entiende que el uso compartido de emplazamiento para instalaciones que se ubiquen en terrenos de dominio público o que persigan la máxima integración en el paisaje urbano es ajustada al ordenamiento jurídico y se realiza dentro del ámbito de competencias municipales, limitándose la norma impugnada a posibilitar sin imponer el uso compartido de instalaciones, en base a razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas, que justificarían a la postre la exigencia de tal medida, sin poder obviar que la propia normativa estatal regula tal posibilidad:

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

En consecuencia, deberá desestimarse la demanda en lo relativo a la pretensión anulatoria de los arts. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 y 4 de la Ordenanza".

La traslación de la anterior doctrina al caso de autos determina la desestimación de este extremo del recurso, a excepción del particular relativo a las exigencias que en el art. 3.6º se contienen con relación a los límites de exposición al campo electromagnético, establecidos en el Anexo I de la Ordenanza, que en cuanto no se ajusten a las fijadas por la Administración del Estado, suponen una extralimitación de las competencias propias del Ayuntamiento. En segundo lugar, y por lo que atañe al específico requisito de la presentación de un Plan de Implantación (arts. 2.3º, 4.3º y 5 de la Ordenanza), la Sentencia del Pleno de este Tribunal de 4/Mayo/2005, en su Fundamento Jurídico Sexto, disponía respecto de este extremo lo siguiente:

"Se argumenta en las demandas que el artículo 3 en sus apartados 1 y 2 y concordantes de la Ordenanza suponen una extralimitación competencial al someter la instalación de antenas de telefonía móvil a un Programa de desarrollo de implantación que contemple el conjunto de toda la red e instalaciones de telefonía móvil dentro del término municipal de Albal.

En efecto, bajo el enunciado de "Procedimiento para obtener las autorizaciones de instalación y funcionamiento" el artículo 3 de la Ordenanza cuestionada regula el objeto, contenido y forma del programa de desarrollo del conjunto de toda la red a situar en el término municipal.

Procederá examinar, pues, si un Ayuntamiento puede exigir un plan que contemple de forma coordinada la implantación en su término municipal de las diversas infraestructuras de telecomunicaciones por las diferentes operadoras, para una mejor ordenación urbanística, medioambiental, de atenuación de impacto visual y, en definitiva, de ordenación del territorio y de sus servicios. En tal sentido, conviene reseñar la doctrina sentada por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 15-12-2003, que dispone en el apartado c) de su fundamento jurídico tercero:

"La exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento.

Por otra parte, la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente. El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté 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 señalan un contenido del 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 los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y paisajes urbanísticos. Se tratan de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger.

Tampoco puede compartirse que se introduzcan criterios subjetivos que comporten una inadmisibles discrecionalidad, ya que los términos utilizados por la Ordenanza responden a supuestos de discrecionalidad impropia o técnica como es la utilización de la "mayor tecnología disponible".

En consecuencia, teniendo en cuenta que la exigencia de un programa de desarrollo o plan de implantación por parte de la Corporación demandada se ha realizado dentro de su ámbito competencial, pareciendo razonable y proporcionada, y considerando que tiende a garantizar la mejor organización territorial y a la adecuación de la red de telefonía móvil a la oportuna protección de los intereses públicos ambientales, urbanísticos y culturales, procederá rechazar la pretensión anulatoria de la demanda respecto a los apartados 1 y 2-a), b) y d) del artículo art. 3 de la Ordenanza objeto de este proceso".

Debe, por tanto, rechazarse este extremo del recurso.

QUINTO.- Respecto del carácter provisional de las licencias, y su correlativa limitación temporal, tampoco puede acogerse, y baste referirse de nuevo a la Sentencia del TS de 15/Diciembre/2003, en la que se afirma: "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."

Y en lo que atañe al deber de conservación y de retirada de instalaciones y elementos, en caso de cese de la actividad, y su sujeción a inspecciones, órdenes de ejecución y restauración de la legalidad urbanística, ya estableció la Sentencia del Pleno de este Tribunal de 1/Junio/05 (Rec. 1064/02), que "Esta alegación de la recurrente ha de ser rechazada, en todo caso y en su integridad por lo que se refiere al apartado 6 del referido artículo 7 de la ordenanza, por cuanto el contenido de la misma no hace sino recoger prescripciones de carácter general en materia de ejecución de actos administrativos, reposición de legalidad y resultados sancionadores, que, por lo demás, se ha de constatar serían exigibles en sus propios términos en aplicación de las reglas generales legales y reglamentarias, aún cuando dicho apartado no fuera recogido por la ordenanza; por lo que se refiere al apartado 5 del referido artículo 7 de la ordenanza, se ha de reseñar que, en sí mismo, no resulta contrario a derecho, siempre y cuando se interprete y aplique con estricta sujeción a las reglas generales en materia de revocación de licencias en todo caso no pueden quedar excepcionadas por lo establecido en el dicho apartado.""

SEGUNDO.- Esta Sala, previamente al examen de los recursos de casación interpuestos a instancia de "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U." y de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", tiene que referirse a uno de los escritos de oposición formulados por las partes recurridas, en concreto al presentado por "VODAFONE ESPAÑA, S.A.". En el mismo, la mercantil incorpora una sola y sucinta alegación, que denomina de oposición a la casación, en la que se limita a "manifestar su plena conformidad con los motivos de casación invocados por la parte recurrente así como con los argumentos esgrimidos que sustentan cada uno de los motivos implorados".

A tenor de nuestras leyes de procedimiento, tal comportamiento procesal resulta inaceptable. En efecto, hemos dicho en el Auto de 12 de abril de 2007, recaído en el recurso de casación 4282/2006, que, de un lado, en el recurso de casación sólo cabe personarse como recurrente o recurrido y no cabe la posición procesal de coadyuvante del recurrente (en este sentido, también el Auto de 3-2-2005, rec. 5255/2004), y, de otro, que "la petición de que se case y anule la sentencia de instancia sólo puede efectuarse a través de la interposición del oportuno recurso de casación, para lo que es necesario haber preparado previamente el mismo ante la Sala de instancia y que ésta lo haya tenido por preparado, supuesto este último que no ocurre en el presente caso...". La mercantil "VODAFONE ESPAÑA, S.A." era libre de preparar -con vistas a su posterior formalización ante esta Sala- o no recurso de casación contra la sentencia de instancia, estando habilitada para ello ex art. 89.3 LJCA EDL 1998/44323 al haber actuado como recurrente en la misma. Al no hacerlo, dejó pasar la ocasión de atacar dicha sentencia, no cabiéndole ahora, por vía subrepticia y fraudulenta, intentar su revocación, por lo que su escrito se tiene sencillamente por no preparado, sin perjuicio de los efectos que lo inadecuado de su intervención haya de tener en materia de condena en costas.

TERCERO.- Aclarado lo anterior, nos encontramos con que contra la referida sentencia de 20 de septiembre de 2005 se han interpuesto separadamente dos recursos de casación.

El primero de los recursos (atendiendo al orden temporal de su presentación ante el Tribunal Supremo) se plantea a instancia de "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.", haciendo valer dos motivos de casación frente a la sentencia de veinte de septiembre de dos mil cinco.

Su primer motivo se fundamenta en el art. 88.1.c) de la Ley de Jurisdicción, denunciando la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida en lo relativo a la pretensión, formulada por su parte en la demanda, tendente a la declaración de nulidad del art. 3.2 de la Ordenanza sobre instalaciones de telecomunicaciones de Elche. A su entender, la Sala de instancia no se ha pronunciado sobre la misma, como tampoco (conculcando los arts. 218, 326 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463) ha entrado a valorar las pruebas documentales y periciales aportadas, en que se ponía de manifiesto la imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en la totalidad del término municipal si se prescindía de las zonas en que, de conformidad con el precepto impugnado, se prohíbe la instalación de antenas y otros equipos de telecomunicación.

El motivo segundo se basa en la infracción de los arts. 35 y 37 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460, General de Telecomunicaciones (actual art. 20 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre EDL 2003/108868), y de las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000 y de 4 de mayo de 2005, en relación con los -también alegados en el motivo anterior- arts. 326 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463. Su invocación vuelve a relacionarse con el apartado 3 del artículo 2 de

la Ordenanza, esta vez desde la perspectiva de su desestimación por la Sala de instancia, toda vez que el fallo de la sentencia anula un solo apartado del mencionado artículo (en concreto, el sexto), pero no el resto de sus contenidos. Considera la parte que el mencionado precepto, en la parte a que se refiere el motivo, conculca el derecho de las operadoras a la ocupación del dominio público (art. 44 LGTT), así como el deber que les incumbe de prestar el servicio con arreglo a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia (art. 20 LGTT). Por medio del mismo, se habría incorporado una restricción absoluta y desproporcionada a la ocupación del dominio público, que no viene justificada, como sería preciso para la legitimidad de su imposición, por motivos objetivos de interés público.

Por su parte, el recurso de casación formulado en nombre de la actual "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", enuncia seis motivos de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 20 de septiembre de 2005.

El primero de ellos denuncia la infracción del art. 149.1.21ª de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con los arts. 44.3, 45, 61 y 62 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 nulidad al no haberse solicitado durante su tramitación informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

En cuanto al motivo segundo, halla sustento en el art. 149.1.16 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ; en los artículos 18, 19, 24 y 40 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228; en los Reales Decretos 1460/2000, de 28 de julio, y 1066/2001, de 28 de septiembre, así como en la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones. Si bien la Sala de instancia ha anulado el art. 3.6 y el Anexo I, en cuando establecen límites de exposición al público de emisiones electromagnéticas, no lo ha hecho con respecto a los arts. 2.4, 3.2, 7.2.1.b) y 7.2.1.d), cuya declaración de invalidez también se pretendía en el recurso contencioso-administrativo por su parte presentado ante la Sala de instancia. En ellos, la Entidad Local ha incorporado límites de emisión de radiaciones ionizantes más estrictos que los previstos en la normativa estatal, en particular en el Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 y en la Orden CTE/23/2002. Con ello, ha ido más allá de las competencias municipales en la materia, al haber establecido un nivel de protección en materia de salud pública no estatuido por la Administración competente en la materia, la estatal.

El motivo tercero aduce la infracción del art. 47 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones, en relación con la Directiva 97/33 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta, y con los arts. 46, 47 y 49 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio EDL 1998/45162, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones. Tales infracciones se derivarían del art. 3.5 y otros de la Ordenanza, que permiten imponer a las operadoras el deber de compartir instalaciones de telecomunicación.

El cuarto motivo invoca la vulneración de los artículos 9.2, 38, 128 y 131 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ; del Real Decreto 1890/2000, de 20 de noviembre EDL 2000/88338 , por el que se aprueba el Reglamento que establece el procedimiento para la evaluación de la conformidad de los aparatos de telecomunicaciones; de los artículos 8, 9 y 11 del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611, por el que se aprueba el Reglamento que establece el procedimiento para la evaluación de la conformidad de los aparatos de telecomunicaciones, y de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998. La discrepancia de la Ordenanza originariamente impugnada con esta normativa vendría dada por la obligación, impuesta a las operadoras del sector en sus arts. 2.4, 3.7 y 7.2.1.c), de adaptar sus instalaciones a la mejor tecnología disponible.

El motivo quinto invoca, al hilo de la ambigüedad con que a su juicio está redactado el art. 2.5 de la Ordenanza de Elche, la infracción del art. 9.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con el carácter reglado de las licencias y con la interdicción de producir inseguridad jurídica al administrado. Su conculcación vendría determinada por los arts. 3.1, 3.2.c), 3.2.d) y 3.2.e), en cuanto incorporan exigencias faltas de concreción, especialmente en lo que se refiere a la prohibición de instalaciones que provoquen un impacto visual "no admisible con el entorno".

Finalmente, el sexto de los motivos de casación se sustenta en los arts. 38 y 149.1.21 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con la previsión, en los arts. 3.1 y 2, de la exigencia de presentar un programa de desarrollo con carácter previo a la obtención de licencias.

CUARTO.- Razones de lógica procesal requieren abordar en primer lugar el motivo de casación formulado en nombre de "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A." aduciendo la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia. A su entender, este resultado se ha producido de una doble forma. En primer lugar, dejando de resolver su pretensión de anulación del art. 3.2 de la Ordenanza impugnada, que prohíbe la instalación de antenas y demás equipos de telecomunicación en ciertos lugares, en unos casos, o a cierta distancia de otros. En segundo lugar, y con respecto al mismo precepto, denuncia que la Sala de instancia, en su sentencia, ha preterido la valoración de ciertos medios de prueba presentados en orden a demostrar que aquellas restricciones resultan impeditivas del derecho de las operadoras a la ocupación del dominio público en el término municipal con vistas a la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Para resolver el motivo resulta oportuno recordar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (entre otras muchas, en la sentencias 170/2002, de 30 de septiembre; 186/2002, de 14 de octubre; 6/2003, de 20 de enero; 91/2003, de 19 de mayo; 114/2003, de 16 de junio; 8/2004, de 9 febrero, y 95/2005, de 13 de abril) acerca de que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que respecto a los alegatos no es preciso una respuesta pormenorizada a todos ellos (SSTC 148/2003, 8/2004, de 9 de febrero), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita (STC 45/2003, de 3 de marzo). No es posible un fallo que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (SSTC 23/1996, 208/1996).

La importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición ya era un requisito destacado por el art. 43 LJCA EDL 1998/44323 1956. Precepto ahora reproducido en el art. 33 LJCA EDL 1998/44323 1998 en relación con el art. 65.2 de la misma norma, con un tenor similar en el redactado, que obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso.

Se observa que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (SSTS 15 de febrero, 9 de junio y 10 de diciembre de 2003, 13 de junio de 2006, STS de 25 de junio de 2007), es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 13, 21 y 27 de octubre de 2004, 13 de junio de 2006, 5 de diciembre de 2006); o sobre cuestiones diferentes a las planteadas incongruencia mixta o por desviación (así entre otras 4 de abril de 2002, 17 de julio y 21 de octubre de 2003).

b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes siempre que con ello no se sustituya el hecho básico aducido como objeto de la pretensión (STS 17 de julio de 2003). En consecuencia el principio "iuris novit curia" faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (SSTS 3 de julio y 27 de septiembre de 1991, 13 de octubre de 2000, 21 de octubre de 2003). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

d) No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencias de 26 de marzo de 1994, 27 de enero de 1996, 10 de febrero de 2001). Se insiste en que las contradicciones producen confusión mientras que la precisión impone un rigor discursivo que se ignora en los casos de incoherencia interna (Sentencia de 30 de septiembre de 2002). Es necesario, por tanto, que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo.

Ya en la vigente LEC 1/2000 EDL 2000/77463 encontramos el art. 218.1 relativo a la exhaustividad y congruencia de las sentencias así como la necesaria motivación. Tras sentar la necesidad de claridad, precisión y congruencia recoge que deben expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Se contempla la consideración individual y en conjunto de los distintos elementos fácticos del pleito ajustándolos siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

Declara el Tribunal Constitucional en STC 36/2006, de 13 de febrero que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone "una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial". Reputa suficiente que "las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi" (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4; y con cita de otras muchas). Pues" la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los Jueces y Tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas" (ATC 307/1985 de 8 de mayo).

A la motivación con base en las reglas de la lógica y la razón se refiere el art. 218.2 LEC. EDL 2000/77463 Y el Tribunal Constitucional ha declarado que cabe, incluso, una motivación breve y sintética (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4), y se ha reputado como constitucionalmente aceptable, desde las exigencias de la motivación del art. 24.1. CE EDL 1978/3879 , la que tiene lugar por remisión o motivación aliunde (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre).

Sin olvidar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente con relevancia constitucional (STC 7/2005, de 17 de enero, 66/2005, de 14 de marzo). Error patente que para tener relevancia constitucional nos recuerda la STC 6/2006, de 16 de enero, con cita de STC 245/2005, de 10 de octubre, no solo ha de ser verificable de forma incontrovertible sino que ha de constituir el soporte básico de la decisión y producir efectos negativos en la esfera jurídica del recurrente. Se trata pues de una institución relacionada con aspectos de carácter fáctico (STC 42/2006, de 13 de febrero, 15/2006, de 16 de enero). Pues, el derecho a la tutela judicial efectiva no llega siquiera a garantizar el acierto de la resolución adoptada en cada caso (STC 7/2006, de 16 de enero FJ4).

Sentadas estas bases, se hace necesario distinguir el doble aspecto a que se refiere el motivo de casación, en cuanto que, como ya se ha dicho, denuncia, por un lado, la falta de respuesta a su petición de nulidad del art. 3.2 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Antenas y Otros Equipos de Telecomunicación en el término municipal de Elche, y, por otro,

la ausencia de valoración de las pruebas por su parte presentadas en orden a obtener la convicción psicológica del juez en torno a la declaración de disconformidad a derecho de aquel precepto.

Si atendemos al primero de los aspectos enunciados, el motivo no debería ser estimado, en cuanto que la sentencia de instancia, siquiera de una forma que pueda resultar disimulada a simple vista habida cuenta de la remisión a la doctrina fijada en otra sentencia anterior de la misma Sala, resuelve la pretensión relativa a la declaración de nulidad del art. 3.2 de la Ordenanza. Así, no sólo es que la sentencia, en su fundamento de derecho primero, al fijar los puntos a que se extiende la impugnación y por consiguiente han de ser objeto de pronunciamiento, haga referencia explícita al art. 3 y a su objeto material de regulación, que se resume en la fijación de limitaciones y condicionamientos, estableciendo (la Ordenanza) las zonas donde deben ubicarse las instalaciones de telecomunicación, sino que, más adelante, se pronuncia expresamente sobre el particular.

En concreto, el párrafo segundo del fundamento de derecho tercero alude, como objeto de los siguientes pronunciamientos, nuevamente a las limitaciones, requisitos y condiciones que para la instalación de antenas y demás elementos de telefonía móvil recoge, entre otros, el mismo art. 3. Lo que ocurre es que, para su resolución, echa mano de una sentencia anterior del Pleno de la misma Sala, de 4 de mayo de 2005, en que se aborda la cuestión concluyendo la razonabilidad de establecer una regulación en Ordenanza municipal sobre la ubicación de los emplazamientos de las antenas de telefonía móvil, "pues la naturaleza y usos urbanísticos de los terrenos de un municipio es una competencia básica de los Ayuntamientos", argumento en que abunda y profundiza la misma sentencia objeto de traslación en párrafos que también se traen literalmente a la sentencia recurrida. Y, una vez terminada la cita, la Sala de instancia, retomando el análisis del caso concreto planteado en el recurso, aclara que la aplicación de la anterior doctrina al supuesto planteado debe producir la desestimación del recurso, salvo en el extremo relativo a ciertas exigencias especificadas en el apartado 6 del art. 3.

Por lo que, descartado que en ese primer aspecto planteado se haya producido incongruencia omisiva, debemos analizar si ésta concurre en cuanto a la falta de valoración de las pruebas presentadas en relación con el mismo art. 3.2 de la Ordenanza.

Si bien esta Sala y Sección en su sentencia de 14 de julio de 2003, recurso de casación 6801/99, ha afirmado que "la falta de razonamiento expreso sobre el contenido de un informe pericial no siempre es suficiente para considerar que la sentencia incurre en defecto de motivación", y en la de 19 de abril de 2004, recurso de casación 47/2002, ha mantenido que "la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación", ello no empece la necesidad de evaluar, caso por caso, si la falta de valoración expresa de determinada prueba es constitutiva de indefensión.

En nuestro supuesto, la parte pretendía acreditar que la disposición contenida en el art. 3.2 de la Ordenanza impugnada, al prohibir la instalación de antenas y demás aparatos de telecomunicación en determinadas zonas, y ordenar el emplazamiento a ciertas distancias de otras, resultaba limitativa del derecho a la ocupación del dominio público de las operadoras, impidiéndoles prestar el servicio de un modo efectivo en la totalidad del término municipal. A tal efecto, presentaba como documento incorporado a la demanda lo que denomina informe técnico en que, en un plano adjunto, coloreaba las partes en que iba a ser imposible, aplicando la Ordenanza en los términos previstos en aquel apartado, prestar el servicio con regularidad, así como un informe pericial-testifical, también acompañado a la demanda y objeto de ratificación en vía judicial, en la que, como aspecto más destacado y de necesaria reseña a los efectos que nos planteamos, matizó que, según su criterio y en respuesta a la pregunta quinta de la parte proponente, respondía afirmativamente a la cuestión de si a la vista de las restricciones establecidas en la Ordenanza, "es casi imposible dar servicio en el municipio de Elche y si esa imposibilidad no va a ser aún más absoluta con el desarrollo de la nueva tecnología UTMS".

A la vista de lo anterior, queda de manifiesto que la prueba se refería a un aspecto fundamental de las pretensiones de la parte que la propuso en lo relativo a la declaración de nulidad de ciertos preceptos de la Ordenanza impugnada, en particular con referencia a su art. 3.2, y que su valoración, en el sentido que la Sala de instancia considerase oportuno, podía ser relevante a los efectos de tener por acreditados o no los hechos en que encontraba sustento la argumentación de la parte.

Ello obliga a estimar el primer motivo de casación formulado en nombre de "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A." y a resolver, conforme al art. 95.2.c) in fine LJCA EDL 1998/44323, el fondo del asunto. Con la particularidad de que, al hacerlo, daremos también respuesta al segundo motivo de casación formulado en nombre de la precitada recurrente y, de modo sólo parcial, al formulado en nombre de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", que contienen -al amparo del art. 88.1.d)- alegaciones similares a las formuladas en la demanda con respecto al tan comentado art. 3.2 del reglamento municipal objeto del recurso.

QUINTO.- Antes de resolver sobre la legalidad del referido art. 3,2 conviene recordar el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los Municipios cuando afecte a la regulación de las telecomunicaciones, tal como fue expuesto en nuestras Sentencias de 15 de diciembre de 2003, rec. 3127/2001, y de 4 de julio de 2006, rec. 417/2004, al resumir que:

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

Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios (art. 4.1 a)LRBRL y 5 RSCL), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (artículo 25.2 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."

En particular, el indicado art. 3.2 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Antenas y Otros Equipos de Telecomunicación en el término municipal de Elche prohíbe la autorización de antenas, estaciones base o, en general, de las instalaciones reguladas en la Ordenanza, en determinados emplazamientos: a menos de 100 metros de equipamientos educativos, culturales, asistenciales o sanitarios; en espacios libres clasificados por el planeamiento para el ocio; en palmerales o en los edificios protegidos incluidos en el Plan Especial.

Las alegaciones formuladas contra el mismo se centran en discutir, de un lado, si el Ayuntamiento que hoy ocupa la posición de recurrido 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 , y, de otro, si las restricciones concretamente establecidas impiden la adecuada prestación del servicio en el término municipal.

Con carácter general, hemos afirmado la posibilidad de que los Municipios, en las Ordenanzas Municipales en materia de instalaciones de telecomunicación, puedan delimitar zonas en que se limite e incluso prohíba el emplazamiento de aquéllas. Baste recordar, 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, posteriormente reiterado, entre otras, en la de 27 de abril de 2010, rec. 4282/2006:

"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."

Sin embargo, en el caso presente se plantea algo más. Y es si, atendida la intensidad de las limitaciones impuestas en el apartado de la Ordenanza objeto de comentario, se ha establecido una restricción absoluta del derecho de las operadoras a la ocupación del dominio público local con vistas a la debida prestación del servicio.

Como punto de partida, cabe decir que, sin perjuicio de la aceptación general (en los términos que más arriba hemos referido) de la posibilidad de establecer restricciones físicas o zonales al emplazamiento de instalaciones de telecomunicación, habrá de considerarse si, en cada caso concreto, las limitaciones establecidas, por un lado, responden, a un ejercicio proporcionado y justificado de las competencias municipales, y, por otro, respetan tanto el derecho de las operadoras a la ocupación del dominio público como el de los propios usuarios a su disfrute.

Por ello, hemos de examinar los términos concretos en que se ha establecido la restricción. Ésta se refiere, en primer lugar, a espacios o equipamientos en que, por razones de su utilización pública, resulta frecuente la presencia masiva y estable de personas. Es el caso de la restricción que afecta a la instalación de equipos de telecomunicación a menos de 100 metros de equipamientos educativos, culturales, asistenciales o sanitarios, así como en espacios libres clasificados por el planeamiento para el ocio. En cualquiera de esos casos, la prohibición aparece justificada, a juicio de la Sala en funciones de juzgador de instancia, por razón de la protección de la salud de los ciudadanos, finalidad que justifica el establecimiento de restricciones a la instalación de antenas y demás equipos de telecomunicación por parte de la Entidad Local, en los términos que hemos referido.

Distinto fundamento, aunque también justificado en términos genéricos a juicio de la Sala, tiene la prohibición de instalación de elementos o equipos destinados al servicio de las telecomunicaciones en palmerales o en los edificios protegidos incluidos en el Plan Especial.

En cuanto a los edificios protegidos, a priori, su protección no puede reputarse, en principio, ajena a las competencias municipales. Téngase en cuenta que el art. 25.2 e) LRBRL incluye la referencia al patrimonio histórico-artístico entre las materias sobre las que se proyectan las competencias municipales, es decir, entre las denominadas competencias propias de dichas Entidades Locales. En este sentido, hemos declarado, entre otras, en las sentencias de 23 de mayo y de 4 de julio de 2006, recs. 8783 / 2003 y 417/2004, que "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."

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 ejerce 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 Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Antenas y Otros Equipos de Telecomunicación en el término municipal de Elche anticipe una limitación a la instalación de antenas en relación con los edificios protegidos por medio de un Plan Especial, no se puede afirmar si resultará o no impeditiva de la prestación del servicio más que a la vista de los instrumentos normativos que la complementen. 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.

Finalmente, hemos de pronunciarnos sobre el apartado d) del mismo art. 3, que hace alusión a la prohibición de instalación de antenas en los palmerales. Siendo de conocimiento público que el Palmeral de Elche fue declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO en el año 2000, pocas dudas se pueden abrigar en torno a la necesidad de otorgarle una protección singular, a la que, obviamente, no deben ser ajenas las Ordenanzas municipales en materia de instalaciones de telecomunicaciones.

Ahora bien, lo anterior lo hemos afirmado desde una perspectiva teleológica, en cuanto a la posibilidad genérica de los Ayuntamientos de establecer restricciones, en determinadas zonas, a la instalación de antenas y demás equipos de telecomunicación, con vistas a proteger determinados bienes jurídicos. Ahora bien, la parte plantea que, tal como ha sido establecida la prohibición, le resultará imposible, de hecho, prestar el servicio en la totalidad del término municipal. De ser así, entraría en juego un límite, derivado de la Ley General de Telecomunicaciones, al ejercicio de las competencias municipales.

Para producir la convicción sobre esto último, la recurrente presentó en el recurso contencioso-administrativo planteado ante la Sala de dicho orden del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dos documentos, a los que aplica el calificativo de informes. El primero de ellos está suscrito, de un modo sucinto y en una hoja, por una Ingeniera Superior de Telecomunicaciones empleada de la compañía proponente (así consta en el encabezamiento del documento) y, adjunta, como documento al que la parte da importancia trascendental, un plano coloreado en que aparecen destacadas las partes del municipio en que no estaría asegurada la prestación del servicio, por razón de su cualidad de palmerales o de espacios libres clasificados como zonas de ocio. La segunda de las pruebas consiste en un informe pericial, suscrito también por Ingeniero Técnico de Telecomunicaciones y acompañado a la demanda, que fue objeto de ratificación en sede procesal. Entiende la parte que ambos documentos resultan concluyentes, en el sentido de demostrar que la prestación del servicio en el término municipal queda impedida, o al menos seriamente dificultada por lo que se refiere a palmerales y zonas de ocio, en atención a los términos en que está redactado el mencionado art. 3.2. de la Ordenanza.

No podemos sostener que los documentos a que hemos hecho inmediata referencia no puedan estar basados en un fondo de verdad. Pero lo cierto es que no pueden resultar convincentes en ninguno de los casos. El primero de ellos se halla totalmente falto de motivación, en cuanto que se limita a afirmar en un documento de un solo folio que se impide la prestación del servicio en determinadas zonas del término municipal, complementado tal declaración con un plano en que se colorean tales zonas. Ahora bien, estamos ante una materia eminentemente técnica, en que el hecho de señalar determinadas zonas como previsiblemente faltas de cobertura no aporta gran cosa desde el punto de vista probatorio, si no se acompaña de una acreditación técnica sobre la cobertura que se puede obtener con los medios técnicos disponibles, de la que se pueda deducir que, no siendo esta suficiente, efectivamente se produce un impedimento de la prestación del servicio en las zonas indicadas. Ello aparte de la enervación que, en orden a la fuerza probatoria del documento, supone que haya sido elaborado precisamente por personal empleado de la recurrente, lo que implica una evidente merma en cuanto a la -dadas las circunstancias- deseable objetividad en su emisión.

Hay que preguntarse hasta qué punto remonta esas deficiencias el informe pericial acompañado a la demanda. En este caso, aunque el informe tiene origen extraprocesal, se le ha pretendido revestir de garantías por medio de su ratificación en sede judicial. Sin embargo, cualquier consideración sobre el mismo debe partir del examen de su contenido, a efectos de determinar la solidez del juicio técnico emitido en el mismo. Y, al respecto, comprobamos que en el informe acompañado a la demanda se diserta en líneas generales sobre la posible afección de las emisiones electromagnéticas en la salud humana, pero se elude entrar al análisis de lo concreto y, en particular, no se hace referencia alguna ni a la concreta Ordenanza que es objeto de impugnación ni a la influencia que puede tener la aplicación de los límites que aquélla establece sobre la prestación adecuada del servicio en la totalidad del término municipal.

Dicha referencia se incluye únicamente en el acta en que se recogen las aclaraciones del perito en sede de ratificación judicial. Y ciertamente, lo hace de un modo apodíctico, al contestar afirmativamente y sin matices a la pregunta de si, atendidas las limitaciones impuestas, podría ser imposible prestar el servicio en la totalidad del municipio de Elche, en especial en consideración a las nuevas tecnologías UTMS. Sin embargo, ello no es suficiente para conseguir la convicción del juzgador. Y ello, en primer lugar, porque,

si bien tal afirmación se hace en vía de ratificación del informe pericial, poca fuerza de convicción puede tener cuando se hace sin que consten los argumentos que la sostienen y sin que el informe pericial que se trata de ratificar los recoja, habida cuenta de su redacción en términos generales según hemos referido. Y, en segundo lugar, no se nos puede escapar que, en realidad, la parte que solicita las aclaraciones intenta aprovechar la presencia del perito para enlazar con el otro medio probatorio con que intenta justificar sus alegaciones, y en este sentido la pregunta o petición de aclaración quinta le requiere a efectos de con exhibición del documento núm. 3 acompañado a la demanda declare "si es casi imposible dar servicio en el municipio de Elche y si esa imposibilidad no va a ser aún más absoluta con el desarrollo de la nueva tecnología UTMS". Constando en el acta de aclaración de 31 de marzo de 2004, que el perito contesta afirmativamente "sin exhibición del plano a que se refiere". Luego malamente se puede tener por acreditado que se produzca el impedimento para la prestación del servicio en determinadas zonas por mor de un pregunta que ni versa estrictamente sobre la materia del informe que se pretende aclarar y, en cualquier caso y aun refiriéndose a un documento elaborado por otra profesional, se manifiesta sobre las consecuencias que se deducen de lo recogido en el mismo sin tenerlo a la vista.

Luego, ante la intensidad de los bienes jurídicos que se contrarrestan en el presente caso, resulta para nosotros concluyente el hecho de no haberse acreditado por la parte recurrente que, en efecto, las restricciones establecidas a la instalación de antenas por el art. 3.2 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Antenas y Otros Equipos de Telecomunicación en el término municipal de Elche puedan suponer un impedimento de la prestación adecuada y regular del servicio en el término municipal. Téngase en cuenta al respecto que, el hecho de que no se puedan instalar antenas en determinadas zonas o en sus inmediaciones, no tiene por qué considerarse impeditivo de la prestación de cobertura, salvo que las antenas que se puedan ubicar más allá de sus límites no fueran suficientes a dichos efectos. Y, a la vista de los documentos presentados, no se puede tener por cierta dicha afirmación, lo que nos lleva a desestimar en este punto el recurso contencioso- administrativo formulado por "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A." ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

SEXTO.- Procede ahora manifestarse sobre los motivos de casación sustentados al amparo del art. 88.1.d) LJCA EDL 1998/44323 , es decir, sobre la totalidad del recurso formalizado por "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.". y sobre el motivo casacional segundo hecho valer a instancia de "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A."

Comenzando por el primer motivo formalizado, 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".

Nos planteamos dicha cuestión en nuestras recientes sentencias de 17 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 para resolverla 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 coadyuvan 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 "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A."

SÉPTIMO.- En cuanto al motivo segundo formulado a instancia de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", hemos dado respuesta parcial al mismo al pronunciarnos sobre el art. 3.2 de la Ordenanza, cuya conformidad a Derecho ha sido puesta de manifiesto en el fundamento de derecho quinto.

El motivo se refiere también a otros preceptos de la Ordenanza originariamente impugnada, pero lo hace desde la perspectiva genérica de no poder rebasarse mediante Ordenanza Municipal los límites establecidos en el Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611. Ya nos hemos manifestado también en contra de tal tesis en el mismo fundamento de derecho quinto.

Y, con respecto al recurso formulado en nombre de de "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.", su segundo motivo de casación, que obedece a una temática similar, se desestima teniendo en cuenta la respuesta que hemos dado a sus alegaciones sobre el particular en la instancia.

OCTAVO.- Pasando al tercer motivo formulado por "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", se queja la mercantil recurrente, al hilo del art. 3.5 de la Ordenanza, de que en la misma se prevea la posibilidad de que el Ayuntamiento, por razones de minimización de riesgo, urbanísticas, medioambientales o paisajísticas, pueda establecer a las diferentes operadoras la obligación de compartir instalaciones.

Esta Sala ha confirmado, entre otras en las sentencias de 19 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007, y de 4 de mayo de 2010, rec. 4801/2006, que "el uso compartido puede imponerse, según declaramos en nuestras sentencias de veinticuatro de octubre y veintitrés de noviembre de dos mil seis - recursos de casación números 2103/2004 y 3783/2003 - siempre que lo requieran los intereses medioambientales o urbanísticos que las Corporaciones locales deben proteger...". De modo que, habiéndose declarado la legitimidad del establecimiento de la obligación de compartir instalaciones, poca duda nos puede plantear un precepto que -como el de la Ordenanza recurrida y según ha interpretado con acierto la Sala de instancia- se limita a recoger dicha eventualidad en términos faltos de imperatividad. Lo que nos lleva a desestimar también el motivo tercero de casación.

NOVENO.- La cuestión planteada en el motivo cuarto es la relativa a la exigencia de que las instalaciones se adapten a la tecnología y diseño disponible en el mercado que menor impacto ambiental y visual provoque (arts. 2.4, 3.7 y 7.2.1.c de la Ordenanza de Elche).

Nos hemos referido a esta especie de cláusula de progreso, entre otras, en nuestras sentencias de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004, y de 15 de junio de 2010, rec. 240/2007, relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Supone ésta una técnica en que, junto a las zonas de certeza positiva o negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre" en relación a la cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva supone una técnica de expresión normativa admisible

en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad.

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

DÉCIMO.- Llegamos así al examen del motivo quinto de casación, que, sobre la base de los principios constitucionales de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, lamenta que la sentencia de instancia no haya procedido a la anulación del art. 3.1 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Antenas y Otros Equipos de Telecomunicación en el término municipal de Elche, a cuyo dictado "No se autorizarán equipos, antenas, estaciones base o, en general, ninguna de las instalaciones previstas en este artículo que provoquen un impacto visual no admisible con el entorno...".

Considera la parte recurrente que la aplicación del precepto transcrito concitará un considerable margen de inseguridad jurídica al administrado, al desconocer de antemano si podrá obtener licencia para realizar la instalación al quedar sujeto su otorgamiento, a resultas del precepto de referencia, a la concurrencia de criterios indeterminados y subjetivos.

Ya hemos dejado reseñado en esta sentencia que, en diversas ocasiones y precisamente examinando disposiciones incluidas en Ordenanzas del tipo de la que nos ocupa (en particular, citábamos las sentencias de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004, y de 6 de abril de 2010, rec. 4450/2007), hemos admitido 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. Recordando que, en términos abstractos, el recurso a los mismos constituye 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.

No obstante, descendiendo al terreno de lo concreto, hemos matizado, en vista de determinadas potestades reservadas a la Administración local en las Ordenanzas reguladoras de la instalación de telecomunicaciones (vid. las Sentencias de 11 de mayo de 2006, rec. 9045/2003, y de 27 de abril de 2010, rec. 4282/2006), la necesidad de expurgar el Ordenamiento Jurídico de aquellos preceptos que supongan inseguridad jurídica o atribuyan una facultad omnímoda a los Ayuntamientos.

Y esto último es lo que pasa, en nuestra opinión, con la referencia que hace el art. 3.1 de la Ordenanza impugnada a la imposibilidad de autorizar instalaciones que produzcan impacto medioambiental o visual inadmisibles. Es evidente que la genérica referencia a lo que resulte inadmisibles, sin apelar a los elementos de juicio que pudieran dar lugar a semejante conclusión, introducen un elevado factor de ponderación subjetiva en la apreciación del supuesto de hecho, rayana en la arbitrariedad. Del mismo modo, en una aplicación de la norma contraria a los principios de seguridad jurídica, al no fijarse los elementos o circunstancias ante cuya concurrencia el operador pueda esperar que el Ayuntamiento considere inadmisibles el impacto medioambiental o visual producido por la instalación, y de igualdad, dificultando en medida excesiva el control que los tribunales pudieran hacer de la aplicación administrativa al conjunto de destinatarios.

Tratándose, además, de un supuesto en que, a diferencia del también analizado en esta misma sentencia en relación con la llamada a la utilización de la tecnología que provoque menor afectación visual y ambiental, en que quien utiliza la potestad reglamentaria carece de márgenes de mayor concreción al referirse a tecnologías de susceptible aparición en el futuro, en el nuestro el Ayuntamiento emisor de la Ordenanza tenía en sus manos la posibilidad de introducir un mayor grado de concreción, que hubiera evitado relegar a los operadores al terreno de la incertidumbre sobre la posible obtención de la licencia municipal para realizar la instalación.

Razones las anteriores que, en línea con la postura adoptada con anterioridad en la sentencia de 5 de octubre de 2010 (rec. 4592 / 2005), nos llevan a estimar parcialmente el recurso de casación en lo que se refiere a la anulación del inciso del mencionado art. 3.1 de la Ordenanza objeto de impugnación, que expresa "que provoquen un impacto visual no admisible con el entorno".

Por lo demás, las quejas de la parte con respecto al art. 3.2, deben darse por contestadas y desestimadas con los pronunciamientos que ha hecho esta sentencia con respecto al mismo en su fundamento de derecho quinto.

DÉCIMO PRIMERO.- Restando a esta Sala enfrentarse al motivo sexto del mismo recurso de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", referido a diversos preceptos de la Ordenanza de Elche en que se prevé el deber de las empresas de telefonía móvil de presentar un plan de implantación con carácter previo a la obtención de licencias de instalación sujetas a la Ordenanza en el término municipal.

Sobre este aspecto hay que recordar que, con la finalidad de racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo que sobre el medio ambiente producen con frecuencia las instalaciones de radiocomunicación, numerosas ordenanzas municipales exigen a las distintas operadoras la presentación ante el Ayuntamiento de un plan técnico de implantación, cuya aprobación por la Corporación local es un presupuesto para que las distintas empresas puedan obtener licencias de obras o de funcionamiento.

En las sentencias de veinticuatro de mayo de dos mil cinco -rec. 2603/2006 - y de 17 de enero de 2009 -rec. 5583/2007 -, hemos razonado que "la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento." Desde tal perspectiva, no se puede hacer una condena global del hecho de que la Ordenanza exija de las operadoras la presentación previa de un

programa de desarrollo, tal como pretendía la parte recurrente discutiendo la competencia municipal para contemplar tal figura, y se ha de desestimar el correspondiente motivo de casación.

DÉCIMO SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.3 de la Ley Jurisdiccional, no ha lugar a expresa condena en costas, en atención a que al menos en parte se han estimados los dos recursos de casación.

FALLO

1) Estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.", contra la sentencia de veinte de septiembre de dos mil cinco, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, recaída en los autos acumulados números 1593, 1613 y 1696/2002.

2) Anulamos y dejamos sin efecto la sentencia citada de veinte de septiembre de dos mil cinco, exclusivamente en lo referido a su falta de pronunciamiento sobre las pruebas presentadas en orden a demostrar la disconformidad a derecho del art. 3.2 de la Ordenanza.

3) Desestimamos el recurso contencioso-administrativo formulado por "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A." contra la Ordenanza, en lo relativo a la conformidad a derecho del art. 3.2.

4) Estimamos parcialmente el recurso de casación formulado en nombre de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A." contra la sentencia citada de veinte de septiembre de dos mil cinco, exclusivamente en lo relativo a la declaración de conformidad a derecho de la expresión "que provoquen un impacto visual no admisible con el entorno" incluida en el art. 3.1 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Antenas y Otros Equipos de Telecomunicación en el término municipal de Elche, mención que por la presente sentencia anulamos.

5) No ha lugar a expresa condena en costas en ninguno de los dos recursos de casación a que esta litis se refiere.

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: 28079130042010100661